

UMA TEORIA DO FOMENTO PÚBLICO: CRITÉRIOS EM PROL DE UM FOMENTO PÚBLICO DEMOCRÁTICO, EFICIENTE E NÃO-PATERNALISTA.

JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução. 2. – O que é o fomento público: revisão da literatura. 2.1. Distinção entre o fomento público e demais funções administrativas. 2.2. Definição de fomento público. O problema da intercambialidade das técnicas. 2.3. Características do fomento público. 2.4. Meios de atuação e instrumentos do fomento público. 3. – O risco do fomento é o risco da intervenção desmedida: a paralisia. Outros riscos. 4. – Critérios democráticos e republicanos para o fomento legítimo. 5. – Encerramento: na busca pelo meio-termo de ouro, a importância do ideal.

1. Introdução

O título deste artigo já adianta alguma de suas discussões, e, em certa medida, até de suas conclusões. De fato, como bem poucas atividades incluídas na chave semântica da intervenção¹ do Estado sobre a economia, o fomento público arrisca-se a caminhar sob o fio de uma navalha cujos extremos são o excesso e a falta, ou, para continuarmos nas expressões literárias, é atividade que arrisca a se tornar o que já se falou da psicanálise: o mal cuja cura pretende ser.

¹ Eros Roberto Grau discute, em certo ponto de *A Ordem Econômica*, sobre se o designativo correto para se referir às atividades estatais de influência sobre a economia deveria ser intervenção ou, simplesmente, atuação. De um lado, toda atuação do Estado na economia é, de certa forma, interventiva, como registra Giannini; e, nesse caso específico, como se trata de uma atuação do Estado numa área que não é sua – o mercado –, acabaria por assumir contornos propriamente interventivos. Por outro lado, no caso da prestação ou da regulação dos serviços públicos, área em que a titularidade é sempre estatal (art. 175, Constituição Federal), o termo intervenção não seria justificável – melhor seria ficar, então, com atuação. Registrada a polêmica, optamos pela utilização intercambiável das expressões, a uma porque a distinção é de reduzido potencial explicativo, a duas porque o uso fungível já é comum em nossa doutrina, e, pensando em termos pragmáticos, não se deve pretender modificar usos consagrados quando os benefícios explicativos são pequenos. Seja como for, no caso do fomento público ter-se-ia precisamente uma intervenção, e não uma atuação, já que o Poder Público está tentando influir, pelo convite, no mercado (e apenas no mercado, como vai ficar claro mais adiante). Cf., para a discussão, GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93ss.; para uma digressão acerca do “intervencionismo estatal” num sentido que *não* é o aqui utilizado, dentre outros, GUERRA, Sérgio. *Controle judicial dos atos regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 16 a 20 (item 2.2, “O Intervencionismo Estatal”). A referência a Giannini deve ser desenvolvida em GIANNINI, Massimo Severo. *El poder público. Estado y Administraciones públicas*. Madri: Civitas, 1991, pp. 17 a 22. Em sentido expressamente contrário àquele que foi aqui defendido, mas por razões distintas, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129: “As intervenções estatais (...) podem ser classificadas em quatro tipos quanto a seu conteúdo: a regulatória, a concorrencial, a monopolista e a sancionatória, não considerada como modalidade de intervenção o fomento público, que não tem natureza impositiva.” Os itálicos constam do original.

Existem dois grandes problemas circundando o fomento público: (i) os critérios de sua concessão e (ii) sua intensidade e duração.² O fomento pode ser inteligente instrumento de apoio ao desenvolvimento privado em direções social e constitucionalmente desejáveis – ou pode ser a enésima ajuda do Rei a seus amigos.³ Caminha nesse último sentido, inclusive, nosso precedente histórico. Permita-se, por exemplificativo do que se sugere, a transcrição do seguinte trecho de Luís Roberto Barroso:

Quem já teve oportunidade de examinar, por exemplo, como eram geridos os bancos públicos estaduais e os critérios de financiamento adotados, bem entende o que estou falando: dinheiro público era entregue, sem garantias e sem projetos socialmente comprometidos, aos amigos do poder. Este tratamento da *res publica* como bem privado é emblematicamente traduzido em frase atribuída a um ex-governador de um grande Estado da Federação, referindo-se com sarcasmo à sorte da instituição financeira oficial: “Quebrei o banco estadual, mas fiz meu sucessor.” A frase, ao que se noticia, foi desmentida. Mas o fato real estava acima da retórica.⁴

Os riscos associados à intensidade e à duração do fomento são, por sua vez, de outra ordem. São riscos de se desnaturar a essência da intervenção. Conforme veremos ao longo do artigo, fomento público não é, ou, pelo menos, não deve ser, auxílio indefinido, paternalismo estatal qualificado pela “bondade” dos objetivos perseguidos.

² Há, ainda, outra questão importante que circunda o fomento, mas que diz respeito à execução do gasto público em geral: a (ausência de) transparência. Por seu aspecto difuso, deixaremos de tratá-la, de modo específico, neste artigo, ainda mais que, em certos casos, a simples adoção de critério – algum critério – já supriria o percebido déficit. Falando em 1989 acerca de uma recém-aprovada constituição, o então deputado federal José Serra lamentava a realidade jurídico-orçamentária do período anterior e auspiciava um futuro que, traçado no texto constitucional, talvez nunca tenha realmente chegado a existir: “Paralelamente, a Constituição obriga a que o orçamento fiscal seja acompanhado de um demonstrativo dos efeitos das isenções, anistias, subsídios e benefícios tributários e creditícios sobre as receitas e despesas. São itens que representam ‘gastos’ cujo conhecimento, hoje, só é menos obscuro do que a forma como são decididos. Sua reiterada explicitação representará um largo passo o sentido de uma avaliação qualitativa e quantitativa mais adequada da alocação dos recursos públicos.” SERRA, José. *A Constituição e o Gasto Público. Planejamento e Políticas Públicas*. Brasília: IPEA, 1989, pp. 93 a 106 (aqui, p. 94). O destaque foi acrescentado.

³ “A esfera econômica é definida por um processo de produção e distribuição de riqueza e renda, a política, pela produção e distribuição de poder. Estas duas esferas são interdependentes. Da mesma forma que, quando as empresas exercem poder de monopólio, elas estão incluindo, no mercado, um elemento de poder, quando o Estado assume o papel de distribuidor de renda, através das transferências que realiza, a distribuição de renda passa a ter um caráter eminentemente político. Neste momento, a *res publica* entra em jogo, e ao evitar que ela seja apropriada de forma privada toma-se um problema político fundamental das sociedades civilizadas.” BRESSER-PEREIRA, Luís Carlos. *Cidadania e Res publica: a emergência dos direitos republicanos*. Revista de Filosofia Política – Nova Série. Vol. I. Porto Alegre: Editoria da UFRGS, 1997, pp. 99 a 144, aqui, p. 138.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O Estado que nunca foi*. Prefácio à obra *Direito Regulatório*, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003), pp. 1 a 9, aqui, pp. 7 e 8. Também publicado em: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional. Tomo II*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 675-680 (aqui, pp. 679 e 680).

