



TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO
MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO

4



**FUNÇÕES
ADMINISTRATIVAS
DO ESTADO**



ALINE LÍCIA KLEIN
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO



1668

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

4

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVOMARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO**FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ESTADO**

O Direito Administrativo evoluiu de forma espetacular nas últimas décadas. Surgiram novos temas, aprofundou-se o estudo de temas antigos, enriqueceram-se as bibliotecas com a produção científica de novos doutrinadores, que vêm aliar os seus conhecimentos ao de doutrinadores de escol que fizeram a história do Direito Administrativo nacional e estrangeiro.

A globalização, a aproximação, no direito comunitário europeu, entre os sistemas de base romanística e da *common law*, a influência da ciência política e da ciência econômica, os princípios do neoliberalismo, e, paralelamente, o movimento em favor da centralidade da pessoa humana, produziram profundas transformações, algumas até contraditórias, para o âmbito do Direito Administrativo.

Daí a ideia da *Editora Revista dos Tribunais* de publicar um *Tratado de Direito Administrativo* em que se reunissem estudiosos e especialistas do ramo, com conhecimento, competência e interesse em assumir a responsabilidade de desenvolver temas do Direito Administrativo, em profundidade e atualidade. O objetivo, desde o início, foi o de realizar uma obra o quanto possível abrangente de toda a matéria, distribuída em sete volumes.

A partir de indicações feitas pela *Editora Revista dos Tribunais* e pela Coordenadora, os autores foram selecionados entre juristas da área, alguns com longo caminho já percorrido, outros da ala mais jovem desse ramo do direito, todos com trabalhos já publicados de reconhecido valor e qualidade no âmbito do Direito Administrativo.

A obra vai certamente tornar-se uma fonte de consulta obrigatória para os estudantes, professores e profissionais da área jurídica que trabalham com o Direito Administrativo.

ISBN 978-85-203-5595-4



9 788520 355954

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS**



**FUNÇÕES
ADMINISTRATIVAS
DO ESTADO**



Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivié A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial
Coordenação
JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Assistente Documental: Beatriz Biella Martins

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Klein, Aline Lícia
Tratado de direito administrativo : funções administrativas do Estado / Aline Lícia Klein e Floriano de Azevedo Marques Neto, - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014. - (Tratado de direito administrativo ; v. 4 / coordenação Maria Sylvia Zanella Di Pietro)

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-5595-4
ISBN 978-85-203-5550-3 (obra completa)

I. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil I. Marques Neto, Floriano de Azevedo, II. Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. III. Título. IV. Série.

14-11121

CDU-35(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Direito administrativo 35(81)

DIR
MAR

FLOR

TRATADO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
COORDENAÇÃO



**FUNÇÕES
ADMINISTRATIVAS
DO ESTADO**



ALINE LÍCIA KLEIN
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

MANESCO,
RAMIRES,
PEREZ,
AZEVEDO
MARQUES
SOCIEDADE DE ADVOGADOS

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO
Coordenação

ALINE LÍCIA KLEIN
FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
Autores

VOLUME 4

FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS DO ESTADO



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite o nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [11 – 2014]

Profissional

Fechamento desta Edição [22.10.2014]



ISBN 978-85-203-5595-4
ISBN Coleção 978-85-203-5550-3

Man
TOM
CCDI
CUT
ANO
EX:...

C
Surgir
as bib
seus c
Admin

S
origem
fica-se
Aos te
dade,
tudos
passar
teoria:

A
de bas
econô
da cen
até co

C
conce
cerias
me dif

A
incen
dando
discipl
crítica
movim
mento
do Poc
interve

Manesco - Advocacia
TOMBO: 1668
CCDIR: 341.3
CUTTER: 7.378
ANO: 2011 EDIÇÃO: ...
EX: 1 VOL: 4



APRESENTAÇÃO

O Direito Administrativo evoluiu de forma espetacular nas últimas décadas. Surgiram novos temas, aprofundou-se o estudo de temas antigos, enriqueceram-se as bibliotecas com a produção científica de novos doutrinadores, que vêm aliar os seus conhecimentos ao de doutrinadores de escol que fizeram a história do Direito Administrativo nacional e estrangeiro.

Se acompanhada a evolução do Direito Administrativo Brasileiro, desde as suas origens, já na época do Império, passando pelos vários períodos da República, verifica-se que a tendência foi sempre no sentido da ampliação do seu objeto de estudo. Aos temas tradicionais de funcionário público, atos administrativos, discricionariedade, poder de polícia, serviço público, outros foram surgindo e exigindo novos estudos por parte da doutrina. A própria jurisprudência enriqueceu-se nessa área, passando, nos últimos anos, a desempenhar papel de relevo na construção de novas teorias, institutos e princípios, no âmbito do Direito Administrativo.

Aglobalização, a aproximação, no direito comunitário europeu, entre os sistemas de base romanística e da *common law*, a influência da ciência política e da ciência econômica, os princípios do neoliberalismo, e, paralelamente, o movimento em favor da centralidade da pessoa humana, produziram profundas transformações, algumas até contraditórias, para o âmbito do Direito Administrativo.

O tema dos contratos administrativos enriqueceu-se com o ressurgimento das concessões de serviços públicos e o surgimento de novas modalidades, como as parcerias público-privadas, as concessões florestais, os contratos de publicidade, o regime diferenciado de contratação.

A substituição do modelo de Estado prestador de serviços para Estado regulador incrementou as atividades de fomento às iniciativas privadas de interesse público, dando margem à criação de novas modalidades de parcerias, com o terceiro setor, disciplinadas por toda uma legislação especial, que hoje constitui objeto de estudo e crítica pelos estudiosos do Direito Administrativo. Também provocou o chamado movimento de agencificação, paralelo à privatização de empresas estatais e ao incremento das concessões de serviços públicos, com a redução da atividade de atuação do Poder Público no domínio econômico e social e o crescimento da atividade de intervenção indireta ou regulação.

o,
a
na
io.
) e
s).

A constitucionalização do Direito Administrativo, não só pela elevação, ao nível constitucional, de matérias antes tratadas pela legislação ordinária, mas também pela inserção de inúmeros princípios do direito administrativo na Constituição, produziu consideráveis reflexos sobre temas dessa disciplina, como a busca de equilíbrio entre as prerrogativas do Poder Público e os direitos fundamentais do homem; também sobre a discricionariedade administrativa, que resultou restringida com a ampliação da legalidade (muitas vezes substituída pela constitucionalidade), disso resultando a ampliação do controle judicial sobre os atos administrativos, e, mais, sobre as políticas públicas adotadas pelo Poder Público na área social.

A influência do direito comunitário europeu, que, pelo menos nas origens, privilegiava os princípios da ordem econômica (liberdade de iniciativa e competição), produziu consequências sobre o conceito de serviço público que, se não desapareceu no direito brasileiro, passou a ser visto com novos olhos e deixou de ser prestado com exclusividade pelo Poder Público, para ser exercido, sempre que possível, em regime de competição com a iniciativa privada.

Cresceu a ideia de consensualidade, também com o objetivo de reduzir as prerrogativas autoritárias do Poder Público, levando à idealização de novos instrumentos de atuação do Poder Público, em substituição ou em acréscimo aos atos unilaterais, como os termos de ajustamento de conduta e outros equivalentes já utilizados por inúmeros órgãos administrativos e instituições de controle.

O princípio da transparência - aliado à ideia de democracia participativa - também contribuiu para dar nova feição ao Direito Administrativo, que agasalhou, inclusive em nível constitucional, inúmeras exigências para garantir ampla publicidade aos atos da Administração Pública, adequada motivação de suas decisões, direito de defesa e contraditório, participação do administrado na gestão pública e no seu controle, ampliação do acesso à informação, com a publicação de lei federal dispondo sobre a matéria e suprimindo lacuna que vinha desde as origens do Direito Administrativo Brasileiro.

Também foi o intuito de proteger os direitos individuais diante da atuação do Poder Público que inspirou a promulgação de leis de processo administrativo, que, entre outras medidas, garantiram a dualidade das partes no processo, o direito de defesa, o contraditório, o direito de recorrer, incluindo disposições sobre prazos para atuação de ambas as partes, impedimento, suspeição, revisão dos atos administrativos por meio de revogação, convalidação e anulação. São exigências que favorecem a transparência dentro da Administração Pública e o controle de sua atuação, inclusive pelos interessados e pela sociedade.

Surgiram e se ampliaram as ações judiciais de proteção dos interesses difusos e coletivos, a cargo de instituições públicas e privadas.

Com o objetivo de combater a corrupção, novas medidas judiciais e administrativas foram idealizadas, como a ação de improbidade administrativa e a chamada Lei Anticorrupção, além de ter-se ampliado a participação da sociedade no controle do

Poder F
dorias r
regular

Al
são de c
a maior
duzind
chama

Te
idealiz
nação.
me foi
foi rese
trativo
assum
profur
maior
lei, dou
lhe foi

O
te de te

P
de doi:

O
borado
Júnior.

C
com a

C
dade -

C
Flória

C
to por

C
Patríc

C
do Es
Mene

Poder Público. Ampliou-se o controle interno, com a criação de ouvidorias e corregedorias nos vários níveis de governo, com a possibilidade de receber denúncias de irregularidades apresentadas por qualquer cidadão ou entidade privada.

A busca pela eficiência levou à reforma da Administração Pública, com a previsão de contratos de gestão com órgãos e entidades públicas, como também provocou a maior utilização de institutos do direito privado pela Administração Pública, produzindo a chamada fuga para o Direito Privado ou fuga do Direito Público. Cresceu o chamado Direito Privado Administrativo.

Todos esses temas são objeto de análise no *Tratado de Direito Administrativo*, idealizado pela EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS e a mim confiado, para coordenação. Tão grande quanto a alegria e a honra de ter sido convidada foi a tarefa que me foi entregue e que trouxe consigo, além do trabalho de redigir a parte que me foi reservada, o encargo de reunir estudiosos e especialistas do Direito Administrativo que tivessem disponibilidade, conhecimento, competência e interesse em assumir a responsabilidade de desenvolver temas do direito administrativo, em profundidade e atualidade. O grupo de especialistas por mim selecionado é do maior nível e deixará registrado para a posteridade o resultado de sua pesquisa da lei, doutrina e jurisprudência, bem como de seu entendimento sobre a matéria que lhe foi atribuída.

O objetivo, desde o início, foi o de realizar uma obra o quanto possível abrangente de toda a matéria do Direito Administrativo Brasileiro.

Para esse fim, os temas foram distribuídos em sete volumes, cada qual a cargo de dois autores da área do Direito Administrativo.

O primeiro volume – *Teoria geral e princípios do direito administrativo* – foi elaborado pela coordenadora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Wallace Paiva Martins Júnior.

O segundo volume – *Administração Pública e servidores públicos* – conta também com a participação da coordenadora, em parceria com Fabrício Motta.

O terceiro volume – *Direito administrativo dos bens e restrições estatais à propriedade* – é de autoria de Thiago Marrara e Luciano Ferraz.

O quarto volume – *Funções administrativas do Estado* – foi desenvolvido por Floriano de Azevedo Marques Neto e Aline Klein.

O quinto volume – *Ato administrativo e procedimento administrativo* – foi escrito por Ricardo Marcondes Martins e Romeu Felipe Bacellar Filho.

O sexto volume – *Licitação e contratos administrativos* – ficou a cargo de Irene Patrícia Nohara e Jacintho Arruda Câmara.

O sétimo volume – *Controle da Administração Pública e responsabilidade civil do Estado* – foi desenvolvido por José dos Santos Carvalho Filho e Fernando Dias Menezes de Almeida.

A partir de indicações feitas pela EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS e pela coordenadora, os autores foram selecionados entre juristas da área, alguns com longo caminho já percorrido, outros da ala mais jovem desse ramo do **direito**, todos com trabalhos já publicados de reconhecido valor e qualidade no **âmbito** do Direito Administrativo. Todos se empenharam em cumprir a difícil tarefa e o fizeram com dedicação e muita competência.

A esperança da coordenadora é a de que o *Tratado* produza bons frutos, servindo de base e inspiração para os estudiosos do direito administrativo de hoje e de tempos futuros.

A COORDENADORA

J
na ca
de Pr
públi
USP, :
nesse
dade,
alunc
J
de Di
Chefe
de Me
s
ment
unive
pales
admi
J
abril
Asses
Justiç
a con
sora, c
to jur
J
Faz p
Direi
e o FÉ
- RDI
Admi

a coor-
1 longo
os com
Direito
m com

servin-
oje e de

NADORA



SOBRE A COORDENADORA

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da USP. Livre-Docente. Ingressou na carreira docente da mesma Universidade, mediante concurso público, no cargo de Professora Doutora, em 1988. Desde julho de 1992, também mediante concurso público, passou a ocupar o cargo de Professora Titular de Direito Administrativo da USP, ministrando aulas em cursos de graduação e pós-graduação. Aposentou-se nesse cargo em dezembro de 2012, porém continuou vinculada à mesma Universidade, mediante termo de colaboração que lhe permite ministrar aulas e orientar alunos de pós-graduação, no mestrado e doutorado.

Desde 1992, até sua aposentadoria, foi membro da Congregação da Faculdade de Direito da USP. Junto à mesma Faculdade, exerceu, por três períodos, o cargo de Chefe do Departamento de Direito do Estado. Orientou e formou algumas dezenas de Mestres e Doutores pela Faculdade de Direito da USP.

Sua vinculação ao magistério estende-se para fora da USP, já que é reiteradamente convidada para ministrar aulas em cursos de pós-graduação de diferentes universidades, Escolas da Magistratura, do Ministério Público, da OAB, além de ser palestrante frequente em congressos e seminários voltados para a área do direito administrativo.

Ingressou na carreira de Procuradora do Estado, mediante concurso público, em abril de 1970, tendo exercido as funções de Procuradora do Estado Assessora junto à Assessoria Técnico-Legislativa, à Assessoria Jurídica do Governo, à Secretaria da Justiça e à Procuradoria-Geral do Estado. Foi Procuradora Chefe da USP, por dois anos, a contar de março de 1993. Aposentou-se no cargo de Procuradora do Estado Assessora, em abril de 1994. Suas atribuições sempre foram de consultoria e assessoramento jurídico.

Foi membro do Conselho Editorial da Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Faz parte do Conselho Editorial de várias revistas e boletins, entre eles, o *Boletim de Direito Administrativo* e o *Boletim de Licitações e Contratos*; o *Fórum Administrativo* e o *Fórum de Contratação e Gestão Pública*; a *Revista de Direito Público da Economia - RDPE* e a *Revista Brasileiro de Direito Público - RBDP*; e a *Revista Síntese de Direito Administrativo*.

Atualmente, exerce advocacia consultiva na área de direito administrativo.

É membro da Comissão de Ética da USP, eleita pelo Conselho Universitário e designada pelo Reitor, em abril de 2014, para um mandato de dois anos.

Foi membro do Grupo de Trabalho que elaborou o anteprojeto do Código de Defesa dos Usuários de Serviços Públicos do Estado de São Paulo. Participou, como membro, da Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que se transformou na Lei 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal). Participou, na qualidade de Presidente, da Comissão de Juristas designada pelo Ministro do Planejamento, para elaborar anteprojeto que estabelece normas gerais sobre a administração pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração.

Possui inúmeros artigos publicados e é autora de várias obras de direito administrativo. Organizou quatro obras coletivas: uma com a participação de Procuradoras da Consultoria Jurídica da USP, sobre licitações e contratos; outra com trabalhos de alunos de pós-graduação, sobre legalidade e regulação; uma terceira conjugando trabalhos de alunos de pós-graduação e professores de diferentes Universidades, sobre temas novos do direito administrativo, especialmente o princípio da supremacia do interesse público; e uma última, também com trabalhos de alunos de pós-graduação, sobre direito privado administrativo, em que se analisam institutos do direito privado utilizados pela Administração Pública.

Mes
Adv

to c
(US
Vic
Asc



SOBRE OS AUTORES

ALINE LÍCIA KLEIN

Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), em 2014.
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), em 2005.
Advogada.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Livre-Docente na Faculdade de Direito da USP. Professor Titular na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* na FGV Direito Rio. Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Presidente da Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER). Advogado.



SOBRE OS COLABORADORES

PARTE I

RAFAEL ROQUE GAROFANO

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Possui graduação em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2008).

PARTE III

MARINA FONTÃO ZAGO

Mestre em **Gestão e Políticas Públicas** pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo (EAESP/FGV - 2011). Doutoranda em Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP - 2007). Advogada.

PARTE IV

JULIANA BONACORSI DE PALMA

Doutora e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). *Visiting scholar* pela Washington College of Law (American University) e pelo MacMillan Center (Yale University). Professora do programa de pós-graduação *lato sensu* na FGV-Direito-SP, na Faculdade de Direito da USJT e na Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). LL.M. *candidate* pela Yale Law School.



ESTRUTURA DA COLEÇÃO

Volume 1 - Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo

Volume 2 - Administração Pública e Servidores Públicos

Volume 3 - Direito Administrativo dos Bens e Restrições Estatais à Propriedade

Volume 4 - Funções Administrativas do Estado

Volume 5 - Ato Administrativo e Procedimento Administrativo

Volume 6 - Licitação e Contratos Administrativos

Volume 7 - Controle da Administração Pública e Responsabilidade do Estado

Possui

Empre-
culda-
ntifícia

o(USP).
elo Ma-
ção *lato*
rasileira



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
SOBRE A COORDENADORA - MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.....	9
SOBRE OS AUTORES - ALINE LÍCIA KLEIN E FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	11
SOBRE OS COLABORADORES	12
ESTRUTURA DA COLEÇÃO	13
PARTE I SERVIÇO PÚBLICO E SUAS DIFERENTES ACEPTÕES	
INTRODUÇÃO.....	29
CAPÍTULO 1 - EVOLUÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	31
1. Serviço público e direito administrativo.....	31
2. Serviço público no direito francês: as escolas do serviço público.....	34
3. Serviço público na <i>common law</i> : <i>as public utilities</i>	41
4. Evolução da noção de serviço público no direito europeu	45
5. Origens e evolução da noção de serviço público no direito brasileiro.....	48
6. Mudanças da configuração do Estado e seu impacto para a noção de serviço público: as crises da noção de serviço público	55
7. Bibliografia	59
CAPÍTULO 2 - DELIMITAÇÃO DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	71
1. Concepções de serviço público	71
2. Serviço público e função pública	71
3. Serviço público e serviço social.....	73
4. Serviço público e bem público	73
5. Serviço público x Serviço de interesse econômico geral.....	74
6. Bibliografia	77

CAPÍTULO 3 - SERVIÇO PÚBLICO NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....		89
1.	Serviço público nas Constituições brasileiras.....	89
1.1	Competências federativas na prestação dos serviços públicos.....	93
1.2	A mudança de enfoque: de exclusividade estatal para direito do cidadão... ..	94
1.2.1	Titularidade estatal <i>versus</i> exclusividade estatal	94
1.2.2	Concorrência e monopólio.....	96
1.2.3	Serviço público e atividade econômica: uma dicotomia ainda útil?	98
1.2.4	Dever do Estado <i>versus</i> prerrogativa do Estado	100
1.3	Principais normas constitucionais relativas aos serviços públicos.....	102
1.3.1	Art. 21	102
1.3.2	Art. 173	102
1.3.3	Art. 175	103
2.	Bibliografia.....	104
CAPÍTULO 4 - CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO PÚBLICO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		115
1.	Características do serviço público	115
1.1	Titularidade estatal - <i>Publicatio</i>	117
1.2	Regime jurídico do serviço público	117
1.2.1	O regime público	117
1.2.2	Universalização, continuidade e isonomia	119
1.2.3	Descontinuidade da prestação.....	124
1.2.4	Regulação dos serviços públicos	125
1.3	Remuneração dos serviços públicos e política tarifária	127
1.4	Prestação e concorrência	132
1.4.1	Serviços públicos em monopólio	132
1.4.2	Serviços públicos em concorrência	133
1.5	Consumidor usuário	134
2.	Bibliografia	135
CAPÍTULO 5 - FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		147
1.	Formas de prestação do serviço público	147
1.1	Desconcentração	147
1.2	Descentralização	147
1.3	Concessão	149
1.3.1	Concessão comum	154
1.3.2	Parcerias Público-Privadas - PPP	155
1.4	Permissão	158

1.5
1.6
1.7
1.8
1.9
2. Bibli
CAPÍTU
1. Mar
1.1
1.2
2. Bib
CAPÍT
1. O c
1.1
1.2
1.3

1.5	Autorização	159
1.6	Consórcio público	164
1.7	Contratos de gestão	166
1.8	Termos de parceria com OSCIP	169
1.9	Formas <i>sui generis</i>	171
2.	Bibliografia	172

CAPÍTULO 6 - MARCOS REGULATÓRIOS DO SERVIÇO PÚBLICO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO 183

1.	Marcos regulatórios do serviço público.....	183
1.1	Institucionais	183
1.1.1	Lei 8.987/1995.....	183
1.1.2	Lei 9.074/1995.....	186
1.1.3	Lei 11.079/2004.....	188
1.2	Marcos legais setoriais	190
1.2.1	Saneamento	191
1.2.2	Telecomunicações.....	197
1.2.3	Transporte (terrestre, aéreo, aquático).....	199
1.2.4	Portos	202
1.2.5	Energia	206
1.2.6	Distribuição de gás.....	207
1.2.7	Serviço postal	210
2.	Bibliografia.....	211

**PARTE II
PODER DE POLÍCIA**

CAPÍTULO 1 - CONCEITO DE PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN 225

1.	O conceito de poder de polícia.....	225
1.1	A construção histórica do conceito de poder de polícia	225
1.1.1	A origem da atividade de polícia.....	226
1.1.2	Poder de polícia no período absolutista.....	226
1.1.3	Poder de polícia no Estado de Direito	228
1.2	O monopólio estatal da violência legítima	229
1.2.1	O monopólio da violência como fundamento do Estado Moderno ...	229
1.2.2	A instrumentalidade do emprego da violência legítima.....	230
1.2.3	A decisão acerca da utilização da violência legítima.....	231
1.2.4	O monopólio da violência e as atividades de polícia administrativa..	231
1.3	A atividade de polícia no Estado Democrático de Direito: a limitação das competências e do emprego da coerção pela lei	232

1.3.1	A criação e limitação das competências de polícia administrativa pelo ordenamento jurídico.....	232	
1.3.2	Poder de polícia e autoridade estatal.....	233	
1.3.3	O exercício democrático do poder de polícia	235	
1.4	Conceituação de poder de polícia na atualidade	236	
1.4.1	Conceito operacional de poder de polícia	236	
1.4.2	Definição da extensão dos direitos pela lei.....	237	
1.4.3	Sentido amplo e sentido restrito do poder de polícia	238	
1.4.4	Polícia administrativa e polícia judiciária	239	
1.4.5	Polícia geral e polícias especiais	239	
1.4.6	O conceito de Administração ordenadora	240	1.2
2.	Bibliografia	241	
CAPÍTULO 2 - A FINALIDADE DO PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN..		245	
1.	A finalidade do poder de polícia	245	
1.1	A definição de ordem pública.....	245	
1.2	A evolução do conceito de ordem pública	246	2. Bibli
1.3	O poder de polícia e a realização dos direitos fundamentais	249	CAPÍTU
1.4	A sociedade de risco.....	250	
2.	Bibliografia	252	1. As d
CAPÍTULO 3 - O FUNDAMENTO DO PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN		255	1.1
1.	O fundamento do poder de polícia	255	1.2
1.1	A supremacia estatal.....	255	
1.2	A diferenciação entre supremacia geral e especial e os limites de aplicação dos conceitos	256	
1.3	Os direitos fundamentais como fundamento do poder de polícia.....	259	
2.	Bibliografia	260	1.3
CAPÍTULO 4 - A TITULARIDADE DO PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN		261	
1.	A titularidade do poder de polícia.....	261	
1.1	Discriminação de competências federativas	261	1.4
1.2	Delegação administrativa do poder de polícia	261	1.5
2.	Bibliografia	262	
CAPÍTULO 5 - O CONTEÚDO DA ATIVIDADE DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN		263	
1.	O conteúdo da atividade de polícia.....	263	
1.1	Atos ampliativos de direitos dos particulares.....	263	

tiva	1.1.1 Consentimento para o desenvolvimento de atividades privadas	264
..... 232	1.1.1.1 As autorizações e as licenças	264
..... 233	1.1.1.2 O atendimento de múltiplos interessados nos atos amplia-	
..... 235	tivos.....	267
..... 236	1.1.1.3 Extinção dos atos ampliativos.....	269
..... 236	1.1.2 Atos que conferem certeza e segurança jurídica a atos privados	270
..... 237	1.1.2.1 A certeza legal	270
..... 238	1.1.2.2 Atividade notarial e de registro.....	271
..... 239	1.1.2.2.1 A natureza jurídica da atividade	272
..... 239	1.1.2.2.2 Alguns aspectos do regime jurídico	273
..... 240	1.2 Condicionamentos de direitos dos particulares	276
..... 241	1.2.1 Distinção dos sacrifícios de situações de mero interesse	277
FIN.. 245	1.2.2 Distinção dos sacrifícios de direitos	277
..... 245	1.2.3 As manifestações dos condicionamentos de direitos	279
..... 245	1.2.4 A execução dos condicionamentos de direitos.....	281
..... 246	2. Bibliografia	281
..... 249		
..... 250	CAPÍTULO 6 - AS DIVERSAS MANIFESTAÇÕES DA ATIVIDADE DE POLÍCIA	
..... 252	ADMINISTRATIVA - ALINE LÍCIA KLEIN.....	285
	1. As diversas manifestações da atividade de polícia administrativa.....	285
LÍCIA	1.1 As relações entre as diversas fases do ciclo de polícia.....	286
..... 255	1.2 Ordem de polícia	286
..... 255	1.2.1 Poder normativo da administração	287
..... 255	1.2.2 As normas técnicas.....	289
cação	1.2.2.1 A atividade de normatização	290
..... 256	1.2.2.2 Os documentos normativos.....	291
..... 259	1.2.2.3 A recepção das normas privadas pelo Estado	291
..... 260	1.2.2.4 A produção de normas técnicas no Direito nacional.....	293
LÍCIA	1.3 Consentimento de polícia.....	295
..... 261	1.3.1 A avaliação da conformidade	296
..... 261	1.3.2 A relevância da avaliação da conformidade para o exercício da fun-	
..... 261	ção administrativa.....	298
..... 261	1.4 Fiscalização de polícia	298
..... 262	1.5 Sanção de polícia.....	300
LÍCIA	1.5.1 Sanção e repressão	301
..... 263	1.5.2 A sanção administrativa.....	301
..... 263	1.5.3 A sanção administrativa e a atividade de polícia administrativa	302
..... 263	1.5.3.1 A finalidade das medidas de polícia administrativa e a da	
	sanção administrativa	303

1.5.3.2	Algumas repercussões da diferenciação.....	305
1.5.3.3	A inclusão da aplicação de sanção no ciclo das atividades de polícia administrativa.....	307
1.5.4	O regime jurídico da sanção administrativa.....	307
1.5.4.1	Princípio da legalidade.....	308
1.5.4.2	Princípio da tipicidade.....	308
1.5.4.3	Princípio da culpabilidade.....	310
1.5.4.4	Princípio da proporcionalidade.....	310
1.5.4.5	O devido processo sancionatório.....	310
2.	Bibliografia.....	311
CAPÍTULO 7 - A "CRISE" DA NOÇÃO DE PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN		315
1.	A "crise" da noção de poder de polícia.....	315
1.1	A busca por uma noção autônoma e suficiente de poder de polícia.....	315
1.2	A preocupação com o manejo arbitrário do poder de polícia.....	316
1.3	A permanência da atividade de polícia como função administrativa diferenciada.....	316
2.	Bibliografia.....	318
CAPÍTULO 8 - PODER DE POLÍCIA E OUTRAS FUNÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ALINE LÍCIA KLEIN		319
1.	Poder de polícia e outras funções da administração pública.....	319
1.1	Poder de polícia e serviço público.....	319
1.1.1	A distinção teórica dos conceitos: caráter restritivo e prestacional....	319
1.1.2	A aproximação da atividade de polícia administrativa com o serviço público.....	320
1.2	Poder de polícia e regulação.....	323
1.3	Poder de polícia e fomento.....	325
2.	Bibliografia.....	326
CAPÍTULO 9 - LIMITES DO PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN		329
1.	Limites do poder de polícia.....	329
1.1	O poder de polícia e o princípio da legalidade.....	329
1.1.1	A vinculação e a discricionariedade nas competências administrativas.....	331
1.1.2	A denominada "discricionariedade técnica".....	332
1.1.3	A vinculação e a discricionariedade nas previsões legais de polícia administrativa.....	334
1.2	O poder de polícia e o princípio da proporcionalidade.....	336
2.	Bibliografia.....	339

CAPÍTU

1. A ex

1.1

1.2

1.3

2. Bibi

CAPÍTU

1. Op

1.1

1.2

1.3

1.4

2. Bib

CAPÍTU

1. A d

1.1

1.2

1.3

CAPÍTULO 10 - A EXIGIBILIDADE E A AUTOEXECUTORIEDADE DOS ATOS DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA - ALINE LÍCIA KLEIN		341
1.	A exigibilidade e a autoexecutoriedade dos atos de polícia administrativa	341
1.1	Medidas de polícia administrativa e coerção	341
1.2	A exigibilidade	342
1.3	A autoexecutoriedade	343
1.3.1	Hipóteses previstas em lei	344
1.3.2	Incidência de autoexecutoriedade sem previsão legal	346
1.3.3	Autoexecutoriedade, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade	347
2.	Bibliografia	348
CAPÍTULO 11 - O PODER DE POLÍCIA E OS PODERES PRIVADOS - ALINE LÍCIA KLEIN		349
1.	O poder de polícia e os poderes privados	349
1.1	O surgimento de novos centros de poderes	349
1.2	As manifestações de poderes no âmbito da autonomia privada	351
1.3	O poder jurídico como gênero	352
1.4	Exemplos de manifestações de exercício de poderes privados	353
1.4.1	Segurança privada	353
1.4.2	Associações privadas	355
1.4.3	Autorregulação	356
1.4.3.1	A autorregulação como manifestação da autonomia privada	356
1.4.3.2	Os elementos e o conteúdo da autorregulação	357
1.4.3.3	Os efeitos do descumprimento da autorregulação	358
1.4.3.4	A atribuição de efeitos públicos à autorregulação	359
1.4.3.5	As modalidades de autorregulação	360
2.	Bibliografia	361
CAPÍTULO 12 - A DELEGAÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA A ENTIDADES PRIVADAS - ALINE LÍCIA KLEIN		365
1.	A delegação do exercício de poder de polícia a entidades privadas	365
1.1	A afirmação doutrinária da indelegabilidade da polícia administrativa	366
1.2	Alguns dos critérios propostos pela doutrina para a delimitação da matéria delegável	367
1.3	Os limites da delegação do exercício de poder de polícia a particulares: a delimitação da parcela da função estatal indelegável	369
1.3.1	Atividades essencialmente públicas	370
1.3.1.1	A definição de atividades essencialmente públicas	370
1.3.1.2	Os princípios da soberania e republicano	371
1.3.1.3	O monopólio estatal da violência	372

1.3.2	Limites para a delegação	372
1.3.2.1	Primeiro limite necessário: impossibilidade de delegação do uso da força	372
1.3.2.2	Segundo limite necessário: impossibilidade de delegação ampla de poder decisório	373
1.3.2.3	A necessidade de proteção adequada dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos	375
1.4	Requisitos para a delegação do exercício de poder de polícia.....	376
1.4.1	Prévia programação dos critérios e procedimentos a serem observados	376
1.4.2	Garantia de objetividade e impessoalidade na execução das atividades delegadas.....	379
1.4.3	Delegação do exercício dos poderes públicos necessários ao desempenho da atividade principal	380
1.4.4	A necessidade de autorização legal para a delegação do exercício de poder de polícia.....	381
1.5	O exercício de poder de polícia por empresas estatais.....	382
1.5.1	O monopólio estatal do uso da força e as entidades privadas da Administração indireta	383
1.5.2	O regime de pessoal das entidades regidas pelo direito privado e o exercício de atividades de polícia administrativa.....	383
1.5.3	A possível incompatibilidade entre a execução de atividades de polícia administrativa e a presença de recursos privados no capital da empresa estatal.....	386
1.6	A jurisprudência sobre o exercício privado de poder de polícia	388
1.6.1	O entendimento acerca dos conselhos profissionais	388
1.6.2	Trânsito veicular: o caso BHTrans	389
2.	Bibliografia.....	391
CAPÍTULO 13 - A POSSIBILIDADE DE CONTRATUALIZAÇÃO DO EXERCÍCIO DE PODER DE POLÍCIA - ALINE LÍCIA KLEIN		395
1.	A possibilidade de contratualização do exercício de poder de polícia	395
1.1	A consensualidade na atividade administrativa	396
1.2	A contratualização do exercício de uma competência administrativa em substituição ao ato unilateral	397
1.3	A compatibilidade entre a contratualização e o princípio da indisponibilidade do interesse público	398
1.4	A contratualização e o poder de polícia.....	399
2.	Bibliografia	401

**PARTE III
FOMENTO**

CAPÍTULO 1 - NOÇÕES GERAIS SOBRE O FOMENTO ESTATAL - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		405
1.	Noções gerais	405
1.1	O fomento como forma de intervenção estatal na ordem econômica.....	405
1.1.1	Intervenção estatal na ordem econômica	405
1.1.2	Alteração da atuação estatal na ordem econômica: de formas mais diretas de intervenção para formas mais indiretas de intervenção	406
1.2	O fomento estatal.....	408
1.2.1	Definição e principais características	412
1.2.1.1	Fomento estatal	414
1.2.1.2	Concessão de incentivo.....	415
1.2.1.3	Incentivo positivo ou negativo.....	416
1.2.1.4	Objeto do fomento: atividades econômicas	417
1.2.1.5	Relevância pública das atividades econômicas fomentadas .	418
1.2.1.6	A consensualidade na adesão ao fomento	420
1.2.1.7	Multiplicidade de instrumentos de viabilização	423
1.2.2	Fomento e poder de polícia.....	423
1.2.3	Fomento e regulação.....	424
1.2.4	Fomento e serviço público	425
2.	Bibliografia	427
CAPÍTULO 2 - ELEMENTOS DO FOMENTO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		429
I.	Elementos do fomento	429
1.1	Objetos do fomento: setores ou atores	430
1.2	Agentes do fomento	433
1.3	Instrumentos.....	435
1.3.1	Transferências diretas de recursos públicos	437
1.3.2	Financiamento em condições favoráveis	441
1.3.3	Concessão de garantias creditórias	444
1.3.4	Desoneração tributária	445
1.3.5	Participação societária estatal minoritária	449
1.3.6	Privilégios nas contratações públicas.....	453
1.3.7	Disponibilização de bens e recursos públicos.....	456
1.3.8	Apoio institucional e capacitação	458
1.3.9	Simplificação de procedimentos administrativos e trâmites burocráticos	459

CAPÍTULO 2 - A REGULAÇÃO COMO MECANISMO DE INTERVENÇÃO ESTATAL - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	541
1. A regulação como mecanismo de intervenção estatal	541
1.1 Modalidades de intervenção estatal e a regulação	543
1.1.1 As modalidades de intervenção estatal	543
1.1.2 Regulação e poder de polícia	544
1.2 A regulação como função estatal: o dever de regular	547
1.3 A autorregulação	547
1.4 O fomento como técnica regulatória	549
2. Bibliografia	549
CAPÍTULO 3 - MECANISMOS REGULATÓRIOS - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO.....	563
1. Mecanismos regulatórios.....	563
1.1 Instrumentos regulatórios baseados na autoridade.....	564
1.1.1 A regulação normativa.....	566
1.1.2 A regulação fiscalizatória.....	569
1.1.3 A regulação sancionadora	572
1.1.4 A regulação adjudicatória.....	574
1.2 Instrumentos regulatórios baseados no consenso	574
1.2.1 Função regulatória de recomendação das agências reguladoras	575
1.2.2 Função arbitral das agências reguladoras	576
1.2.3 Os acordos regulatórios	577
2. Bibliografia	578
CAPÍTULO 4 - A ESPECIALIZAÇÃO DA REGULAÇÃO EM SUBSISTEMAS - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	593
1. A especialização da regulação em subsistemas	593
1.1 A tendência de especialização da regulação em subsistemas	594
1.2 Implicações da regulação setorial.....	596
1.2.1 Particularização da dinâmica regulatória setorial.....	597
1.2.2 Criação de estruturas regulatórias específicas.....	598
1.2.3 Finalidades públicas setoriais	599
1.3 O papel da regulação no equilíbrio interno ao subsistema	600
1.4 Relação entre regulação setorial e as demais normas jurídicas	601
2. Bibliografia	604
CAPÍTULO 5 - LIMITES À ABRANGÊNCIA E À INTENSIDADE DA REGULAÇÃO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO	617
1. Limites à abrangência e à intensidade da regulação	617
1.1 A proporcionalidade e a necessária relação entre regulação e finalidades públicas	618

1.1.1	Pluralidade de finalidades públicas e discricionariedade na determinação dos fins.....	619
1.1.2	Regulação e políticas públicas	621
1.2	Compreensão das escolhas regulatórias	622
1.2.1	A avaliação de impacto regulatório	624
1.2.1.1	A análise de custo-benefício	627
1.2.1.2	A análise de custo-efetividade	628
1.2.1.3	A análise de multicritérios	628
1.2.2	Escolha dos instrumentos regulatórios	629
1.3	A atividade de planejamento na regulação	632
1.4	O papel da motivação na tomada de decisão regulatória	634
2.	Bibliografia	637
CAPÍTULO 6 - GOVERNANÇA PÚBLICA NA REGULAÇÃO - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		651
1.	Governança pública na regulação.....	651
1.1	Participação administrativa.....	652
1.1.1	Audiências e consultas públicas	654
1.1.2	Dinâmica de diálogo na participação administrativa e vício de motivação.....	657
1.2	Transparência administrativa	659
1.3	Coordenação entre os setores regulados.....	660
1.4	Controle da regulação	662
1.4.1	Controle interno	664
1.4.2	Controle externo.....	666
2.	Bibliografia	669
CAPÍTULO 7 - ESTRUTURAÇÃO E REGULAÇÃO SETORIAL - FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO		685
1.	Estruturação e regulação setorial.....	685
1.1	O modelo de “agências reguladoras”	686
1.2	Anatel e o setor de telecomunicações.....	687
1.3	Aneel e o setor de energia elétrica.....	690
1.4	ANP e o setor de petróleo e gás natural	693
1.5	ANTT, Antaq e o setor de transportes	695
1.6	ANA e o setor de recursos hídricos	698
1.7	Anvisa e o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária	700
1.8	O setor de saneamento básico.....	701
2.	Bibliografia	703
OUTRAS OBRAS DOS AUTORES		717



PARTE III

FOMENTO



FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO
com colaboração de Marina Fontão Zago

Capítulo 1

NOÇÕES GERAIS SOBRE O FOMENTO ESTATAL

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Noções gerais: 1.1 O fomento como forma de intervenção estatal na ordem econômica; 1.1.1 Intervenção estatal na ordem econômica; 1.1.2 Alteração da atuação estatal na ordem econômica: de formas mais diretas para formas mais indiretas de intervenção; 1.2 O fomento estatal: 1.2.1 Definição e principais características; 1.2.2 Fomento e poder de polícia; 1.2.3 Fomento e regulação; 1.2.4 Fomento e serviço público - 2. Bibliografia.

