

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 assuma 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 - 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.

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”, abarcando, 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.

mia. 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 aí 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 Sylvia 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 determinava 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 Arino, "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 Sylvia 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 Sylvia 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 incompensados, 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 económica 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,

inserir-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 inexistisse 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 estruturas 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 imporia 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 intervenha 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, Floriano 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. *Principios 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 Politicos*. 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.