As atividades fomentadas devem sê-lo na exata medida em que precisem do aporte público, e apenas durante o período em que o fomento seja necessário à sua viabilidade econômica. É possível que certas atividades nunca venham a ser viáveis se desempenhadas de modo não-fomentado^{5,6}, mas o objetivo da auto-sustentabilidade deve estar sempre presente e ser, de tempos em tempos, averiguado. Deve-se figurar o fomento, em especial o fomento financeiro, como uma incubadora, à qual se recorre, durante certo tempo, para preservar e garantir uma vida futura autônoma e saudável. Mas nada além.

Partindo-se, então, dessas idéias, é que se vai fazer uma leitura da função administrativa clássica do fomento à luz de alguns princípios jurídicos, e, em especial, de modo tendencialmente inovador, dos princípios do pragmatismo e da razão pública. O propósito central é o de elaborar alguns critérios constitucionalmente adequados para nortear a formulação legislativa e a interpretação, judicial e administrativa, da atividade.

A estrutura do trabalho repassa a literatura doutrinária, concentra-se em alguns pontos polêmicos, e, afinal, indica uma criteriologia possível (certamente não a única) para formular e conceder benefícios públicos sem vícios privados.⁷

2. O que é o fomento público: revisão da literatura

Fomentar, para o dicionário, é “cercar de cuidados para criar ou fazer crescer, estimular.” É, ainda, “proporcionar os meios para o desenvolvimento de algo”.⁸ A origem

⁵ Talvez esse seja o caso do cinema, em que apenas as indústrias norte-americana e indiana, à conta de inimitáveis particularidades sociais, culturais e econômicas, sobrevivem sem fomento público (outros falam que as indústrias da Nigéria e da Coreia do Sul também seriam auto-sustentáveis). Todas as outras indústrias cinematográficas, incluindo as européias, existem de modo indissociável a órgãos e entidades de fomento e promoção do mercado, sendo que, em alguns casos, a própria atividade cinematográfica é considerada serviço público em sentido estrito. Não é o caso do Direito brasileiro, em que a atividade cinematográfica é exercida em regime de livre iniciativa – ainda que se possa argumentar que, pela relevância do objeto, possa ser daquelas “atividades privadas regulamentadas.” Marçal Justen Filho aparentemente admite a inclusão das atividades cinematográficas dentro do conceito de serviço público, o que revela atitude contraditória com sua própria definição da noção, já que, por mais que se prezem as atividades artísticas de modo geral, não parece que a atividade cinematográfica esteja vinculada, direta e imediatamente, com a satisfação de direito fundamental: “Quanto à natureza da necessidade satisfeita, os serviços públicos podem ser (...) culturais: os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro.” Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 590 (destaques acrescentados). De nossa parte, acreditamos que o cinema é atividade privada, de óbvia relevância cultural, mas atividade privada mesmo assim. Para uma análise dos aspectos mercadológicos da indústria cinematográfica, cf. MBLLEIRO, Alessandra (org.). *Cinema no mundo: indústria, política e mercado*. São Paulo: Escrituras, 2007.

⁶ Por outro lado, se a atividade é ontologicamente deficitária, mas existem suficientes razões de interesse público para que subsista, melhor seria transformá-la, desde logo, em serviço público. Assim, fazendo referência à nota anterior, em nossa opinião, não há nada que impeça, ao menos tendo em vista a Constituição da República, que se proceda a uma *publicatio*, quer dizer, a uma transformação do regime da prestação das diversas atividades envolvidas com a cinematografia, do atual regime de livre iniciativa para o regime de serviço público, seja prestado de modo exclusivo, seja prestado de modo não-exclusivo e concorrencial.

⁷ Para a expressão, v. GIANNETTI, Eduardo. *Vícios privados, benefícios públicos? A ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁸ HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1367. Outros dicionários apresentam definições parecidas; assim, fomentar, para o Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, corresponde a “excitar, desenvolver, estimular o crescimento;

etimológica é o latim *fomentum*, contração de *fovimentum*, que significa acalantar, abrigar.⁹ A idéia geral do fomento – e aqui trataremos apenas do fomento público¹⁰, isto é, do fomento realizado por entidades integrantes da Administração Pública, mesmo quando possuidoras de personalidade jurídica de direito privado, como no caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, aliás, as maiores fomentadoras na Administração federal¹¹ – não é difícil de indicar: trata-se de auxiliar o desenvolvimento e o exercício de uma atividade privada, que se supõe de interesse público¹², com meios públicos.¹³⁻¹⁴

incitar; favorecer”. Cf. *Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa*. Globo, p. 367.

⁹ Cf. dicionário online do Projeto Arquimedes, da Universidade de Harvard, disponível em: <<http://archimedes.fas.harvard.edu/cgi-bin/dict?name=ls&lang=la&word=fomentum&filter=CUTP8>>. Acesso em 5 de janeiro de 2009.

¹⁰ Não estamos tratando do fomento mercantil, mais conhecido como *factoring*, atividade por meio da qual uma empresa se torna cessionária dos créditos comerciais de outra, mediante condições especiais para o pagamento antecipado destes créditos, assumindo, a empresa cessionária, o risco pela insolvência dos clientes da cedente. Cf., para a definição, MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 123. Esta é a modalidade mais comum de fomento privado – embora nada impeça, e seja também comum, que empresas privadas, não integrantes da Administração Pública, despendam recursos e esforços para o desenvolvimento de atividades, exercidas por outras entidades ou indivíduos, tidas por socialmente relevantes. Nesse caso, teríamos um fomento privado não-mercantil, o qual também não é objeto do artigo.

¹¹ O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES –, a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras – e a Caixa Econômica Federal S.A. são, em volume de recursos, as maiores entidades fomentadoras da Administração Federal.

¹² Ainda que não se pretenda esgotar, por meio de um impossível detalhamento exaustivo, quais seriam essas atividades, não se deve deixar passar sem qualificações referências a um genérico “interesse público”. E, dentro desse esforço de concretização, vem a calhar a indicação histórica, feita por Juan Alfonso Santamaría Pastor, aos setores que, depois da primeira terça parte do século XX, foram objeto de fomento. “De um lado, o incremento da produção industrial e agrícola, dirigidos genericamente à criação de riqueza e de emprego, para fazer frente ao trabalho de reconstrução dos danos ocasionados pelas guerras civis e pela Segunda Guerra. De outro, a manutenção de empresas e setores econômicos de importância estratégica ou de forte impacto social, porém situados numa fase de declínio ou de produtividade baixa ou nula. (...) Por último, o estímulo das atividades culturais e de prestação de serviços sociais, ambas também caracterizadas por suas escassas rentabilidades empresariais.” Já a partir da segunda metade do século XX, o autor afirma que a atividade pública de promoção acabou por estender à imensa maioria dos setores econômicos e a boa parte dos setores da cultura e da ação social; teria havido uma “generalização das medidas de fomento”, já que valeria a hipótese teórica segundo a qual tudo o que não é obviamente danoso pode ser considerado, de alguma forma, como de interesse público, sendo, portanto, passível de ser fomentado. Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Instel, 2004, pp. 343 e 344.