1. NOÇÕES GERAIS

O fomento é uma função estatal que, tradicionalmente, sempre recebeu pouca atenção da doutrina. O tema, contudo, começa a chamar a atenção, tendo em vista a relevância que passa a assumir entre as atividades estatais.

Como forma de intervenção indireta estatal na economia, o fomento é capaz de viabilizar a satisfação de necessidades e interesses públicos com mínima restrição na liberdade e propriedade privada, e sem que o Estado assuma para si a prestação de uma atividade. Num cenário de crescentes demandas sociais, acompanhado de limitação de recursos públicos, o fomento vem se apresentando como forma eficiente para permitir que essas demandas sejam, a partir de estímulos estatais, promovidas pelo próprio setor privado.

1.1 O fomento como forma de intervenção estatal na ordem econômica

1.1.1 *Intervenção estatal na ordem econômica*

A Constituição Federal delimita os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, que fundamentam e direcionam a atuação do Estado brasileiro.¹ O

1. "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza

texto constitucional, seguido pelo ordenamento jurídico brasileiro, também elenca diversos direitos subjetivos dos cidadãos, dos quais decorrem deveres estatais.² Cabe então ao Estado viabilizar os diversos direitos e demandas da sociedade, o que faz especialmente por meio da formalização e implementação de políticas públicas.

Nessa toada, ainda que a Constituição Federal tenha elegido a *livre-iniciativa como pedra basilar da ordem econômica* (art. 170, *caput*),³ ela a colocou lado a lado com *outros valores igualmente relevantes*, tais como a valorização do trabalho humano, a garantia de existência digna a todos os cidadãos, a proteção do meio ambiente, a defesa do consumidor, a busca do pleno emprego e a redução de desigualdades regionais e sociais. Cabe ao Estado assegurar que a ordem econômica brasileira desenvolva-se dentro dos quadrantes traçados pelo texto constitucional, tendo a livre-iniciativa como seu fundamento e a viabilização dos demais valores como seus fins.

O Estado dispõe de variados mecanismos para intervir na ordem econômica, de modo a direcioná-la ao cumprimento desses fins públicos. Há instrumentos diversos, que vão desde o enquadramento de uma atividade como monopólio estatal, passam pelo exercício direto de atividades econômicas (por meio de empresas estatais), pela sujeição da atividade ao regime de serviço público, pela normatização e regulação da atividade, até chegar ao fomento público.

Cada uma dessas formas de intervenção admite formulação e intensidade diversas, conforme o setor em que se intervém e as finalidades públicas visadas. Elas podem ser manejadas de modo a se alcançar a melhor combinação capaz de, sem infringir a livre-iniciativa, assegurar que a ordem econômica caminhe para o alcance dos fins sociais consagrados pela ordem jurídica brasileira.

1.1.2 Alteração da atuação estatal na ordem econômica: de formas mais diretas de intervenção para formas mais indiretas de intervenção

As duas últimas décadas marcam uma alteração da forma de intervenção estatal na ordem econômica, com a troca de instrumentos diretos de atuação para instrumentos indiretos.

e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

2. Mencione-se, exemplificativamente, o art. 5.º (que arrola direitos fundamentais), o art. 6.º (direitos sociais) e art. 7.º (direitos trabalhistas).

3. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

A atuação estatal no domínio econômico foi, por muito tempo, marcada pela *intervenção direta*, assim considerada como *a produção direta de infraestrutura, bens e serviços pelo Estado*. Esse papel foi levado a cabo por empresas estatais monopolistas ou exploradoras exclusivas de atividades econômicas consideradas essenciais para o interesse nacional, por meio da estatização de atividades econômicas por razões estratégicas, com a afirmação da soberania estatal.⁴

Concomitantemente ao processo de redução dos mecanismos de intervenção direta vivenciado na década de 90, o Estado passa a expandir e fortalecer os instrumentos de *intervenção indireta*. Trata-se aqui não mais da assunção pelo Estado da atividade econômica em si, mas de sua atuação no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia. São *atuações estatais que fortemente influenciam (por indução ou coerção) a ação dos atores privados atuantes num dado segmento da economia* – sem, contudo, que o Estado assumira ele próprio a execução dessas atividades.

É importante frisar que a passagem da intervenção estatal mais direta na economia para uma intervenção que se utiliza predominantemente de instrumentos de intervenção indireta não significa que haja “menos” intervenção ou que o Estado esteja presente em menor intensidade. Há uma *mudança qualitativa*, na forma de intervenção estatal, que não necessariamente enseja uma alteração no *quantum* dessa intervenção. Tanto é assim que, atualmente, continua existindo setores econômicos submetidos à intensa regulação estatal.

A intensificação da intervenção estatal na economia – agora exercida predominantemente por formas indiretas – visa a fazer frente às crescentes necessidades coletivas a serem satisfeitas, que se expandiram notadamente a partir da Constituição Federal de 1988. Ao mesmo tempo, o texto constitucional previu a excepcionalidade da intervenção direta do Estado na ordem econômica (conforme art. 173),⁵ privilegiando assim a satisfação dos interesses coletivos pelos mecanismos de intervenção estatal indireta.

Forma-se então o contexto – de um lado, as crescentes demandas sociais a serem implementadas pelo Estado; doutro, a excepcionalidade da intervenção estatal direta – de grande crescimento dos mecanismos indiretos de intervenção estatal, tal como o fomento.⁶ Ao fomentar determinada atividade, o Estado intervém no domínio eco-

4. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. *Conjuntura Informação*. vol. 15. p. 2-9. 2001. Sobre o tema, ver, ainda, o histórico sobre o papel das empresas estatais na implementação da política econômica nacional construído por: GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas – Teoria e prática no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, notadamente no Capítulo 3 – O Estado e as Empresas Estatais no Desenvolvimento Econômico, p. 63-82.

5. “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)”

6. Marcos Juruena Villela Souto também relaciona o crescimento da importância dos instrumentos de intervenção indireta e, especificamente, o fomento estatal) como consequência da redução da

nômico, direcionando-o para o cumprimento de fins de relevância social, sem, contudo, assumir para si a execução da atividade econômica.

O fomento é, assim, um mecanismo de *intervenção estatal indireta*, que vem sendo amplamente utilizado pelo Poder Público para conduzir e estimular agentes privados a executar atividades econômicas que ensejam a produção de benefícios sociais.⁷ Mais do que isso, o fomento constitui a forma mais branda de intervenção estatal, na medida em que, além de indireta, cuida de uma intervenção por incentivo ou indução, sem envolver o manejo de autoridade.

1.2 O fomento estatal

Os *objetivos, fundamentos e limites* do fomento estatal podem ser extraídos do próprio art. 170 da CF/1988, de forma equivalente ao que ocorre com os demais mecanismos de intervenção estatal na economia. A busca pela adequação da ordem econômica aos fins previstos no art. 170 da CF/1988 (bem como aos demais objetivos visados pela República Federativa do Brasil) não apenas *fundamenta* o fomento estatal, como também representa os *objetivos* que devem ser buscados por essa intervenção. Em outras palavras, por um lado o fomento (que implica a destinação de variados recursos públicos para uma atividade ou agente econômico) tem por fundamento a efetivação dos objetivos da própria ordem econômica, conforme arrolados no art. 170 da CF/1988, bem como dos demais fins coletivos identificados em políticas públicas. Por outro, a efetivação desses objetivos é igualmente o fim a ser buscado pelo fomento. A aplicação e destinação de recursos públicos (humanos,

intervenção direta estatal na economia, viabilizada notadamente por meio do programa de desestatização. Nas palavras do autor: "Os programas de desestatização, capitaneados pelos processos de privatizações e concessões e liquidação de empresas, buscam corrigir tais distorções, repensando o papel do Estado e sua estrutura. Assume, ainda, especial relevância a função de fomento, pela qual o Estado incentiva os particulares a desenvolver razões de interesse público ao invés dele próprio incorporar estruturas à Administração para empreendê-las. É a substituição do Estado do Bem-Estar pelo Estado-instrumento, afinal, o Estado moderno é aquele que viabiliza o adequado atendimento dos interesses da sociedade, mas não aquele que, necessariamente, os presta diretamente" (VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 7).

7. Waleska Vasconcelos destaca o crescimento da importância da função administrativa de fomento, apontando a enorme variabilidade de possibilidades que essa atividade estatal pode se revestir como seu grande atrativo: "Falar na existência de uma nova gestão administrativa planejada que busca resultados equilibrados pela eficiência, garantindo a participação popular para consolidação dos ideais da democracia e da dignidade da pessoa humana é fazer referência à redescoberta da atividade estatal de fomento. A atividade de fomento deve ser compreendida enquanto um poderoso instrumento de intervenção econômica e social do Estado instigar a criatividade e a inteligência dos agentes públicos no exercício da função administrativa voluntária para proteger e/ou promover ações públicas que visem à satisfação indireta de necessidades públicas induzindo, mediante estímulos e incentivos, os agentes fomentados a adotarem certos comportamentos". *Eficiência, planejamento público e redescoberta da atividade de fomento. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCCP*. ano 5. n. 50. Belo Horizonte. fev. 2006. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=33943]. Acesso em: 30.06.2014.

financeiros ou bens) para a viabilização do fomento é justificada pelo alcance de fins de interesse público.

A principal especificidade do fomento em relação a outras formas de intervenção está na *estrutura da atuação estatal* adotada na busca de tais objetivos: no fomento, o Estado não atua diretamente na economia e nem se utiliza de meios coercitivos. O Estado usa mecanismos de estímulos e desestímulos para incentivar a realização de uma conduta desejada – conduta essa que, espera-se, irá contribuir para a efetivação dos objetivos arrolados no art. 170 da CF/1988, entre outros – por aqueles que queiram, voluntariamente, executá-la. A partir desse incentivo ou desincentivo estatal, gera-se um benefício que estimula o agente econômico a executar a conduta visada pelo Poder Público. Dessa forma, a satisfação de fins de interesse público (objetivo comum às diferentes formas de fomento) será buscada por meio de intervenção estatal mínima na propriedade e na liberdade, e dependerá do consenso do agente do fomento.

Interessante notar que o art. 170 traz uma pauta de objetivos que devem ser perseguidos na ordem econômica, objetivos esses que, por sua vez, apenas excepcionalmente podem ser buscados pela intervenção direta do Estado, conforme determina o art. 173. Abre-se então campo para o fomento estatal, atividade por meio da qual *o Estado incentiva o próprio setor privado⁸ no desenvolvimento de atividades econômicas que ensejam externalidades positivas para sociedade, direcionando assim a ordem econômica para os fins determinados pela Constituição Federal.*

O fundamento jurídico do fomento estatal reside especialmente no art. 174 da CF/1988, que determina que “[c]omo agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O dispositivo prevê o papel estatal de regulação da ordem econômica, direcionando-a para os fins traçados pelo art. 170, bem como outros dispositivos constitucionais. Para tal regulação, o Estado pode utilizar-se especialmente de três diferentes funções: a *fiscalização* da economia (função estatal coercitiva); a *indução*, o incentivo ao setor privado (função estatal fomentadora); e o *planejamento* estatal,⁹ com a identificação dos objetivos a serem priorizados pelo Estado, e os meios para seu alcance.

A Constituição prevê, assim, um rol de mecanismos e estruturas que poderão ser utilizados e combinados pelo Estado na regulação (em sentido amplo) da econo-

8. Ressalte-se que o uso do termo “setor privado”, neste Capítulo, busca fazer oposição ao “setor público”, abrangendo, em regra, também o chamado “terceiro setor”. O objetivo é estudar o direcionamento estatal de atividades econômicas, de modo que seu exercício gere benefícios apropriáveis por toda a sociedade, sem a assunção direta de tal atividade pelo Estado.

9. Para uma análise sobre planejamento estatal e algumas questões a ele relacionadas, ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOPES QUEIROZ, José Eduardo, Planejamento. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 681-740.

Enquanto os mecanismos indutores contrapõem-se aos instrumentos coercitivos, a atividade de fomento estatal busca o alcance de fins públicos por meios indutores não coercitivos, e deve estar aderente ao planejamento estatal de metas econômicas e de desenvolvimento do país e suas regiões.

O fomento atua de modo a induzir (e não a coagir) a conduta comissiva ou omissiva de um agente econômico, interferindo nas suas decisões. Nele, destaca-se a *função promocional* do Direito, em contraposição à sua função coercitiva.

O fomento interfere especialmente na formação da oferta ou da demanda. Ele pode buscar estimular a oferta de determinado produto/serviço cuja produção entende-se que gerará externalidades positivas para sociedade, ou desestimulá-la, no caso inverso. Pode, ainda, focar-se na demanda, estimulando o consumo de um bem ou serviço que gere externalidades positivas para a sociedade, ou desestimular esse consumo.¹⁰

A estrutura adotada no fomento se distingue, assim, de outras formas de intervenção estatal (tais como regulação estatal ou poder de polícia, conforme será detalhado nos itens 1.2.3 e 1.2.4 deste capítulo). No fomento, a ação estatal é estruturada de modo a identificar, num universo de condutas igualmente válidas e juridicamente permitidas, uma conduta específica que, por gerar externalidades positivas para a sociedade, entende-se que deve ser incentivada. Observe-se que tal estímulo pode ser alcançado de forma direta (por meio da concessão de benefícios diretos que decorrerão para o agente econômico em função do exercício dessa atividade) ou indireta (por meio da colocação de ônus para determinada conduta que não geram benefícios à sociedade e, por via indireta, com maior incentivo para a conduta que se visa a estimular). Ambas ensejam o mesmo resultado: a geração de um benefício (direto ou indireto) para o agente econômico executar uma determinada conduta que gera externalidades positivas para a sociedade. Tendo em vista tais benefícios a serem colhidos pelos agentes econômicos, espera-se induzi-los a executar a conduta fomentada. Eles, contudo, podem optar entre executar ou não a conduta, e se submeter ou não ao fomento estatal.

No fomento, há mera expectativa por parte do Poder Público de que, a partir dos incentivos concedidos, os agentes econômicos irão executar a atividade incentivada. Tal expectativa, contudo, tem por base apenas os incentivos econômicos concedidos, sendo que, nessa forma de fomento, inexistem coerção, sanção ou manejo de autoridade estatal para compelir o agente a executar a conduta fomentada. A ação estatal fomentadora estrutura-se, assim, com base num *estímulo estatal* (para o qual o agente

10. "A atuação estatal pode se dar tanto na promoção da demanda, assegurando mercado para determinados produtos e garantindo a subsistência de setores especialmente sensíveis às oscilações de procura, bem como no estímulo da oferta, incentivando os próprios produtores, franqueando-lhes os recursos e instrumentos que se entendam necessários ao desenvolvimento de determinada atividade." SILVA, Danilo Tavares da, *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010. p. 57.

econômico opta por se submeter ou não), não na forma de imposição de conduta cumulada com sanção pelo descumprimento.

Eros Grau, ao trabalhar a distinção entre normas de intervenção por direção (em que estão presentes comandos imperativos, de cogência) e normas de intervenção por indução (em que estão presentes comandos prescritivos e dispositivos), expõe o caráter de “convite” da norma, que deverá buscar “atrair” seus destinatários para a realização das ações visadas pela norma.¹¹

O uso de incentivos estatais para estimular condutas consideradas adequadas é a base da tese desenvolvida por Richard Thaler e Cass Sunstein, o *libertarian paternalism*, que parte da premissa que, embora todos devam ser livres para escolher, essa escolha pode ser direcionada para as melhores opções. O *nudge*, ou “cutucão”, seria uma forma de o Estado influenciar na “arquitetura das escolhas”, e estaria num meio-termo entre a inação estatal (com potenciais danos causados por possíveis escolhas erradas) e a imposição de condutas por meio da estrutura coativa (com restrição à liberdade individual).¹² Valorizam-se a autonomia e livre-iniciativa, sem descuidar da busca da satisfação de necessidades coletivas – porém por meio de técnicas de indução e estímulos, no lugar das técnicas de coação.

Nessa esteira, o principal traço diferenciador da função fomentadora de outras funções estatais – tais como serviço público, regulação e poder de polícia – é a estrutura da ação estatal e não os fins buscados. Todas as formas de ação estatal convergem, à medida que buscam a efetivação de fins de relevância e interesse públicos. As formas de intervenção estatal na economia têm todas elas por objetivo moldar a ordem econômica para a consecução dos fins arrolados no art. 170 da CF/1988, bem como outros fins previstos na Constituição. Eis então que Mariano Baena del Alcázar, quando estuda a noção de fomento, afirma que a função fomentadora não pode ser

11. Aponta o jurista: “No caso das normas de intervenção por indução defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas. (...) Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, o universo do direito premial. A sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g.), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados” (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998 – Interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 163-164).

12. No original: “A nudge, as we will use the term, is any respect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentive. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Putting the fruit [em uma lanchonete escolar] at eye level counts as nudge. Banning junk food does not” (THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Verlag: Penguin Books, 2009. p. 6).

definida a partir de seu fim mas, sim, a partir da forma pela qual opera e busca efetivar esses fins.¹³

A relevância do fomento reside especialmente no fato de que ele permite ao Estado implementar políticas públicas e alcançar fins de interesse geral, sem que ele intervenha diretamente no domínio econômico (seja por meio de entes empresariais estatais¹⁴ ou pela assunção da atividade como serviço público titularizado pelo Estado). Isto é, a atividade econômica (e o fim público que lhe está acoplado) continuará sendo exercida pelo setor privado, porém com estímulo estatal. Isso pode gerar *maior eficiência na atuação estatal*, uma vez que, empregando menos esforços e recursos públicos, ainda assim assegurará o alcance de necessidades e fins sociais. Além disso, haverá um *aproveitamento dos recursos e da expertise do setor privado*, que será ele próprio o executor dos interesses públicos, a partir do incentivo estatal.

Dessa forma, o fomento é uma forma de intervenção estatal que privilegia a livre-iniciativa e, ao mesmo tempo, satisfaz os demais objetivos arrolados pelo art. 170, que delineiam e direcionam a ordem econômica brasileira.

1.2.1 Definição e principais características

O fomento estatal pode ser definido como “atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado”.¹⁵

Por meio do fomento, o Estado busca *incentivar ou apoiar* outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a torná-la mais viável, interessante ou abrangente. Efetiva-se em regra a partir de medidas positivas, de caráter premial e natureza não coativa.¹⁶

Na clássica lição de Luis Jordana Pozas, fomento é a “ação da Administração destinada a proteger ou promover as atividades, empreendimentos ou riquezas dos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou são consideradas como de utilidade geral, sem usar a coação nem criar serviços públicos”.¹⁷ Diz-se que “o fomen-

13. ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 55. Madrid, 1967.

14. O fato de se caracterizar a atuação estatal por meio de empresas estatais como intervenção direta não impede que esses entes participem de programas de fomento estatal mediante sua ação empresarial, como entes beneficiários do fomento, como ocorre quando a Petrobras restaura prédio do patrimônio histórico, lançando mão de benefícios fiscais, ou quando uma empresa estatal do grupo Eletrobras fomenta a produção cinematográfica com base na Lei Rouanet ou toma do BNDES empréstimos em condições favorecidas.

15. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.

16. ORTIZ, Gaspar Ariño, *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2004. p. 300.

17. POZAS, Luis Jordana, Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48. p. 46. Madrid, 1949. tradução livre.

to econômico consiste numa atividade administrativa de satisfação de necessidade de caráter público, protegendo ou promovendo actividades de sujeitos privados ou outros que directa ou indirectamente as satisfaçam”.¹⁸ Ainda, o fomento é a “função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados e de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade”.¹⁹ Essas mesmas características também são destacadas por Célia Cunha Mello, para a qual a “administração fomentadora”: “(...) (a) trata-se de exercício de função administrativa; (b) está voltada à proteção e/ou promoção de seu objetivo; (c) há *ausência de compulsoriedade*; (d) *visa a satisfação indireta das necessidades públicas*”.²⁰

A partir dessas definições, observa-se que, pelo fomento, o Estado, (i) sem tomar para si a titularidade de uma atividade ou o compromisso de oferecê-la, (ii) emite comandos normativos e, assim, (iii) assume o papel de orientar e direcionar a atuação dos agentes privados no sentido de um objetivo considerado de interesse coletivo.²¹

Paralelamente às dificuldades de delimitação da atividade de fomento em razão das transformações do Estado e da atividade administrativa, a dificuldade ocorre também em razão de certa convergência de seus objetivos com outras funções estatais, na medida em que a intervenção estatal sempre visa a direcionar condutas para a efetivação de fins públicos. Assim, *toda forma de intervenção estatal envolverá, em alguma medida, o desejo de promover um determinado fim público*.²² Mas não será qualquer ação estatal que vise a “fomentar” (em sentido amplo, significando incentivar ou efetivar) um determinado setor (na perseguição de um fim público) que poderá ser considerada como atividade estatal fomentadora.

Nesse sentido, para melhor delimitação da função estatal de fomento, algumas características devem ser destacadas.

18. MONCADA, Luís S. Cabral de, *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 426.

19. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 514.

20. MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 26-27.

21. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O fomento... cit.*

22. É o que alguns autores chamam de intercambialidade das formas de intervenção estatal, que torna difícil a diferenciação das funções estatais a partir do enfoque de sua finalidade - uma vez que toda a ação estatal visará ao alcance de algum interesse público. Sobre o tema, Célia Cunha de Mello aponta: “O Estado lança mão de técnicas de polícia quando tem por finalidade, predominantemente, manter a ordem pública, empregando meios coativos e usando da sua imperatividade em face do particular, ao passo que usa técnicas próprias de fomento para impulsar a melhora do nível de vida do País, por meios persuasivos. Deve-se reconhecer, porém, que o Estado busca satisfazer as necessidades da coletividade, seja empregando técnicas de fomento, seja empregando técnicas de polícia, daí por que essa distinção perde o sentido numa visão que enfoque a finalidade do Estado - alcançar o bem comum” (MELLO, Célia Cunha de. Op. cit., p. 48. Ver, ainda: ALCÁZAR, Mariano Baena del. Op. cit.).

1.2.1.1 Fomento estatal

Primeira característica a ser frisada concerne ao fato de que o estudo do fomento estatal refere-se aos incentivos a serem concedidos *pelo Estado*, especialmente no exercício de uma *função administrativa*.

Trata-se essencialmente de uma *função administrativa*, que envolve a *execução* de atividades estatais para a promoção de determinadas atividades econômicas e que prescinde, de per si, o envolvimento da função legislativa. O fomento estatal pode, contudo, envolver também a atividade legislativa, que poderá ser necessária a depender do instrumento a ser utilizado para viabilizá-lo, conforme será detalhado no item 1.2.4 deste capítulo.

Excluem-se do estudo da função estatal de fomento as diversas formas de incentivos concedidos pelo próprio mercado ou terceiro setor, como forma de incentivar condutas consideradas desejadas para a sociedade ou parcela dela. São os fomentos privados, que são viabilizados tanto por entidades com fins sociais (terceiro setor), como pelo próprio setor privado, para que esses incentivos sirvam, indiretamente, como instrumento de colocação do nome de empresa ou marca no mercado, ou mesmo para o cumprimento de fins de benemerência por essas entidades.

A partir dessa delimitação, entende-se que não podem ser propriamente caracterizadas como fomento estatal as atividades desenvolvidas pelas entidades do chamado "Sistema S".²³ Nesse caso, o fomento estatal encontra-se na etapa anterior, quando se destina contribuições a essas entidades (art. 149 da CF/1988²⁴). Nessa etapa, o constituinte determinou o fomento dessas entidades, pois considerou que as atividades por elas executadas (e previstas em sua lei de criação) possuem relevância para a sociedade. Por sua vez, as atividades desenvolvidas por essas entidades para a promoção (especialmente por meio de capacitação, treinamento e disponibilização de consultorias) de determinados grupos ou setores não seriam enquadradas como fomento estatal, uma vez que se trata de entidades não pertencentes à Administração Pública.²⁵

23. O "Sistema S" é expressão utilizada para se referir aos serviços sociais autônomos, entidades privadas que recebem as contribuições sociais pagas pelas empresas, nos termos do art. 149 da CF/1988. O "Sistema S" é atualmente formado por nove entidades: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai); Serviço Social do Comércio (Sesc); Serviço Social da Indústria (Sesi); Serviço Nacional de Aprendizagem do Comércio (Senac); Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar); Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (Sescoop); e Serviço Social de Transporte (Sest). Fonte: [www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/sistema-s]. Acesso em: 13.10.2014.

24. "Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6.º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo. (...)"

25. Ainda que haja grande discussão sobre a natureza jurídica das chamadas "entidades paraestatais" (incluídas af o Sistema S), tem-se entendido que elas não se enquadram na administração pública (nem mesmo na administração indireta). Sobre o tema, ver: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, Das

Outra delimitação diz respeito ao enquadramento na função de fomento de atividades voltadas para o incentivo de entes da própria Administração Pública, e se seria possível considerar entes administrativos como agentes fomentados.²⁶ Entende-se que apenas podem ser enquadrados como fomento estatal os incentivos direcionados a entes dotados de personalidade jurídica própria de direito privado, que se inserem no mercado como agentes privados (submetidos, inclusive, às mesmas regras incidentes sobre os demais privados, conforme art. 173 da CF/1988). Nos demais casos – órgãos da própria Administração, ou entes com personalidade jurídica de direito público –, esses órgãos e entes agem como extensão da Administração para o alcance de fins públicos, sendo que a concessão de benefícios (incluindo recursos para despesas correntes e de capital) para eles não pode ser enquadrada na função fomentadora.

Por fim, deve-se ressaltar que os fins visados pela atividade de fomento estatal são efetivamente implementados por *agentes privados*, sendo uma função administrativa cuja viabilização demanda *parceria com o setor privado*. O Estado fomenta para incentivar o alcance de determinados fins públicos *por meio do setor privado*. Assim, ainda que se trate de uma função estatal (essencialmente administrativa), ela envolverá necessariamente a participação de entes privados, que efetivamente executarão a atividade fomentada pelo Estado e permitirá o alcance de fins sociais relevantes.

1.2.1.2 Concessão de incentivo

O fomento tem por premissa o oferecimento de um incentivo (direto ou indireto) para incentivar a execução de determinada conduta. Destarte, o incentivo advém por meio da concessão de algum benefício a ser usufruído por aquele que executar a atividade desejada, isto é, a indução para a execução da atividade fomentada dá-se com o oferecimento desse benefício, a partir do qual o agente fomentado passa a deter uma posição diferenciada em relação aos demais agentes econômicos, diferenciação essa que possivelmente não seria verificada, não fosse o incentivo estatal.²⁷

Por outro lado, se não for possível verificar um benefício para o agente econômico, não estaremos diante da atividade fomentadora, ainda que o objetivo da inter-

entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (coord.). Nova organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

26. Para discussão sobre a delimitação do conceito de fomento a partir da característica de os destinatários serem entes da Administração, ver: LIMA, Carolina Caiado, *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010. p. 56 e ss.

27. Como aponta Célia Cunha Mello: "O Estado altera as condições ordinárias ao conceder incentivos fiscais, ao praticar atividades bancárias e operações financeiras em condições favoráveis ao agente fomentado, ao adotar meios psicológicos e honoríficos. Enfim, o Estado coloca o sujeito fomentado numa conjuntura econômica, social e cultural mais favorecida do que aquela que lhe seria apresentada, não fossem as técnicas de fomento adotadas em momento anterior" (Op. cit., p. 182).

venção estatal seja promover ou incentivar determinada conduta. Conforme mencionado, toda atividade estatal interventiva visará incentivar, promover, viabilizar um fim público. Se essa ação estatal for estruturada de modo a estimular o agente econômico na execução de conduta (que, espera-se, prestigiará esse fim), por meio da concessão de benefícios dela decorrentes, então se estará diante da atividade estatal fomentadora. Se, contudo, a ação estatal implementada para a execução desse fim for estruturada de modo tal a não prever benefícios aos agentes econômicos pela ação de determinada conduta ou compeli-los (inclusive por meio da previsão de sanções) nessa atuação, então não estaremos diante da função estatal fomentadora.

Um bom exemplo que ilustra bem essa segunda situação é a chamada “meia entrada” para estudantes em eventos culturais.²⁸ Apesar de se buscar incentivar determinada parcela da população a acessar serviços culturais,²⁹ não se está diante do fomento estatal. É que, nesse caso, não há um benefício para o agente econômico, e nem tem ele a opção entre conceder ou não o desconto. Nesse caso, *ainda que no âmbito de uma política pública (cultural) com objetivo de estimular o setor de cultura, a intervenção estatal adotou uma estrutura coercitiva, enquadrando-se como função regulatória e, não, como uma função fomentadora.*³⁰

1.2.1.3 Incentivo positivo ou negativo

O fomento estatal pode formalizar-se como uma medida *positiva* ou *negativa*. Conforme diferencia Luis Jordana Pozas, “são positivos os que concedem prestações, bens ou vantagens, e negativos os que significam obstáculos ou ônus criados para dificultar, por meios indiretos, as atividades ou os empreendimentos contrários aos que o governante quer fomentar”.³¹

O *fomento positivo* envolve regras de incentivo e promoção ativa, visando à realização da atividade objeto do fomento. Busca-se, com o fomento positivo, tornar

28. A Lei 12.933/2013 garante a determinadas pessoas (estudantes, idosos, pessoas com deficiência e jovens de 15 a 29 anos comprovadamente carentes) o pagamento da metade do preço do ingresso de eventos artístico-culturais e esportivos. Além dessa lei federal, diversos outros diplomas estaduais ou municipais também impunham a obrigatoriedade da concessão do desconto.

29. O objetivo de “fomentar” o setor cultural foi bastante ressaltado pelo STF, quando do julgamento da ADIn 1.950, sobre a inconstitucionalidade de lei do Estado de São Paulo que determinada o desconto de ingressos de eventos culturais para estudantes. A Confederação Nacional do Comércio, autora da ação, argumentou que a Lei estadual 7.844/1992 era inconstitucional, por ferir a livre-iniciativa, contrariando os arts. 170 e 174 da CF/1988. Ressaltou, justamente, que não há contrapartida do Estado, resultando em prejuízo para empresas privadas. A lei, no entanto, foi julgada constitucional, alegando-se que esta objetivava *fomentar* o acesso à cultura, destacando-se o valor social da medida adotada. Além disso, é considerado que a lei não contraria a liberdade de empresa, posto o Estado também possuir objetivos e diretrizes em relação à organização econômica e social.

30. No caso, estamos mais diante de uma regulação intrusiva na formação de preços do que no exercício de função fomentadora, ainda que esta restrição à liberdade de precificação busque “fomentar” (*rectius*, incentivar) o consumo de bens culturais.

31. POZAS, Luis Jordana. Op. cit., p. 51, tradução livre.

a atividade privada mais viável, interessante ou abrangente.³² Nesse caso, o fomento efetiva-se por medidas positivas, de caráter premial e natureza não coativa. Trata-se da forma mais comum de fomento, que se traduz por meio de disponibilização de recursos públicos em geral, como benefícios fiscais, subvenções ou financiamentos públicos, por exemplo.

Já o *fomento negativo* envolve a disciplina de regras que intensificam, de forma pontual, medidas e restrições estatais, com vistas a desincentivar ações dos agentes privados e com isso, indiretamente, obter o desenvolvimento de outras certas atividades pretendidas (as atividades efetivamente fomentadas). O fomento negativo opera, assim, por uma via oblíqua, tornando menos vantajosa uma atividade econômica a princípio mais atrativa, para que outra atividade econômica (aquela que gera mais benefícios para a sociedade) torne-se então mais atrativa.

Diante disso, observe-se que ambas as formas de fomento ensejam o mesmo resultado: o estímulo (direto, no caso do fomento positivo, ou indireto, no fomento negativo) para a execução de determinada conduta pelo agente econômico. O objetivo, em ambos os casos, é incentivar uma atividade (por meio da concessão de benefícios diretos ou da imposição de ônus à sua alternativa). Em geral, será possível oferecer tanto o fomento positivo como o negativo (alternativa ou mesmo concomitantemente), sendo que a escolha da forma dependerá das especificidades do caso concreto.

1.2.1.4 Objeto do fomento: atividades econômicas

Os fins públicos relevantes visados pelo fomento são alcançados pela execução de *atividades econômicas*, regidas pela livre-iniciativa e para as quais o Estado não assume a obrigação de disponibilizá-las para a coletividade.

Uma vez que a *execução de uma atividade econômica coincida com interesses públicos relevantes*, ela poderá ser incentivada, estimulada, promovida pelo Estado. Ao fazê-lo, contudo, o Estado não assume para si a prestação dessa atividade, que seguirá sendo uma atividade econômica prestada pelo setor privado.³³

Sob outro enfoque, destaque-se que, no fomento, ocorre a *eleição de uma atividade econômica, a ser privilegiada pelo Estado*. É próprio da intervenção fomentadora a eleição de um setor, de uma atividade ou mesmo de um agente econômico apto a merecer um incentivo, um incremento ou um suporte que o torne mais apto ou fornido a se desenvolver e, com isso, ensejar um benefício coletivamente auferível, vez que é justamente esse o objetivo da atividade fomentadora.³⁴ A distinção estará

32. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento... cit.

33. Esse é, aliás, o principal traço diferenciador com o serviço público, em que o Estado assume para si a obrigação de disponibilização dessa atividade.

34. Como ressalta Gaspar Ariño, "las medidas de fomento suponen beneficiar a unos concretos sujetos privados, y no a todos" (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho...* cit., p. 305).

presente como forma mesmo de efetivar o princípio da isonomia em seu caráter material – o que, contudo, não afasta a necessidade de ampla fundamentação que justifique tal escolha e de forma da impessoalidade, conforme será detalhado no capítulo 4, item 1.2.

1.2.1.5 Relevância pública das atividades econômicas fomentadas

Esse é o traço que fundamenta o fomento estatal e justifica o uso de recursos públicos para a realização dessa função: o *alcance de fins públicos* e a *geração de externalidades positivas para a sociedade* pela execução das atividades econômicas fomentadas.³⁵

O fomento apropria-se do conceito de externalidades, desenvolvido no âmbito da ciência econômica. Em uma atividade econômica, dificilmente todos os custos e benefícios recaem exclusivamente sobre a unidade produtora. Sendo assim, a externalidade é a consequência de uma atividade que impõe um custo ou um benefício a terceiro, determinado ou não, mas que não se pode adequadamente atribuir o custo ou o lucro.³⁶ Quando esses efeitos proporcionam uma situação benéfica, a externalidade é denominada positiva; quando a ação tem consequências negativas, a externalidade é negativa. Nessa esteira, temos atividades que, quando desenvolvidas, geram externalidades positivas que são apropriadas pela sociedade: desenvolvimento de uma área ou região, inclusão de um grupo hipossuficiente e implementação de direitos sociais. O fomento foca-se nessas atividades que geram externalidades positivas para a sociedade, justamente pelos benefícios sociais que são gerados concomitantemente à implementação da atividade. Ao se estimular essas atividades, incentiva-se, indiretamente, a produção de externalidades positivas que, por sua vez, representam benefícios sociais.

Ocorre que, muitas vezes, as condutas mais desejadas socialmente têm poucos atrativos para o setor privado – seja porque têm custos muito elevados, seja porque geram pouco retorno – e, na contraposição com outras atividades mais rentáveis em termos econômicos (embora com menores benefícios para a coletividade como um todo), acabam sendo desempenhadas em menor quantidade. Assim, o fomento objetiva tornar algumas atividades econômicas (as que geram mais externalidades positivas para a coletividade) mais atrativas e, indiretamente, desestimular outras

35. Na definição de fomento traçada por Maria Sylvania Zanella Di Pietro, a relevância pública das atividades fomentadas é característica inerente a essa função estatal: “O fomento abrange a atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de *utilidade pública*” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 56).

36. Nas palavras de Fábio Nusdeo: “As externalidades correspondem, pois, a custos e benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incomensurados, pois, para eles, o mercado não consegue imputar um preço. E, assim, o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas” (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia – Introdução ao direito econômico*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 152).

atividades - moldando a ordem econômica para os objetivos traçados pela Constituição Federal.

Por meio do fomento, o Estado objetiva atrair investimentos privados para empreendimentos com o potencial de promover o desenvolvimento de regiões, setores ou atores que são considerados como relevantes para a sociedade. De forma inversa, o fomento também pode desincentivar determinadas atividades, caso em que o estímulo a determinadas atividades é feito de maneira indireta.

Assim, o incentivo de uma determinada atividade econômica pelo Estado deve estar embasado nos interesses públicos que poderão ser alcançados por meio da execução dessa atividade, que, por sua vez, será incentivada pela intervenção estatal.³⁷ Entretanto, em que pese a relevância da atividade, o Estado não a assume para si, mas sim incentiva sua implementação pelo setor privado. Veja-se que a própria Constituição Federal já determinou diversos setores aos quais caberá ao Poder Público não intervir diretamente, mas sim buscar seu desenvolvimento por meio de fomento e estímulo, tais como o desenvolvimento regional (art. 43), a micro e pequena empresa (art. 179), o turismo (art. 180), a cultura (arts. 215 e 216), o esporte (art. 217), o acolhimento de criança órfã ou abandonada (art. 227, § 3.º, VI).

Ponto fundamental para a compreensão do fomento estatal é observar ser possível que fins de interesse público sejam alcançados por meio da execução de atividades econômicas, inclusive sob a incidência de um regime privado. *A configuração de uma atividade como estritamente econômica não obsta que ela tenha relevância para a sociedade e gere benefícios e desenvolvimento sociais.* Do mesmo modo e mais especificamente, a busca pelo lucro não se opõe ao alcance de fins de interesse público e não afasta, de per si, a relevância social de uma atividade econômica. Em outras palavras, as atividades econômicas podem congrega interesses coletivos, configurados em razão da proteção a outros princípios constitucionais (observando-se, por exemplo, a proteção ao meio ambiente ou a livre competição), da proteção do usuário, da exigência de qualidade técnica mínima etc. Tanto é assim que muitas dessas atividades privadas são reguladas (por vezes bastante intensamente) pelo Poder Público.

Interessante notar, desta forma, a *confluência de interesses públicos e interesses privados no fomento*.³⁸ O fomento é uma das manifestações estatais que mais destacam a convergência entre a consecução de interesses públicos e a promoção de interesses

37. A existência de externalidade positiva para a sociedade é, enfim, o que fundamenta a intervenção estatal. Sílvia Luís Ferreira da Rocha, mesmo sem manejar o conceito econômico de externalidade, vai neste sentido quando afirma: "O fomento legítimo e justificado é aquele que visa a promover ou a estimular atividades que tendem a favorecer o bem-estar geral. Se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória. (ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20).

38. Como bem ressalta Mariano Baena del Alcázar: "A ideia de fomento e, em concreto, a de subvenção nos levou, assim, à colaboração dos administrados com a Administração e às atividades privadas de interesse público. (...) Atualmente, as necessidades públicas são satisfeitas também pelos particulares, que através da via de colaboração que caracteriza as subvenções, ou de outras distintas,

privados. Ao mesmo em que uma atividade econômica visa ao alcance de interesses privados – notadamente do lucro por aqueles responsáveis pela sua execução –, essa mesma atividade pode também ensejar a consecução de interesses públicos, gerando benefícios a serem apropriados não apenas em âmbito privado, mas também pela sociedade. Conforme destaca Luís S. Cabral de Moncada, “através do fomento econômico a administração pública actual como que ‘publiciza’ toda a actividade econômica privada, transformando-a de irrelevante, de indiferente do ponto de vista do interesse público, em condição e critério desse mesmo interesse público”.³⁹ O fomento serve, então, à satisfação indireta de necessidades públicas por meio do exercício de atividades econômicas pelo setor privado. Nenhuma surpresa, portanto, deve haver na verificação de que a atuação estatal de fomento privilegie algum privado ou que da medida fomentadora resulte a conferência de uma facilidade ou de um favorecimento ao desenvolvimento de atividade a cargo de um particular. Se tal atividade corresponder a um benefício público dimensionável e compatível com objetivos legítimos a serem perseguidos pelo Poder Público, será lícita e legítima a ação de fomento, ainda que dirigida apenas a algum privado.

1.2.1.6 A consensualidade na adesão ao fomento

Característica bastante marcante no fomento é seu traço de consensualidade, em contraposição com outros instrumentos coercitivos de intervenção estatal. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a consensualidade é não apenas propriedade presente no fomento estatal, como também seu traço marcante em relação às demais funções estatais.⁴⁰ Isso não significa, contudo, que a consensualidade seja traço exclusivo do fomento. Veja-se, por exemplo, que o exercício da atividade sancionatória, típica manifestação estatal autoritária, também pode envolver a consensualidade,

inserem-se nas estruturas administrativas, ensejando um processo de intercomunicação entre os entes privados e públicos” (Op. cit., p. 83-84, tradução livre).

39. MONCADA, Luís S. Cabral de. Op. cit., 2000, p. 426. Da mesma forma, Luis Jordana Pozas destaca essa convergência na própria definição de fomento, que é “a ação da Administração direcionada para proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou recursos dos particulares e que satisfazem necessidades públicas ou que sejam consideradas como de utilidade geral, sem utilizar a coação e nem criar serviços públicos”. (Op. cit., p. 46, tradução livre).
40. “A diferença principal entre esta e as demais funções administrativas estudadas – a de polícia, a dos serviços públicos, a do ordenamento econômico e a do ordenamento social – está precisamente na disponibilidade da ação do Estado, ou seja: o fomento público não é uma função estatal imposta à sociedade, pois depende do consenso e não da compulsão, de modo que, ao pô-lo à disposição das pessoas, o Estado a ninguém obriga – indivíduo, associação ou empresa – a valer-se desses instrumentos jurídicos de incentivo, apenas os convoca a uma superação consensual.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso... cit.*, 13. ed., 2009, p. 584). Também Carlos Ari Sundfeld parece identificar a ausência de coação como traço distintivo da função de fomento em relação às demais formas de ação administrativa: “A administração fomentadora corresponde a função de induzir, mediante estímulos e incentivos – prescindindo, portanto, de instrumentos imperativos, cogentes – os particulares a adotarem certos comportamentos” (SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 16.

como nos casos de celebração de termos de ajustamento de condutas em âmbito de procedimentos sancionatórios.⁴¹

O objeto do fomento não é coercitivo, uma vez que a atividade fomentada é de livre-iniciativa para os eventuais interessados, bem como a opção pelo fomento é, também, uma faculdade para os agentes econômicos. Dessa forma, a incidência das regras do fomento é uma faculdade disponibilizada a um possível beneficiário, que pode optar por pleiteá-lo ou não. No mais, não cabe qualquer tipo de sanção para quem não se sujeite ao fomento.

No fomento, os instrumentos jurídicos são focados para a *conduta que efetivamente se deseja* – incentivando a atividade que se deseja ver executada –, e não mais para a conduta que se busca reprimir (por meio de mecanismos coercitivos sancionatórios). *Em vez de se sancionar a conduta que se quer reprimir, premia-se a conduta que se quer ver efetivamente executada.*⁴²

Assim se aponta a consensualidade como predicado relevante do fomento. Há liberdade para o particular decidir se irá ou não aderir ao fomento. Cabe a ele analisar se deseja usufruir dos benefícios oferecidos – e, em contrapartida, aí sim, submeter-se ou cumprir os requisitos estabelecidos para que faça jus ao fomento.⁴³

A consensualidade é característica importante para diferenciar o fomento de outras formas de intervenção estatal. Veja-se que, quando se foca na finalidade da intervenção, é difícil distinguir entre as diferentes formas de ação estatal. Isto porque toda intervenção estatal (regulação, poder de polícia, serviço público ou fomento) visará ao alcance de fins de relevância pública, sendo a perseguição de tais interesses o próprio fundamento da ação estatal. Para tal alcance, o Poder Público pode estruturar sua ação por técnicas diversas (intercambialidade das formas): por meio da assunção estatal da titularidade da atividade, por meio de técnicas de coação ou por

41. Sobre o tema, conferir: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. vol. 5. n. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2010.

42. “A evolução é extremamente relevante porque afasta uma solução regulatória tradicional. A concepção repressiva envolve a utilização dos mecanismos do Poder Público para punir a conduta privada considerada como indesejável. Por outro lado, a conduta reputada como desejável é juridicamente neutra, se não irrelevante. Já o modelo promocional conecta incentivos às condutas privadas consideradas como desejáveis. Mas não proíbe nem reprime a adoção de condutas indesejáveis. Portanto, a conduta dotada de características positivas é juridicamente relevante, porque assegura ao agente a fruição de benefícios e vantagens. Já a conduta negativa é juridicamente neutra, eis que não gera nenhum efeito para o agente.” JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 9. n. 34 Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011.

43. “O importante é destacar que, sendo a liberdade de iniciativa um fundamento da República, o fomento público é de adesão facultativa pelo administrado relativamente aos objetivos de interesse público fixados em lei, em troca dos incentivos nela previstos; só a partir da adesão é que o administrado se obriga a cumprir as metas cuja implementação é incentivada.” VILLELA SOUTO, Marcos Juruena, Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro setor, empresas e Estados – Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 743.

meio de técnicas de indução do setor privado. Destarte, a diferenciação da função estatal fomentadora em contraposição com os demais meios de intervenção estatal cairá na técnica utilizada, na forma como estará estruturada tal intervenção. E, no caso do fomento, o principal predicado da ação estatal é sua estruturação na forma de estímulo estatal, com o posterior consenso do beneficiário - em contraposição com os mecanismos coercitivos adotados na regulação e poder de polícia.

Três ressalvas devem ser tecidas em relação à identificação da consensualidade como característica peculiar ao fomento.

Uma, a consensualidade na adesão ao fomento estará presente ao menos em seu *aspecto formal*. Materialmente, contudo, a sujeição ao fomento pode ser (e muitas vezes o é) essencial para a viabilização de determinada atividade, sendo que apenas com a aceitação dos incentivos estatais (e a sujeição às regras do fomento) uma determinada atividade poderá ser viável. No entanto, nesse caso, ainda que inexista de fato uma opção pela não sujeição ao fomento (tendo em vista que apenas com os incentivos a atividade será economicamente viável), ainda assim permanecerá a livre-iniciativa quanto à implementação ou não da atividade ou do empreendimento, isto é, a faculdade de exercer ou não determinada atividade econômica (que, no entanto, apenas será viável com a aceitação do fomento estatal).

Duas, medidas coercitivas também podem ser impostas como forma de promover ou desestimular condutas. Esse é o exemplo comum da extrafiscalidade. O tributo é uma medida estatal coercitiva, no sentido de que não há escolha entre pagar ou não o tributo. E, no caso da extrafiscalidade, o objetivo do tributo, para além de arrecadação de rendas para o Estado, é justamente o direcionamento de condutas, por meio de seu estímulo ou desestímulo. Esse é também o exemplo da regulação e do poder de polícia, funções estatais em que a coercitividade está presente e que também podem ser usadas como forma de incentivar determinada conduta. Nesses casos, apesar do objetivo comum de estimular determinada atividade (com vistas à consecução de um fim público), a ação estatal não está estruturada na forma de fomento - caracterizada, entre outras, pela opção dada ao agente na execução ou não da conduta fomentada.

Terceira ressalva: a característica da consensualidade refere-se à opção conferida ao agente econômico na execução da conduta e adesão ao fomento, e não ao Poder Público em executar ou não determinada ação de fomento. Destarte, não há de se afastar o enquadramento da atividade de fomento estatal por inexistir discricionariedade para o Poder Público em razão da existência de normas que compelem a Administração a implementar um instrumento de fomento. Exemplo a ser mencionado é a LC 123/2006. Entre os diversos instrumentos de incentivo às micro e pequenas empresas, a Lei impõe regras diferenciadas para a participação dessas empresas nas licitações públicas (art. 42 e ss.), não havendo opção para a Administração decidir se concederá ou não tais "privilégios". Ocorre que, do ponto de vista do agente econômico, ele pode optar por querer ou não acessar esse benefício (assim considerado

como a participação no mercado de compras públicas em condições privilegiadas em relação aos demais agentes). Trata-se de uma ação estatal estruturada de modo a conceder um benefício (privilégios na participação do mercado de compras públicas) para incentivar os agentes fomentados (as micro e pequenas empresas) na execução de suas atividades, inexistindo qualquer imposição para que tais agentes participem desse instrumento de fomento e aceite o benefício concedido.

1.2.1.7 Multiplicidade de instrumentos de viabilização

O fomento estatal pode efetivar-se por *instrumentos diversos*. Há uma plêiade variada de mecanismos e instrumentos, com combinações e modulações, pela qual o fomento pode ser oferecido ao setor ou agentes beneficiados. Benefícios diretos e indiretos, positivos e negativos, em diferentes intensidades, destinados a diferentes agentes de um setor, podem ser combinados de forma a promover a atividade econômica que se visa a incentivar.

As variações possíveis são, de fato, ilimitadas, e dependerão das características do setor a ser fomentado, bem como das restrições estatais (notadamente recursos financeiros e humanos) existentes para **disponibilizar** o fomento. **Disso** decorre que a lista de instrumentos e formas de **estruturações** de programas de **fomento** é ampla e dificilmente poderá ser exaustiva, fazendo-se relevante, assim, o estudo de sua noção e características, para que então essa função estatal possa ser mais bem adequada à situação concreta.

1.2.2 Fomento e poder de polícia

Atualmente, a distinção entre as atividades estatais de fomento e poder de polícia está um pouco mais nebulosa diante da evolução do conceito de poder de polícia, tradicionalmente definido como uma restrição estatal de não fazer imposição à coletividade, com fundamento no art. 170, parágrafo único, da CF/1988.⁴⁴ Tal restrição imporá uma limitação ao direito de liberdade ou de propriedade, com vistas à ordenação social.⁴⁵ Atualmente, contudo, cada vez mais se **impõem condutas** positivas à sociedade sob o fundamento do poder de polícia, com vistas à proteção de interesses coletivos.

Nesse novo contexto, seria possível identificar *convergência entre fomento e poder de polícia*, na medida em que ambas são atividades estatais que incidem sobre a coletividade e lhe direcionam o cumprimento de condutas que gerarão benefícios para a sociedade.

Não se trata de funções absolutamente sem interferências, sendo possível haver *coincidência de objetivos* entre fomento e poder de polícia. Isso ocorrerá quando uma

44. "Art. 170 (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

45. Para análise detalhada da evolução do conceito de poder de polícia, conferir Capítulo 2 da Parte II desta obra.

medida restritiva for imposta como forma de direcionar comportamentos, seja para incentivar aqueles desejados, seja para desestimular os indesejados. Nesse caso, a função de poder de polícia é utilizada com o objetivo de regular condutas, direcionando-as para o alcance de determinados fins, tal como ocorre na função de fomento.

Contudo, a principal diferença entre fomento e poder de polícia reside na estruturação da ação estatal a partir da *contraposição entre consensualidade e coercitividade* dessas atividades: enquanto a função de poder de polícia incide de forma coercitiva para todos aqueles que se enquadrem numa determinada situação, a submissão ao fomento é uma medida consensual, é uma faculdade oferecida pelo Estado para determinado agente econômico. Como aponta Mariano Baena del Alcázar, citando diversos outros estudiosos do fomento estatal, diante da intercambialidade das formas pelas quais pode se manifestar a ação estatal, o estudo dessas formas deve pautar-se na técnica utilizada. No caso do fomento, isso consiste no uso da técnica persuasiva, a partir de um estímulo, em contraposição à técnica coercitiva.⁴⁶

No poder de polícia, há apenas um comportamento (omissivo ou comissivo) aceitável pela ordem jurídica, sendo que sua inobservância ensejará a aplicação de uma sanção ao agente infrator. A ação de polícia é, destarte, essencialmente estruturada por uma norma que impõe a obrigação de fazer ou não fazer, norma essa que, caso não observada, poderá gerar a aplicação de uma sanção para aquele que a descumprir.

Já no caso da atividade de fomento, a ação estatal não é desenhada na forma de uma norma mandatória, mas, sim, como uma *norma de indução*: a partir do oferecimento de um benefício, espera-se (mas não se obriga) dirigir a ação do privado, no sentido de executar uma determinada conduta. Se, porém, essa conduta não for efetivamente executada pelo privado, nada lhe acontecerá, e nenhuma sanção lhe poderá ser aplicada.

1.2.3 Fomento e regulação

As considerações acima sobre a distinção entre fomento e poder de polícia aplicam-se também quando se coteja fomento e regulação⁴⁷ estatais.

Aqui, igualmente, a principal diferença entre essas duas funções estatais reside na *consensualidade versus coercitividade*: as medidas regulatórias incidem de forma coercitiva para todos os atores do setor regulado, enquanto o fomento incidirá apenas para aqueles que por ele optem.

No entanto, fomento e regulação também podem ter objetivos convergentes. Por um lado, uma medida regulatória pode visar à promoção de uma política pública, ou de determinada etapa da cadeia produtiva (menos atrativa), ou ainda de um gru-

46. ALCÁZAR, Mariano Baena del. Op. cit., p. 66 e ss.

47. O tema da regulação será estudado detalhadamente no Capítulo 4 da Parte IV desta obra.

po de atores do setor (com hipossuficiência ou maior dificuldade de competição com os demais agentes). A diferença entre uma e outra forma de ação estatal estará, conforme acima apontado, na estrutura por ela adotada: se houver uma norma regulatória que deva necessariamente ser observada pelos agentes que nela se enquadrem, a ação estatal foi moldada a partir da coercitividade estatal, enquadrando-se na função regulatória – ainda que o objetivo visado seja o incentivo a um determinado setor. Exemplo já mencionado é a concessão de descontos e meia entrada para estudantes ou outros grupos hipossuficientes: embora haja um claro objetivo de incentivo a um setor ou grupo (com vistas à implementação de direitos sociais), a ação estatal foi estruturada de forma coercitiva – o agente econômico empreendedor da atividade não tem opção entre conceder ou não o desconto, e tampouco percebe qualquer benefício estatal como “estímulo” para tal, enquadrando-se como função regulatória e, não, como uma função fomentadora.

Por sua vez, o fomento pode promover a regulação de um setor econômico, que é conduzido para determinada direção por meio de incentivos ou desestímulos. Afinal, o fomento é um instrumento de intervenção estatal na economia e, sob esse viés, permite a regulação do mercado. Em outras palavras: por meio do fomento, também se regula o mercado, induzindo-o na realização (ou não realização) de determinados atos que poderão ensejar a satisfação de interesses públicos. A regulação do mercado, em seu sentido mais geral, trata-se, no entanto, de uma característica presente em qualquer forma de intervenção estatal, sendo que tal regulação, por si só, não caracteriza a função estatal regulatória.

1.2.4 Fomento e serviço público

Sem desconhecer as inúmeras discussões existentes sobre a conceituação de serviço público, para os fins do presente capítulo pode-se definir serviço público⁴⁸ como a atividade administrativa pela qual o Estado assume a titularidade de determinada atividade e passa a ter a obrigação de garantir sua disponibilização à coletividade, conforme previsto no art. 175 da CF/1988.⁴⁹

Fica clara, assim, a diferença com fomento, que não tem por objeto uma atividade titularizada pelo Estado ou que ele detém obrigação na sua disponibilização. No fomento, há, sim, um interesse público que justifica que o Estado intervênha no domínio econômico. Tal intervenção, contudo, será no sentido de estimular determinada conduta pelo setor privado, sem que o Estado assuma para si a própria execução da conduta. Dessa forma, *a atividade fomentada não é serviço público e nem passa a sê-lo em razão do fomento*; é, sim, uma atividade econômica que gera benefícios apropriáveis pela sociedade.

48. O Capítulo 1 da Parte I desta obra trata especificamente sobre o tema do serviço público.

49. “Art. 175. *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (...).*” (grifos acrescentados.)

Em que pese à distinção entre as funções estatais de fomento e de prestação de serviço público, há, aqui também, pontos de convergência entre esses temas. Destaque-se dois.

O primeiro é que, a depender da definição de serviço público adotada, é possível que serviços públicos sejam estimulados e prestados pela iniciativa privada a partir de técnicas de fomento. Entidades privadas – especialmente aquelas sem fins lucrativos – podem receber subsídios estatais pela execução de atividades que podem ser consideradas, em seu aspecto material, como serviços públicos. Seria justamente o caso dos hospitais vinculados a ordens religiosas, que recebem subvenção social estatal (conforme previsto pelo art. 16 da Lei 4.320/1964) para a prestação de serviços públicos de saúde.

O segundo decorre da possibilidade de o regime jurídico de prestação de um serviço público prever regras que visem a fomentar sua prestação especialmente em relação a determinadas etapas da cadeia do serviço ou para determinados grupos de usuários. Esse é o exemplo da fixação de tarifas como instrumento para a execução de políticas públicas, notadamente por meio de subsídios cruzados entre setores e classes de usuários de um mesmo serviço público.⁵⁰ Nesse caso, as regras incidentes sobre o regime de prestação (e remuneração) do serviço público são estruturadas de modo a incentivar seu acesso para determinadas parcelas de usuário (no caso, por exemplo, de tarifas sociais), ou para desestimular o consumo exagerado desses serviços (no caso de tarifas que crescem exponencialmente em razão do uso, desincentivando o consumo exagerado em casos de potencial escassez, como água e energia elétrica).⁵¹

Apesar dessa possível convergência de objetivos, não se pode equiparar essas funções estatais, que possuem características bastante diversas, sendo a titularidade a principal delas. Nesse sentido, eventuais mecanismos estabelecidos especificamente no âmbito do regime jurídico de um serviço público, para incentivar ou desestimular a prestação em determinadas etapas da cadeia ou seu acesso por determinadas classes de usuários, não podem ser enquadrados como função fomentadora e deverão ser estudados no âmbito da função estatal de disponibilização de serviços públicos, uma vez que terão fundamentos e limites diferentes.

50. Jacintho Arruda Câmara aponta que: “São inúmeros os objetivos que podem vir a ser perseguidos por meio da instituição de uma dada política tarifária. É possível que, por meio de uma redução artificial dos valores cobrados, se busque o controle inflacionário; tarifas módicas para categorias carentes podem ser conseguidas à custa da cobrança de valores mais altos de outros usuários; a contenção de gasto de um recurso escasso pode ser perseguida por meio do aumento de tarifas; inclusão social; incentivo à cultura, ao trabalho, ao lazer; enfim, um sem-número de objetivos podem ser legitimamente buscados ao se disciplinar o regime tarifário de um determinado serviço público” (CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78).

51. Sobre o tema, conferir: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 4. n. 4. p. 75-115. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.

2. BIBLIOGRAFIA

- ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 55. Madrid, 1967.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas - Teoria e prática no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998 - Interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 9. n. 34 Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011.
- LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. *Conjuntura Informação*. vol. 15. p. 2-9. 2001.
- _____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 4. n. 4. p. 75-115. Belo Horizonte: Fórum, abr. -jun. 2006.
- _____. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.
- _____; LOPES QUEIROZ, José Eduardo. Planejamento. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia - Introdução ao direito econômico*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2004.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. vol. 5. n. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2010.
- POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48. p. 46. Madrid, 1949.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Verlag: Penguin Books, 2009.
- VASCONCELOS, Waleska. Eficiência, planejamento público e redescoberta da atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*. ano 5. n. 50. Belo Horizonte. fev. 2006. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33943]. Acesso em: 30.06.2014.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro setor, empresas e Estados - Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- _____. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

Capítulo 2

ELEMENTOS DO FOMENTO

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Elementos do fomento: 1.1 Objetos do fomento: setores ou atores; 1.2 Agentes do fomento; 1.3 Instrumentos: 1.3.1 Transferências diretas de recursos públicos; 1.3.2 Financiamento em condições favoráveis; 1.3.3 Concessão de garantias creditórias; 1.3.4 Desoneração tributária; 1.3.5 Participação societária estatal minoritária; 1.3.6 Privilégios nas contratações públicas; 1.3.7 Disponibilização de bens e recursos públicos; 1.3.8 Apoio institucional e capacitação; 1.3.9 Simplificação de procedimentos administrativos e trâmites burocráticos; 1.3.10 Uso de títulos e selos oficialmente atribuídos; 1.4 Contrapartidas pelo fomento - 2. Bibliografia.

1. ELEMENTOS DO FOMENTO

O estudo do fomento passa por cinco principais elementos que o compõem: (i) os setores, as atividades econômicas e os atores que podem ser *objeto* (destinatários) do fomento; (ii) os *agentes* do fomento, que efetivarão, a partir do incentivo estatal, os fins públicos visados; (iii) os diversos mecanismos que podem ser estruturados como *instrumento* para implementação do fomento; e (iv) as *contrapartidas* que podem ser exigidas dos agentes que recebem os benefícios, e que visam a assegurar o alcance dos objetivos visados pelo fomento estatal.¹

Com a ressalva de que as distinções entre *objeto do fomento* (setores e grupos destinatários finais da política de fomento) e os *agentes do fomento* (aqueles que executarão uma determinada atividade que, por sua vez, gerará uma externalidade

1. Neste texto adotamos as seguintes designações: Quem recebe diretamente o benefício estatal é o *agente do fomento*. Aquilo que é objeto (destino) da política de fomento é o *destinatário do fomento*. *Agente e destinatário* podem ser os mesmos - no caso de isenção fiscal para a empresa do próprio setor a que se visa fomentar. *Agente e destinatário* podem ser diferentes - no caso da política de audiovisual, em que o incentivo direto estatal (isenção fiscal) é concedido para empresa que não é destinatária final do fomento, para que essa empresa, então, financie projetos do setor de audiovisual - sendo esse o objeto do fomento, e os atores do setor de audiovisual os destinatários finais do fomento. Por essas premissas, a maior parte das referências ao longo do texto deverá ser ao agente (que é quem receberá o incentivo em si).

positiva para a sociedade) serão aprofundadas nos itens seguintes, devemos desde já tecer breves considerações sobre esses enfoques.

O fomento pode dirigir-se a setores ou a atores determinados: trata-se, aqui, do *fim do fomento*, do objeto último visado por essa atividade estatal, que poderá ter por *destinatário* um setor ou um grupo determinado de agentes. Por vezes, será possível até mesmo identificar destinatários diretos e indiretos do fomento (conforme será detalhado abaixo, no exemplo do “Programa Cultura do Trabalhador”), que serão igualmente contemplados pelo fomento.

Já o *agente do fomento* será aquele que receberá o incentivo estatal imediato para realizar uma atividade – que, por sua vez, gerará externalidades positivas para a sociedade e beneficiará os destinatários.

Na maioria dos programas de fomento, o destinatário do fomento e o agente do fomento equivalem-se, isto é, o setor ou grupo visado pelo fomento será exatamente aquele que receberá um benefício direto do Estado. É o exemplo de políticas de desonerações tributárias para o incentivo do próprio setor que recebe a desoneração (como na isenção de IPI para a indústria automobilística).

No entanto, nem sempre aquele que recebe o incentivo estatal direto (agente) será o mesmo daquele que se visa estimular. Essa apartação existirá em políticas de fomento de estruturação complexa, que acabam por distinguir os agentes (aqueles que recebem o benefício estatal direto) e os efetivos destinatários da política de fomento (que são beneficiados pela atividade). Seria o exemplo da política de incentivo à indústria de audiovisual (objeto do fomento), por meio de isenções tributárias a serem concedidas às empresas que doarem recursos para projetos nesse setor. Diferentemente do exemplo anterior, aqui a empresa desonerada não é a destinatária final do fomento – ela é, assim, seu agente executor, que viabilizará, por meio de doação de recursos, o objeto fim do fomento: a promoção da área de audiovisual.

1.1 Objetos do fomento: setores ou atores

A função administrativa de fomento estará voltada para a promoção de atividades econômicas que denotem interesse público. De fato, o fomento pode ter por objeto tanto *um setor ou uma atividade econômica*, ou *atores ou grupos* de determinado setor econômico.

Muitos estudiosos do tema do fomento estatal classificam-no a partir de seu objeto, considerando o “tipo” de setor econômico para o qual o fomento destina-se: fomento social, fomento econômico e fomento institucional.² Quando se classifica o

2. Ver, nesse sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 583 e ss. Já Mariano Baena del Alcázar classifica o fomento conforme suas “técnicas”, dividindo-o quanto às vantagens concedidas (meios psicológicos, jurídicos ou econômicos). ALCÁZAR, Mariano Baena del. *Sobre el concepto de fomento*. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 43-85. Madrid, 1967. No mes-

fomento por setor, olha-se para os fins (objetivos) que ele busca alcançar - mas, paralelamente, há a classificação do fomento a partir dos meios (instrumentos) por ele utilizados, conforme será visto no item 1.3 deste capítulo.