¹³ Não ignoramos a polêmica acerca da denominação “fomento”. Afirma-se que a palavra “fomento” associar-se-ia a uma forma de atuação do Poder Público – a persuasão –, a qual não necessariamente estaria presente em todas as atuações fomentadoras. De alguma forma, a opção por “fomento” já carrearía uma escolha, ainda que implícita, por uma das possíveis definições para o instituto: a que destaca a importância da persuasão como elemento definatório central da atuação. Em substituição, alguns autores propõem “atividade administrativa dispensadora de ajudas e recompensas”, ou, apenas, “ajudas públicas”. Reconhecemos que tais autores possuem razão em suas críticas, e, até, que as denominações alternativas são melhores do que o tradicional “fomento”. Só que vamos ficar com “fomento”, mesmo, pela consagração do termo e facilidade na comunicação da idéia. Se a questão fosse maior do que a da evitação de sutilezas, talvez os novos termos vencessem a inércia em favor da denominação clássica – mas não é o caso. V. MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José Luis. *La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración Pública*. In: MORANT,

O fomento público é, desde o início, o resultado de uma ponderação, em sentido bastante lato, entre os impulsos interventivos e planejadores do Estado e a proteção ao espaço privado de atuação empreendedora. E o resultado é uma técnica de atuação em que o Poder Público indica, sugere ou recomenda – oferecendo, para isso, algum tipo de estímulo palpável, até porque estaríamos no terreno do não-Direito se todo seu conteúdo

Rafael Gómez-Ferrer (Org.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, 1989, pp. 751 a 768. Ainda, cf. RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 118 a 120. Criticando por outro motivo o termo “fomento” – por sua suposta vagueza –, mas recomendando a substituição pela mesma expressão “atividade administrativa dispensadora de ajudas públicas”, v. ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico*. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 168.

¹⁴ O Direito positivo brasileiro adotou expressamente a noção de fomento público. Não é necessário ir muito longe: basta procurar no texto da Constituição de 1988. Assim, no art. 23, inciso VIII, afirma-se que é competência administrativa comum dos três entes federativos – União, estados e municípios – fomentar a produção agropecuária. É modalidade de fomento que se faz, em sua maior parte, por meio da concessão de linhas especiais de crédito em bancos públicos, e pela constituição de fundos estatais, raramente por subvenções diretas – mais usuais depois de intempéries da natureza –, mas que admite meios incomuns, como o fomento psicológico (v. nota 113). No art. 43, parágrafo segundo, incisos II e III, fala-se que a União, sob o propósito de reduzir as desigualdades regionais, instituirá juros favorecidos para o financiamento de “atividades prioritárias”, e, ainda, estabelecerá benefícios fiscais a pessoas físicas e jurídicas. Exemplos de fomento público, por meios creditícios e fiscais, agindo pelo filtro de um critério regional (as discriminações fiscais com propósito fomentador de regiões são permitidas pelo art. 151, I, parte final, da Constituição). Ainda no mesmo artigo, o parágrafo terceiro informa que a União “incentivará a recuperação de terras áridas”, e que vai ajudar pequenos e médios proprietários rurais, afetados pela seca, a construir fontes de água e de pequena irrigação. Não menciona de que forma, mas não é difícil concluir que os meios econômicos e creditícios vão assumir um natural destaque. Já no capítulo das finanças públicas, nova menção expressa: o art. 165, parágrafo segundo, ao estatuir o conteúdo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, afirma que ela deverá conter a “política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento”. Trata-se de incluir na LDO, mesmo que, como sói acontecer, de modo genérico, critérios gerais, diretrizes e prioridades de empréstimo e de subvenção dos bancos públicos e das demais entidades financeiras públicas que atuem na área. O setor da cultura e do esporte também merece destaque: o art. 216, parágrafo terceiro, da Constituição da República, impõe a criação de incentivos para a produção e o conhecimento de bens e de valores culturais por meio de lei. É o fundamento constitucional imediato para todas as leis – nacionais, federais, estaduais, municipais e distritais – de proteção e incentivo à cultura. O parágrafo sexto do mesmo artigo ainda faculta, aos estados e municípios, a vinculação da receita tributária a fundos de incentivo à cultura. Por sua vez, o art. 217, ao falar de esporte, mostra-se explícito desde o caput: “É dever do Estado fomentar práticas esportivas formais e não-formais (...)”. Na parte dedicada à ciência e à tecnologia, a Constituição não é menos expressa: afirma que o Estado apoiará a formação de mão-de-obra nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, concedendo, aos que a elas se dedicarem, condições especiais de trabalho (art. 218, par. 3º). Tal dispositivo é fundamento constitucional para o fomento científico e tecnológico (bolsas do CNPQ, por exemplo), mas, também, para a constituição de centros tecnológicos, empresas de pesquisa e universidades públicas. O art. 218, par. 4º, já é mais focado, em sua primeira parte, ao fomento público: diz que a lei incentivará empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia adequada ao país. Este artigo ainda faculta, a estados e municípios, a criação de fundos de apoio ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica por meio da vinculação de seus orçamentos. Outros dispositivos, constitucionais (o art. 179 da Constituição da República, ao estabelecer tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas, é exemplo de fomento jurídico) e legais (a definição de subvenção no art. 12, par. 3º, da Lei federal n.º 4.320/64), poderiam ser citados. Não é nossa intenção, no entanto, elaborar um catálogo legislativo. Bastam tais referências identificar, com segurança, a presença do instituto em nosso Direito positivo.

se resumisse a sugestões¹⁵ – uma determinada atuação ao particular, sem, contudo, torná-la obrigatória. O espanhol¹⁶ Luis Jordana de Pozas, autor de texto clássico sobre fomento, que data de 1949, resumiu bem a questão:

A ação de fomento é um caminho do meio entre a inibição e o intervencionismo do Estado, que pretende conciliar a liberdade com o bem comum mediante a influência indireta sobre a vontade do indivíduo, para que este queira o que convém à satisfação da necessidade pública de que se trate.¹⁷⁻¹⁸