Deve-se notar que fomento social terá proximidade muito mais estreita com a execução de políticas públicas - tais como políticas de acesso à educação, saúde e cultura. No entanto, o fomento econômico deverá também estar fundado em uma política pública.³ Apesar dessa diferenciação, não se constata características intrínsecas ao fomento dirigido a cada um desses setores, de modo que, na presente obra, a análise dos elementos do fomento não adotará essa classificação.

Em qualquer caso, o fim será incentivar o objeto escolhido, viabilizando a execução de uma atividade econômica que gera externalidades positivas para a sociedade e permite que a ordem econômica seja moldada para os objetivos previstos pelo constituinte.

Quanto aos *setores*, o fomento pode voltar-se a setores e atividades (inclusive aquelas consideradas "sociais" como educação, pesquisa, tecnologia, saúde, trabalho, cultura, turismo, lazer, meio ambiente). Nesses casos, entende-se que a promoção dessas atividades irá ensejar benefícios (externalidades positivas) a serem usufruídos por toda a população. No entanto, ressalte-se que, ainda que o objetivo seja a promoção de um determinado setor, o fomento será viabilizado pela atuação de um agente, que efetivamente executará uma atividade a ele relacionada, conforme será detalhado no item 1.2 abaixo.

Quanto aos *atores ou grupos* destinatários do fomento, eles podem ser aqueles (i) que estão em situação de desvantagem, precariedade ou vulnerabilidade, e que exigem, portanto, atenção diferenciada pelo Poder Público (como no caso de cooperativas, associações, micro e pequenas empresas); ou (ii) cuja atuação promoverá fins públicos relevantes (como o desenvolvimento econômico, no caso das micro e pequenas empresas, ou fins sociais, como nos casos das organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público) e que, portanto, devem ser incentivados no exercício de suas atividades.

mo sentido: MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 83 e ss.

3. O fomento de setores econômicos tem bastante relevância no estudo de políticas industriais, que podem ser assim definidas: "Política de fomento industrial, ou política industrial, é um conjunto coordenado de ações dos setores público e privado para promover a competitividade da indústria, ampliar o acesso a mercados e a competitividade dos segmentos industriais tradicionais, fomentar o desenvolvimento dos complexos industriais de produtos com maior valor agregado e alto conteúdo tecnológico, estimular o desenvolvimento de novas tecnologias, aumentar as exportações e incentivar a substituição competitiva de importações, buscando um quadro industrial estável e independente da proteção do Estado. É, portanto, uma medida política, cujo declarado propósito é o de interferir na economia para melhorar seu funcionamento" (ALTEMANI, Renato Lisboa. O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial. *Jurisprudência Catarinense*. vol. 31. n. 108-109. p. 189. Florianópolis: TJSC, 2005).

Ponto relevante quando se estuda os objetos do fomento refere-se à *delimitação do tipo de atividade econômica* que pode receber fomento, ou seja, o que se entende por “atividade econômica de interesse público” que pode ser objeto de fomento estatal – demarcação particularmente relevante no caso de setores econômicos. Especificamente, trata-se de definir se deve haver uma norma constitucional ou legal que eleja a atividade como de relevância social, para fins de percepção do fomento estatal.

Nesse sentido, deve-se observar que toda função administrativa deve visar à satisfação de interesses públicos que, por sua vez, são efetivados por meio de políticas públicas.⁴ Nesse contexto, o fomento deve estar inserido no quadrante de efetivação de uma política pública,⁵ sendo que (i) os interesses públicos a serem alcançados devem estar previstos em uma política pública; (ii) o uso do fomento para a efetivação desses interesses públicos deve estar contemplado como um dos instrumentos de implementação da política pública; e (iii) o destinatário do fomento (agente ou setor a ser beneficiado) deve estar inserido nessa política pública, e o agente do fomento deve ser capaz de, por meio de seu incentivo, alcançar os interesses públicos nela contemplados.

Destarte, entende-se não haver necessidade de que a atividade a ser incentivada pelo Estado seja expressa e diretamente dirigida por um dispositivo legal como “interesse público”.⁶ No entanto, é necessário que o fomento detenha clara relação com um interesse coletivo, sendo a disponibilização de recursos públicos (por meio do fomento estatal) justificada em razão do alcance desse fim público por meio da atividade fomentada. Ademais, o fomento deve resguardar compatibilidade com a política pública formulada para a satisfação desse fim social. Em outras palavras, a escolha do fomento estatal como meio (exclusivo ou em conjunto com outras formas) para

4. “[P]olíticas públicas são metas, programas, princípios e objetivos da ação governamental definidas a partir dos processos decisórios politicamente mediados com vistas a orientar, articular e coordenar a atuação de agentes públicos e privados e a alocação de recursos públicos e privados para atingir interesses públicos considerados relevantes num dado momento histórico.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86.

5. Ressalte-se, contudo, que fomento e política pública são conceitos que não se confundem, sendo que o fomento estatal é um dos instrumentos à disposição do Estado para a implementação de políticas públicas.

6. Também nesse sentido, Célia Cunha Mello assim aponta: “Cumprir ainda salientar que a finalidade perseguida pelo Estado no exercício da função pública deve ser extraída do ordenamento jurídico, e não exclusivamente da lei, em sentido material. Isso porque o regime de estrita legalidade apresenta uma fragilidade estrutural acentuada. O princípio da legalidade, hodiernamente, significa conformidade com o ordenamento jurídico”. Op. cit., p. 28. Sílvio Luís Ferreira da Rocha parece caminhar num sentido contrário, entendendo pela exigência de lei (em sentido estrito) específica prevendo o fomento: “A atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve obedecer a todos os princípios que orientam a atividade administrativa. Daí a razão pela qual a atividade de fomento deve ser previsto em lei, não se admitindo como válida a atividade de fomento não estipulada por lei, mas tão somente por regulamento ou ato administrativo” (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30-31).

implementar um determinado fim social deve ser compatível com a política pública formulada para a implementação de tal fim.

1.2 Agentes do fomento

Ainda que o fomento seja voltado para a promoção de um setor ou grupo de atores específico (destinatários do fomento), tal incentivo dar-se-á pelo direcionamento da atuação de um agente privado (pessoa física ou jurídica), de modo que ele execute determinadas ações (ou deixe de executar determinadas ações, no caso de estímulo negativo) que, por sua vez, ensejarão benefícios (externalidades positivas) para esse determinado setor ou grupo de atores que são destinatários finais do fomento. Assim, o fomento sempre demandará um grau de *delegação da função administrativa*, na medida em que ele apenas será efetivamente viabilizado e implementado por meio da atuação desses agentes privados.

Para o direcionamento desses agentes, o Poder Público fornece, então, um estímulo, um benefício que, espera-se, induzirá esses agentes a executarem determinada atividade. Ocorre que não necessariamente esses agentes que receberão um estímulo estatal imediato para o exercício de determinada atividade serão os próprios destinatários do fomento, podendo haver um descolamento entre agente executor (aquele que recebe o benefício estatal para incentivar a execução de determinada atividade) e destinatário final do fomento.

Como exemplo para visualizar a estruturação do fomento estatal e sua efetivação por meio de agentes econômicos, pode-se citar o “Programa Cultura do Trabalhador”, criado pela Lei 12.761/2012 para o incentivo estatal do setor cultural (objeto do fomento), e que é efetivado por meio de empresas cadastradas que empregam funcionários com vínculo trabalhista. As empresas cadastradas distribuem um “Vale-Cultura” a seus empregados – e, em troca, elas recebem benefícios fiscais (dedução do imposto sobre a renda). O instrumento de fomento, nesse caso, são benefícios fiscais oferecidos às empresas, para que elas incentivem o ensino e a cultura entre seus funcionários por meio de um *voucher*, que deverá ser utilizado em estabelecimentos comerciais cadastrados voltados à cultura. Com isso, incentiva-se o setor cultural e efetiva-se o acesso à cultura para os empregados dessas empresas cadastradas – que, por sua vez, recebem um fomento estatal que as incentivam a aderir a esse programa. Nesse exemplo, podem-se identificar tanto agentes do fomento (as empresas cadastradas, que recebem incentivos fiscais), como destinatários diretos e indiretos do fomento (os empregados, que recebem um *voucher* para a aquisição de bens culturais, e a área cultural, que é estimulada com o aumento da demanda decorrente do fornecimento de *vouchers*).

O fomento pode ter por *destinatário* qualquer agente, pessoa física ou jurídica. Por vezes, o fomento estatal é estruturado de modo a arrolar como beneficiário um agente econômico que participa diretamente do setor que se quer incentivar. Nesse caso, haverá *congruência entre destinatário e agente do fomento*, e em geral o fomen-

to atuará no estímulo à oferta, facilitando ou tornando menos onerosa a disponibilização de determinado bem ou serviço.

No entanto, o programa de fomento pode também incluir um agente econômico que, embora não seja destinatário final do fomento e nem participe diretamente do setor que se visa a fomentar, pode atuar de modo a incentivá-lo. É o que ocorre no exemplo do Programa Cultura do Trabalhador, acima mencionado: a empresa que recebe diretamente um benefício estatal (isto é, aquela que recebe a isenção fiscal) não atua diretamente no objeto do fomento (o setor cultural); no entanto, ela é intermediária de potenciais destinatários mediatos (os empregados tratados como consumidores do mercado cultural) e imediatos (a cultura, que é fomentada com o aumento da demanda). A partir dessa estrutura do programa, é possível tanto fomentar o setor cultural (por meio do estímulo da demanda desse mercado, com a disponibilização de *vouchers*), como efetivar uma política pública de disponibilização de direitos sociais (direitos culturais) aos trabalhadores.

O fomento também pode arrolar como agentes pessoas físicas – que, em geral, são potenciais consumidores do setor destinatário do fomento. Nesses casos, o fomento atua mais frequentemente na ponta da demanda, incentivando o consumo de determinado bem ou serviço.

Verifica-se, assim, que há variadas possibilidades para a definição dos agentes executores do fomento. Os critérios para *escolha dos agentes do fomento*, especialmente no caso de incentivo a determinado setor, devem assegurar que os que estarão aptos a receber os incentivos estatais sejam, de fato, capazes de promover o setor objeto do fomento. Por exemplo, não basta ser agente econômico – em tese ou efetivamente – do setor para ser escolhido como agente de uma política de fomento estatal; deve, sim, ser capaz de efetivar os fins públicos visados pelo fomento.

Ademais, a escolha dos agentes será em muito influenciada pelo instrumento utilizado para a efetivação do fomento. Se este for a subvenção econômica, por exemplo, ele tende a ter como agente do fomento o próprio agente econômico do setor fomentado (atuando como incentivo à oferta) e seus potenciais consumidores (estimulando a demanda). Se, por sua vez, o fomento de um setor for efetivado por meio de privilégios nas contratações públicas, os agentes tendem a ser os próprios destinatários do fomento, por meio de uma garantia de mercado pelo uso do poder de compra estatal.

Reitere-se, assim, que a estruturação do programa de fomento e a *definição dos destinatários finais*, bem como dos *agentes executores do fomento* (que receberão um benefício estatal imediato para a execução de uma determinada atividade, e que poderão ou não corresponder ao próprio destinatário do fomento), dependerão das peculiaridades de cada caso. É possível estruturar um programa de modo que haja integral coincidência entre destinatário do fomento (objeto fim da atividade estatal) e agente executor do fomento (aquele que perceberá, de forma direta, o estímulo estatal). Mas é igualmente possível desenhar um programa de fomento que estabele-

lece relações mais complexas, segregando os destinatários do fomento dos agentes executores do programa.

Por fim, quando da estruturação do fomento, deve-se analisar a pertinência de se exigir *requisitos prévios* a serem cumpridos pelos potenciais agentes, para que eles façam jus à concessão do fomento estatal. O cumprimento de requisitos prévios, juntamente com eventuais exigências de contrapartidas pelos agentes (conforme item 1.4 abaixo), visa a resguardar a correspondência entre o incentivo concedido (que envolve a disponibilização de recursos públicos) e a promoção do fim visado pelo fomento, assegurando a *efetividade do fomento*.

A exigência de requisitos prévios a serem atendidos pelos interessados realiza certa filtragem dos potenciais beneficiários, selecionando aqueles que, por cumprirem tais requisitos, tenderão a efetivamente executar medidas que promovem o objeto do fomento e alcançam aos interesses coletivos visados. Tais requisitos podem ser *econômicos* (comprovação de patrimônio ou apresentação de garantias), *técnicos* (apresentação de projeto ou metodologia de execução da atividade a ser empreendida com o fomento, apresentação de experiências anteriores ou comprovação de corpo técnico especializado) ou *jurídicos* (constituição do beneficiário numa determinada forma jurídica ou comprovação de regularidade fiscal e trabalhista).

1.3 Instrumentos⁷

Os instrumentos que podem ser utilizados para implementar o fomento estatal admitem tipos, modulações e combinações diversas, a depender dos objetivos visados e do setor no qual se interfere. Em suma, podem ser *instrumentos financeiros* (empréstimos, subvenções, incentivos, participação direta como acionista nos investimentos, concessão de garantias ou avais etc.) ou *instrumentos não financeiros* (informações, assessoria, criação da infraestrutura requerida para o investimento etc.). Os instrumentos de fomento podem, inclusive, ser combinados com outras formas de intervenção estatal.

As regras, os requisitos, os limites e os procedimentos que devem ser observados variam conforme o mecanismo adotado. Por exemplo, o instrumento de incentivo pode ser subsídio financeiro, isenção fiscal ou facilitação do trâmite burocrático, sendo que, para cada um desses instrumentos, haverá exigências normativas específicas que deverão ser observadas para sua implementação.

Quanto à *"quantidade" de fomento* a ser concedido, os parâmetros são essencialmente traçados pela subsidiariedade e proporcionalidade da atuação estatal, conforme será abordado no capítulo 4. A partir desses parâmetros traçados pela subsidiariedade e proporcionalidade, a quantificação do incentivo a ser concedido por uma determinada política de fomento deverá ser analisada tendo em vista, ainda: (i) o

7. O autor agradece à ajuda de André Luís Macagnan Freire na pesquisa da legislação aplicável aos instrumentos aqui apresentados.

cenário atual de efetivação do interesse público visado, isto é, o quanto ele já está sendo implementado; (ii) a priorização do interesse público perante o planejamento estatal, especialmente tendo em vista a escassez de recursos públicos; (iii) a disponibilidade de recursos públicos para a efetivação do interesse público em questão (tendo em vista seu grau de efetivação e priorização); e (iv) as características do objeto do fomento (setor ou ator a ser incentivado), identificando-se o quanto ele já é viável (mas não atrativo) sem fomento, ou se não é nem mesmo viável sem fomento.

Alguns autores identificam a transitoriedade como característica do fomento.⁸ Entende-se que a transitoriedade não é, em si, uma característica essencial ao fomento. Nada impede que programas de fomento sejam moldados com o objetivo de permanência, com a previsão de instrumentos contínuos. Haverá casos, contudo, em que será mais adequada a previsão de concessão única e definida da medida de fomento, ou ainda de instrumentos de fomento por um período temporal específico. A transitoriedade ou não do fomento será definida, além da disponibilidade de recursos, pelos fins visados e pelas características do fomento.

Por exemplo, se o fomento é pensado em razão de um período específico de crise econômica (em razão de crise econômica geral ou que afete setores específicos, como fatores climáticos ou doenças que afetem safras, no caso do setor de agricultura), ele tenderá a ter caráter transitório. Quando ele se volta a uma política pública específica (por exemplo, uma política cultural ou uma política de desenvolvimento calcada na pequena empresa), mais razoável será a permanência ou a perenidade. Além disso, o tempo pelo qual o fomento será previsto também deverá levar em consideração as interferências que ele pode causar à economia e ao setor fomentado, seja pela criação de uma concorrência em condições artificialmente privilegiadas, seja pelo receio de baixo desenvolvimento do setor fomentado em razão de dependência de mecanismos de fomento estatal.

A seguir, são detalhados alguns instrumentos utilizados para a efetivação do fomento estatal. Diante da pluralidade de meios que podem ser usados na estruturação de uma política de fomento estatal, ressalte-se que os exemplos a seguir mencionados *não são exaustivos*, tratando-se apenas dos instrumentos mais comumente utilizados. Tendo em vista a maleabilidade da atividade fomento estatal à situação concreta a que se dirige – característica que, aliás, a torna uma atividade estatal de extrema relevância na atualidade –, o rol de possíveis instrumentos para o fomento nunca logrará ser exaustivo.⁹

8. Ver, sobre esse ponto: LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010. p. 65.

9. Justamente em razão do rol inesgotável de alternativas de implementação do fomento, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca a necessidade de estudo de sua noção e suas características: "Como se pode observar, a divisão proposta para o estudo do fomento público no Direito Administrativo brasileiro corresponde a uma classificação sob o critério dos fins a alcançar e não dos meios empre-

Para cada instrumento estudado, buscar-se-á apresentá-lo em termos gerais, delimitando o contorno de seu emprego e utilidade. Quando existentes, serão também identificadas as *disposições normativas gerais* a ele aplicáveis, assim entendidas como as normas que regulam ou que incidam sobre o instrumento em si (por exemplo, as regras orçamentárias aplicáveis às subvenções econômicas), independentemente da política de fomento estatal específica na qual ele se insere. Por fim, serão também mencionados alguns *exemplos específicos* de política de fomento que se utiliza do instrumento mencionado. Nesse caso, o objetivo não será exaurir toda a regulamentação daquela política de fomento, mas sim apresentar sua estruturação por meio do uso do instrumento em questão.

1.3.1 Transferências diretas de recursos públicos

O fomento estatal pode constituir-se na forma de *transferência direta de recursos orçamentários para determinado agente*. Tal transferência ocorre a *fundo perdido*, sem posterior restituição pelo beneficiário, diferentemente do que ocorre com um empréstimo.

No âmbito de um programa de fomento, essas transferências podem ser utilizadas no estímulo tanto à oferta, como à demanda. No *estímulo à oferta*, a transferência de recursos é direcionada aos agentes do próprio setor fomentado (isto é, há congruência entre agente que recebe o incentivo e o destinatário final do fomento), de modo a aumentar a fonte de recursos de atividade ou empreendimento relacionado ao fomento, viabilizando economicamente a atividade ou reduzindo o preço final de bem ou serviço. Essa estruturação pode ser usada quando há dificuldade na obtenção de recursos pelo empreendedor (devido ao risco ou à baixa atratividade econômica da atividade), ou em razão mesmo da inviabilidade econômica da atividade (seja por causa dos altos custos de produção, seja em razão da limitação dos preços que podem ser cobrados dos consumidores, seja ainda por se tratar de atividades de benemerência, disponibilizadas gratuitamente à população). Como consequência, a subvenção em geral permite que um produto ou serviço seja ofertado a um custo menor, tornando economicamente viável ou mais atrativa a atividade a que se visa a fomentar.

No *estímulo à demanda*, as transferências de recursos podem ser destinadas aos potenciais consumidores do setor fomentado. Nesse caso, o subsídio estatal (total ou parcial em relação ao preço de aquisição do bem ou serviço) reduz ou mesmo anula

gados, uma vez que esses, por serem extremamente diversificados – como creditícios, financeiros, técnicos, burocráticos, tributários etc., conforme preferam e disponham os legisladores dos três níveis federativos – desdobraria demasiadamente a classificação” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito...* cit., 15. ed., 2009, p. 585). Também Luis Jordana Pozas ressalta a variedade de instrumentos que podem ser adotados pelo fomento, característica que traz grande atratividade para essa função estatal: “É impossível estabelecer um catálogo das formas pelas quais pode se revestir a função estatal fomentadora. Sua característica e sua excelência repousam, justamente, na flexibilidade, na adaptação às circunstâncias” (POZAS, Luis Jordana. *Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. Revista de Estudios Políticos*. n. 48. p. 41-54. Madrid, 1949).

o preço a ser efetivamente dispendido pelos potenciais consumidores e torna, assim, o produto mais atrativo para eles.

Tendo em vista que as transferências de recursos orçamentários necessariamente constituem-se em despesa orçamentária, seu uso deverá observar especialmente as disposições da Lei 4.320/1964 e LC 101/2000, que trazem regras sobre orçamento e endividamento público. Além disso, as Leis de Diretrizes Orçamentárias também estabelecem parâmetros para as transferências a serem previstas na Lei Orçamentária Anual. Em âmbito federal, mencionem-se, ainda, as regras estabelecidas pelo Dec. 93.872/1986 (especialmente art. 58 e ss.).

Ressalte-se que, conforme definições trazidas pela Lei 4.320/1964, as transferências para fins de fomento podem enquadrar-se especialmente como (i) transferências correntes, na forma de “subvenções” (econômicas ou sociais) ou “contribuições”; ou (ii) transferências de capital, na forma de auxílios e contribuição de capital.¹⁰

As *transferências correntes* são aquelas para as quais não “corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado” (art. 12, § 2.º). Especificamente, a *subvenção* é a transferência de recursos orçamentários destinada a cobrir despesas correntes dos entes beneficiados, classificando-a em dois tipos diferentes, conforme seus destinatários (art. 12, § 3.º): (i) *subvenção social*: transferência destinada a entidades públicas ou privadas de assistência social ou cultural e sem fins lucrativos; e (ii) *subvenção econômica*: a transferência a empresas públicas ou privadas, de “caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril”.¹¹ Veja-se, assim, que para os fins da referida Lei, a subvenção deverá ter por finalidade a cobertura de *despesas de custeio*, não estando relacionada a despesas de capital. Nos arts. 16 a 19, a Lei 4.320/1964 estabelece ainda requisitos específicos, conforme o tipo de subvenção.¹²

10. Para análise de cada uma dessas modalidades de despesa e seus requisitos, ver: FURTADO, J. R. Caldas. *Elementos de direito financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 183 e ss.

11. “Art. 12 (...) § 3.º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I – subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa; II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.”

12. No caso de *subvenção social* à prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, a Lei determina, em suma, os seguintes parâmetros (cf. arts. 16 e 17): (i) disponibilidade dos recursos financeiros públicos; (ii) economicidade na suplementação de recursos de origem privada; (iii) sempre que possível, o cálculo da quantificação da subvenção com base em unidades de serviços efetivamente prestados pela entidade beneficiada, conforme padrões mínimos de eficiência – regra que visa a manter a proporcionalidade do incentivo a ser concedido, e que não transforma a subvenção num pagamento por serviços prestados; (iv) concessão de subvenção apenas para instituição cujas condições de funcionamento sejam julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização. Já no caso de *subvenção econômica* à pessoa jurídica com fins lucrativos, a Lei 4.320/1964 exige autorização expressa em lei especial (cf. art. 19). Entende-se por “lei especial” uma disposição legal específica que autorize a transferência de recursos orçamentários para o setor econômico a ser fomentado, sendo que apenas com essa autorização é que a subvenção poderá

Já as *transferências de capital* são destinadas para cobrir “investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública” (art. 12, § 6.º). Ressalte-se que a Lei 4.320/1964 veda a transferência de capital para a incorporação em patrimônio de empresa com fins lucrativos.¹³

Qualquer que seja a modalidade, por se tratar de despesa orçamentária as transferências para fins de fomento estatal deverão estar previstas na Lei Orçamentária Anual (art. 4.º da Lei 4.320/1964).¹⁴

ALC 101/00 (arts. 26 e 27)¹⁵ também estabelece requisitos para as transferências ao setor privado. Em suma, a Lei estabelece a necessidade de: (i) autorização por lei específica; (ii) observância das condições estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias; (iii) previsão na Lei Orçamentária Anual. Tais requisitos deverão ser observados pela administração direta e indireta, exceto pelas instituições financeiras e Banco Central, no exercício de suas funções precípuas (art. 26, § 1.º).¹⁶

ser incluída na Lei Orçamentária Anual. Isto é, a indicação da despesa na Lei Orçamentária Anual não é suficiente, devendo haver uma manifestação legislativa prévia e específica, que autorize a subvenção. Tal exigência, contudo, não significa ser necessário que a lei regule tão somente sobre a subvenção. É certo que a boa técnica de redação legislativa demanda que um diploma normativo trate de um assunto apenas, mas a exigência contida no art. 19 da Lei 4.320/1964 não implica que o diploma poderá tratar apenas da subvenção; poderá, por exemplo, referir-se à implementação de uma política pública, prevendo como um de seus instrumentos o fomento estatal por meio da subvenção.

13. “Art. 21. A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos. Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se às transferências de capital à conta de fundos especiais ou dotações sob regime excepcional de aplicação.”
14. “Art. 4.º A Lei de Orçamento compreenderá todas as despesas próprias dos órgãos do Governo e da administração centralizada, ou que, por intermédio deles se devam realizar, observado o disposto no artigo 2.º.”
15. “Art. 26. A destinação de recursos para, direta ou indiretamente, cobrir necessidades de pessoas físicas ou débitos de pessoas jurídicas deverá ser autorizada por lei específica, atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar prevista no orçamento ou em seus créditos adicionais. § 1.º O disposto no *caput* aplica-se a toda a administração indireta, inclusive fundações públicas e empresas estatais, exceto, no exercício de suas atribuições precípuas, as instituições financeiras e o Banco Central do Brasil. § 2.º Compreende-se incluída a concessão de empréstimos, financiamentos e refinanciamentos, inclusive as respectivas prorrogações e a composição de dívidas, a concessão de subvenções e a participação em constituição ou aumento de capital. Art. 27. Na concessão de crédito por ente da Federação a pessoa física, ou jurídica que não esteja sob seu controle direto ou indireto, os encargos financeiros, comissões e despesas congêneres não serão inferiores aos definidos em lei ou ao custo de captação. Parágrafo único. Dependem de autorização em lei específica as prorrogações e composições de dívidas decorrentes de operações de crédito, bem como a concessão de empréstimos ou financiamentos em desacordo com o *caput*, sendo o subsídio correspondente consignado na lei orçamentária.”
16. Ressalte-se que, apesar de excluir as instituições financeiras dessas regras gerais, a Lei expressamente determina a observância das regras previstas nos arts. 26 e 27 para o caso de socorro financeiro es-

Além dessas regras orçamentárias gerais, que deverão ser observadas em qualquer mecanismo de fomento estatal que preveja a transferência direta de recursos, é possível ainda que determinado programa de fomento preveja outros requisitos específicos, disciplinando exigências e características a serem observados pelos potenciais beneficiários.

Por fim, ressalte-se a vedação constitucional de transferência de recursos por subvenção às instituições privadas com fins lucrativos para assistência à saúde (art. 199, § 2.º).¹⁷

A título exemplificativo, citem-se aqui dois exemplos de programas de fomento estatal por meio do uso do instrumento de transferência direta de recursos orçamentários.

O primeiro trata-se da Lei 10.973/2004 (Lei de Inovação Tecnológica, regulamentada pelo Dec. 5.563/2005) que, entre diversos mecanismos para incentivar projetos e programas de pesquisa e desenvolvimento ("P&D"), previu a possibilidade de subvenção para entidades com ou sem fins lucrativos (cf. art. 19).¹⁸ Para isso, a Lei estabelece, em suma, os seguintes requisitos: (i) a formalização de ajuste por convênio ou contrato específico; (ii) a observância das prioridades da política industrial e tecnologia nacional (conforme estabelecidas em regulamento); (iii) a aprovação de projeto pela entidade concedente; (iv) a assunção de contrapartida pela entidade que recebe o benefício, conforme previsto no ajuste.¹⁹

tatal a instituições financeiras, ainda que mediante a concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário, depende de lei específica. Nesse sentido: "Art. 28. Salvo mediante lei específica, não poderão ser utilizados recursos públicos, inclusive de operações de crédito, para socorrer instituições do Sistema Financeiro Nacional, ainda que mediante a concessão de empréstimos de recuperação ou financiamentos para mudança de controle acionário. (...)".

17. "Art. 199 (...) § 2.º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos."
18. "Art. 19. A União, as ICT e as agências de fomento promoverão e incentivarão o desenvolvimento de produtos e processos inovadores em empresas nacionais e nas entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa, mediante a concessão de recursos financeiros, humanos, materiais ou de infraestrutura, a serem ajustados em convênios ou contratos específicos, destinados a apoiar atividades de pesquisa e desenvolvimento, para atender às prioridades da política industrial e tecnológica nacional. § 1.º As prioridades da política industrial e tecnológica nacional de que trata o *caput* deste artigo serão estabelecidas em regulamento. § 2.º A concessão de recursos financeiros, sob a forma de subvenção econômica, financiamento ou participação societária, visando ao desenvolvimento de produtos ou processos inovadores, será precedida de aprovação de projeto pelo órgão ou entidade concedente. § 3.º A concessão da subvenção econômica prevista no § 1.º deste artigo implica, obrigatoriamente, a assunção de contrapartida pela empresa beneficiária, na forma estabelecida nos instrumentos de ajuste específicos. § 4.º O Poder Executivo regulamentará a subvenção econômica de que trata este artigo, assegurada a destinação de percentual mínimo dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - FNDCT. § 5.º Os recursos de que trata o § 4.º deste artigo serão objeto de programação orçamentária em categoria específica do FNDCT, não sendo obrigatória sua aplicação na destinação setorial originária, sem prejuízo da alocação de outros recursos do FNDCT destinados à subvenção econômica."
19. Outros mecanismos de fomento relacionados à P&D podem ser verificados na Lei 10.332/2001, no Dec. 4.195/2002 e na Portaria MCT 862/2003.

Cumpra observar que, no campo de ensino e P&D, a subvenção constitui-se num instrumento relevante de fomento estatal, uma vez que se trata de atividades com alto risco, sendo que apenas um percentual muito pequeno resultará em produtos capazes de efetivamente gerar retorno financeiro com sua posterior exploração – mas que, ainda assim, geram benefícios extremamente relevantes para a sociedade. Por essa razão, o setor público, em diferentes esferas (notadamente instituições de pesquisa e agências de fomento), oferecem bolsas de pesquisas e outros auxílios para o desenvolvimento de pesquisas e participação em eventos científicos. Tais concessões não são restituíveis, mas há diversos requisitos prévios (vinculação a um programa de pós-graduação, por exemplo) e contrapartidas (tal como o compromisso de posterior atuação profissional no país, por certo prazo) que devem ser observados pelos agentes que recebem os benefícios.

Outro exemplo é a Lei 11.977/2009, que instituiu o “Programa Minha Casa, Minha Vida”. O programa (e seus subprogramas) previu uma série de instrumentos com vistas ao incentivo à construção (estímulo à oferta) e aquisição (estímulo à demanda) de novas unidades habitacionais, entre os quais a subvenção econômica para adquirentes de unidades habitacionais que se enquadrem nos requisitos especificados pela Lei e sua regulamentação. Ao fazê-lo, o programa está a fomentar uma dada atividade da cadeia econômica (construção e oferta de moradia para população de menor renda) que, sem esse incentivo, não se desenvolveria.

1.3.2 *Financiamento em condições favoráveis*

O fomento por meio do financiamento em condições favoráveis abrange qualquer tipo de facilitação estatal na disponibilidade de financiamentos (públicos ou privados) para um determinado setor ou ator, tais como facilitação nos requisitos exigidos para financiamento, exigência de taxas menores, previsão de prazos de carência maiores ou outras condições de pagamento mais favoráveis. Com isso, busca-se facilitar, para determinada atividade ou agente econômico, o acesso a recursos financeiros – que seriam restritos em razão de limitações próprias do mercado ou do alto custo do crédito – e incentivar, assim, a execução da atividade fomentada.

Esse instrumento é viabilizado especialmente por intermédio de bancos públicos e agências públicas de fomento, na esteira do previsto na Lei 4.595/1964, que estabelece serem esses entes “órgãos auxiliares da execução da política de crédito do Governo Federal”.²⁰

20. “Art. 22. As instituições financeiras públicas são órgãos auxiliares da execução da política de crédito do Governo Federal. § 1.º O Conselho Monetário Nacional regulará as atividades, capacidade e modalidade operacionais das instituições financeiras públicas federais, que deverão submeter à aprovação daquele órgão, com a prioridade por ele prescrita, seus programas de recursos e aplicações, de forma que se ajustem à política de crédito do Governo Federal. § 2.º A escolha dos Diretores ou Administradores das instituições financeiras públicas federais e a nomeação dos respectivos Presidentes e designação dos substitutos observarão o disposto no art. 21, parágrafos 1.º e 2.º, desta lei. § 3.º A atuação das instituições financeiras públicas será coordenada nos termos do art. 4.º desta lei.”

No entanto, é também possível que bancos privados concedam esse tipo de incentivo. Neste caso, apenas poderá ser incluído como fomento estatal os financiamentos em condições favoráveis (i) que decorram de exigência normativa que obrigue a instituição a utilizar parte de seus recursos ou depósitos na concessão de crédito favorecido para determinado setor ou (ii) que, na outra ponta, sejam favorecidos pela disponibilização de linhas de crédito favorecidas por parte de bancos oficiais ou agências de fomento (como ocorre no caso dos recursos da Agência Especial de Financiamento Industrial – Finame).

Nesses casos, o fomento vai se dar por meio de instituições financeiras privadas que atuam como agentes estatais, cumprindo uma política pública de fomento determinada em âmbito normativo.²¹ Ressalte-se que o fomento está na concessão de crédito em condições mais favorecidas, sendo seu beneficiário o prestador. Benefício e consensualidade – características da atividade fomentadora – estarão então presentes sob o enfoque do agente fomentado. A diferença é que o benefício é implementado por um agente não estatal, mas que lhe faz às vezes em razão de dispositivos normativos ou de políticas públicas que estabelecem tal ação.

O financiamento em condições favoráveis implica o uso de recursos públicos, de forma direta e indireta. De forma direta porque haverá um dispêndio de recursos públicos para a concessão do crédito que, espera-se, serão posteriormente ressarcidos (nas condições e nos prazos avençados pelo financiamento) pelo mutuário. De forma indireta porque, ainda que haja esse ressarcimento, as condições privilegiadas pelas quais o financiamento foi concedido (em razão de taxas, prazos ou mesmo requisitos subjetivos para a concessão) faz com que esse ressarcimento não devolva todos os custos e ônus arcados pelo Poder Público para sua concessão. Em outras palavras, sempre haverá um dispêndio de recursos públicos em razão das “condições favorecidas” pelas quais o financiamento foi concedido.