¹⁵ Como afirmam Stephen Holmes e Cass Sunstein, em livro que se tornou merecidamente famoso na Academia brasileira – *The Cost of Rights* –, direitos legalmente reconhecidos “possuem dentes”, ao passo que direitos “morais” não os possuem. Holmes e Sunstein estão se referindo a algo que, em nossa tradição, poder-se-ia reconduzir ao conceito de “direito subjetivo”, em contraposição a construções de fundo filosófico. E a idéia é simples. Como explica Flávio Galdino, “à figura metafórica dos ‘dentes’ corresponde, em verdade, a possibilidade de utilização dos remédios jurídicos previstos no ordenamento, isto é, os meios de acionar o ente estatal para que garanta os direitos previamente reconhecidos pelo Direito. Há, assim, uma ligação indissociável entre o direito subjetivo e o remédio jurídico previsto para sua garantia e efetivação.” Se se entende que o Direito é mais do que um padrão geral de avaliação e crítica do grau de racionalidade inter-subjetiva, torna-se necessário que o Direito seja, também, mais que um catálogo de intenções, ainda que nem toda a juridicidade se restrinja a um padrão estrito de “possibilidade de vindicação judicial”. Cf. SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The Cost of Rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 17. Ainda, GALDINO, Flávio. O Custo dos Direitos. In: LOBO TORRES, Ricardo (org.) *A Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 139 a 222, aqui, p. 187. Para uma discussão acerca da possibilidade da existência dos “direitos morais”, e em favor de uma tentativa de harmonização entre as diversas utilizações do termo, v. NINO, Carlos Santiago. Sobre los Derechos Morales. *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante: Universidade de Alicante, v. 7, pp. 311-325, 1990. Há polêmica em relação à admissão do fomento honorífico e do fomento psicológico como modalidades propriamente ditas de fomento público, justamente porque seu conteúdo se limita a sugestões de ação.

¹⁶ A bibliografia estrangeira deste artigo é, essencialmente, espanhola, à conta de ter sido neste país que o conceito surgiu (Baena del Alcázar considera-o uma das “escassas originalidades” do Direito Administrativo espanhol) e onde mais se desenvolveu. Basta dizer que, até hoje, e com esse nome, há um Ministério do Fomento, além de, a partir de 2003, existir uma Lei Geral de Subvenções (Lei 38/2003). Para a referência, v. ALCÁZAR, Mariano Baena. Sobre el concepto del fomento. *Revista de Administración Pública*. Número 54. Madrid: 1987, pp. 43 a 85, aqui, p. 50.

¹⁷ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41-54, aqui, p. 46. A primeira versão do texto, como dissemos, é de 1949. Este texto é considerado essencial no estudo do Direito Administrativo porque foi o primeiro a propor uma tripartição das funções administrativas em serviço público, polícia e fomento. Antes disso, só se reconhecia, na Europa continental, uma atividade administrativa de limitação ou de ordenação pública, e uma atividade de prestação direta de serviços de interesse público. Cf., para este último comentário, RIVA, Ignacio M. de la. La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual. In: *Servicio Público, Policía y Fomento: jornadas organizadas por la Universidad Austral*. 2ª ed. Buenos Aires: RAP, 2005, pp. 413 a 422, aqui, p. 413. É curiosa a observação, de Ricardo Rivero Ortega, afirmando que, à época em que Jordana de Pozas elaborou este tratamento doutrinário seminal da figura do fomento, o apogeu histórico do fomento, ao menos como fim último do Estado, já havia passado, graças à ascensão da figura do serviço público. V. ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico*. 4ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 168.

¹⁸ Em idêntico sentido, José María Gimenu Felíu: “A idéia do fomento do desenvolvimento econômico, ademais, expressa uma posição intermediária entre uma atitude inibicionista do Estado, em que seus poderes aparecem reduzidos ao máximo, e aquela outra em que, com maior ou menor intensidade,

Esse caminho do meio, essa “ponderação” entre liberdade individual e planejamento estatal cuja resultante é um Direito Premial¹⁹ que atua por um condicionamento, em geral positivo, do administrado-aderente (às condições postas pela Administração), chama-se fomento público. Ao contrário de muitas das demais funções administrativas, com destaque para a função de polícia e a de prestação de serviços públicos, o fomento não é dos campeões de audiência nas monografias e nas teses.²⁰ Com notáveis exceções, os autores costumam traçar algumas linhas gerais acerca da função, diferenciá-la das outras atividades administrativas, mencionar classificações usuais e resumir as principais técnicas, sem, contudo, ingressar detalhadamente no temário de seus critérios de formulação ou de concessão. O problema, no entanto, é muito mais grave do que simples ausência de interesse doutrinário: algumas características próprias da atividade, como a voluntariedade (o particular adere ao plano de fomento se quiser) e a discricionariedade (há grande espaço discricionário na formulação e na concessão dos benefícios ínsitos ao fomento), fizeram e fazem com que a plena juridificação da atividade seja longa e difícil.²¹ O Direito tradicional, acostumado a lidar com obrigações, deveres e sanções negativas, mostra-se pouco à vontade com situações em que tais elementos não aparecem de modo evidente. O mundo do fomento é, assim, sub-teorizado, e, às vezes, empírico no pior sentido em que este termo costuma ser usado: como sinônimo para “improvisado”.²²

atua de forma direta, com seus próprios meios.” FELIÚ, José María Gimenu. *Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones)*. Revista de Administración Pública. Número 137. Madrid: 1995, pp. 147 a 187, aqui, p. 154.

¹⁹ No Brasil, costuma-se estudar o Direito Premial como tema do Direito Penal, em especial quando se fala em delação premiada. Só que a designação é mais ampla; na Espanha, por exemplo, *Derecho Premial* é o relacionado à concessão de títulos de nobreza. Estamos utilizando o termo, aqui, numa acepção bastante larga (Direito Premial como sinônimo de Direito que opera não por estímulos negativos, mas positivos). Cf. BENEVIDES FILHO, Maurício. *A Sanção Premial no Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. Partindo de uma perspectiva ainda mais ampla – a da existência de uma função promocional para o Direito –, cf. o clássico de Norberto Bobbio: BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de Teoria do Direito*. São Paulo: Manole, 2006.

²⁰ “Ao contrário, a ação administrativa de fomento costuma-se examinar de passagem, sem reparar em sua singularidade nem deter-se na caracterização e no estudo dos atos em que se concretiza.” POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41-54, aqui, pp. 42-43. Já Mariano Baena del Alcázar chama-a de “desprezada matéria administrativa.” Cf. ALCÁZAR, Mariano Baena. Sobre el concepto del fomento. *Revista de Administración Pública*. Número 54. Madrid: 1987, pp. 43-85, aqui, p. 45.

²¹ Cf., nesse sentido, ainda que se referindo, de modo específico, ao caso espanhol: FARRERES, Germán Fernández. La Actividad de Fomento en el Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de las entidades locales de Cataluña de 13 de junio de 1995 (regimen jurídico de las subvenciones y de la acción concertada). *Revista de Administración Pública*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, v. 139, jan.-abril 1996, pp. 309-326.

²² Ignacio de la Riva, ainda que destacando recentes avanços na matéria (em especial a legislação espanhola e a regulação da União Européia), aponta cinco grandes dificuldades para a submissão da atividade do fomento público ao mundo do Direito. Para o autor argentino, (1) o primeiro problema está em que a problemática jurídica do fomento escapa ao binômio autoridade-liberdade, típico do Direito Público – trata-se de um problema de favorecimento, para cujo tratamento as ferramentas publicísticas não foram historicamente desenhadas; (2) no fomento, a linha de separação entre o jurídico e o meta-jurídico não é tão clara – sobressaem aspectos não-jurídicos (políticos, econômicos) que nem sempre conseguem tradução jurídica; (3) como decorrência do item anterior, há grande espaço de discricionariedade no exercício do fomento, e, como se sabe, a

Vamos percorrer, mas só neste item, o caminho tradicional. Ao buscar *diferenciá-lo* das outras funções administrativas do Estado – numa divisão simples, ainda que, como quase tudo em Direito, nem um pouco consensual: polícia, serviço público, intervenção, direta, regulação econômica e social, planejamento –, muitas de suas *características* restarão evidentes, bastando, então, *defini-lo*, identificar seus *meios de atuação* e dissertar acerca de alguns de seus *instrumentos* mais comuns.

Começemos com as distinções.

2.1 Distinção entre o fomento público e demais funções administrativas

Fomento não é polícia administrativa. Ao menos, não na concepção moderna de poder de polícia. No século XVIII, toda atividade desempenhada pelo Estado era chamada de polícia²³, daí a existência de termos como *ius politiæ*, empregado para se referir ao Direito Público como um todo.²⁴ Mesmo aí já se identificavam duas modalidades para essa superabrangeente polícia administrativa: uma espécie de polícia da ordem (*cura avertendi mala futura*) e uma polícia do bem-estar e da prosperidade (*cura promovendae salutis*). No século seguinte, a situação se inverte: utiliza-se a palavra “fomento”, em especial na Espanha, para se referir a todas as atividades do Estado, incluindo as que hoje entenderíamos como típicas de polícia administrativa. Duas razões explicam a mudança. A primeira é uma rejeição ao termo “polícia”, já que era – e é – palavra associada a uma idéia de restrição da liberdade individual; a segunda decorre da proposta iluminista de desenvolver o progresso por meios indiretamente estatais e diretamente individuais.²⁵ Hoje em dia, entretanto, os conceitos já estão mais bem assentados, e pouca gente ainda fala em polícia incluindo fomento ou vice-versa.²⁶

discricionariedade ficou, por muito tempo, longe de qualquer controle jurídico; (4) há dificuldades metodológicas: no fomento se congregam diversos ramos do Direito (orçamentário, constitucional, administrativo etc.); finalmente, (5) como decorrência das muitas e variadas técnicas de fomento, há uma completa dispersão conceitual, fruto de uma parcial ausência de sistematização por parte dos Ordenamentos Jurídicos. Cf. RIVA, Ignacio M. de la. La figura del fomento: necesidad de encarar una revisión conceptual. In: *Servicio Público, Policía y Fomento: jornadas organizadas por la Universidad Austral*. 2ª ed. Buenos Aires: RAP, 2005, pp. 413-422, aqui, p. 415.

²³ Era justamente por isso, aliás, que o modelo de Estado então constituído veio a ser conhecido como Estado de Polícia.

²⁴ José Luis Villar Palasí ensina o seguinte: “No princípio, quando apareceu o *ius politiæ*, este compreendia a totalidade da gestão administrativa, definindo-se a polícia como a atividade da Administração consistente no afastamento dos perigos – pessoais ou reais – à boa ordem e à segurança pública, qualificada pelo exercício de uma atividade discricionária de coerção. Isto é, toda atividade qualificada por uma noção teleológica de conservação da *res publica* e por uma noção de meio – a discricionariedade – pertence à polícia administrativa, cuja natureza por isso se baseia numa mera limitação ao exercício de direitos abstratos.” PALASÍ, José Villar. *La actividad industrial del estado en el Derecho Administrativo*. Revista de Administración Pública. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. Número 3, pp. 53 a 129, aqui, pp. 58 e 59.

²⁵ Cf. ALCÁZAR, Mariano Baena. *Sobre el concepto del fomento*. Revista de Administración Pública. Número 54. Madri: 1987, pp. 43 a 85, aqui, p. 45.

²⁶ Notável exceção é Aurélio Guaita, que defende que, quando a polícia cuida da moralidade, da salubridade e da segurança, está realizando, na verdade, uma atividade de fomento. Cf. GUAITA, Aurelio. La administración de fomento. *Revista trimestral Las Ciencias*. Madri: Valverde, n. 1, pp. 878-880, out.-dez. 1959, aqui, p. 878. Outro autor que defende, ainda hoje, a existência de um poder de polícia da prosperidade, incluindo, então, fomento dentro de poder de polícia, é Daniel Edgardo Maljar. Cf. MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, pp. 263-301.

O fomento se diferencia da polícia porque, enquanto esta *previne e reprime*, aquele *protege e promove*, sem fazer uso imediato da coerção.²⁷ A frase anterior seria tradução literal de Jordana de Pozas se não por um detalhe: o acréscimo de “imediato” após a palavra “uso”. É que, como veremos a seguir, enquanto o particular não adere ao convite formulado pela política pública, inexistente relação de fomento entre ele e a Administração. Ele se encontra a salvo de qualquer medida coativa que possa advir de vínculo então inexistente, ainda que esteja submetido à coercitividade advinda das normas gerais de polícia. Depois de aceito o convite, a situação muda: a Administração pode e deve fiscalizar o desempenho do fomentado no cumprimento das condições que lhe foram fixadas – e isso nada mais é do que poder coativo, inclusive com a possibilidade de imposição de multas administrativas, sem contar a obrigação de devolução dos valores que eventualmente lhe foram repassados (no caso de um fomento econômico de natureza financeira que venha a malograr). Porém, o traço distintivo, mesmo debilitado, continua útil. Poderíamos reformulá-lo da seguinte maneira: *como meio operativo*, a polícia funciona por intermédio de restrições e de limitações a direitos; *como meio operativo*, o fomento se utiliza de convites e de sugestões premiais.

Célia Cunha Mello crítica o elemento distintivo apontado por Jordana de Pozas, tendo como argumento a evolução conceitual da polícia. Esta já não seria mais vista como forma básica negativa para a restrição de direitos; haveria que se submeter aos parâmetros da previsão legal e da busca do interesse público. Desse modo, a polícia contemporânea não “previne e reprime” – pelo menos, não seria esse seu foco –, antes condiciona e limita direitos, na exata medida em que isso seja demonstradamente necessário à satisfação do interesse público. Assim:

O que os aparta então é, de um lado, a supremacia da qual a administração pública é investida para adotar medidas de polícia, e, de outro, a desnecessidade de essa recorrer a instrumentos imperativos e cogentes, uma vez, na atividade de fomento, a administração pública apenas induz os indivíduos a adotarem determinado comportamento, concedendo a eles estímulos e incentivos.

Se o Poder de Polícia caracteriza-se pela restrição coercitiva da liberdade e da propriedade individuais, o fomento público, ao contrário, deixa os indivíduos livres para aderir ou não aos propósitos do Estado, independentemente de qualquer ação coercitiva. Diante disso, pode-se dizer que a administração pública, no exercício do Poder de Polícia, limita o exercício de direitos individuais, em benefício do interesse público, ao passo que atua, ao menos formalmente, sem que apareça o menor indício de supremacia estatal, quando recorre a medidas de fomento.