Tendo em vista os custos públicos envolvidos no financiamento público, a LC 101/2000 equipara a concessão de empréstimos à subvenção, incluindo aí eventuais refinanciamentos, prorrogações e recomposições das dívidas (art. 26, § 2.º). Destarte, a concessão de empréstimos enquadra-se nos requisitos e nas limitações estabelecidos por esta Lei para a destinação de recursos à pessoa jurídica ou física privada, conforme mencionado no item anterior. Especificamente, a Lei Complementar determina que os empréstimos de ente federativo a pessoa física ou jurídica que não esteja sob seu controle direto depende de lei específica e da previsão do subsídio na Lei Orçamentária Anual (art. 27).

21. Há diversas normas, especialmente resoluções do Conselho Monetário Nacional, que obrigam os bancos privados a aplicarem determinado percentual de seus depósitos para a concessão de crédito em condições favorecidas para determinado grupo. Sobre o tema, ver: TORRES FILHO, Ernani T. Crédito direcionado e direcionamento do crédito: situação atual e perspectivas. *Revista do BNDES*, vol. 13, n. 25, p. 35-50. Rio de Janeiro: BNDES, jun. 2006; SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010. p. 80 e ss.

Os bancos e agências de fomento de atuação nacional²² costumam ser utilizados para a implementação de políticas públicas de amplitude nacional, como no caso de concessão de financiamentos diferenciados para setores ou agentes em geral, sem especificidade de localidade – por exemplo, agricultura familiar ou micro e pequena empresa. Exemplo de extrema relevância desse tipo de fomento é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDES), que possui diversas linhas, programas e fundos para o financiamento favorecido de diversos setores específicos.²³

Do mesmo modo, há também órgãos estaduais ou mesmo federais focados em questões regionais, e que utilizam esse instrumento como forma de incentivar atividades relacionadas a necessidades e características regionais. Citem-se, por exemplo, as agências de fomento estaduais²⁴ (AgeRio,²⁵ BDMG,²⁶ Desenvolve SP,²⁷ Fomento Paraná,²⁸ Agefepe,²⁹ Afeam,³⁰ entre diversas outras), com atuação especializada no fomento de atividades com impacto regional. Ou, ainda, órgãos federais focados no desenvolvimento regional (Banco da Amazônia³¹ ou BNB,³² por exemplo). O Banco da Amazônia, por exemplo, desenvolve diversas ações voltadas à geração de emprego e renda, fixação do homem no campo, inclusão social e ambiental, com foco para as questões enfrentadas na região.³³

Ainda a título exemplificativo, mencione-se a LC 123/2006, que previu, entre outros diversos instrumentos de incentivo às micro e pequenas empresas, a melhoria

22. Para breve histórico sobre política de fomento das instituições financeiras, inclusive abordando especificamente algumas instituições financeiras federais, ver: GIACOMONI, James. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 35. n. 137. p. 265-279. Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 1998.
23. No site do BNDES, há a relação das ações de apoio financeiro executadas pelo banco. Disponível em: [www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/]. Acesso em: 13.10.2014.
24. Em relação às agências de fomento estaduais, a atualmente vigente MedProv 2.192-70, de 24.08.2001 (originalmente editada como MedProv 1.514, de 07.08.1996), previu a redução de instituições financeiras estaduais, determinando sua privatização ou transformação em agências de fomento, assim definidas como as “instituições financeiras dedicadas ao financiamento de capital fixo e de giro associado a projetos no País” (art. 1.º, *caput*).
25. Agência de Fomento do Estado do Rio de Janeiro, criada pelo Decreto Estadual 32.376/2002.
26. Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais, criado pela Lei Estadual 10.092/1989.
27. Agência de Desenvolvimento Paulista, criada pela Lei Estadual 10.853/2001.
28. Agência de Fomento do Estado do Paraná S.A., criada pela Lei Estadual 11.741/1997.
29. Agência de Fomento do Estado de Pernambuco S.A., criada pela Lei Estadual 13.701/2008.
30. Agência de Fomento do Estado do Amazonas S.A., criada pela Lei Estadual 2.505/1998.
31. Banco da Amazônia, criado pela Lei Federal 5.173/1966.
32. Banco do Nordeste S.A., criado pela Lei Federal 1.649/1952.
33. Por exemplo, por meio do Programa Nacional para o Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pro-naf), o Banco da Amazônia atua como indutor do desenvolvimento regional, estimulando, por exemplo, a exploração extrativista ecologicamente sustentável e o desenvolvimento de técnicas de recomposição e manutenção das áreas de preservação e reserva legal. Disponível em: [www.bancoamazonia.com.br/index.php/financiamentos1/floresta]. Acesso em: 13.10.2014.

no acesso a crédito público (art. 57).³⁴ Especificamente em relação aos bancos públicos, determinou que eles oferecessem linhas de financiamento para as micro e pequenas empresas em condições diferenciadas, exigindo que essas medidas fossem especificadas nos seus balanços (art. 58, *caput* e parágrafo único).³⁵

1.3.3 Concessão de garantias creditórias

Por vezes, empreendedores encontram diversas dificuldades em obter financiamentos privados, seja em razão de escassez ou limitação do crédito, seja pelo não cumprimento, pelo requerente, dos requisitos exigidos para a tomada de créditos.

Nesses casos, como medida de fomento, além da própria concessão de subvenções ou financiamentos em condições diferenciadas, o Estado pode também atuar como garantidor de financiamentos a serem obtidos pelos agentes ou setor fomentado. Ao garantir esses financiamentos, o Estado acaba por facilitá-los, uma vez que o concedente do empréstimo possui segurança maior de satisfação da dívida, em caso de inadimplemento do mutuário.

Importante observar que a garantia a ser concedida pelo Poder Público apenas deverá ser arcada pelo Estado em caso de inadimplência do mutuário que recebe o benefício do fomento. Dessa forma, esse instrumento de fomento não gera, em princípio, um dispêndio de recursos orçamentários. Isso apenas ocorrerá se o mutuário garantido tornar-se inadimplente – devendo o Estado, então, assegurar o pagamento do crédito perante seu financiador. Ainda assim, observe-se que tal assunção do crédito pelo Estado não ocorrerá a fundo perdido, isto é, seja a instituição, seja o Poder Público garantidor, deverão cobrar o valor garantido do mutuário inadimplente.

Como exemplo desse instrumento de fomento, mencione-se a existência de diversos fundos criados com recursos públicos,³⁶ destinados especificamente à con-

34. "Art. 57. O Poder Executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito."

35. "Art. 58. Os bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial e a Caixa Econômica Federal manterão linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, devendo o montante disponível e suas condições de acesso ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgadas. Parágrafo único. As instituições mencionadas no *caput* deste artigo deverão publicar, juntamente com os respectivos balanços, relatório circunstanciado dos recursos alocados às linhas de crédito referidas no *caput* deste artigo e aqueles efetivamente utilizados, consignando, obrigatoriamente, as justificativas do desempenho alcançado."

36. Embora vede, como regra, a vinculação de receitas, ressalte-se que a Constituição Federal expressamente possibilita a vinculação de receitas destinadas a fundo de fomento à pesquisa e ao ensino, conforme art. 218, § 5.º, da CF. Diante de tal previsão, o STF já julgou a constitucionalidade de vinculação de receitas estaduais para a constituição de fundo para ensino e pesquisa. Ver, nesse sentido: ADI 336/SE (rel. Min. Eros Grau, j. 10.02.2010, *DJe* 16.09.2010); ADI 550/MT (rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.08.2002, *DJe* 18.10.2002); ADI 780-MC/RJ (rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.03.1993, *DJe* 16.04.1993).

concessão de garantias para financiamentos para determinados setores e atores: Lei 12.087/2009, que autorizou a participação da União em fundos garantidores de risco de crédito para micro, pequenas e médias empresas, e para produtores e cooperativas rurais; a Lei 11.943/2009, que autoriza a União, os Estados e o Distrito Federal a participar do Fundo de Garantia a Empreendimentos de Energia Elétrica (FGEE), para assegurar a participação de empresas estatais do setor elétrico em sociedades de propósito específico constituídas para exploração de empreendimentos de energia elétrica; a Lei 11.524/2007, que autorizou a participação da União em fundos garantidores de financiamentos para produtores e cooperativas rurais; a Lei 11.977/2007, que autorizou a participação da União no Fundo Garantidor da Habitação Popular (FGHab), para a garantia de empréstimos concedidos no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação; a Lei 12.712/2012, que autorizou a União a participar de fundos que tenham por finalidade garantir operações relacionadas ao comércio exterior. Especificamente em relação ao Fundo Garantidor de Crédito (que garante os correntistas de créditos depositados nas instituições financeiras), entende-se que não se trata de fomento estatal, uma vez que ele é composto de depósitos feitos pelas próprias instituições financeiras associadas ao FGC.³⁷ Neste caso, estamos mais diante de uma medida de regulação do setor do que de fomento creditício.

1.3.4 Desoneração tributária

O Estado pode incentivar um determinado setor ou agentes econômicos por meio de medidas de desoneração tributária que geram a *redução ou o diferimento de custos de produção*, tais como isenção, redução de alíquotas, diferimento ou parcelamento de pagamento de tributos.

Trata-se de caso típico de *função extrafiscal* do tributo,³⁸ em que o Estado desenha o tributo de modo a incentivar um determinado setor, diretamente (por meio de estímulos positivos) ou indiretamente (por meio de estímulos negativos dirigidos a outros setores e que indiretamente incentivem aquele a ser fomentado). Diz-se então que, para além da função primária dos tributos – arrecadação de rendas para o funcionamento do Estado –, eles passam a cumprir também uma função de orientar condutas, incentivando (por meio de desonerações) aquelas que geram externalida-

Bressalte-se que, nesses casos, o fundo pode ter por finalidade não apenas a prestação de garantias, mas, também, a própria concessão de financiamentos ou mesmo bolsas sem restituição.

37. Ver, nesse sentido, a Res. 4.222/2013, do Banco Central, que estabelece as regras de funcionamento, o estatuto e o regulamento do FGC.

38. O tributarista Paulo de Barros Carvalho assim define a função extrafiscal do tributo: "A experiência jurídica nos mostra, porém, que vezes sem conta a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios aos meramente arrecadatórios, dá-se o nome de *extrafiscalidade*" (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 290).

des positivas para a sociedade e desincentivando (por meio de majoração da carga tributária) aquelas que se entende que geram externalidades negativas.

Veja-se que, no caso de fomento por meio de desonerações tributárias, a consensualidade estará presente em relação na execução ou não de determinada conduta. Na sua execução, contudo, é claro que não haverá qualquer discricionariedade no pagamento de tributos, que é cogente uma vez que ocorre seu fato gerador. Dessa forma, a atividade de fomento estatal que se utilize das desonerações tributárias como instrumento de implementação do fomento buscará induzir os agentes econômicos, por meio da redução da carga tributária específica (ou, indiretamente, por meio da majoração da carga tributária de condutas alternativas às que se visa a incentivar), a realizar determinadas condutas (execução de atividades ou empreendimentos). A não realização dessas condutas não gerará qualquer sanção ao agente econômico. Contudo, caso ele decida executá-las, deverá arcar com toda a carga tributária incidente (que, por sua vez, estará reduzida em razão do fomento).

As desonerações tributárias não consistem propriamente despesa, mas sim em *renúncia de receitas*, deixando o Estado de arrecadar com o recolhimento de tributos. Diante disso, elas têm um impacto nas contas públicas, porém de forma indireta, na medida em que interfere numa possibilidade e expectativa de arrecadação de receitas.

Veja-se que apenas o ente que possui *competência* para a instituição de determinado tributo pode alterar as regras de sua incidência – por meio de isenções, reduções de alíquota ou regras diferenciadas para seu pagamento. Nesse sentido, apenas podem instituir as desonerações tributárias o ente competente para a instituição do tributo, conforme competências tributárias distribuídas pela Constituição Federal entre União (art. 153),³⁹ Estados e Distrito Federal (art. 155),⁴⁰ e Municípios (art. 156).⁴¹

As desonerações tributárias são bastante utilizadas para incentivar o desenvolvimento de uma determinada região, em razão dos benefícios para a economia e população locais gerados com a instalação de empreendimentos. Para isso, os entes federativos modulam os tributos de suas competências, de modo a incentivar a atra-

39. "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I – importação de produtos estrangeiros; II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III – renda e proventos de qualquer natureza; IV – produtos industrializados; V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI – propriedade territorial rural; VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar (...)."

40. "Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; II – operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III – propriedade de veículos automotores (...)."

41. "Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I – propriedade predial e territorial urbana; II – transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (...)."

ção de empreendimentos para determinadas regiões. Por exemplo, a União pode reduzir as alíquotas de IPI para empresas (de um ou mais setores econômicos) que se instalem em regiões no norte e nordeste; ou os Estados e Municípios podem reduzir as alíquotas ou isentar o pagamento ICMS e ISS (respectivamente) de determinado setor econômico, de modo a atrair empreendimentos que injetarão recursos na localidade e gerarão empregos para a população local. Bastante utilizados, esses exemplos são, aliás, conhecidos por gerar "guerras fiscais" entre os entes federados e, quando mal planejados, por acabar por perpetuar as desigualdades regionais.⁴² Nesses casos, o objeto do fomento não é o setor econômico em si, mas, sim, a busca de desenvolvimento econômico e social de uma determinada região.

Exemplo bastante conhecido de desoneração tributária para fomento do desenvolvimento regional trata-se da Zona Franca de Manaus, criada pelo Dec.-Lei 288/1967 com a "(...) finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos" (art. 1.º).⁴³ Trata-se de programa de fomento estatal peculiar, pois ele previu, além da desoneração tributária (isenção dos impostos de importação e exportação), a criação de um polo industrial com a facilitação para a instalação de empreendimentos.

As desonerações tributárias devem observar requisitos de ordem *orçamentária* (uma vez que impacta a arrecadação de receitas e, de forma indireta, diminui a possibilidade de geração de despesas) e *tributária* (tendo em vista que altera as características do tributo).

Quanto aos *requisitos orçamentários*, a Constituição Federal determina que o projeto da lei orçamentária anual deverá prever os impactos na receita decorrentes de "isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia" (art. 165, § 6.º). Já a LC 101/2000 (art. 14)⁴⁴ prevê que a concessão ou amplia-

42. Tendo em vista a queda na arrecadação de recursos gerada com as desonerações tributárias, não são todos os entes que podem arcar com esse mecanismo de incentivo para a atração de um empreendimento para sua área. Assim, justamente esses entes que não têm capacidade para arcar com as desonerações podem perder esses investimentos para outras localidades que podem arcar com essa perda de receitas, o que pode acabar por perpetuar as desigualdades regionais.

43. O Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da CF/1988 previu expressamente a continuidade da Zona Franca de Manaus, por mais 25 anos da promulgação (prazo que se encerra em 2014, sendo que está em tramitação no Congresso Nacional emenda para sua prorrogação): "Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição. Parágrafo único. Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus".

44. "Art. 14. A concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I - demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que

ção de incentivo ou benefício fiscal deverá: (i) ser acompanhada de estimativa de seu impacto orçamentário-financeiro para o exercício de implementação e para os dois seguintes; (ii) atender à Lei de Diretrizes Orçamentárias; e (iii) demonstrar que (iii.a.) a renúncia de receita foi considerada na estimativa de receita da Lei Orçamentária Anual e que não afetará as metas de resultados fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias; ou (iii.b.) há medida de compensação da perda tributária por meio de aumentos de receitas (por meio de elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo ou criação de tributos), sendo que, nesse caso, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas de compensação. Ressalte-se, contudo, que tais exigências não se aplicam para a alteração de alíquotas, pela União, do imposto de importação, imposto de exportação, imposto sobre produtos industrializados e imposto sobre operações de crédito, conforme previsto no art. 153, § 1.º, da CF,⁴⁵ e art. 14, § 3.º, I, da LC 101/2000.

Em relação aos requisitos tributários, devem ser observadas as normas gerais de direito tributário estabelecidas pelo Código Tributário Nacional (CTN-Lei 5.172/1966), bem como as demais disposições normativas específicas de cada tributo sobre o qual incidirá a desoneração tributária. Assim, por exemplo, eventual programa de fomento a ser implementado por ente estadual por meio de desonerações referentes ao ICMS deverá observar as regras da LC 24/1975, bem como às disposições normativas estaduais que regulem o tributo no âmbito estadual específico.

Especificamente em relação às isenções tributárias, o CTN (art. 176)⁴⁶ prevê a necessidade de lei específica,⁴⁷ que detalhará condições, requisitos, tributo aplicável

não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II - estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição. § 1.º A renúncia compreende anistia, remissão, subsídio, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, alteração de alíquota ou modificação de base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. § 2.º Se o ato de concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de que trata o *caput* deste artigo decorrer da condição contida no inciso II, o benefício só entrará em vigor quando implementadas as medidas referidas no mencionado inciso. § 3.º O disposto neste artigo não se aplica: I - às alterações das alíquotas dos impostos previstos nos incisos I, II, IV e V do art. 153 da Constituição, na forma do seu § 1.º; II - ao cancelamento de débito cujo montante seja inferior ao dos respectivos custos de cobrança."

45. "Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar. § 1.º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V (...)."
46. "Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração. Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares."
47. O STF já decidiu que a isenção fiscal pode constar de lei não específica, desde que inserida em lei de matéria correlata. Na ADIn 4.033/DF (rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 15.09.2010, DJe 04.02.2011), foi questionado o art. 13, § 3.º, da LC 123/2006, que isentou as micro e pequenas empresas optantes

e prazo de duração da isenção. A regra da legalidade estrita também deverá ser observada nos casos de modificação de alíquotas ou de base de incidência de tributos, exceto nos casos excepcionados pelo próprio CTN (art. 97, incisos e parágrafos).⁴⁸ As medidas de desoneração tributária deverão, ainda, observar a anterioridade legal aplicável a cada tributo, conforme previsto na Constituição Federal (art. 150, III e § 1.º) e no CTN (art. 101 e ss.).

No estabelecimento de isenções tributárias, é importante observar especificamente o limite estabelecido pela Constituição Federal, em seu art. 152, que veda que os entes federados estabeleçam diferenças entre “bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”. O constituinte buscou com isso impedir que o manejo das competências tributárias dos entes federativos visasse a distinções injustificadas ou obstáculos à livre circulação de bens e serviços em âmbito nacional. No entanto, a própria Constituição, ao mesmo tempo em que expressamente vedou à União a instituição de tributos federais não uniformes no território nacional (art. 151, I),⁴⁹ também autorizou o manejo de sua competência tributária com vistas a viabilizar o desenvolvimento de regiões específicas, instituindo incentivos fiscais para incentivar melhorias sociais e econômicas para determinada localidade. Tais regras devem ser particularmente analisadas no caso de políticas de fomento que busquem o incentivo de bens, serviços ou atores de uma determinada região.

1.3.5 Participação societária estatal minoritária

A participação do Estado (seja diretamente, seja por meio de suas empresas estatais) como sócio minoritário de empresas privadas é instrumento que vem sendo utilizado pelo Estado como forma de intervenção estatal, com objetivos diversos.⁵⁰

do Simples Nacional do pagamento das contribuições instituídas pela União, inclusive as contribuições para o sistema sindical e demais entidades de serviço social autônomo. Dentre outros pontos, foi alegada violação ao art. 150, § 6.º, da CF, que exige lei específica para concessão de benefícios fiscais. No julgamento, o Tribunal rejeitou “a alegação de violação da reserva de lei específica para dispor sobre isenção (art. 150, § 6.º da Constituição), uma vez que há pertinência temática entre o benefício fiscal e a instituição de regime diferenciado de tributação”.

48. “Art. 97. Somente a lei pode estabelecer: I – a instituição de tributos, ou a sua extinção; II – a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; III – a definição do fato gerador da obrigação tributária principal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3.º do artigo 52, e do seu sujeito passivo; IV – a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65; V – a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas; VI – as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades. § 1.º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso. § 2.º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.”

49. “Art. 151. É vedado à União: I – instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País; (...)”

50. Ressalte-se ser possível, também, outras formas de parcerias societárias que não necessariamente implicam a constituição de nova pessoa jurídica, tal como *joint ventures*, consórcios e outros tipos

Muitas vezes, essa participação relaciona-se com objetivos estratégicos do Estado num determinado setor da economia, sendo inclusive efetivada por empresas estatais, controladas pelo Estado. Nesses casos, a participação acionária estatal tem por objetivo uma colocação estratégica do Estado (diretamente ou por meio de suas empresas estatais) num determinado segmento econômico, como forma de regulação do mercado ou para o alcance de fins públicos visados pela intervenção direta estatal.

Mas esse mecanismo pode ser utilizado também com o objetivo de fomentar um setor ou agente. Isso porque essa participação estatal pode viabilizar o acesso a recursos públicos (humanos, financeiros ou mesmo de bens materiais ou imateriais)⁵¹ que facilitam o exercício de determinada atividade econômica com relevância para os interesses públicos. Nesse caso, o Poder Público atuará como sócio estratégico da sociedade, aportando um diferencial – recursos financeiros, outros bens materiais e imateriais – que propulsionará a viabilidade da sociedade, incentivando-a a executar atividades econômicas de interesse social.

Veja que, nesse caso, a relação entre setor público e setor privado estabelece-se em âmbito societário e não contratual. A parceria societária entre os setores público e privado existe há bastante, na forma de sociedades de economia mista, que congregam capitais públicos e privados, com a detenção do controle pelo sócio estatal.⁵² Embora sejam pessoas jurídicas de direito privado, sabe-se que essas empresas estatais estão sujeitas a um regime híbrido, com incidência de regras de direito público que limitam sua atuação.⁵³

Nesse cenário em que se destacam essas amarras na atuação dos entes estatais empresariais, bem como da insegurança jurídica em relação ao regime jurídico a que eles estão submetidos, vem crescendo⁵⁴ a intervenção estatal sob a forma de partici-

de associações comerciais. As considerações aqui tecidas aplicam, de forma geral, para esses tipos de associações.

51. Ressalte-se que o capital social de uma empresa pode ser composto não apenas por moeda, mas também bens móveis, imóveis, bem como direitos e bens imateriais, desde que valoráveis.
52. Ressalte-se que as sociedades de economia mista, juntamente com as empresas estatais, são instrumentos de intervenção direta do Estado na economia, em que ele produz, diretamente, bens e serviços.
53. Para um estudo específico sobre o regime jurídico incidente sobre as empresas estatais, ver: JUSTEN FILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSORIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. São Paulo: Lumen Juris, 2006; SUNDFELD, Carlos Ari. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*. vol. 23, 2014.
54. Carlos Ari Sundfeld tece interessante histórico sobre as “empresas semiestatais”: “Todavia, um problema importante é que as regras de gestão pública, que são cada vez mais aplicadas às empresas estatais (ex.: dever de licitar e de fazer concurso público para admitir empregados), têm se mostrado

pação societária estatal minoritária, sem caracterização do controle estatal⁵⁵ – parcerias essas que podem ter por objetivo fomentar e incentivar a atuação de determinados setores, tendo em vista os benefícios que o aporte estatal na sociedade pode gerar.⁵⁶ Nesse caso, a sociedade na qual o Estado participará será pessoa jurídica privada, com controle não estatal, sendo que a participação estatal não será suficiente para caracterizar o controle da sociedade pelo Estado.⁵⁷ Destarte, a empresa submete-se, na sua gestão e atuação, ao regime jurídico aplicável a qualquer outra empresa privada.

pouco adaptadas às necessidades empresariais, o que vem impondo custos e incertezas sobre a atuação das sociedades de economia mista. Assim, a sociedade de economia mista não tem se mostrado um modelo muito adequado para novas parcerias. Por isso, nos últimos anos, uma alternativa vem sendo testada no âmbito federal: a de o Poder Público, por meio de empresa estatal, ingressar como acionista minoritário relevante de empresa do setor privado, participar do seu controle pela via de um acordo de acionista e, por meio de contratos administrativos, associar-se a essa empresa para empreendimentos importantes. Caixa Econômica Federal e Telebras já fizeram associações desse tipo. O resultado é uma empresa semiestatal, que celebra, sem licitação, contratos de prestação de serviços ou de fornecimento com a estatal que é sua sócia e, assim, tem garantia de mercado e de receita por prazo longo, em uma parceria estável. Como o Poder Público é minoritário, além de a empresa não se sujeitar às regras de gestão pública, o acionista privado fica mais seguro". O direito e as parcerias... cit., p. 56-57.

55. O Dec.-lei 200/1967 vale-se da *concepção patrimonial de controle*, sendo então controlador aquele que tiver a propriedade da maioria das ações. Ocorre que, com o advento da Lei 6.404/1976, que regula as sociedades anônimas, a concepção exclusivamente patrimonial para a configuração de empresa estatal – e, especialmente, sociedade de economia mista – ganhou outros contornos. Isto porque esta Lei, ao definir *acionista controlador* (art. 116), utiliza-se da *acepção fática de controle*, focando-se para o controle efetivo da empresa (que não necessariamente coincidirá com o controle patrimonial). Dessa forma, a partir da Lei 6.404/1976, deve-se ter em vista que o critério patrimonial adotado pelo Dec.-lei 200/1967 para definir sociedades de economia mista e empresas públicas (art. 5.º, II e III) já não é mais suficiente para fazer frente à realidade da organização societária das empresas, e nem às formas de participações societárias estatais. Assim, o foco da acepção de controle deve residir na detenção efetiva do poder de decidir, de forma permanente, sobre os rumos da sociedade, tal como disposto no art. 116 da Lei 6.404/1976.
56. Marçal Justen Filho destaca as participações acionárias estatais como uma nova modalidade interventiva estatal: "As circunstâncias econômicas e a necessidade de aporte de recursos públicos para fomento conduziram o Estado brasileiro a delinear uma nova modalidade interventiva. Em circunstâncias especiais e diferenciadas, o Estado assegura recursos econômicos indispensáveis a certos empreendimentos mediante o aporte de capital na condição de sócio minoritário. Essas soluções têm sido aplicadas no setor energético e foram especialmente consagradas nas concessões da exploração dos Aeroportos de Guarulhos, Campinas e Brasília" (JUSTEN FILHO, Marçal. As empresas privadas com participação estatal minoritária. *ReDAC - Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 2. p. 277. set.-out. 2013).
57. "Controle estatal", aqui, refere-se ao controle estatal nos termos adotados pela Lei 6.404/1976, em sua definição de acionista controlador (art. 116), conforme mencionado na nota de rodapé anterior, isto é, o efetivo poder de comando da sociedade. Tal controle, por sua vez, pode ser verificado tanto pelo *critério patrimonial* – detenção da maioria do capital votante –, como pelo *critério fático*, por meio de outros mecanismos societários (por exemplo, ações preferenciais – as chamadas *golden share*), ou contratuais (por exemplo, os acordos de acionistas). O que se busca apontar é que, de qualquer forma, a participação do Estado na sociedade, nesta forma de fomento, não caracterizará o controle acionário pelo Estado – e, portanto, não ensejará o enquadramento dessa sociedade como uma empresa estatal.

Há dois principais requisitos que devem ser analisados em relação à participação societária estatal como forma de fomento. Primeiro, sob o viés orçamentário, se o aporte estatal na sociedade se der sob a forma de recursos financeiros, então tal mecanismo representará criação de despesa (art. 12, § 5.º, da Lei 4.320/1964),⁵⁸ sendo necessária sua previsão na Lei Orçamentária Anual. Ressalte-se, contudo, que nem sempre essa participação gerará dispêndio de recursos orçamentários, sendo possível que o aporte estatal seja feito sob a forma de bens e direitos. Nesse caso, deverão ser observados os requisitos aplicáveis sobre os bens aportados, notadamente as normas emitidas pelo ente titular do bem (União, Estado, Distrito Federal ou Município) - por exemplo, no caso de transferência de bem público imóvel federal, as exigências constantes no art. 23 da Lei 9.636/1998.⁵⁹

Segundo, a questão da autorização legal para a participação estatal em sociedade privada. Importante notar que o art. 37, XX, da CF⁶⁰ exige autorização legislativa para a *participação de empresa de empresas estatais em empresa privada*. Assim, no caso de a participação estatal em empresa privada ocorrer *diretamente pelo ente federativo*, entende-se que não há necessidade de autorização legislativa que decorra desses dispositivos constitucionais (ressalvando a possibilidade de necessidade de autorização legal, a depender do tipo de bem a se aportar). Se, contudo, a participação estatal ocorrer por meio de *empresa estatal* (ou sua subsidiária, assim entendida como a empresa controlada diretamente por empresa estatal), então deve haver autorização legislativa, mesmo que não caso a caso, que autorize sua participação em empresa privada.⁶¹

58. "Art. 12 (...) § 5.º Classificam-se como inversões financeiras as dotações destinadas a: I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização; II - aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital; III - constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros (...)."

59. "Art. 23. A alienação de bens imóveis da União dependerá de autorização, mediante ato do Presidente da República, e será sempre precedida de parecer da SPU quanto à sua oportunidade e conveniência. § 1.º A alienação ocorrerá quando não houver interesse público, econômico ou social em manter o imóvel no domínio da União, nem inconveniência quanto à preservação ambiental e à defesa nacional, no desaparecimento do vínculo de propriedade. § 2.º A competência para autorizar a alienação poderá ser delegada ao Ministro de Estado da Fazenda, permitida a subdelegação."

60. "Art. 37 (...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada; (...)."

61. Neste caso, contudo, entende-se não ser necessária autorização legislativa para cada caso de associação, sendo suficiente a previsão na lei de criação da empresa estatal. Tal interpretação vai na esteira do decidido pelo STF, quando do julgamento da ADIn 1.649 MC, especificamente em relação à necessidade de autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias constante no art. 37, XIX, da CF. De acordo com o STF, tem-se que a exigência constitucional é que haja uma autorização legislativa para a participação das subsidiárias de empresas estatais em empresas privadas - não sendo, contudo, necessária a exigência de lei para cada participação a ser concretizada.

Exemplo de parceria societária entre privado e público – este atuando como fomentador – pode ser extraída da Lei 10.973/2004 (Lei de Inovação Tecnológica), que previu, entre os instrumentos de incentivo à pesquisa e desenvolvimento (P&D), a possibilidade de participação estatal em empresas com propósito específico (art. 5.º).⁶² A participação societária estatal permite o incentivo não apenas por meio do aporte de recursos financeiros (disponibilizando às empresas voltadas a esses fins o capital necessário para a viabilização econômica do empreendimento), mas também acesso a outros recursos públicos da área de P&D, tais como a disponibilização de instalações detidas por instituições de pesquisa públicas. Além disso, por se tratar de uma efetiva parceria societária, as *expertises* específicas de cada sócio poderão ser agregadas, com vistas ao desenvolvimento de processos e produtos.

1.3.6 Privilégios nas contratações públicas

Outro instrumento de fomento estatal que vem sendo bastante utilizado trata-se de “privilégios” concedidos a determinados atores ou setores econômicos nas contratações públicas (seja na fase de escolha do contratado, seja na fase de execução do contrato), facilitando seu acesso ao mercado de compras públicas. Em outras palavras, o Estado pode direcionar seu poder de compra (que representa um porcentual bastante significativo em relação ao PIB do país) como forma de incentivar determinados setores, atribuindo-lhes condições mais favorecidas nas contratações públicas. Ao assegurar um mercado para determinados bens e serviços, o uso do poder de compra estatal acaba por fomentar a oferta desses bens e serviços, incentivando, assim, a execução de determinadas atividades que se quer fomentar.

Tais “privilégios” nas contratações públicas podem ser dirigidos a (i) *atores* específicos, sendo que farão jus aos benefícios aqueles que cumprirem os requisitos que os enquadrem no rol dos atores favorecidos; ou (ii) *objetos* específicos, fazendo jus aos benefícios aqueles que ofertarem o objeto com os requisitos específicos estabelecidos pelo órgão contratante.

Exemplo do primeiro caso (favorecimento a atores econômicos específicos) são algumas *hipóteses de dispensa* do art. 24 da Lei 8.666/1993, tais como as previstas no

Exemplo nesse sentido seria a previsão da Lei 9.478/1997, que autoriza a Petrobras e as subsidiárias a participar em consórcios ou empresas: “Art. 63. A Petrobras e suas subsidiárias ficam autorizadas a formar consórcios com empresas nacionais ou estrangeiras, na condição ou não de empresa líder, objetivando expandir atividades, reunir tecnologias e ampliar investimentos aplicados à indústria do petróleo. Art. 64. Para o estrito cumprimento de atividades de seu objeto social que integrem a indústria do petróleo, fica a Petrobras autorizada a constituir subsidiárias, as quais poderão associar-se, majoritariamente ou minoritariamente, a outras empresas”.

62. “Art. 5.º Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produto ou processo inovadores. Parágrafo único. A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação.”

inc. XIII (instituição brasileira incumbida de desenvolvimento institucional, ensino, pesquisa ou recuperação de presos), inc. XX (associação de portadores de deficiência física), XXIV (organização social), XXVII (associações ou cooperativas de catadores). Nesses casos, a facilitação da contratação dessas entidades por meio da contratação direta, sem prévio procedimento licitatório (conforme ressalvado pelo art. 37, XXI, da CF e regulado pelo art. 24 da Lei 8.666/1993), estimula as atividades por elas prestadas ao *fomentar seu mercado consumidor* (por meio das contratações públicas).

Na segunda hipótese (favorecimento de determinados objetos), há estímulo indireto aos agentes que produzem esses bens ou serviços. É o exemplo da compra de papel reciclado por órgão público (em vez de papel comum), fomentando, por meio dessa especificação de objeto, o setor produtivo de papel reciclado e, portanto, práticas mais sustentáveis de produção e consumo.

O uso das contratações públicas como forma de fomento estatal pode ser implementado por meio (i) da *delimitação do objeto a ser contratado*, incluindo na sua própria caracterização critérios que visam a estimular determinado setor ou agente; (ii) de *inclusão de preferências nas licitações*, seja por meio de "reserva de mercado" (para além da especificação do objeto, por exemplo, com a divisão do objeto em lotes, e a necessária destinação de um ou mais lotes para proponentes que detenham determinadas características), seja por meio de pontuação técnica ou econômica adicional para as licitantes que cumprirem determinados requisitos; (iii) da inclusão de exigências como *critério de qualificação* do proponente (critérios cujo cumprimento implica a geração de externalidades positivas para a sociedade como, por exemplo, a exigência de determinada certificação pelo proponente); ou, ainda, (iv) da previsão de *obrigações* a serem cumpridas durante a execução de contratos.

Veja-se que, em algumas dessas hipóteses (notadamente na assunção de compromissos na proposta e de obrigações contratuais), não necessariamente o objeto do fomento corresponderá ao agente contratado. É o caso, por exemplo, do estabelecimento (como critério de julgamento ou obrigação contratual) de exigência de contratação de bens, serviços ou mão de obra local, hipótese na qual o ente contratado não é, ele próprio, o objeto do fomento, mas sim um agente intermediário do fomento estatal.