O Poder de Polícia utiliza a imperatividade estatal para assegurar o exercício dos direitos individuais, condicionando-o ao bem-estar social. O fomento público, apesar de buscar a mesma finalidade perseguida pela atividade de polícia – satisfazer o interesse público –, não se coloca em nível superior em relação ao particular.²⁸

²⁷ POZAS, Juis Jordana de. Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41 a 54, aqui, p. 46.

²⁸ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 42 e 43.

Parece-nos que continua possível manter a forma como Jordana de Pozas diferenciava fomento de polícia administrativa, desde que com o referido acréscimo relativo aos momentos de sua incidência. Quanto à inexistência de uma supremacia geral da Administração Pública no bojo de uma relação de fomento, é algo que depende muito mais das condições econômicas do fomentado do que de uma natureza essencial do fomento.²⁹ Pensemos nos festivais de música independente, que anualmente ocorrem no Norte e no Nordeste, e que costumam recorrer ao fomento direto da Petrobras. Seu custeio vem basicamente daí, embora haja incessante busca pela auto-sustentabilidade. A Petrobras, nesse caso, encontra-se em posição de superioridade prática em relação aos empreendedores artísticos, talvez não a ponto de modificar as condições do fomento durante seu curso, mas certamente a ponto de impor sua interpretação de eventual cláusula duvidosa do edital. O particular, ao contrário de uma relação privada, não terá condições de sentar numa mesa e rediscutir os termos do acordo, ou, mesmo, de pretender que seus argumentos possuam, em concreto, o mesmo peso que o de sua patrocinadora. Já a supremacia *para os fins da adoção de medidas de polícia* existe, bastando o particular embolsar inutilmente o dinheiro, num exemplo de fomento econômico direto, para senti-lo.

Quanto à inexistência de imperatividade ou de cogência no fomento, repita-se: depende do momento. O particular é livre para aceitar, mas não é livre para gastar – e o que lhe faz não-livre é, justamente, a cogência da Administração Pública.

Resumindo: a principal distinção³⁰ entre fomento público e polícia administrativa é o fato de que a polícia administrativa, desde o primeiro momento, funciona condicionando e restringindo direitos, ao passo que o fomento público opera com base em convites e sugestões premiais, convites estes que, uma vez aceitos, farão disparar uma cogência residual.

Passemos, agora, à distinção entre fomento e serviço público, tema dos mais espinhosos, como sói acontecer com tudo que trata de serviço público em Direito Administrativo. Há quem os diferencie com base na natureza da obrigação jurídica que seu exercício faz nascer para o Estado. Assim, do serviço público surgiria uma obrigação pública de fazer, a ser executada pelo Poder Público ou por delegatários privados; o fomento, ainda que não obrigatório – o Estado não é obrigado, em sentido forte, a fomentar, apenas a não atuar de forma contraditória a um plano de fomento porventura existente –, faria surgir uma obrigação de dar.³¹ Não é o melhor critério distintivo, porque confunde o fomento, gênero de atividade administrativa, com o subsídio, que é a prin-

²⁹ O que foi percebido pela autora da obra citada, quando menciona que, “ao menos formalmente”, inexistente supremacia. O que se argumenta, aqui, é que *só* interessa o que não é formal, isto é, o plano real, de modo a que as distinções sejam operativas.

³⁰ Há outras possíveis distinções, como a executoriedade (a polícia pode ser auto-executória, ao passo que o tema não é aplicável ao fomento), ao caráter “negativo” da polícia e “positivo” do fomento e à “unilateralidade” da polícia e à possível “bilateralidade” do fomento. Cf., ainda uma vez, MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 42 a 46.

³¹ É a opinião de Diez, citado por Daniel Edgardo Maljar: “A diferença fundamental está em que o serviço público implica uma prestação obrigatória a cargo do Estado, quer a realize direta ou indiretamente, constituindo, conseqüentemente, uma obrigação de fazer. Ao revés, o fomento não é de caráter obrigatório para o Estado, mas a sua realização traz sempre consigo uma obrigação de dar.” Mais à frente, o autor parece concordar com a distinção clássica de Jordana de Pozas. Cf. MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 283. Cf., na doutrina brasileira: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 174 a 176.

cipal forma na qual ele se expressa³², mas nem de longe a única.³³ Figure-se o exemplo de uma propaganda pública em prol do consumo de leite. Há doutrina que não hesita em classificá-la como fomento³⁴, mas não estamos diante de qualquer obrigação de dar.

Bem vistas as coisas, ainda aqui a distinção de Jordana de Pozas resiste ao tempo. O espanhol afirma que, no serviço público, a Administração realiza *diretamente* e com seus próprios meios o fim (de interesse público) perseguido, ao passo que, no fomento público, a Administração se limita a estimular o particular para que ele, por sua própria vontade, ao desenvolver certa atividade, cumpra, de modo *indireto* – a partir da perspectiva do Poder Público –, a finalidade perseguida pela Administração.³⁵ No caso de o fomento público ser tão intenso que, na prática, o particular acaba não possuindo qualquer controle acerca da condução da atividade, não estaremos diante de fomento, mas, sim, de terceirização (provavelmente irregular) ou de alguma modalidade de delegação pública atípica.³⁶

Há uma infinidade de dúvidas que poderiam ser suscitadas a partir das expressões “direta” e “indiretamente”, inclusive à luz da tradição do Direito Administrativo brasileiro, mas o ponto está na *titularidade da atividade de interesse público*. Assim é que este “indiretamente” não está se referindo à Administração Pública Indireta, muito menos ao caso da concessão de serviço público, em que, à luz do art. 175 da Constituição Federal 1988³⁷, a Administração, ao conceder a prestação do serviço a um particular concessionário, estará prestando o serviço de modo indireto. Se a atividade fomentada é titularizada, por direito próprio, pelo particular, estamos diante do fomento. Em caso negativo, pelo menos fomento não será.

Nesse ponto, mostra-se interesse ingressar, mesmo que brevemente, na discussão conceitual acerca da possibilidade de fomento a entidades públicas. O problema se coloca diante do seguinte fato: se o fomento se destina ao auxílio público a entidades privadas no exercício de determinada atividade privada a que se considere de interesse público ou social, talvez não se trate de fomento o caso em que entidade pública repassa recursos ou, de forma geral, facilita a atividade de outro órgão ou entidade pública, porque a atividade fomentada seria pública.

Os autores se dividem. A favor da possibilidade do enquadramento do auxílio interpúblico dentro do fomento, na doutrina estrangeira, Fernando Garrido Falla³⁸, e, na nacional, Célia Cunha Mello:

³² Afirmando que o subsídio é o *punctum saliens* da atividade de fomento, ALCÁZAR, Mariano Baena. Sobre el concepto del fomento. *Revista de Administración Pública*. Número 54. Madrid: 1987, pp. 43 a 85, aqui, p. 74.

³³ Uma das principais características do fomento público, afirmado unanimemente pela doutrina, é a heterogeneidade de meios na qual ele se expressa. Não consideramos essa uma característica essencial do fomento pela boa razão de que, no Direito Constitucional Econômico e no Direito Administrativo da contemporaneidade, praticamente qualquer instituto pode vir a contar com a característica de uma expressão por uma “pluralidade de meios”, reflexo da própria sociedade multifária e pluralista desses tempos (pós) modernos.

³⁴ Com exemplo próximo, cf. MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 91.

³⁵ POZAS, Juis Jordana de. Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41 a 54, aqui, p. 46.

³⁶ Neste sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.176.

³⁷ 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.

³⁸ FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 1992, v. II, p. 301, destaque acrescentado: “O fomento é a atividade administrativa que se propõe a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de caráter público, protegendo ou promovendo, sem empregar a coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente

De fato, não identificamos nenhuma razão que justifique a impossibilidade de que outros entes públicos sejam agentes fomentados. É perfeitamente possível que o ente público competente para fomentar determinada atividade conceda vantagens e incentivos capazes de convencer outro ente público a proteger ou promover o objeto fomentado, presentes, nesse caso, todos os requisitos da atividade de fomento, inclusive a satisfação indireta das necessidades públicas.³⁹

Jordana de Pozas, a partir de sua definição para o fomento público⁴⁰, e Augusto de Ataíde, em trecho que segue transcrito, no qual referenda expressamente o primeiro, apresentam opinião oposta:

Em nosso entender tem razão Jordana de Pozas: a actividade administrativa de fomento situa-se no campo das relações entre Administração e administrados e não no das relações entre vários sujeitos de direito público. Os auxílios prestados por um sujeito administrativo a outro (por exemplo, pelo Estado a uma autarquia local) não se podem, portanto, qualificar como medidas de fomento, como pretende Garrido Falla. A necessidade que um sujeito público satisfaz – mesmo quando auxiliado por outro – é sempre uma necessidade pública directamente satisfeita pela Administração.⁴¹⁻⁴²

as satisfaçam.” É importante destacar que a Lei Geral de Subvenções da Espanha (Lei 38/2003) adotou esta tese, conforme se vê da transcrição parcial de seu artigo primeiro (destaque acrescentado): “Entende-se por subvenção, para os efeitos desta lei, toda disposição, em dinheiro, realizada por quaisquer dos sujeitos contemplados no art. 3º desta lei, a favor de pessoas públicas ou privadas, e que cumpra os seguintes requisitos: (...)” Confrontar, no entanto, com o art. 2.2 da mesma lei.

³⁹ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 32.

⁴⁰ POZAS, Juis Jordana de. *Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo*. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al professor Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41 a 54, aqui, p. 49, com destaque acrescentado: “A ação consistente em proteger, estimular, auxiliar ou fomentar as atividades particulares mediante as quais se satisfazem necessidades ou conveniências de caráter geral possui, em nosso idioma, segundo tradição administrativa de mais de um século, o nome de Fomento.”

⁴¹ ATAÍDE, Augusto de. *Elementos para um curso de direito administrativo da economia*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais da Direção-Geral das Contribuições e Impostos, 1970, pp. 110 e 111. No mesmo sentido, a partir do Direito Alemão, Hartmut Maurer: “Não são subvenções as destinações financeiras dentro do âmbito estatal, por exemplo, dos estados aos municípios (...)” MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. São Paulo: Manole, 2006. Os destaques foram acrescentados.

⁴² Há, ainda, uma terceira posição, menos comum, que afirma que o fomento público seria possível desde que se resguardasse, na pessoa do ente fomentado, o caráter de “terceiro”. Assim, não seria possível um fomento público no qual, entre fomentador e fomentado, ambos integrantes da Administração Pública, existissem vínculos hierárquicos ou relações de dependência. Contudo, se o fomentado, integrante da Administração Pública, pudesse ser legitimamente tido como um terceiro em relação ao sujeito ativo da relação – por exemplo, uma entidade pública de outro nível federativo, ou, se dentro do mesmo nível, bastante distanciada da entidade fomentadora –, aí estaríamos diante de um possível fomento público em sentido próprio, e não de simples transferência orçamentária. Cf., para uma apresentação dessa posição, dentre outros, CORTÉS, Pilar. *Aproximación al concepto de subvención y su adecuación en la Ley 3/1987, de 2 de Julio, de financiación de partidos políticos. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*. Números 38/39. Valencia, 2002, pp. 219 a 225, aqui, p. 223 e 224. Nossa opinião sobre essa posição não discrepa de nossa conclusão acerca da polémica como um todo, e será apresentada no corpo do texto.

Vamos analisar o assunto partindo da realidade, sem fetichismos conceituais, mas tentando preservar um núcleo de certeza para a linguagem do Direito. Primeiro ponto: estes auxílios interadministrativos são bastante frequentes no dia-a-dia da Administração, operados por meio dos chamados “convênios financeiros de repasse”. Chamá-los de fomento ou de outra coisa qualquer não vai mudar substancialmente sua recorrência ou a forma com que são disciplinados. E a verdade é que existem certos traços do regime jurídico do fomento em sua administração, em especial a união de esforços e a cooperação compartilhada em prol de um objetivo comum. Em muitos casos, há fiscalização, por parte do ente fornecedor, em relação ao uso dos recursos pelo ente receptor – como ocorre no fomento –, e eventual devolução de recursos sobranes, também como é usual no caso do nosso paradigma de comparação.

Por outro lado, não parece muito acertado nomeá-los como fomento, para isso tendo que alargar a própria definição do conceito. É importante que não alarguemos os conceitos até o ponto em que seu potencial explicativo se perca dentro de sua abrangência: os conceitos e as classificações existem para que não se precise explicar, a cada vez, todas as características e particularidades das coisas, operando uma espécie de *função de descarga explicativa* da dogmática.⁴³ Mercê de tudo incluir, um tal fomento talvez esclarecesse muito pouco. Indo ao ponto: neste caso, não há acordo entre uma vontade pública e uma vontade privada para a execução de uma tarefa privada. Pensando, inclusive, em termos sistemáticos, o critério da titularidade da atividade, que nos serviu para diferenciar fomento de serviço público, restaria prejudicado. Há mero repasse de recursos entre órgãos ou entidades. Ignacio de la Riva defende que, num primeiro momento, poder-se-iam chamar, simplesmente, transferências patrimoniais entre entes públicos.⁴⁴ Apesar disso, ao reconhecer algumas proximidades dessa figura com a do fomento, propõe uma espécie de meio-termo: dentro da categoria “Ajudas Públicas” –

⁴³ Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 254 (o destaque gráfico consta do texto original):

“É possível à justificação dogmática adotar, ao menos provisoriamente, itens que foram previamente examinados e aceitos. Isso reduz o encargo do processo justificativo, a ponto de, na ausência de alguns motivos especiais, novo exame ser desnecessário. Podemos ser isentos de discutir de novo toda a questão de valor em cada caso. Essa *função redutora de encargo* não só é indispensável para o trabalho do tribunal que ocorra sob limites de tempo, mas também de importância para a discussão jurídica científica. Também nessa esfera – como em todas as esferas – é impossível discutir tudo de novo em todos os casos.” A função de descarga da dogmática jurídica é, muito simplesmente, aquela graças à qual, segundo Manuel Atienza, “não se precisa discutir tudo a cada vez”. V. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito: teorias da argumentação jurídica*. Ainda, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 56 e 57.