A utilização das contratações públicas como instrumento de fomento estatal enseja três questões específicas relacionadas aos limites no seu uso: a *isonomia* entre os interessados, o *estímulo à maior competição* (e a vedação de restrições indevidas à concorrência) e a *preservação da eficiência* da contratação pública. Essas questões devem ser especialmente analisadas diante da previsão constitucional de que a licitação assegurará "igualdade de condições a todos os concorrentes" e somente conterá "exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" (art. 37, XXI). No mais, o uso das contratações públicas como instrumento de fomento estatal tende (embora isso não necessariamente ocorra) a encarecer, em termos estritamente econômicos, a contratação, gerando uma necessidade de análise transparente de custo-benefício gerado com tal prática.

O poder de compra estatal tem sido cada vez mais utilizado como instrumento de fomento de determinadas atividades ou objetos. Os exemplos são vários. Experiências mais remotas são as exigências de *conteúdo ou origem nacional* nas contratações públicas de bens ou serviços.⁶³

Outro exemplo bastante conhecido é a LC 123/2006, que tem por objeto fomentar as *micro e pequenas empresas*, estabelecendo, entre outros instrumentos, mecanismos de facilidades e tratamento diferenciado nas contratações públicas (art. 42 e ss.), tais como (i) a facilitação de procedimentos documentais durante a licitação (arts. 42 e 43); (ii) preferência em caso de empate (assim entendida a proposta de micro e pequena empresa de 5% a 10% superior à proposta das demais proponentes, conforme modalidade de licitação (art. 44); (iii) a restrição da licitação a esses entes, nas contratações de até R\$ 80.000 (art. 48, I). Mais recentemente, a Lei 12.349/2010 alterou a Lei 8.666/1993 (art. 3.º, § 5.º e ss.), prevendo uma *margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais* que resultem de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no país, de até 25% do preço cobrado para produtos estrangeiros.⁶⁴

A Lei 12.349/2010 também introduziu na Lei 8.666/1993 um novo objetivo a ser buscado pelas licitações (art. 3.º, *caput*),⁶⁵ paralelamente à isonomia e melhor proposta: o desenvolvimento nacional sustentável. Com base nessa previsão, foi editado o Dec. 7.746/2012, que passou a regular, juntamente com outros diplomas normativos, o uso do poder de compra estatal para a busca do desenvolvimento sustentável. Principal exemplo são as chamadas “licitações sustentáveis” ou “compras verdes”, que adotam critérios e práticas de sustentabilidade no procedimento de escolha do contratado, bem como durante a execução contratual.⁶⁶

63. Exemplo é a Lei 8.248/1991, que prevê, em seu art. 3.º, preferência nas contratações públicas de bens e serviços de informática e automação com tecnologia desenvolvida no país e/ou produzidos de acordo com o processo produtivo básico. Mencionem-se, ainda, as exigências de conteúdo local nos contratos de exploração e produção de petróleo e derivados, como forma de incentivo à indústria nacional: a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) considerava o percentual de conteúdo local como critério de pontuação técnica desde a “Rodada Zero” (realizada em 1998), e desde a 4.ª Rodada passou a exigir o cumprimento de um percentual de conteúdo local mínimo na execução dos contratos.

64. A utilização da margem de preferência foi regulada pelo Dec. 7.546/2011. Ademais, a aplicação de margens de preferência de diversos produtos e serviços, nas contratações públicas federais, tem sido regulada por meio de diversos decretos federais.

65. “Art. 3.º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

66. Para detalhado estudo sobre as licitações sustentáveis, ver pesquisa específica desenvolvida para a Secretaria de Assuntos Legislativos: BRASIL. Ministério da Justiça, *Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. vol. 2. Série Pensando o Direito, n. 49.

1.3.7 Disponibilização de bens e recursos públicos

O exercício de uma atividade econômica demanda a disponibilização de bens diversos – desde o próprio local para o exercício da atividade, até equipamentos e instrumentos diversos, infraestrutura para escoamento da produção etc. Assim, o incentivo estatal a determinada atividade pode dar-se não apenas por meio de subsídios financeiros ou facilitação no acesso a recursos financeiros – que, por sua vez, serão revertidos na infraestrutura necessária para a execução da atividade –, mas também na disponibilização de bens e recursos públicos que facilitarão seu exercício.

Por vezes, a mera disponibilização do acesso a recursos públicos já constitui, por si só, um incentivo à atividade, ainda que se cobre por tal disponibilização as condições normais de mercado, mas permitindo que o bem público (mormente o dominical ocioso) seja incluído na realização de uma atividade econômica de interesse geral.⁶⁷ Outras vezes, o incentivo far-se-á na forma de disponibilização de recursos públicos em condições econômicas mais favoráveis ou até mesmo sem ônus econômicos.

Exemplo mais comum é a disponibilização de bens públicos para o exercício de determinada atividade a ser fomentada, o que pode ser implementada por meio da própria transferência da propriedade pública para o agente econômico fomentado, como pela outorga de uso de bens públicos (concessão de direito real de uso, concessão de uso, permissão de uso, cessão de uso ou autorização de uso). Ressalte-se, ademais, que o incentivo pode vir por meio da disposição de bens móveis (por exemplo, equipamentos) e imóveis (terrenos para a instalação do empreendimento).

Mas o fomento estatal também pode vir por meio das mais diversas formas de facilitação para a viabilização fática da implantação do empreendimento fomentado. Assim, por exemplo, o Poder Público pode disponibilizar infraestrutura para acesso e escoamento da produção (por meio de construção ou melhoria de vias públicas de transporte), ou ainda criar polos industriais, centros produtivos ou parques tecnológicos – áreas territoriais que, em suma, congregarão infraestrutura necessária para o desempenho de empreendimentos, trazendo convergência de recursos e maior eficiência.⁶⁸

67. “O aproveitamento econômico dos bens públicos pode se pautar por três objetivos: (i) gerar receitas para o Poder Público; (ii) atrair os particulares para darem uma determinada utilidade ao bem, utilidade esta que seja de interesse geral; ou (iii) fomentar a utilização de um bem público ocioso, de modo a que ele cumpra sua função social correspondente a produzir riquezas para a sociedade.” MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 430.

68. Ressalte-se que a construção de polos industriais é hipótese de utilidade pública que autoriza a desapropriação de terrenos, nos termos do Dec.-lei 3.365/1941: “Art. 5.º Consideram-se casos de utilidade pública: (...) i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (...) § 1.º A construção ou ampliação de distritos industriais, de que trata a alínea i do caput deste artigo, inclui o loteamento das áreas necessárias à instalação de indústrias e atividades

Os requisitos que deverão ser observados para essa forma de fomento dependerão do tipo de recurso que é disponibilizado. No caso de alienação de bens públicos (móveis ou imóveis) que poderão viabilizar um determinado empreendimento, ela dependerá, em suma, da observância das regras previstas no art. 17 da Lei 8.666/1993,⁶⁹ quais sejam, autorização legislativa (apenas se bem imóvel), avaliação prévia e licitação na modalidade concorrência (observadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade desse procedimento). Dependerá, ainda, da observância das regras específicas do titular do bem.⁷⁰ Do mesmo modo, os instrumentos de cessão do uso (tais como concessão, concessão de direito real de uso, permissão, cessão, arrendamento etc.) deverão observar as regras do titular do bem incidentes sobre o tipo de uso a ser conferido ao beneficiário.⁷¹

Por sua vez, se a disponibilização de recursos ensejar dispêndio orçamentário, deverá haver previsão no orçamento público. Além disso, deverão ser observados todos os trâmites legais necessários para o dispêndio desses recursos. Assim, por exemplo, se o auxílio público para o fomento de determinada atividade compreender na disponibilização de um parque industrial para a instalação de empresas de determinados setores, a construção e eventual operação desse parque pelo ente público deverá observar todos os procedimentos legais aplicáveis ao caso.

Por fim, deve-se ainda comentar exemplo de disponibilização de recursos humanos públicos como forma de auxiliar a execução de atividades fomentadas. É o caso da Lei 9.637/1998, que regula as organizações sociais, e autoriza a cessão de

correlatas, bem como a revenda ou locação dos respectivos lotes a empresas previamente qualificadas. § 2.º A efetivação da desapropriação para fins de criação ou ampliação de distritos industriais depende de aprovação, prévia e expressa, pelo Poder Público competente, do respectivo projeto de implantação (...)."

69. "Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas: I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos: (...) II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos: (...)."
70. Assim, por exemplo, a Lei Orgânica do Município titular do bem poderá impor condições específicas para a alienação de bens ao setor privado. Sobre a competência do titular do bem para regular sobre seu uso e gestão, bem como limites da incidência das regras da Lei 8.666/1993 para Estados e Municípios, ver: MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Normas gerais de licitação - Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de disposições da Lei Federal n. 8.666/93 aos entes federados (Comentários a Acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 12. p. 173-191. 1995.
71. Nesse sentido, mencione-se, exemplificativamente, que a legislação de muitos entes federativos costumam exigir autorização legislativa para a cessão de uso de bens públicos por meio de instrumentos mais estáveis, tais como concessão de uso e concessão de direito real de uso. Em âmbito federal, além do já citado art. 17 da Lei 8.666/1993, mencione-se especialmente a Lei 9.636/1998 e Dec.-lei 9.760/1946, que estabelecem normas sobre a gestão e o uso dos bens públicos federais.

servidores públicos, com ônus para a origem, para esses entes (art. 14).⁷² O legislador quis, como forma de incentivar as organizações sociais (e as atividades por elas prestadas, consideradas como de interesse público), disponibilizar servidores públicos que poderiam agregar para essas entidades sua experiência na gestão pública.

1.3.8 Apoio institucional e capacitação

Além de disponibilizar bens e recursos públicos como forma de incentivar, de facilitar a atividade fomentada, o Poder Público pode também, oferecer programas de apoio institucional e para a capacitação dos destinatários. Trata-se de instrumento que tem forte interface com políticas públicas educacionais e profissionalizantes, bem como com a promoção da ciência e tecnologia.

A falta de conhecimentos básicos referentes aos trâmites burocráticos e à gestão e administração de um empreendimento pode não apenas obstar que grupos e setores iniciem determinado empreendimento ou atividade econômica, como também que o gerenciem de forma mais eficiente e viável em termos econômicos. Além disso, a falta de conhecimento técnico atual e especializado na área também torna menos atrativo o empreendimento, seja por causa da menor demanda, seja por causa de maiores dificuldades e ineficiências geradas por esse déficit de conhecimento.

Dessa forma, o oferecimento de cursos de capacitação (tanto relacionados à gestão empresarial, como focados em áreas específicas de atuação profissional) pode incentivar a entrada e permanência seja de determinados atores com alguma hipossuficiência, seja em determinados setores menos atrativos. Além disso, também pode ser oferecido apoio (para grupos ou setores) para facilitar o cumprimento de trâmites burocráticos concernentes ao empreendimento, tais como "balcões de atendimento" exclusivos para micro e pequenos empreendedores.

Em geral, esse tipo de fomento enseja ao Poder Público despesas operacionais necessárias para a implementação do programa (tais como a disponibilização de salas e professores para os cursos ou de espaço e recursos humanos para o atendimento preferencial em âmbito de apoio institucional). Nesse caso, o programa e a consignação de despesa deverão estar previstos na Lei Orçamentária Anual.

Exemplo bastante atual dessa forma de fomento são as agências de inovação e incubadoras. Nesses casos, o Poder Público – em geral por meio de uma instituição pública de ensino e pesquisa – fornece capacitação e meios para incentivar aqueles

72. "Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. § 1.º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social. § 2.º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria. § 3.º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer jus no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social."

que, embora possuam uma *expertise* relevante, não têm todos os conhecimentos para produzir, gerenciar e comercializar a partir dela. Outro exemplo são as diversas iniciativas do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior,⁷³ que buscam oferecer apoio aos procedimentos necessários para a exportação de produtos, como forma de desenvolvimento do setor produtivo nacional.

1.3.9 Simplificação de procedimentos administrativos e trâmites burocráticos

Além de apoio institucional no cumprimento de trâmites burocráticos, pode-se prever também a facilitação e simplificação dos procedimentos necessários para a obtenção de qualquer manifestação estatal, seja para o desenvolvimento de determinada atividade (autorização para abertura de um empreendimento), para a obtenção de alguma outorga estatal (certificados e licenças) ou para a obtenção de algum recurso estatal (financiamentos públicos). Com a facilitação dos procedimentos, espera-se estimular o desenvolvimento das atividades fomentadas (que geram benefícios para a sociedade) e, com isso, compensar o aumento do risco que pode ser gerado por uma simplificação dos requisitos prévios à emissão dessa manifestação estatal.

Exemplo bastante conhecido desse instrumento é a LC 123/2006, que previu, entre outros instrumentos de fomento às micro e pequenas empresas, um regime simplificado de tributação (o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, conforme art. 12 e ss.), bem como simplificações da documentação necessária para a participação nos procedimentos de licitações públicas (arts. 42 a 44).

A viabilização desse tipo de instrumento de fomento pode ensejar despesas adicionais para sua operação, caso seja necessária a criação de procedimentos administrativos específicos para seu cumprimento. Nesse caso, o programa e a consignação de sua despesa deverão estar previstos na Lei Orçamentária Anual.

1.3.10 Uso de títulos e selos oficialmente atribuídos

Além de mecanismos de facilitação da oferta e estímulo à demanda, o fomento estatal pode consistir na diferenciação de produtos e fidelização do mercado consumidor. Como forma de incentivar determinadas atividades econômicas, o Poder Público pode criar símbolos distintivos (selos e certificados governamentais) que caracterizem bens e serviços de forma especial e, com isso, cativem e fidelizem maior parcela de consumidores.

A efetividade desse instrumento relaciona-se com mecanismos de *marketing* e fidelização do consumidor, sendo assim a distinção criada tem que apresentar algum

73. Nesse sentido, mencione-se, exemplificativamente, além do próprio *site* do MDIC, o portal Vitrine do Exportador (www.vitrinedoexportador.gov.br/), que centraliza informações sobre as empresas exportadoras e o portal Guia de Comércio Exterior e Investimento (www.brasilexport.gov.br/), que oferece informações sobre importação, exportação e investimentos. Acesso em 13.10.2014.

apelo para os compradores. Além disso, a criação de selos e certificados que caracterizem, de forma especial, determinado bem ou serviço pode também vir acompanhada de outros mecanismos que tragam outras consequências para seus produtores, para além de uma busca de maior atração de mercado consumidor. São os casos em que, além da criação de selo ou certificado oficial para produto ou bem que cumpra determinados requisitos, também estabelecem desonerações tributárias ou privilégios em compras públicas para os detentores da certificação oficial.

O programa de fomento deverá estabelecer requisitos a serem cumpridos para a obtenção do selo pelo produto ou serviço, sendo que tais requisitos deverão estar relacionados e resguardar os interesses públicos que justificam o fomento estatal. Assim, por exemplo, se se tratar de um selo produzido por determinada comunidade local (criado para estimular o desenvolvimento dessa comunidade), os requisitos para sua obtenção deverão resguardar que o requerente pertença e tenha seu processo produtivo naquela comunidade. Ademais, o programa também deverá prever mecanismos de fiscalização por parte do Poder Público, de modo a assegurar a permanência, pelo detentor do certificado, das qualificantes que autorizaram sua emissão.

Por outro lado, deve-se atentar para que os requisitos previstos não restrinjam excessivamente o acesso à certificação oficial. Além disso, é importante também que os requisitos sejam estabelecidos não apenas com o objetivo "filtrar" e segregar aqueles que os cumpram, mas também de modo a induzir que os pretendentes aperfeiçoem seu processo produtivo e, com isso, ganhem eficiência, bem como gerem mais externalidades positivas para sociedade. Nesse sentido, é bastante relevante que o programa de fomento, para além de instituir a certificação oficial, também preveja apoio institucional para auxiliar eventuais mudanças que sejam necessárias para a obtenção do certificado.

A viabilização desse tipo de instrumento de fomento enseja, em geral, despesas operacionais decorrentes da análise dos pleitos e concessão dos certificados, do apoio institucional e da fiscalização quanto ao cumprimento de requisitos. Nesse caso, o programa e a consignação de sua despesa deverão estar previstos na Lei Orçamentária Anual.

Exemplo desse tipo de instrumento de fomento é o "Selo Procel", originalmente criado como "Selo Verde de Eficiência Energética" pelo Decreto sem número de 08.12.1993, com o "objetivo de identificar os equipamentos que apresentem níveis ótimos de eficiência energética". Ao identificar os produtos com maior e menor eficiência energética, espera-se induzir o consumidor na compra dos primeiros - incentivando, assim, os produtos com maior eficiência energética e que, portanto, cumprem com maior intensidade os parâmetros de desenvolvimento sustentável e proteção ao meio ambiente (fins visados pelo fomento). Estabelecem-se, assim, estímulos nas duas vias: tanto para o consumidor (que, com maior informação, pode escolher o produto com maior eficiência energética), como para o produtor (que buscará obter

o maior nível de eficiência energética possível para seu produto, tendo em vista o potencial de aumento de seu mercado consumidor).

1.4 Contrapartidas pelo fomento

Após a concessão de incentivos estatais, o ente público fomentador poderá exigir garantias ou mesmo o cumprimento de algumas obrigações pelos agentes do fomento, que efetivamente recebem o incentivo estatal. Tais obrigações, a serem demandadas daqueles que receberem o fomento estatal como contrapartida pela concessão do fomento, terão por objetivo assegurar a *efetividade* do fomento (seja garantindo ou potencializando os fins públicos por ele visado) e, pois, a adequada utilização dos recursos públicos destinados ao fomento.

Como exemplo, pode-se citar a Lei 8.248/1991, que previu incentivos à capacitação e competitividade nacional da área de informática e automação. Como contrapartida para os incentivos concedidos às empresas beneficiárias, a Lei estabeleceu diversos requisitos de investimentos a serem cumpridos pelas empresas que obtiverem os benefícios fiscais previstos na Lei (art. 4.º). Visou, com isso, a assegurar o alcance do objetivo esperado pelo fomento: o desenvolvimento nacional da indústria de informática e automação, a ser efetivado não apenas com o incentivo estatal para as empresas que atuem nesse setor (por meio de desonerações tributárias), mas também com investimentos no setor a serem realizados pelas empresas executoras do fomento.

Três ressalvas devem ser tecidas quanto às contrapartidas ao fomento estatal.

Uma, a exigência de contrapartidas não afasta a *consensualidade*, característica peculiar ao fomento. A ação estatal continuará sendo estruturada na forma de indução (em contraposição à coação), sendo que o particular permanece tendo liberdade para escolher entre se vincular ou não ao fomento. Apenas e somente se optar por receber os benefícios do fomento, o particular deverá, então, observar as contrapartidas eventualmente exigidas. Por sua vez, as contrapartidas não têm natureza de coerção, mas, sim, de garantia de efetividade dos benefícios concedidos. Ainda que as contrapartidas, quando exigidas, devam ser de observância obrigatória, seu foco é resguardar a efetividade dos recursos públicos que foram destinados ao particular, sendo imposta após a manifestação do particular em perceber o fomento estatal.

Duas, a existência de contrapartidas *não transforma o fomento numa relação sinalagmática*,⁷⁴ não havendo relação de correspondência direta entre o benefício concedido pelo Poder Público e a contrapartida a ser satisfeita pela empresa benefi-

74. Na lição civilista, o sinalagma relaciona-se com os contratos bilaterais, caracterizados pela existência de contraprestações por ambas as partes. Conforme aponta Silvio de Salvo Venosa, "Contratos bilaterais, ou com prestações recíprocas, são os que, no momento de sua feitura, atribuem obrigações a ambas as partes, ou para todas as partes intervenientes. Assim é a compra e venda. O vendedor deve entregar a coisa e receber o preço; o comprador deve receber a coisa e pagar o preço. Cada contratante tem o direito de exigir o cumprimento do pactuado da outra parte. Sua característica é o sinalagma, ou seja, a dependência recíproca das obrigações. Daí por que muitos preferem a

ciária do fomento. O objetivo das contrapartidas não é ressarcir, pagar ou compensar o Estado pelo incentivo recebido pelo agente – do contrário, aliás, não haveria incentivo algum relacionado ao fomento. O objetivo das contrapartidas é, sim, garantir a efetividade do fomento, assegurando ou potencializando o alcance dos interesses públicos por ele visados. Trata-se de ponto particularmente importante caso o fomento viabilize-se por meio de transferência de recursos orçamentários, situação em que poderia haver alguma confusão quanto à natureza das contrapartidas, tendo em vista a percepção direta de recursos monetários pelo agente do fomento. Ressalte-se, contudo, que ainda que não haja relação de correspondência exata entre benefício e contrapartida (vez que não se trata de uma relação sinalagmática), ainda assim o incentivo deve ser proporcional ao objetivo visado, bem como aos ganhos esperados.

Três, a *exigência de contrapartidas* difere-se da *exigência de requisitos para recebimento do fomento*, embora ambas tenham o mesmo objetivo de assegurar a efetividade do fomento. Por vezes, a efetividade do fomento pode ser garantida apenas com o estabelecimento de requisitos a serem cumpridos para o enquadramento do beneficiário na política de fomento e consequente percepção dos benefícios. Em outros casos, contudo, há necessidade de prever obrigações a serem cumpridas durante ou após o recebimento dos benefícios – assegurando que esses benefícios sejam aplicados de modo a efetivamente promover o objeto do fomento.

O programa “Regime Especial Tributário para a Indústria de Defesa (Retid)”, instituído pela Lei 12.598/2012, serve de exemplo para traçar a distinção entre requisitos para a percepção do fomento e contrapartidas pelos benefícios concedidos. A Lei distingue dois momentos diversos de exigências a serem observadas pelo requerente das medidas de fomento (desonerações tributárias) trazidas pelo programa. Primeiramente, o requerente apenas poderá fazer jus à suspensão do pagamento dos tributos (benefício concedido no caso) se estiver enquadrado em uma das hipóteses previstas pela Lei (art. 6.º e ss.) e, pois, cumprir todos os requisitos lá previstos. No entanto, a Lei também determina obrigações a serem cumpridas pelo receptor do fomento durante um período que, se observadas, ensejará com que a suspensão do pagamento seja convalidada em isenção fiscal – ou, se não cumpridas, ensejará o pagamento dos tributos (art. 10).

Se a exigência de contrapartidas tem por fim resguardar (ou potencializar) o cumprimento dos fins visados pelo fomento (o que não afasta o caráter consensual dessa função estatal), devem ser previstas consequências em caso de seu não cumprimento, tais como o desligamento do agente do receptor dos benefícios e, eventualmente, a devolução ou o ressarcimento dos recursos públicos a ele destinados. Neste último caso, é possível impor ao agente do fomento descumpridor das contrapartidas a obrigação de (i) devolução dos recursos transferidos (orçamentários ou outros) ou

denominação contratos sinalagmáticos” (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 2, p. 392).

(ii) ressarcimento ao Poder Público no caso de dispêndios de recursos públicos em sentido mais amplo (isto é, quando a própria disponibilização do fomento tenha gerado algum tipo de custo para o Poder Público).

Deve-se observar que tais consequências não se significam sanção em sentido mais estrito e tampouco uma multa, mas sim um *ressarcimento aos cofres públicos pelos custos incorridos* para o alcance de fim público visado pelo fomento que, contudo, pode ter sido obstado em razão do descumprimento das contrapartidas pelo agente do fomento. Ainda assim, é necessário cautela na definição das consequências a serem aplicadas em caso de inadimplência das contrapartidas: elas devem ser proporcionais, de modo a, por um lado, assegurar o uso adequado dos recursos públicos (qual seja, o alcance dos fins visados pelo fomento) pelo agente do fomento e, doutro, não desincentivar a adesão ao programa do fomento. Insuficiências ou exageros das consequências podem levar, em qualquer caso, à inefetividade do fomento.

2. BIBLIOGRAFIA

- ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 43-85. Madrid, 1967.
- ALTEMANI, Renato Lisboa. O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial. *Jurisprudência Catarinense*. vol. 31. n. 108-109. p. 189. Florianópolis: TJSC, 2005.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FURTADO, J. R. Caldas. *Elementos de direito financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GIACOMONI, James. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 35. n. 137. p. 265-279. Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 1998.
- IUSTEN FILHO, Marçal. As empresas privadas com participação estatal minoritária. *ReDAC - Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 2. p. 277. set.-out. 2013.
- _____. Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica". In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006;
- LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- _____. Normas gerais de licitação - Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de disposições da Lei Federal n. 8.666/93 aos entes federados (Comentários a Acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 12. p. 173-191. 1995.
- _____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSORIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48. p. 41-54. Madrid, 1949
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- SUNDFELD, Carlos Ari. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*. vol. 23, 2014.
- TORRES FILHO, Ernani T. Crédito direcionado e direcionamento do crédito: situação atual e perspectivas. *Revista do BNDES*. vol. 13. n. 25. p. 35-50. Rio de Janeiro: BNDES, jun. 2006;
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 2.

Capítulo 3

COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Competências federativas - 2. Bibliografia.

1. COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS

Quando se analisa qual ente federativo detém competência para exercer a função estatal fomentadora, têm-se três fundamentos que embasam e, por conseguinte, delimitam essas competências federativas.

Primeiro fator de demarcação das competências trata-se da atribuição de proteção dos objetivos visados pela ordem econômica nacional e elencados no art. 170. Trata-se, aqui, de identificar a competência de o Poder Público intervir na ordem econômica para assegurar esses fins, sendo que o "Poder Público" deve ser compreendido de forma indistinta, abrangendo as três esferas federativas. Em termos gerais, o fomento público compete a todos os entes da federação, não existindo reserva de atividade conferindo a um ente da federação em detrimento dos demais.¹

Segundo fator refere-se ao art. 174 da CF/1988, que estabelece o dever de o Estado normatizar e regular a atividade econômica. Aqui, também, tem-se que o "Estado" refere-se às três esferas federativas, indistintamente, cabendo a todos os entes, sem reversas, exercer a regulação e normatização da atividade econômica, inclusive por meio da função estatal fomentadora.

Terceiro e último fator refere-se às competências relacionadas ao objeto do fomento, isto é, ao objetivo que se visa proteger e que justifica a intervenção estatal no caso em concreto. Deve-se então analisar a qual ente compete a promoção daquele interesse público em específico, conforme a distribuição de competências desenhada pela Constituição Federal, nos arts. 21 a 30.

1. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.

Nesse sentido, destaque-se que os objetivos normalmente visados pelo fomento inserem-se no âmbito da competência concorrente dos entes federativos, conforme previsto no art. 23 da CF/1988, tais como a promoção da cultura, educação e ciência (inc. V), promoção do desenvolvimento de setores menos favorecidos (incs. IX e X), fomento da agricultura e produção familiar (inc. VIII), proteção da saúde e assistência pública (inc. II), proteção do patrimônio histórico e cultural (incs. III e IV) e proteção do meio ambiente (incs. VI e VII). Além disso, em diversos dispositivos a Constituição Federal determina caber ao "Poder Público", aqui considerado indistintamente as três esferas federativas, buscar o desenvolvimento por meio do fomento e do incentivo, de setores e grupos, tais como as determinações de incentivo à proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7.º, XX), à micro e pequena empresa (art. 179), ao turismo (art. 180), à cultura (arts. 215 e 216), ao esporte (art. 217), ao acolhimento de criança órfã ou abandonada (art. 227, § 3.º, VI).

A partir dessas balizas, pode-se concluir que a função estatal de fomento pode ser exercida pelas três esferas federativas, uma vez que cabe ao Poder Público, de forma indistinta, direcionar a ordem econômica para os fins prescritos no art. 170 da CF/1988. No entanto, para cada caso específico, deve-se atentar para a competência do ente em relação ao objeto do fomento, bem como em relação aos instrumentos de fomento que se deseja manejar (por exemplo, competências tributárias, nos casos de desonerações).

Nesse sentido, cite-se interessante acórdão do STF,² a respeito da constitucionalidade de banco de fomento que teria sido criado por um Estado-membro para a promoção do desenvolvimento da região, com âmbito de atuação em três Estados. No caso, o Supremo concluiu ser competência da União o fomento do desenvolvimento regional (assim entendido para aquele que abarque mais de um Estado), e definiu ser inviável a criação, por apenas um Estado-membro, de uma agência "interestadual" para dar cabo a esse cometimento. De acordo com o Supremo, a atividade de fomento deve estar contida no âmbito de competência do ente público que irá exercê-la. Embora a ação tenha sido proposta ainda sob a incidência da Constituição Federal de 1967 (pós EC 1/1969), entende-se que *os parâmetros fixados pelo Tribunal permanecem válidos, isto é, o fomento de determinada atividade deve estar compreendido no âmbito de competências do ente que a promoverá.*

2. BIBLIOGRAFIA

- ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 43-85. Madrid, 1967.
- ALTEMANI, Renato Lisboa. O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial. *Jurisprudência Catarinense*. vol. 31. n. 108-109. p. 189. Florianópolis: TJSC, 2005.

2. RE 120.932/RS, 1.ª T., j. 24.03.1992, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.1992.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FURTADO, J. R. Caldas. *Elementos de direito financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GIACOMONI, James. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 35. n. 137. p. 265-279. Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 1998.
- JUSTENFILHO, Marçal. As empresas privadas com participação estatal minoritária. *ReDAC - Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 2. p. 277. set.-out. 2013.
- JUSTENFILHO, Marçal. Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica". In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006;
- LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.
- _____. Normas gerais de licitação - Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de disposições da Lei Federal n. 8.666/93 aos entes federados (Comentários a Acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 12. p. 173-191. 1995.
- _____. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSORIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48. p. 41-54. Madrid, 1949
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*. vol. 23, 2014.

TORRES FILHO, Ernani T. Crédito direcionado e direcionamento do crédito: situação atual e perspectivas. *Revista do BNDES*. vol. 13. n. 25. p. 35-50. Rio de Janeiro: BNDES, jun. 2006;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 2.

ratuais entre Estado e

rédito: situação atual e
diário: BNDES, jun. 2006;

ria geral dos contratos.

Capítulo 4

LIMITES AO FOMENTO

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Limites ao fomento – 1.1 Subsidiariedade e proporcionalidade; 1.2 Isonomia e impessoalidade; 1.3 Livre-concorrência (perspectivas nacional e internacional) – 2. Bibliografia.

1. LIMITES AO FOMENTO

Como qualquer outra atividade estatal, o fomento deverá observar limites, ser detalhadamente fundamentado e ser acompanhado pelos órgãos internos e externos de controle.

Especificamente no exercício da função fomentadora, a delimitação de limites (e controles quanto a sua observância) é igualmente relevante, uma vez que essa função pode ensejar interferências significativas no mercado como um todo. Ainda que se trate de intervenção indireta estruturada sob uma forma consensual por indução (não coercitiva) – sendo, portanto, a forma mais branda em termos de limitação direta da propriedade e liberdade –, o fomento pode gerar impactos significativos no mercado, ainda quando voltado para uma etapa específica da cadeia produtiva, sendo que seus efeitos podem não se limitar ao setor beneficiário imediato. É que, ao se destacar um setor, uma cadeia do setor ou grupo de agentes econômicos específicos que irá receber o incentivo estatal, acaba-se por criar uma distinção em relação entre este grupo fomentado e o resto do mercado. Essa distinção é criada pelo Estado, e não existiria em condições normais e exclusivas de mercado.¹

Ocorre que, ao conceder estímulos para o objeto escolhido, outros setores e agentes podem ser indiretamente impactados. De alguma forma, esse impacto é até mesmo visado pelo fomento, uma vez que os incentivos estatais são justamente manejados de modo a tornar mais atrativa a atividade fomentada – e, por outro lado, diminuir a atra-

1. A posição de privilégio em relação aos demais agentes é consequência da concessão de um incentivo estatal, característica inerente à função fomentadora, conforme abordado no capítulo, 1, item 1.2.1.2.

tividade de outras atividades que, embora sejam igualmente legalizadas, não geram tantas externalidades positivas para a sociedade quanto as atividades fomentadas. No entanto, tais impactos podem ultrapassar – em intensidade e abrangência – a esfera do setor fomentado, gerando consequências para diversos outros setores econômicos. Veja-se, por exemplo, que incentivos estais concedidos para a indústria de açúcar podem gerar consequências indiretas para os setores de álcool, petróleo e derivados, impactando toda a cadeia de abastecimento nacional de combustíveis.

Nessa esteira, os possíveis impactos da função fomentadora devem ser precisamente mapeados, de modo a ensejar uma ponderação mais adequada e realista dessa intervenção estatal. A partir disso, deve-se exigir ampla fundamentação em relação à escolha dos elementos do fomento. Setor a ser fomentado (destinatários finais do fomento), agentes do fomento, instrumentos e eventuais contrapartidas: todas essas escolhas devem ser justificadas, inclusive a partir de uma ponderação quanto ao atendimento de determinados limites que incidem sobre a intervenção estatal.

Neste processo de ponderação e fundamentação quanto às escolhas necessariamente envolvidas na definição de uma política de fomento estatal, devem ser considerados três grupos de balizas: (i) os limites relacionados à *abrangência e intensidade do fomento* (representados pela subsidiariedade e proporcionalidade), tendo em vista tratar-se de uma intervenção estatal na atividade econômica; (ii) os parâmetros traçados pela *isonomia e impessoalidade*, a partir da constatação de que toda política de fomento irá trazer uma distinção entre agentes econômicos (traço, aliás, comum a qualquer política pública); (iii) limites relacionados à *livre-iniciativa e livre-concorrência*, tendo em vista as distinções e privilégios que o fomento pode ensejar para os diferentes agentes econômicos.

Ressalte-se, por fim, que a atividade fomentadora submete-se aos princípios da Administração Pública elencados no *caput* do art. 37 da CF/1988, como qualquer função estatal.²

1.1 Subsidiariedade e proporcionalidade

A *subsidiariedade* (vetor horizontal, de abrangência) e *proporcionalidade* (vetor vertical, de intensidade) da atividade de fomento decorrem do fato de ser a *ordem econômica pautada na livre-iniciativa*, sendo a intervenção estatal medida a ser adotada como forma de assegurar os princípios elencados pelo art. 170, apenas nos casos em que isso for necessário e na medida do necessário.³

2. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência* e, também, ao seguinte: (...)" (grifos acrescentados.)

3. As ideias do presente item foram desenvolvidas em: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010; MARQUES NETO, Floriano

Sabe-se que a Constituição elegeu a livre-iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, da CF/1988) e como fundamento da ordem econômica (art. 170, *caput*, da CF/1988), ao mesmo tempo em que demarcou a intervenção estatal direta como medida excepcional (art. 173, *caput*, da CF/1988) – priorizando, assim, uma determinada vertente de organização econômica.

Ao mesmo tempo em que fincou a livre-iniciativa como pedra basilar da ordem econômica, a Constituição moldou-a para a busca dos fins por ela previstos (art. 170, *caput*, da CF/1988). Veja-se que os fins previstos no art. 170 – valorização do trabalho humano, promoção do desenvolvimento regional, proteção do meio ambiente etc. – são dimensões que não excluem a livre-iniciativa. Muito ao contrário, com ela se coaduna.

No entanto, a intervenção estatal nunca é neutra em relação ao mercado. Quando empregada de forma despejada, no limite, pode derogar a liberdade de iniciativa e a livre-concorrência, princípios igualmente trazidos pelo art. 170, bem como pelo art. 1.º (como fundamentos da República Federativa do Brasil). Diante disso, embora plenamente possível e ensejável de várias formas, a intervenção estatal no domínio econômico encontra *limites nos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade*, sem o que estaríamos diante da própria negação do princípio da liberdade de iniciativa.⁴

A intervenção estatal na ordem econômica deve ser compreendida como *circunstância excepcional*, que limita a regra matriz de liberdade de iniciativa. Para justificar essa exceção, haverá sempre que existir razões suficientemente densas e relevantes a ponto de derogar, parcialmente, o princípio da livre-iniciativa. Apenas a demonstração dessa finalidade pública, essa razão de interesse público, é que torna legítima e justificável a restrição da liberdade econômica mediante incidência da intervenção estatal e, especificamente, sob a forma do fomento.

Se é certo que a intervenção estatal é plenamente prevista e admitida na Constituição, a opção de intervir ou não na ordem econômica e a escolha do mecanismo pelo qual se perfará esta intervenção está subordinada à demonstração de que *tal intervenção é necessária à consecução de um dado interesse público relevante* (isto é, a intervenção estatal é subsidiária em relação à livre-concorrência) e que *a intensidade com que se manejará dita intervenção é adequada e suficiente para ensejar tal objetivo* (isto é, se e quando necessária, a intervenção estatal deve ser dosada de forma proporcional, apenas na medida do necessário).

de Azevedo, Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nov.-dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 13.09.2013.

4. Este entendimento encontra, por óbvio, refutação nos autores que leem na Constituição uma autorização ampla e plena para a intervenção estatal, sem qualquer parâmetro de modulação obrigatória. O que não se pode negar, porém, é que o constituinte, por duas vezes, registrou que a livre-iniciativa é fundamento da economia no Brasil.

Se, de fato, a subsidiariedade e a proporcionalidade devem ser observadas qualquer que seja a modalidade de intervenção adotada pelo Estado, tem-se que, especificamente em relação ao fomento, igualmente não se pode descurar desses limites. O fato de se tratar de uma forma branda de intervenção estatal não significa que ela não possa causar impactos significativos, conforme acima mencionado.

Do mesmo modo, ainda que se trate de uma atividade marcada pelo traço da consensualidade - inexistindo, pois, coercitividade na estruturação dessa ação estatal -, ainda assim a forma e a intensidade da ação estatal deverão ser moldadas considerando-se a estrita necessidade da intervenção estatal, a adequação dessa intervenção sob a forma de fomento, bem como a dosagem adequada dos incentivos a serem oferecidos. Isto é, a subsidiariedade e proporcionalidade deverão ser consideradas tanto na escolha do instrumento interventivo, como na delimitação de suas características (tais como escolha do meio de fomento, dimensionamento, requisitos a serem demandados dos agentes, eventuais contrapartidas etc.).

O princípio da subsidiariedade incide sobre um eixo horizontal, relacionado aos limites à abrangência da regulação estatal. Há que se verificar se existem limites à aqueles setores ou campos da atividade econômica que podem ser objeto de incidência da intervenção estatal. Ou seja, trata-se de saber se existem limites, impostos mesmo ao legislador, para que a ação estatal reguladora (aqui compreendida de forma ampla, nos termos do art. 174 da CF/1988, incluída a atividade indutora estatal) se incida sobre uma atividade, indústria ou setor econômico.

A subsidiariedade estará presente especialmente quando da escolha da forma de intervenção de estatal.⁵ Conforme já apontado, o Estado intervém quando exerce poder de polícia econômica, regulação econômica, quando avoca a atribuição de oferecer uma atividade como serviço público, quando decide atuar como agente econômico num dado setor ou ainda quando decide fomentar uma dada atividade econômica. São todas elas modalidades de o Estado interferir na ordem econômica.

5. A escolha do fomento também estará relacionada com limites traçados para as demais formas de intervenção estatal. É que, por exemplo, pode-se considerar que determinado fim de interesse público, estruturado sob a forma de norma regulatória, fere a livre-iniciativa - mas se estruturado sob a forma de fomento, não. Nesse sentido, cite-se o acórdão do STF (ADI n. 3.710/GO, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 09.02.2007, DJ 27.04.2007), no julgamento de lei que previa isenções em estacionamentos. Embora a decisão final do Tribunal de inconstitucionalidade da lei tenha sido fundamentada em razão de vício formal (invasão de competência privativa da União), os votos mencionaram a excessividade da medida interventiva estatal. Nesse sentido, o Min. Marco Aurélio assim se pronuncia: "Sra. presidente, apenas para ressaltar mais uma vez que, em se tratando de atividade econômica, a atuação do Estado, consoante dispõe o art. 174, quanto à iniciativa privada é simplesmente de fiscalização, incentivo e planejamento. Não pode ser vinculante. E, por isso, entendo que o diploma conflita com a Carta da República" (f.). A partir desse trecho, pode-se considerar que, uma vez que a lei foi estruturada sob a forma coativa - isenção obrigatória de pagamento de estacionamento, mas situações previstas na lei -, a lei extrapola os lindes da livre-iniciativa; mas que, se tivesse sido estruturada sob a forma de fomento - forma incentivada e não vinculante -, a medida poderia ter sido juridicamente adequada.

Elas não são cambiáveis. À luz do princípio da subsidiariedade, haverá sempre uma modalidade de intervenção mais apta a assegurar o atingimento dos objetivos de interesse coletivo com o menor sacrifício possível da livre-iniciativa.⁶

Já o *princípio da proporcionalidade*⁷ acaba por oferecer duas ordens de condicionamentos ao exercício da atividade interventiva estatal. De um lado, prediz que a intervenção estatal na seara de direitos dos particulares só deverá se dar *quando necessário* para concretização de interesses públicos. De outro, que tal intervenção deverá ser *mensurada no limite mínimo do necessário*. Essa dupla ordem de condicionantes acaba por ditar um critério de balanço, de equilíbrio, entre os ônus impostos ao particular e os bônus auferidos pela coletividade (titular do interesse público perseguido pelo manejo das funções estatais que viabilizam a intervenção na economia). Ferido esse equilíbrio e desbalanceada a equação em desfavor do particular, restará ferido o princípio da proporcionalidade.

A partir dessas considerações sobre subsidiariedade e proporcionalidade na intervenção estatal, a escolha e o desenho de um programa de fomento deverá, em suma, seguir o seguinte percurso: (i) análise sobre a efetiva necessidade de intervenção estatal, diante da existência de um interesse público a ser protegido ou satisfeito; (ii) análise sobre se, entre as diversas formas de ação estatal, a melhor técnica para a proteção desse interesse é o fomento (estruturada por meio de mecanismos de incentivos e indução); (iii) estruturação do fomento, que deverá ser disponibilizado na medida do necessário para a satisfação do interesse público em tela, tendo em vista as características do interesse público, do setor econômico em específico, bem como do mercado nacional. Em cada uma dessas etapas, subsidiariedade e proporcionali-

6. Interessante observar que a própria escolha do fomento – em vez de outras formas de intervenção estatal – já se constitui num mecanismo de primazia da subsidiariedade e mínima intervenção estatal em termos qualitativos. Nesse sentido: “No contexto do Estado de Direito Social e Democrático, verifica-se significativa ampliação da atividade administrativa de fomento. O Estado assumiu funções de estimulador, coordenador e fiscalizador da iniciativa privada, seja no exercício de atividades econômicas, seja na realização de atividades sociais. Trata-se de Estado subsidiário, vigilante e regulador de atividades que outrora executou” (LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010. p. 50).

7. A proporcionalidade emerge no momento em que se passa a limitar e condicionar o poder exorbitante (desvinculado da pessoa do soberano e albergado na personificação jurídica do Estado). Ela guarda enorme vinculação com o princípio da finalidade, que obriga que o manejo do poder exorbitante: (i) decorra da necessidade de concretização de uma finalidade de interesse público; (ii) dê-se nos estritos lindes do necessário para concreção desta finalidade. O princípio da proporcionalidade, ademais, guarda relação com as duas matrizes centrais do direito ocidental. Tem relação com a *rule of reasonableness* da tradição dos países da *common law*, bem como se difundiu nos diversos ordenamentos do direito europeu continental, como bem demonstra Canotilho no que designa, genericamente, de “princípio da proibição do excesso”. Sobre o tema, conferir: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Limites à abrangência...* cit.

dade deverão ser observadas, equilibrando intervenção estatal (com vistas à satisfação de interesses públicos) e livre-iniciativa.

A partir dessa pauta, visa-se assegurar que o fomento seja (i) concedido apenas e somente se efetivado se necessário (em prestígio à subsidiariedade) e (ii) estruturado e modulado na exata medida do necessário (em observância à proporcionalidade). Do contrário, o fomento poderá consistir-se num privilégio indevido, com possíveis impactos para os demais setores, em razão das distorções causadas pelos benefícios excessivamente concedidos ao fomentado. Ademais, num cenário de escassez de recursos públicos, o direcionamento excessivo de benefícios para determinado setor poderá causar a ausência de medidas estatais (inclusive de fomento) em outros setores.

1.2 Isonomia e impessoalidade

É inerente às políticas públicas a criação de distinções em relação aos direitos a serem garantidos, às utilidades a serem disponibilizadas e aos destinatários atendidos pela política. Trata-se de efetivar a isonomia em seu conteúdo material, atribuindo tratamentos desuniformes na medida das desigualdades, exatamente para ensejar a redução das hipossuficiências.⁸ Não se admite, no Direito, a concepção simplória de isonomia segundo a qual se deveria tratar uniformemente todos os indivíduos.⁹

Nessa esteira, a neutralidade indistintiva da ação estatal só teria serventia para congelar a desigualdade. A formulação de políticas públicas importa, então, em necessariamente conferir tratamento não uniforme, pois só assim se logra reduzir desigualdades e consagrar metas de justiça social.

Do mesmo modo, lembremos uma vez mais que nenhuma intervenção estatal no domínio econômico é neutra – até mesmo porque ela deve estar inserida no âmbito de uma política pública que disciplina a intervenção estatal como instrumento

8. Na clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a delimitação do princípio da igualdade: “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. Para atingir este bem, este valor absorvido pelo Direito, o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita, o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim proveitosas que detrimetosas para os atingidos” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 25).

9. Como assevera, Fábio Konder Comparato, “(o) que está necessariamente subentendido nas declarações de direitos sociais, é que as pessoas têm sempre acesso, em igualdades de condições (...) aos benefícios compensatórios de sua situação de carência socioeconômica. A Constituição não pode proteger exclusivamente determinada minoria, ou favorecer uma só região ou setor subdesenvolvido, pois isto seria atuar no interesse particular e não no interesse geral. Mas todos os que se encontrem na situação descrita – de modo geral e impessoal – pela norma jurídica, têm direito a igual proteção” (COMPARATO, Fábio Konder. *Igualdade, desigualdades*. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 1. p. 78. São Paulo, 1996).

para sua efetivação.¹⁰ A intervenção estatal não é neutra do ponto de vista do *impacto* que causa no setor objeto da intervenção, podendo afetar a livre-concorrência ou no limite inibir a ação dos particulares (daí por deve, além da subsidiariedade, se pautar pela proporcionalidade, modulando a intensidade da intervenção naquilo que for necessário, adequado e de intensidade equivalente aos objetivos públicos pretendidos). Também não é neutra, pois quando o Estado intervém, ele sempre estará deferindo uma *oportunidade ou um benefício que colhe desigualmente os particulares*.

Tal tratamento desigual, contudo, não implicará infração à isonomia. Pelo contrário, prestigiará a isonomia em seu sentido material: o incentivo concedido tem por objetivo que seu destinatário adquira, a partir dele, uma situação de maior igualdade em relação a outros agentes ou setores econômicos, tornando mais atrativa a atividade fomentada.¹¹ A juridicidade no tratamento desigual decorre da existência de *legí-*

10. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento... cit.

11. Esse aspecto da distinção formal para o alcance da isonomia material pode ser constatado em dois acórdãos do STF e do STJ que julgaram a constitucionalidade de leis que previram distinções para micro e pequenas empresas (STF, ADIn 4.033/DE, Min. rel. Joaquim Barbosa, j. 15.09.2010, *DJe* 04.02.2011) e para empresas com processo produtivo no Brasil (STJ, MS 11.862/DE, Min. rel. p/ acórdão Luiz Fux, 1.ª Seção, j. 22.04.2009, *DJe* 25.05.2009). Nesses casos, a distinção que passou a ser criada pelo fomento foi considerada como essencial justamente para viabilizar o alcance de uma condição mais igualitária para as empresas beneficiárias, em relação a seus demais competidores. Na ADIn 4033, destaque-se da ementa o seguinte trecho: "3.1 O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a *conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência*. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte." Já do voto do rel. Min. Joaquim Barbosa, destaquem-se os seguintes trechos: "O fomento da atividade das empresas de pequeno porte e das microempresas é objeto que deve ser alcançado, nos termos da Constituição, *na maior medida possível* diante do quadro fático e jurídico que estiverem submetidas. *Dentre as medidas que podem ser adotadas pelo Estado Brasileiro está a elaboração de regime tributário diferenciado, que tome por premissa a circunstância de as empresas com menor receita não terem potencial competitivo tão desenvolvido com as empresas de maior porte*. Para alcançar tais objetivos e ainda atender ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1.º, da CF/1988), não é adequado afirmar que o regime tributário diferenciado deve se limitar a certos tributos. Em cálculo de ponderação, vejo que a proposta de limitação do regime tributário diferenciado a espécies tributárias específicas pode amesquinhar ou mesmo aniquilar o propósito da instituição de tal regime, que é assegurar o acesso da microempresa e da empresa de pequeno porte à livre-concorrência e à livre-iniciativa." (f.). Já em relação ao MS 11.862, cite-se o seguinte trecho da ementa: "10. A Institucionalização do índice de nacionalização da aquisição de Resina PET, além de atender aos ditames constitucionais e infraconstitucionais ora enumerados, atende ao requisito da razoabilidade, porquanto as empresas que se situam na Zona Franca desfrutam de situações de vantagens no afã de evitar o rompimento do equilíbrio e da preservação da economia e da indústria nacional perante a produção estrangeira. 11. Forçoso reconhecer, por fim, a força da jurisprudência e de seu resultado, restando inequívoco que a supressão de um PPB provoca inequívoco efeito 'dominó' em toda a política aduaneira do país, que tem como escopo a proteção da indústria nacional e o desenvolvimento equilibrado e sustentável do país, como pretendeu o Constituinte ao erigir esses desígnios como objetivos fundamentais da república". Ressalte-se que, em ambos os casos, as distinções criadas pelo legislador para o fomento de determinados grupos econômicos foram consideradas juridicamente adequadas pelos Tribunais.

timo fundamento para a concessão desses benefícios: o fomento de uma atividade que gerará externalidades positivas para a sociedade.

Isso se deve ao fato de que a consagração do interesse público (fundamento da intervenção estatal) sempre colhe desigualmente os interesses privados subjacentes a ela. A noção de interesse público está longe de ser universal, absoluta e singular.¹² Em cada caso concreto, o interesse público se apresenta com maior ou menor abrangência, subjazendo diversos interesses privados e contrapondo-se a outra gama de interesses particulares. Fato é que *toda a intervenção estatal na vida privada, com vistas à consagração do interesse público, afeta desigualmente os interesses privados*. Como toda medida administrativa, enquanto sacrifica ou limita alguns interesses privados, consagra e avulta outros.

Assim é quando a União concede desonerações tributárias para indústria que se instale em determinada região, visando a propiciar maior desenvolvimento econômico e social da área. Ao fazê-lo, a União concede um benefício a ser auferido por determinada região, em detrimento de outras – que passarão a ser menos atrativas sob o aspecto fiscal. Mais do que isso: a União arrecadará para os cofres públicos, naquela região, menos receitas do que arrecada em outras regiões. Esse tratamento desigual – com um benefício para determinada região e, indiretamente, com um prejuízo para as demais – busca neutralizar outros potenciais atrativos das demais regiões, bem como trazer (ainda que, em certa medida, artificialmente) maior atratividade à região fomentada. Tal tratamento desigual, contudo, está lastreado num claro interesse público, inclusive com previsão constitucional: a busca do desenvolvimento regional, focando-se a ação estatal para uma determinada região menos desenvolvida e que, portanto, necessita de apoio estatal diferenciado para alcançar os níveis econômicos e sociais das demais regiões.¹³

Do mesmo modo, pode-se citar o caso de participação acionária estatal minoritária em empresas na área de pesquisa e desenvolvimento, conforme autorizado pela Lei 10.973/2004.¹⁴ As empresas que receberem a participação estatal (a se concretizar com aportes seja de recursos orçamentários, seja de bens e direitos públicos) terão um benefício não fruível nem pelas demais empresas do setor, nem por empresas dos outros setores não fomentados – benefício esse que, espera-se, melhorará as condições de concorrência da empresa fomentada. Ocorre que o benefício ensejado pela participação estatal tem por fundamento justamente incentivar a atuação de empresas na área de P&D, fomentando esse setor e gerando externalidades para a sociedade.

12. Ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. esp. p. 148 e ss.

13. Mencione-se que a Constituição Federal traz comando específico para a União estimular a redução das desigualdades regionais (art. 43).

14. Ver, sobre o tema, o capítulo 2, item 1.3.5.

A partir desses exemplos, verifica-se que *não existe interesse público que seja imune, independente e indiferente aos interesses privados*. Aquele há de ser suficientemente denso e relevante para justificar uma medida do Poder Público em sacrifício destes últimos. De outro lado, os interesses privados direta ou indiretamente consagrados na consecução do interesse público serão aqueles que, no caso concreto, assumam uma relevância tal que os qualifique como consentâneos àquele interesse público. Daí por que muitos autores propugnam a superação do princípio da supremacia do interesse público pelo primado do princípio da proporcionalidade.¹⁵

O simples fato de uma medida administrativa beneficiar parcela de interesses privados não a faz ilegítima ou írrita ao Direito. Toda medida de intervenção estatal (na propriedade ou no domínio econômico), qualquer que seja a sua natureza traz, em si, o risco de colher desigualmente os interesses privados, privilegiando alguns em detrimento de outros. A legitimidade e licitude da medida deverá residir (i) na demonstração da existência de interesse público suficientemente denso e relevante a justificar tal medida e (ii) no caráter ancilar do interesse privado beneficiado.

Destarte, as escolhas inerentes ao programa de fomento deverão ser justificadas e fundamentadas, notadamente em relação à isonomia e à impessoalidade. Tendo em vista que o fomento estrutura-se na forma de (i) concessão de incentivos (ii) a determinados agentes, tal fundamentação deve focar-se nesses dois aspectos. Um, a delimitação dos destinatários, com a comprovação da existência de uma desequiparação entre eles e os demais agentes que, se neutralizada, é capaz de gerar, para além da efetivação da isonomia material, externalidades positivas para a sociedade. Dois, os benefícios concedidos devem ser aptos a neutralizar essas desigualdades, incentivando as atividades fomentadas e permitindo sua equiparação.

A justificativa deverá então recair não apenas sobre a própria escolha do setor a ser fomentado e do instrumento de intervenção estatal (fomento), mas também em relação aos destinatários (objetivo fim do fomento) e agentes (que diretamente recebem o benefício estatal), aos incentivos a serem concedidos e seus quantitativos, aos requisitos para percepção dos benefícios, compreendendo, enfim, todos os elementos do fomento a ser concedido. A partir dessa fundamentação, a escolha dos potenciais agentes (e os requisitos estabelecidos para que os interessados façam jus ao fomento) deve demonstrar a efetivação da isonomia em seu aspecto material, com a observância da impessoalidade.

Adaptando-se o roteiro quanto à observância do princípio da isonomia construído por Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁶ para o caso específico do fomento,

15. Por todos, ver: SARMENTO, Daniel *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*, esp. p. 132 e ss. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

16. "Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando: I - a norma singularizada atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pes-

podem-se estabelecer os seguintes critérios a serem tentados: (i) escolha de um setor ou destinatários em abstrato, que cumpram determinados requisitos (e não a identificação nomeada dos destinatários); (ii) relação entre benefício concedido e a desequiparação material verificada entre destinatários e demais agentes econômicos; isto é, os benefícios concedidos devem ser hábeis a proporcionar a equiparação entre os agentes, com o ensejo, a partir desses benefícios, de maior incentivo para a realização das atividades fomentadas e sua maior equiparação com as demais atividades não fomentadas; (iii) eventuais modulações do fomento (benefícios diferenciados para beneficiários que atendam a requisitos diversos) deverão igualmente resguardar fundamento nos interesses públicos visados; (iv) para além da relação lógica, os benefícios devem efetivamente concretizar os fins visados pelo fomento; (v) os incentivos devem ser estabelecidos de forma clara e precisa, não sendo possível adotar uma leitura extensiva quanto a eles.

1.3 Livre-concorrência (perspectivas nacional e internacional)

A livre-concorrência é, juntamente com a livre-iniciativa, pedra basilar da ordem econômica constitucional, estampadas no art. 170, *caput* e IV, da CF/1988. Isso significa que a atividade econômica deve estabelecer-se com base na *livre competição no mercado entre os produtores, sejam nacionais ou internacionais*. Em relação à livre-concorrência, é importante mencionar que, além de sua proteção constitucional em âmbito nacional, o Brasil é signatário de tratados internacionais que estabelecem ela entre esses países, condenando medidas que dificultem ou impeçam o livre trânsito de bens e serviços.

Nesse cenário, a intervenção estatal, justamente por acolher os interesses privados de forma desigual, pode criar desigualdades tais que impactem a livre-concorrência. Veja-se que aqui, tal como em relação à isonomia e impessoalidade, deve-se observar que a livre-concorrência não será infringida com a mera criação de distinções entre agentes e setores. É que a livre-concorrência pressupõe, justamente, a igualdade (material) de condições de competição. Eventuais privilégios e incentivos podem ser estabelecidos pela intervenção estatal justamente para equiparar, de forma efetiva, as condições de concorrência entre agentes ou setores desiguais. Ocorre que a colocação exacerbada de incentivos pode gerar impactos tais no mer-

soa futura e determinada; II - a norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator 'tempo' - que não descansa no objeto - como critério diferencial; III - a norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção a fator de *discrimen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados; IV - a norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrimen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente; V - a interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita" BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico...* cit., p. 47-48.

cado que infrinjam o próprio núcleo da livre-concorrência e, por conseguinte, da livre-iniciativa.

Nesse contexto, os incentivos concedidos a setores ou agentes econômicos por meio do fomento estatal podem impor óbices à livre-concorrência, sob três perspectivas.

Uma, no âmbito do *mercado interno brasileiro* (nacional): uma vez que o fomento implica a concessão de incentivos (diretos ou indiretos) para determinado setor ou agentes econômicos, estes estarão em situação privilegiada em relação aos demais agentes do mercado que não receberão tais incentivos estatais.¹⁷ Essa situação será particularmente problemática quando o fomento não for concedido para todas as atividades que competem um mesmo mercado consumidor. É o que ocorre no fomento voltado especificamente para determinados agentes econômicos - por exemplo, cooperativas ou micro e pequenas empresas - que atuam no mesmo setor com agentes que não receberam tais incentivos.

Duas, na *exportação da produção nacional*: o setor fomentado no Brasil estará em situação privilegiada em relação a esse mesmo setor no país destinatário da exportação. Assim, caso decidam exportar, os agentes fomentados no âmbito nacional concorrerão em condições mais favorecidas com os produtores do país destinatário da exportação.

Três, ainda sob o enfoque do comércio internacional, mas agora pelo viés da *importação da produção estrangeira*: em razão dos incentivos estatais, o setor fomentado no Brasil estará em situação privilegiada em relação a essa mesma produção estrangeira, especialmente se vinda ela de país que não concede os mesmos benefícios.

Reitere-se que não é qualquer privilégio justificadamente concedido no âmbito de uma política de fomento estatal que poderá ensejar infração à livre-concorrência. No entanto, a depender da intensidade da intervenção estatal (isto é, dos benefícios concedidos a título de fomento), há possibilidade de se verificar um *conflito entre o interesse público visado pelo fomento e a livre-concorrência* e o direito do consumidor na outra ponta.

17. Analisando os potenciais impactos concorrenciais que podem ser ensejados por uma política industrial de fomento, Aline Lícia Klein aponta: "A aceitação dos benefícios concedidos pelos Estados a título de incentivo à atividade privada coloca determinado agente econômico em posição diferenciada. A questão é que diversas medidas de incentivo não são acessíveis a todos os concorrentes de determinado mercado. Conforme visto, é de grande relevância o fenômeno da 'Guerra Fiscal' travada entre os Estados-membros. Nesses casos, os Estados concedem incentivos para determinadas empresas ou setores de produção, que irão concorrer com empresas de outros Estados não têm acesso os mesmos benefícios. Logo, não se trata de uma questão de aderir ou não à política governamental de indução à prática de determinada atividade. São incentivos oferecidos de modo seletivo, apenas para determinados operadores econômicos. É nesse ponto que ganha relevância a questão das distorções no mercado concorrencial interno provocadas pela intervenção estatal de incentivo". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O fomento...* cit., p. 20-21.

De um modo geral, o fomento (tal como ocorre com as demais formas de intervenção estatal) deve direcionar a ordem econômica para o alcance de determinados fins públicos, não substituindo ou eliminando o sistema concorrencial. No entanto, entende-se que não há uma hierarquia previamente estabelecida entre interesse regulatório e proteção concorrencial.¹⁸⁻¹⁹ Diante disso, a articulação entre esses interesses deverá ser feita caso a caso, a partir das balizas traçadas pela proporcionalidade e subsidiariedade, conforme visto no item 1.1 deste capítulo.

Observe-se apenas que, embora a Lei 12.529/2011 (que regula, em âmbito nacional, o sistema de defesa da concorrência) expressamente determine sua aplicação aos entes públicos (art. 31²⁰), a incidência da referida lei far-se-á quando tais entes públicos atuarem como agentes econômicos. Isto é, não há de falar na aplicação desta Lei em específico (e para as condutas por ela vedadas) para os casos em que o Poder Público atua como agente formulador e implementador de políticas públicas – embora, nesse caso, ainda será válida e pertinente a discussão referente aos limites da intervenção estatal tendo em vista a proteção da livre-concorrência.²¹

Especificamente em âmbito internacional, o Brasil é signatário de diversos tratados e acordos que disciplinam o comércio de bens e serviços entre as partes. Os principais são: Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio de 1947 (*General Agreement on*

18. Para uma análise pormenorizada sobre conflitos entre regulação estatal e o sistema de concorrência, ver: JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte, Fórum, 2009. esp. p. 145 e ss.

19. Embora ressalve a importância de se analisar as especificidades do caso concreto, Calixto Salomão Filho parece perfilhar entendimento de que o sistema concorrencial não poderá, em nenhuma hipótese, ser anulado por completo: “Dessas observações emerge um critério constitucional importante para a avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial. Essa afirmação fundamenta-se nos diferentes efeitos que a política industrial pode ter sobre os princípios e objetivos fundamentais da ordem econômica estabelecidos no art. 170, *caput*, da CF/1988”. E segue o autor: “Relativamente à intervenção do Estado no domínio econômico, regulando ou exercendo atividade empresarial, o valor da menção à necessidade de perseguir a justiça social é orientar a intervenção no Estado na economia no sentido de corrigir as imperfeições do sistema concorrencial, e não eliminar ou substituir este último (a substituição só é possível nos restritos casos e para os específicos setores previstos na própria Constituição)”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 243-244.

20. “Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

21. Nesse sentido, aponta Paula A. Forgioni: “Mas, em que medida os entes ligados à Administração Pública estão sujeitos aos dispositivos da Lei Antitruste? A Lei 12.529/2011 volta-se à disciplina de condutas de agentes econômicos no mercado, não incidindo sobre a implementação de políticas pelos poderes públicos. Isso significa que a Administração, ao desempenhar suas funções (= deveres/poderes), não está sujeita ao mesmo tratamento que as normas antitruste dispensam aos agentes econômicos que atuam no campo da atividade econômica em sentido estrito. Repita-se: a Administração está sujeita às limitações da Lei Antitruste apenas na exploração, pelas entidades que a conformam como Administração Indireta, de atividade econômica em sentido estrito” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 145-146).

Tariffs and Trade - GATT 47);²² Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994;²³ Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias;²⁴ e Acordo sobre a Implementação do art. VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994.²⁵ Tais diplomas estabelecem limites para a concessão de subsídios e privilégios ao mercado interno, com vistas a assegurar uma concorrência mais equânime entre os produtores desses países. Desse modo, as regras de livre-concorrência aplicáveis ao comércio internacional previstas nesses acordos deverão ser consideradas por políticas nacionais de fomento a determinados bens ou setores da economia.

Entre tais regras, podem-se destacar, sem prejuízo de outras previsões específicas, as seguintes balizas:

i) *Regras quanto ao tratamento nacional no tocante à tributação e regulamentação internas* (art. III, GATT): O GATT proíbe que a regulamentação de tributos nacionais relacionados à comercialização ou utilização de produtos no mercado interno seja aplicada com o intuito de proteger a produção nacional; o acordo proíbe, ainda, a tributação de produtos importados a maior do que aquela incidente sobre os produtos domésticos - exceto os tributos relacionados à importação ou outras regras previstas em acordos comerciais específicos;

ii) *Regras de proteção à prática de dumping e possibilidade de compensações* (art. VI, GATT, bem como Acordo sobre a Implementação do art. VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994): tendo em vista que esses acordos vedam a prática de *dumping*²⁶ e preveem a possibilidade de aplicação de compensações por parte dos países prejudicados, eventuais fomentos estatais deverão assegurar esses limites caso as atividades fomentadas gerem produtos e serviços para exportação.

iii) *Limitações quanto às subvenções e subsídios* (art. XVI, GATT; e Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias): O GATT prevê regras específicas a serem observadas pelos países signatários em caso de concessão de subvenções de qualquer ordem, que tenham por efeito direto ou indireto a elevação das exportações de produto nacional ou a redução de importações de determinado produto em seu território. Do mesmo modo, o "Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias" regula (e limita) os subsídios que poderão ser concedidos a setores ou produtores do mercado nacional de um país. Entre tais regras, destaque-se a necessidade de o país concedente dar conhecimento, por escrito, aos demais países signatários, das caracte-

22. Internalizado no ordenamento jurídico nacional pela Lei 313, de 30.07.1948.

23. Internalizado no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo 30, de 15.12.1994, e pelo Dec. 1.355 de 30.12.1994.

24. Internalizado no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo 22, de 05.12.1986, e pelo Dec. 93.962, de 22.01.1987, e regulado pela Lei 9.019, de 30.03.1995.

25. Internalizado no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Legislativo 20, de 05.12.1986, e pelo Dec. 93.941, de 16.01.1987, e regulado pela Lei 9.019, de 30.03.1995.

26. De acordo com essas normas, o *dumping* configura-se quando um produto importado é introduzido no comércio nacional com um preço abaixo do normal.

terísticas da subvenção concedida, bem como a possibilidade de os países signatários alegarem ameaça de prejuízo e requererem a limitação da subvenção.

Por fim, na formação de uma política de fomento que possa ter impactos no âmbito internacional, o Poder Público poderá avaliar a aplicabilidade, ao caso, das seguintes disposições que limitam a aplicabilidade das regras de concorrência internacional: (i) ajuda estatal em favor de desenvolvimento econômico (art. XVIII, GATT); os países signatários que se encontram em estágio inicial de desenvolvimento econômico e em que se verifique baixo padrão de vida dos cidadãos podem alegar tal disposição para fundamentar políticas públicas, entre as quais políticas de fomento; (ii) exceções gerais (art. XX, GATT), tais como a existência de blocos econômicos ou recursos naturais finitos, que também poderão fundamentar a formulação de uma política de fomento específica.

2. BIBLIOGRAFIA

- ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 43-85. Madrid, 1967.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ALTEMANI, Renato Lisboa. O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial. *Jurisprudência Catarinense*. vol. 31. n. 108-109. p. 181-195. Florianópolis: TJSC, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- BALCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. n. 12. Santiago: Lexis Nexis, jan.-jul. 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1.

- BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1974.
- BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Boletim de Direito Administrativo*. n. 8. p. 507-515. São Paulo: NDJ, ago. 1997.
- BERNSTEIN, Marver H. *Regulation business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 8. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1916.
- BILAC PINTO, Olavo. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- _____. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atual. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Librairie de la Societè du Recueil J. B. Sirey, 1935.
- BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Marina Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia. O debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- _____. Regulatory conversations. *Journal of Law and Society*. n. 29. Oxford. 2002.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. vol. 2. Série Pensando o Direito, n. 49.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Jurisprudência Argentina*. n. 9. Buenos Aires: Lex Nexis, 2006.
- _____. El surgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. vol. 140. Buenos Aires, 1996.
- CASSESE, Sabino. Dalle regole del gioco al gioco con le regole. *Lo spazio giuridico globale*. Roma: Laterza, 2006.
- _____. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- _____. L'arena pública: Nuovi paradigmi per lo Stato. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 3. Milano, 2001.
- _____. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000.
- _____. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 1. p. 35. 2002. Texto traduzido publicado na *Revista Interesse Público - IP*. ano 6. n. 24. Fórum: Belo Horizonte, mar.-abr. 2004.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Serviços de utilidade pública. *Revista do Serviço Público*. ano IV. vol. 1. n. 3. 1941. DASP e IAP.
- _____. Serviços de utilidade pública e sua regulamentação. *Direito*. ano IV. vol. 19. jan.-fev.1943. DASP.
- _____. *Tratado de direito administrativo: teoria geral do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre serviços de interesse geral: COM(2003)270 final*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Concorrência. Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário. Comunicação interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário (2000/C, 121/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 29.04.2000. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUruServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:PT:PDF>]. Acesso em 15.06.2014.
- COMMISSIONA STAFF WOeking DOCUMENT. *Impact assessment of an initiative on concessions*, 2011. Disponível em: [http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/concessions/SEC2011_1588_en.pdf]. Acesso em 15.06.2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 1. p. 69-78. São Paulo, 1996.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 27. n. 57 (supl.). p. 181-208. Porto Alegre, 2004.
- DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem nas concessões de serviço público. *Revista de Informação Legislativa* n. 128. p. 63-67. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 1995.
- _____. Concessões urbanísticas. *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*. n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930. t. II.
- EISEMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. II.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. vol. 2.
- ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRÃO, Alfredo Mendes de Almeida. *Serviços públicos no direito português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.
- FLEINER, Fritz. *Les principes du droit administratif allemand*. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

- FONSECA, Tito Prates da. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FREEMAN, Jody. Extending public law norms through privatization. *Harvard Law Review*. n. 116. p. 1285-1352. Cambridge, USA, 2002-2003.
- _____. The private role in public governance. *New York University Law Review*. vol. 75. 2000. Disponível em [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- FURTADO, J. R. Caldas. *Elementos de direito financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2014.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- GIACOMONI, James. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 35. n. 137. p. 265-279. Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 1998.
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas - Teoria e prática no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 1 e 2.
- _____. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.
- GONÇALVES, Pedro António P. Costa. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 9. n. 35. Belo Horizonte. jul.-set. 2011. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/]. Acesso em: 11.09.2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1998 - Interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Atividade econômica e regulação. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. vol. 3. 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 6. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun.-jul. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 20.10.2011.

- _____. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP - Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vols. 1 e 2.
- HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: A cure for malaise. *Georgetown Law Journal*. vol. 71. 1982-1983. Disponível em [www.heinonline.org]. Acesso em: 23.08.2013.
- HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public general*. Paris: Recueil Sirey, 1921.
- _____. *Principios de derecho publico y constitucional*. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.
- HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E. (ed.). *International handbook on public-private partnerships*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.
- JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. 6 volumes, t. II.
- JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 1. n. 1. p. 95-135. Belo Horizonte, jan.-mar. 2003.
- _____. Empresas estatais e a superação da dicotomia "prestação de serviço público/exploração de atividade econômica". In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. As empresas privadas com participação estatal minoritária. *ReDAC - Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 2. p. 271-284. set.-out. 2013.
- _____. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. vol. 1,
- _____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- _____; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 9. n. 34 Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011.
- JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

- LAUBARDÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Libreria, 1984.
- _____; MODERNE, Frank; DEVOLVÈ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983.
- LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- LIMA, Ruy Cirne. Organização administrativa e serviço público no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Público*. n. 59-60. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 1981.
- LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the raise of governance in contemporary legal thought. *Minnesota Law Review*. n. 89. 2004-2005. Disponível em [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Agências reguladoras - Instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.
- _____. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. *Conjuntura Informação*. vol. 15. p. 2-9. 2001.
- _____. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013.
- _____. Concessões de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. ano 22. n. 6. p. 645-654. São Paulo: NDJ, jun. 2006.
- _____. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSORIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- _____. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.
- _____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nov.-dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 13.09.2013.
- _____. La moderna regulación: entre publico y privado la búsqueda del equilibrio. In: DE LA CUÉTERA, J.M.; LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez; VILLAR ROJAS, Francisco J. *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011b.

- _____. Normas gerais de licitação – Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios – Aplicabilidade de disposições da Lei Federal n. 8.666/93 aos entes federados (Comentários a Acórdão do STFADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 12. p. 173-191. 1995.
- _____. Anova regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fev. 2005.
- _____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 4. n. 4. p. 75-115. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.
- _____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando dias Menezes; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATTO, Vitor Rhein (org.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum. 2013.
- _____. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. n. 223. São Paulo: Renovar. jan.mar. 2001.
- _____; LOPES QUEIROZ, José Eduardo. Planejamento. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Trad. directa del original francês de 1904. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.
- MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- _____. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Luiz Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Escolas Profissionais do Liceu Coração de Jesus, 1930.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009.
- _____. Poder Público, serviço público: crise e conciliação. *RDE: Revista de Direito do Estado*. ano 1. n. 4. p. 387-401. out.-dez. 2006.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*. n. 19. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, ago.-set.-out. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf]. Acesso em: 25.03.2014.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia - Introdução ao direito econômico*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ORTEGA, Ricardo Rivero. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa interés general*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2007.
- _____. *Princípios de derecho público econômico*. Granada: Comares, 2001.
- _____. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. Tiempo. In: ORTIZ, Gaspar Ariño (org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*. vol. 5. n. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2010.
- PEDERSEN, William F. Contracting with regulated for better regulations. *Administrative Law Review*. vol. 53. 2001.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2005.

- POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*. n. 48. p. 41-54. Madrid, 1949.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SARMENTO, Daniel. *Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade*, esp. p. 132 e ss. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2011. 309 p.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Os princípios constitucionais da administração pública. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1979.
- SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*. vol. 23, 2014.
- _____. *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TÁCITO, Caio. *Evolução histórica do direito administrativo. Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. vol.1.
- _____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada - Exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 202. p. 1-10. Rio de Janeiro, 1995.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico, 1949. vol. 1.

- _____. *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, 1941.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Verlag: Penguin Books, 2009.
- TORRES FILHO, Ernani T. Crédito direcionado e direcionamento do crédito: situação atual e perspectivas. *Revista do BNDES*. vol. 13. n. 25. p. 35-50. Rio de Janeiro: BNDES, jun. 2006.
- UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Public-private partnerships: terms related to building and facility partnerships. 1999. Disponível em: [www.gao.gov/archive/1999/gg99071.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.
- URUGUAI, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862.
- VASCONCELOS, Waleska. Eficiência, planejamento público e redescoberta da atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. ano 5. n. 50. Belo Horizonte: Fórum, fev. 2006. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCn-td=33943]. Acesso em: 30.06.2014.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 2.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro setor, Empresas e Estados – Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- VIVEIROS DE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de ciência da administração e do direito administrativo*. 3 edições, 1906, 1912 e 1914.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos labirintos do STF: em busca do conceito de Serviço Público. Uma visão a partir do caso “ECT”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana de Moraes (org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre. *O direito de parceria e a Lei de Concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Capítulo 5

OPERACIONALIZAÇÃO DO FOMENTO

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

SUMÁRIO: 1. Operacionalização do fomento: 1.1 Definição da atividade pública a ser fomentada, dos destinatários e agentes; 1.2 Escolha dos instrumentos; 1.3 Formalização do fomento - 2. Bibliografia.

1. OPERACIONALIZAÇÃO DO FOMENTO

Analizadas as principais características e elementos da função estatal fomentadora, deve-se, por fim, tecer algumas considerações sobre como estruturar e formalizar o fomento, tornando-o operacionalizável e efetivo para seus potenciais destinatários.

O processo e os requisitos necessários para viabilizar o fomento estatal dependerão especialmente dos *instrumentos* (benefícios) que serão utilizados no fomento. Ainda assim, pode-se identificar que o processo base abarca, em regra, as seguintes etapas: (i) a *definição do interesse público a ser protegido, da atividade econômica a ser fomentada* (destinatários finais do fomento: setor ou agentes econômicos) e dos *agentes do fomento* (que efetivamente receberão os benefícios estatais); (ii) a *escolha dos instrumentos de fomento*, isto é, sob qual rubrica os incentivos estatais serão concedidos aos beneficiários do fomento; (iii) a *formalização (jurídica e orçamentária) do fomento*, a partir dos requisitos e das regras aplicáveis aos instrumentos escolhidos.

Em todas essas etapas, será de extrema relevância a análise dos limites que balizem a intervenção estatal, conforme especificado no capítulo 4. Mas note-se que, em cada etapa, alguns desses limites far-se-ão particularmente mais relevantes do que outros. Por exemplo, na definição dos interesses e destinatários, a questão da isonomia e impessoalidade estará fortemente presente. Já na escolha dos instrumentos de fomento, os limites traçados pela subsidiariedade e proporcionalidade deverão ser atentamente observados.

Destaque-se, ainda, a necessidade de relação entre objeto e destinatários do fomento, seus agentes e os instrumentos de fomento escolhidos. Por um lado, o ins-

trumento de fomento a ser concedido para os agentes do fomento deve ser apto a alcançar o objetivo público visado pelo fomento (e que o fundamenta). Por outro lado, os agentes escolhidos deverão efetivamente ser capazes de viabilizar a atividade que se visa a incentivar e, assim, permitir o alcance dos objetivos visados pelo fomento.

1.1 Definição da atividade pública a ser fomentada, dos destinatários e agentes

Primeiro passo para a operacionalização de um programa de fomento é identificar, de forma clara e precisa, o setor ou grupo de atores que busca fomentar, e a atividade cuja execução entende-se satisfazer fins de relevância pública e gerar externalidades positivas apropriáveis pela coletividade – e que, portanto, será objeto de fomento estatal.

Em seguida, devem-se definir quais os agentes que, quando incentivados, poderão executar essa atividade. Isso inclui a descrição dos requisitos que deverão ser cumpridos para que os beneficiários façam jus ao fomento – requisitos esses que assegurarão a efetividade da intervenção estatal. Também deverá ser identificada a necessidade de exigência de eventuais contrapartidas a serem cumpridas por esses agentes, como forma de assegurar ou potencializar os fins visados pelo fomento.

Em relação à *escolha dos potenciais agentes do fomento*, importante observar que o Poder Público conferirá uma vantagem a ser usufruída por determinados particulares que se enquadrem nos requisitos da política de fomento. Diante disso, há duas situações possíveis, que ensejarão procedimentos diferentes para essa escolha.

Primeira, a *ausência de limitação quanto ao número de agentes*: quando não há essa limitação, seja porque se entende que os recursos públicos são suficientes para atender a todos os eventuais interessados, seja porque não há, propriamente, um dispêndio de recursos públicos (por exemplo, no caso de simplificação de procedimentos administrativos). Ressalte-se que, nesse caso, a ausência de limitação quanto ao número de possíveis agentes não significa que o Poder Público não possa impor requisitos mínimos a serem atendidos pelos pretendentes e obstar o fomento caso eles não os cumpra.

Segunda, a *limitação quanto ao número de agentes*. Nesses casos, os instrumentos que viabilizarão o fomento são escassos, sendo que deverá haver restrição do número de possíveis agentes – isto é, nem todos os eventuais interessados (ainda que considerando apenas aqueles que cumprem todos os requisitos eventualmente previstos) poderão ser atendidos pelo programa de fomento. Nesse caso, deverá haver uma seleção entre os interessados, sendo que essa seleção não se limitará a analisar se ele cumpre ou não os requisitos mínimos para o recebimento dos benefícios, selecionando e excluindo de fato alguns pretendentes. Ressalte-se, contudo, que tal seleção não precisará observar o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/1993 (nem mesmo quando fomento for concretizado por meio de um contrato de fomento), uma

vez que tal relação não se enquadrará como uma prestação de serviço/obra para o Poder Público.¹

Em qualquer hipótese, é importante assegurar a procedimentalização e transparência da escolha, inclusive em cumprimento ao princípio constitucional da publicidade, a ser observado por toda a Administração Pública,² assegurando-se a publicidade do programa de fomento. Exemplo são os "editais de chamamento público" ou os "editais de seleção pública", que dão publicidade a um programa de fomento e a disponibilização de benefícios a determinado setor ou agentes, e, com isso, abrem a possibilidade de participação de todos os eventuais interessados.³

1.2 Escolha dos instrumentos

Definido o setor a ser incentivado, os benefícios serão concedidos como forma de incentivo ao objeto do fomento.

Nada impede que seja previsto mais de um instrumento. Em geral, inclusive, o programa de fomento prevê diversos benefícios que, contudo, são diferenciados para agentes que cumpram requisitos diferentes - embora ainda que todos sejam participantes do setor fomentado.

Importante, aqui, assegurar a relação entre benefício público visado (que delimitará o objeto fomentado) e os instrumentos escolhidos como forma de fomento. Os benefícios devem ser aptos, suficientes e eficientes para incentivar a conduta visada pelo fomento.

1.3 Formalização do fomento

Tomada as decisões relacionadas à formulação do programa de fomento, tem-se a necessidade de institucionalizá-lo, tornando-o um programa com regras que estabeleçam, de forma clara, os objetivos visados pelo programa, quem pode ser seus destinatários finais e agentes, os requisitos para a participação e obrigações que deverão ser cumpridas pelos participantes. Diante disso, tem-se por relevante tecer algumas notas sobre os instrumentos⁴ jurídicos que podem ser utilizados para formalizar o fomento e efetivar a concessão dos benefícios trazidos pelo programa.

1. Conforme previsto no *caput* do art. 1.º da Lei 8.666/1993, a Lei aplica-se às contratações de obras e serviços pela Administração Pública.
2. Conforme o art. 37, *caput*, da CF/1988: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, *publicidade* e eficiência e, também, ao seguinte: (...)".
3. Destaque-se, por exemplo, os editais de chamamento público para bolsas de estudo e pesquisa concedidas por instituições públicas de ensino, tais quais o CNPq, a Capes, a Fapesp e as universidades públicas. Mencione-se, ainda, os diversos "editais de seleção pública" da Finep e BNDES, para o fomento de determinados setores, por meio da seleção de projetos.
4. Ressalte-se que "instrumentos", aqui, não se confundem com os instrumentos de fomento elencados no capítulo 2, item 1.3 (Parte II). Enquanto aquele item apresentou os meios pelos quais o fomento

Em geral, as normas que trazem disciplina geral sobre os instrumentos de fomento, mencionadas no capítulo 2, item 1.3 (Parte II), não preveem instrumento jurídico específico para sua formalização, sendo tal especificação feita pela regulamentação de cada programa de fomento. No entanto, a depender do setor ou agentes fomentados, há algumas balizas legais a serem observadas – como, por exemplo, nos casos de contratação direta, pela Administração, de Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, em que a regulamentação aplicável a esses entes delimita o instrumento a ser utilizado na formalização do fomento.⁵

Primeira questão referente à formalização do fomento diz respeito com a necessidade de lei. Para isso, deve-se dividir o fomento em dois momentos distintos: o exercício da função estatal de fomento e o uso de determinados instrumentos para a viabilização dessa atividade.

Para o *exercício função administrativa de fomento* – com a instituição e criação de um programa de fomento –, entende-se não ser necessária autorização legal (lei em sentido estrito) específica.⁶ Isto é, não é necessário que haja uma lei ou um dispositivo legal que expressamente institua ou autorize o fomento. Mas, conforme já mencionado no capítulo 2, item 1.1 (Parte II), deve haver um contexto normativo que configure como de interesse público o objetivo a ser protegido pelo fomento, enquadrando-o numa política pública.

Ocorre que, a depender do instrumento escolhido, será necessária a *formalização do fomento por meio de lei em sentido estrito* – como, por exemplo, no caso de subvenções econômicas ou desonerações tributárias, que necessitam de lei para serem previstas. Caso não haja exigência de lei em razão do instrumento, é viável que o detalhamento do instrumento ou programa de fomento seja feito por meio de regulamento, seja por decreto do chefe do Poder Executivo, seja por instrumento normativo do órgão responsável pelo fomento (portaria ou resolução, por exemplo).

Pois bem. A formalização jurídica do fomento pode envolver ainda os seguintes meios (não excludentes): (i) normativos (em sentido amplo); (ii) contratuais (em sentido amplo); (iii) societários.

podia ser instrumentalizado (isto é, os benefícios a serem concedidos para os agentes do fomento), no presente item trata-se de analisar os meios jurídicos para a formalização do programa de fomento.

5. A Lei 9.637/1998 estabelece a celebração de *contrato de gestão* para parcerias entre Administração e Organizações Sociais; a Lei 9.790/1999 estabelece *termo de parceria* para as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público; e a Lei 13.019/2014 prevê a celebração de *termo de colaboração e termo de fomento* para parcerias com organizações da sociedade civil.
6. “Finalmente, observe-se que, para o desempenho das funções administrativas de execução do fomento público, inexistem privatividade, exclusividade, reserva legislativa ou administrativo, que possam inibir quaisquer entes políticos de empregá-las ampla e intensamente, com exceção, apenas, de duas, que ficaram constitucionalmente disciplinadas: o planejamento estatal (art. 174) e a exploração econômica pelo Estado (art. 173).” (MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 585).

Em relação aos *meios normativos*, eles podem constituir-se em leis ou normas infralegais, emitidas pelo órgão público que ficará responsável por gerir o programa de fomento. Em geral, o meio normativo estará presente para institucionalizar o programa de fomento, autorizando sua criação, seus instrumentos e os requisitos e eventuais contrapartidas para sua fruição. Ressalte-se, contudo, que em geral os meios normativos são acompanhados também por instrumentos contratuais (por exemplo, termos de adesão), que formalizam a concessão do fomento para cada agente ou específico.

Os *meios contratuais* também são, por vezes, utilizados como instrumento jurídico de formalização do fomento. Isto é, é possível que a concessão de benefícios seja formalizada por meio da celebração de contrato entre o ente público fomentador e o agente do fomento,⁷ que regulará a forma de concessão dos benefícios, por um lado, e por outras eventuais regras a serem observadas na fruição desses benefícios (as contrapartidas).⁸

Embora se fale em “contrato”, não se trata propriamente de uma relação sinalagmática. Isso é relevante para afastar a aplicação integral da Lei 8.666/1993 em relação a esses contratos de fomento,⁹ que regulamenta justamente as relações sinalagmáticas entre Administração e particular, na qual o particular executa obra ou serviço para a Administração e, em troca, recebe uma contraprestação (em geral pecuniária) equivalente. Assim, por exemplo, não serão aplicáveis a esse contrato de fomento as regras de alteração unilateral, da mesma forma que não serão cabíveis pleitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste caso, o instrumento será um “contrato de colaboração”,¹⁰ devendo ser consideradas as normas vigentes no âmbito do ente fomentador relacionadas a esse acordo.¹¹

7. Deve-se distinguir a possibilidade de instituição do fomento por meio de um contrato de fomento, em contraposição com o uso da contratação administrativa como instrumento de fomento, conforme visto no capítulo 2, item 1.3.6 (Parte II).

8. Aqui estariam incluídos os acordos que Fernando Dias Menezes de Almeida chama de “módulos convencionais de cooperação”, querendo abarcar as “diversas outras figuras, umas tipificadas em lei, outras sem tipificação precisa, que têm o sentido geral de fomento a atividades privadas” (ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 241. Para o autor, os “módulos convencionais de cooperação” seriam “aqueles pelos quais a Administração, como de resto fazem também as pessoas privadas, busca suprir suas necessidades instrumentais em relação aos fins de sua função”. Op. cit.

9. Sobre o tema, ver: JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira, A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 9. n. 34 Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011.

10. Os contratos administrativos podem ser divididos em três principais categorias: (i) contratos de satisfação ou instrumentais; (ii) contratos de delegação e (iii) contratos de colaboração. Os instrumentos que visam a formalizar relações de fomento estatal – celebrados entre o órgão público fomentador e o agente fomentado – estão enquadrados nessa última categoria, uma vez que estabelecem uma relação de convergência de interesses na consecução do objeto contratual. Ressalte-se, ademais, que o regime da Lei 8.666/1993 é dirigido aos contratos de satisfação, não podendo ser aplicado integralmente aos outros dois módulos. Sobre os “módulos” de contrato e o regime jurídico incidência a cada um, conferir ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de, Op. cit.

11. Em âmbito federal, destaquem-se, especialmente, os seguintes diplomas: Dec. 1.819/1996, Dec. 6.170/2007 e Portaria Interministerial MP/MF/CGU 127/2008. Ressalte-se, contudo, que estes

Por fim, podem também ser utilizados *meios societários* para a formalização do programa de fomento. Em geral, trata-se de forma alternativa à formalização por contrato, na qual o fomento é instituído por meio da celebração de uma parceria societária. Nesse caso, haverá equivalência, aqui, com o instrumento de participação societária, analisado no capítulo 2, item 1.3.5 (Parte II).

2. BIBLIOGRAFIA

- ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. *Revista de Administración Pública*. n. 54. p. 43-85. Madrid, 1967.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- ALTEMANI, Renato Lisboa. O direito econômico como fundamento para a revisão judicial de políticas de fomento industrial. *Jurisprudência Catarinense*. vol. 31. n. 108-109. p. 181-195. Florianópolis: TJSC, 2005.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- _____. O serviço público e as suas crises. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ARROWSMITH, Sue. *The law of public and utilities procurement*. London: Sweet & Maxwell, 1996.
- BALCO, Alejandro Vergara. El nuevo servicio público abierto a la competencia. *Revista de Derecho Administrativo Económico*. n. 12. Santiago: Lexis Nexis, jan.-jul. 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. vol. 1.
- BARDUSCO, Aldo. *La struttura dei contratti delle pubbliche amministrazioni: atti amministrativi e negozio di diritto privato*. Milano: Giuffrè, 1974.
- BARROSO, Luís Roberto. A intervenção do Estado no domínio econômico. *Boletim de Direito Administrativo*. n. 8. p. 507-515. São Paulo: NDJ, ago. 1997.

diplomas regulam especificamente os instrumentos de convênio, e serão aplicados naquilo em que forem compatíveis com as especificidades de um contrato que visa a regular a concessão de fomento.

- BERNSTEIN, Marver H. *Regulation business by independent commission*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- BERTHÉLEMY, Henry. *Traité élémentaire de droit administratif*. 8. ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1916.
- BILAC PINTO, Olavo. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1941.
- _____. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. atual. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BONNARD, Roger. *Précis de droit administratif*. Paris: Librairie de la Societ è du Recueil J. B. Sirey, 1935.
- BLACK, Julia. Procedimentalizando a regulação. In: MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coord.). COUTINHO, Diogo R.; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; PRADO, Marina Mota; OLIVA, Rafael (org.). *Regulação econômica e democracia. O debate europeu*. São Paulo: Singular, 2006.
- _____. Regulatory conversations. *Journal of Law and Society*. n. 29. Oxford. 2002.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *Mecanismos jurídicos para a modernização e transparência da gestão pública: compras públicas sustentáveis*. Brasília: Ministério da Justiça, 2013. vol. 2. Série Pensando o Direito, n. 49.
- BREYER, Stephen. *Regulation and its reform*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1982.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1970. t. I.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CAMPOS, Francisco. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos. El futuro de los servicios públicos. *Jurisprudência Argentina*. n. 9. Buenos Aires: Lex Nexis, 2006.

- _____. El surgimento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado. *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*. vol. 140. Buenos Aires, 1996.
- CASSESE, Sabino. Dalle regole del gioco al gioco con le regole. *Lo spazio giuridico globale*. Roma: Laterza, 2006.
- _____. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- _____. *L'arena pública: Nuovi paradigmi per lo Stato*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 3. Milano, 2001.
- _____. *Le basi del diritto amministrativo*. 6. ed. Milano: Garzanti, 2000.
- _____. Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX ao XXI secolo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n. 1. p. 35. 2002. Texto traduzido publicado na *Revista Interesse Público - IP*. ano 6. n. 24. Fórum: Belo Horizonte, mar.-abr. 2004.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Serviços de utilidade pública. *Revista do Serviço Público*. ano IV. vol. 1. n. 3. 1941. DASP e IAP.
- _____. Serviços de utilidade pública e sua regulamentação. *Direito*. ano IV. vol. 19. jan.-fev. 1943. DASP.
- _____. *Tratado de direito administrativo: teoria geral do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre serviços de interesse geral: COM(2003) 270 final*. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/com/2003/com2003_0270pt01.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.
- COMISSÃO EUROPEIA. Direcção-Geral da Concorrência. Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário. Comunicação interpretativa da Comissão sobre as Concessões em Direito Comunitário (2000/C, 121/02). *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*. 29.04.2000. Disponível em: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUruServ.do?uri=OJ:C:2000:121:0002:0013:PT:PDF>]. Acesso em 15.06.2014.
- COMMISSIONA STAFF WOeking DOCUMENT. *Impact assessment of an initiative on concessions*, 2011. Disponível em: [http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/concessions/SEC2011_1588_en.pdf]. Acesso em 15.06.2014.
- COMPARATO, Fábio Konder. Igualdade, desigualdades. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 1. p. 69-78. São Paulo, 1996.
- COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. vol. 27. n. 57 (supl.). p. 181-208. Porto Alegre, 2004.

- DALLARI, Adilson de Abreu. Arbitragem nas concessões de serviço público. *Revista de Informação Legislativa* n. 128. p. 63-67. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 1995.
- _____. Concessões urbanísticas. *Revista Trimestral de Direito Público - RTDP*. n. 37. São Paulo: Malheiros, 2002.
- DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? In: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. In: DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. Das entidades paraestatais e das entidades de colaboração. In: MODESTO, Paulo (coord.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930. t. II.
- EISEMANN, Charles. *Cours de droit administratif*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1983. t. II.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marín López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Ed. RT, 1990.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *Compêndio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1990. vol. 2.
- ESTORNINHO, Maria João. *Direito europeu dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *A fuga para o direito privado: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública*. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2009.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRÃO, Alfredo Mendes de Almeida. *Serviços públicos no direito português*. Coimbra: Coimbra Ed., 1963.
- FLEINER, Fritz. *Les principes du droit administratif allemand*. Trad. Charles Eisenmann. Paris: Librairie Delagrave, 1933.
- FONSECA, Tito Prates da. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.

- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- FREEMAN, Jody. Extending public law norms through privatization. *Harvard Law Review*, n. 116. p. 1285-1352. Cambridge, USA, 2002-2003.
- _____. The private role in public governance. *New York University Law Review*. vol. 75. 2000. Disponível em [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- FURTADO, J. R. Caldas. *Elementos de direito financeiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GAROFANO, Rafael Roque. *A consensualidade nos contratos administrativos: do regime estatutário para a parceria contratual*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2014.
- GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l'action publique en question*. Paris: Presses de Sciences Politiques, 1999.
- GIACOMONI, James. A Lei de Diretrizes Orçamentárias e a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. *Revista de Informação Legislativa*. vol. 35. n. 137. p. 265-279. Brasília: Senado Federal, jan.-mar. 1998.
- GIAMBIAGI, Fabio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas - Teoria e prática no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1988. vol. 1 e 2.
- _____. *Istituzioni di diritto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1981.
- GONÇALVES, Pedro António P. Costa. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. ano 9. n. 35. Belo Horizonte. jul.-set. 2011. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/]. Acesso em: 11.09.2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Atividade econômica e regulação. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. vol. 3. 2003.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As agências reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 6. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, maio-jun.-jul. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 20.10.2011.
- _____. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *PPP – Parceria público-privada*. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. vols. 1 e 2.

HARTER, Philip J. Negotiating Regulations: A cure for malaise. *Georgetown Law Journal*. vol. 71. 1982-1983. Disponível em [www.heinonline.org]. Acesso em: 23.08.2013.

HAURIUO, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public general*. Paris: Recueil Sirey, 1921.

_____. *Principios de derecho publico y constitucional*. 2. ed. Madrid: Reus, 1927.

HODGE, Graeme A.; GREVE, Carsten; BOARDMAN, Anthony E. (ed.). *International handbook on public-private partnerships*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2010.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Trad. Julio N. San Millan Almargo. Buenos Aires: Depalma, 1948. 6 volumes, t. II.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. *Restrições regulatórias à concorrência*. Belo Horizonte, Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. ano 1. n. 1. p. 95-135. Belo Horizonte, jan.-mar. 2003.

_____. Empresas estatais e a superação da dicotomia “prestação de serviço público/exploração de atividade econômica”. In: FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (org.). *Estudos de direito público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. As empresas privadas com participação estatal minoritária. *ReDAC – Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. n. 2. p. 271-284. set.-out. 2013.

_____. Serviço público no direito brasileiro. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. vol. 1.

_____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. *Revista Brasileira de Direito Público*. vol. 9. n. 34 Belo Horizonte: Fórum, jul.-set. 2011.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

LAUBARDÈRE, André de. *Manual de derecho administrativo*. Bogotá: Temis Libreria, 1984.

_____; MODERNE, Frank; DEVOLVÈ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 1983.

- LIMA, Carolina Caiado. *O convênio administrativo colaborativo para transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos como instrumento dos mecanismos diretos de fomento público*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- LIMA, Ruy Cirne. Organização administrativa e serviço público no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Público*. n. 59-60. São Paulo: Ed. RT, jul. -dez. 1981.
- LOBEL, Orly. The renew deal: the fall of regulation and the raise of governance in contemporary legal thought. *Minnesota Law Review*. n. 89. 2004-2005. Disponível em [www.heinonline.org]. Acesso em: 20.07.2013.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *Agências reguladoras - Instrumentos do fortalecimento do Estado*. São Paulo: ABAR, 2003.
- _____. Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil. *Conjuntura Informação*. vol. 15. p. 2-9. 2001.
- _____. *Bens públicos: função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- _____. *A concessão como instituto do direito administrativo*. Tese. São Paulo, USP, 2013.
- _____. Concessões de serviços públicos. *Boletim de Direito Administrativo - BDA*. ano 22. n. 6. p. 645-654. São Paulo: NDJ, jun. 2006.
- _____. As contratações estratégicas das estatais que competem no mercado. In: OSORIO, Fabio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto*. São Paulo: Lumen Juris, 2006
- _____. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 8. n. 32. p. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out.-dez. 2010.
- _____. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, nov.-dez. 2005, jan. 2006. Disponível em: [www.direitodoestado.com.br]. Acesso em: 13.09.2013.
- _____. La moderna regulación: entre publico y privado la búsqueda del equilibrio. In: DE LA CUÉTERA, J.M.; LÓPEZ-MUNIZ, José Luiz Martínez; VILLAR ROJAS, Francisco J. *Derecho administrativo y regulación económica: liber amicorum Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011b.
- _____. Normas gerais de licitação - Doação e permuta de bens de Estados e de Municípios - Aplicabilidade de disposições da Lei Federal n. 8.666/93 aos entes federados (Comentários a Acórdão do STF ADINCONST 927-3-RS). *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 12. p. 173-191. 1995.

- _____. A nova regulação dos serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 1. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, fev. 2005.
- _____. As políticas de universalização, legalidade e isonomia: o caso telefone social. *Revista de Direito Público da Economia*. vol. 4. n. 4. p. 75-115. Belo Horizonte: Fórum, abr.-jun. 2006.
- _____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. Os serviços de interesse econômico geral e as recentes transformações dos serviços públicos. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando dias Menezes; MIGUEL, Luiz Felipe Hadlich; SCHIRATTO, Vitor Rhein (org.). *Direito público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- _____. Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural. *Revista de Direito Administrativo - RDA*. n. 223. São Paulo: Renovar, jan.mar. 2001.
- _____. ; LOPES QUEIROZ, José Eduardo. Planejamento. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Marcia Walquíria Batista dos (org.). *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 1977.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 15. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2004.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Parte General. Trad. directa del original francês de 1904. Buenos Aires: Depalma, 1982. t. I.
- MEDAUAR, Odete. Ainda existe serviço público? In: TÔRRES, Heleno Taveira. *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- _____. *Concessão de serviço público*. São Paulo: Ed. RT, 1995.
- _____. *Direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. *Direito administrativo moderno*. 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MELLO, Luiz Anhaia. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Escolas Profissionais do Liceu Coração de Jesus, 1930.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.
- MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2009.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 11. ed. Paris: Montchrestien, 2009.

- _____. Poder Público, serviço público: crise e conciliação. *RDE: Revista de Direito do Estado*, ano 1. n. 4. p. 387-401. out.-dez. 2006.
- MOREIRA, Egon Bockman. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Europeia. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (Redae)*, n. 19. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, ago.-set.-out. 2009. Disponível em: [www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-2009-VITAL-MOREIRA.pdf]. Acesso em: 25.03.2014.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia - Introdução ao direito econômico*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- ORTEGA, Ricardo Rivero. *Administraciones públicas y derecho privado*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- ORTIZ, Gaspar Ariño. *Empresa pública, empresa privada, empresa interés general*. Navarra: Thompson Aranzadi, 2007.
- _____. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2001.
- _____. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. Tiempo. In: ORTIZ, Gaspar Ariño (org.). *Privatización y liberalización de servicios*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1999.
- PALMA, Juliana Bonacorsi de. Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações*, vol. 5. n. 8. Belo Horizonte: Fórum, jan. 2010.
- PEDERSEN, William F. Contracting with regulated for better regulations. *Administrative Law Review*, vol. 53. 2001.
- PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese de Doutorado. São Paulo, USP, 2005.
- POZAS, Luis Jordana. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, n. 48. p. 41-54. Madrid, 1949.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Livre iniciativa nos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- _____. *A noção de serviço público em regime de competição*. Tese de doutorado. São Paulo, USP, 2011. 309 p.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. Os princípios constitucionais da administração pública. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos sobre a Constituição*. Lisboa: Livraria Petrony, 1979.
- SILVA, Danilo Tavares da. *Política industrial e desenvolvimento regional: o fomento estatal dos arranjos produtivos locais*. Dissertação de Mestrado. São Paulo, USP, 2010.
- SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e Estado. Serviços de interesse econômico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. O direito e as parcerias empresariais e contratuais entre Estado e particulares. *Cadernos FGV Projetos*. vol. 23, 2014.
- _____. *Parcerias público-privadas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2007.
- TÁCITO, Caio. *Evolução histórica do direito administrativo. Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. vol.1.
- _____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada - Exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 202. p. 1-10. Rio de Janeiro, 1995.
- TEIXEIRA, J. H. Meirelles. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Departamento Jurídico, 1949. vol. 1.
- _____. *O problema das tarifas nos serviços públicos concedidos*. São Paulo: Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, 1941.
- THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. Verlag: Penguin Books, 2009.
- TORRES FILHO, Ernani T. Crédito direcionado e direcionamento do crédito: situação atual e perspectivas. *Revista do BNDES*. vol. 13. n. 25. p. 35-50. Rio de Janeiro: BNDES, jun. 2006.
- UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Public-private partnerships: terms related to building and facility partnerships. 1999. Disponível em: [www.gao.gov/archive/1999/gg99071.pdf]. Acesso em: 15.06.2014.

- URUGUAI, Visconde do (Paulino José Soares de Souza). *Ensaio sobre o direito administrativo*. Rio de Janeiro: Typog. Nacional, 1862.
- VASCONCELOS, Waleska. Eficiência, planejamento público e redescoberta da atividade de fomento. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, ano 5, n. 50, Belo Horizonte: Fórum, fev. 2006. Disponível em: [www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCn-td=33943]. Acesso em: 30.06.2014.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014. vol. 2.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Desestatização, privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- _____. Estímulos positivos. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino (coord.). *Terceiro setor, Empresas e Estados - Novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- VIVEIROSDE CASTRO, Augusto Olympio. *Tratado de ciência da administração e do direito administrativo*. 3 edições, 1906, 1912 e 1914.
- VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos labirintos do STF: em busca do conceito de Serviço Público. Uma visão a partir do caso "ECT". In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana de Moraes (org.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre. *O direito de parceria e a Lei de Concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.