⁴⁴ “Apesar do exposto, devo sujeitar que a idéia de que a própria Administração Pública, em qualquer de suas formas, possa ser sujeito passivo de uma relação subvencional parece-me, a primeira vista, como um contra-senso. Todo ente público tende naturalmente à consecução do interesse público, razão pela qual não parece necessário o emprego de atividade administrativa alguma por parte de outra pessoa pública para estimulá-lo nessa direção. (...) É verdade que em determinadas ocasiões a entidade atuante necessita do suporte econômico de outra esfera pública para poder levar a cabo satisfatoriamente suas funções específicas, ou se dê também o caso de que entes mais hierarquizados deleguem algumas das tarefas de sua competência para outros inferiores, dotando-os dos recursos necessários para que possam desempenhá-las. Porém nenhuma dessas situações necessita da técnica das ajudas públicas para ser explicada adequadamente, senão que bastaria falar, em tais casos, de transferências patrimoniais entre entes públicos, sem mais.” RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 150 e 151.

que é sua sugestão substitutiva para a denominação “fomento” –, estas seriam as Ajudas Públicas Interadministrativas.⁴⁵ Ou seja: não estaríamos diante de um fomento puro e simples, mas de uma de suas espécies.

A proposta é boa, mas não deixa de reconhecer que as tais Ajudas Interadministrativas são, no final das contas, fomento público. Nada impede, no entanto, que sejam chamadas de *Ajudas Públicas Interadministrativas, sem que se incluam dentro da categoria taxonômica do fomento*, e que afirme que, dentre as características de sua regulação jurídica, há muita inspiração direta e aplicação subsidiária dos princípios e das regras aplicáveis ao fomento. É a nossa posição.⁴⁶⁻⁴⁷

Fomento também não se confunde com intervenção direta do Estado na economia, seja na modalidade monopolística, seja na concorrencial. Repita-se, aqui, o que se falou a respeito do serviço público: no fomento, a Administração Pública atua de modo indireto, pelas mãos do particular. Na intervenção econômica direta, a Administração, com ou sem competição, é quem vai, em nome próprio, desempenhar a atividade econômica.

Distinção interessante é a que coloca, de um lado, fomento público, e, de outro, regulação econômica e social, nem tanto pelo que propõe, mas pelo que evita. Explicase. De uns tempos para cá, possivelmente como epifenômeno da “agencificação”⁴⁸ e do destaque que a função regulatória assumiu no Direito Administrativo, buscou-se construir o conceito de *fomento regulador*. A Ancine, Agência Nacional do Cinema, cujas atribuições típicas não escapam, com orgulho, ao bom e velho fomento da indústria audiovisual⁴⁹, vem divulgando a idéia. Em texto de seu então Diretor-Presidente (2001-

⁴⁵ *Ibid.*, p. 153.

⁴⁶ Questão diferente é a da participação de pessoas jurídicas de direito privado, não-integrantes da Administração Pública, na gestão do fomento público. Nada impede que entidade privada exerça alguma atividade meramente material de dispensamento de ajudas públicas. Como afirma Sesma Sanchez, o particular será mero gestor dos fundos, ao passo em que o verdadeiro outorgante continuará sendo o Poder Público. Alguma dúvida persiste em relação à extensão possível da atividade do agente privado nessa gestão do fomento, e, nesse caso, costuma-se resolver o ponto apelando, como acabamos de fazer, à fórmula-tipo das “atividades materiais”. Só que o problema parece estar no detalhamento dessas atividades: o que é e o que não é atividade material? Em princípio, nossa posição é a de que os critérios concessivos desse fomento público gerido por entidades privadas devem se utilizar de dados rigorosamente vinculados; deve-se tratar de fomento público aberto e acessível a todos os interessados que preencham alguns pré-requisitos de simples conferência. Seria inconstitucional, por antidemocrático e anti-republicano, que uma entidade privada possuísse poderes discricionários propriamente concessivos de dinheiro público. Cf. SESMA SANCHEZ, Begonia. *Las subvenciones públicas*. Valladolid: Lex Nova, 1998, p. 316.

⁴⁷ Pode ser interessante colocar-se a seguinte questão: e nos casos em que o Poder Público eventualmente aporte algum capital em favor de uma concessionária prestadora de serviço público? Estaríamos diante de hipótese que poderíamos conceitualmente encaixar como fomento público? Não temos posição fechada a respeito do caso. Há duas formas de se encarar o problema: ou se entende que a atividade fomentada é, em última análise, pública, e apenas o exercício é privado, e, portanto, não se estaria tratando de fomento público (a não ser que se admita que o fomento público possa ser dado a entidades públicas, que não é nossa posição), ou se entende que, afinal, o que importa é que o fomento é para o exercício, afinal privado, da atividade, sendo desinfluyente sua titularidade última – e aí estaríamos, nesse caso, diante de fomento. Em qualquer hipótese, é possível a defesa da aplicação, por analogia, das regras do fomento público a essa modalidade atípica de auxílio do Estado ao concessionário. A esse respeito, cf. RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidência de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 127 e 128.

⁴⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, p. 180.

⁴⁹ Ao se analisar as atribuições da Ancine, não se consegue encaixá-las dentro de um padrão de exercício de atos de regulação, ao menos na acepção tradicional do termo (poderes quase-legislativos,

2006), Gustavo Dahl, a noção é referida da seguinte forma (destaques acrescentados):

É sabido que a indústria cinematográfica transnacional opera em escala econômica mundial, à qual não têm acesso as cinematografias nacionais. Esta é a noção básica que justifica a intervenção estatal através do fomento à produção, efeito regulador desta assimetria. O subsídio da produção é o preço pago pelos estados nacionais para não serem marginalizados da possibilidade de ter um cinema seu. *Dispensável enfatizar a importância estratégica, psicossocial e econômica deste fomento regulador*. Ele se dá forçosamente num plano interno, já que um reordenamento do mercado mundial, que permita aos cinemas nacionais serem economicamente viáveis, levará algum tempo.⁵⁰

quase-jurisdicionais e executivos). Vejamos a lista de poderes típicos de uma agência reguladora, tal como apresentada por Floriano de Azevedo Marques Neto: (i) poder normativo, (ii) poder de outorga, (iii) poder de fiscalização, (iv) poder sancionatório, (v) poder de conciliação e (vi) poder de recomendação. A Ancine não possui poder de outorga porque o mercado audiovisual não é serviço público concedido, mas atividade privada regulamentada. A discussão sobre esse poder é descabida. Avancemos. Seus poderes de fiscalização e de sanção até existem, mas, apreciados de forma isolada, não são capazes de distingui-la do sem número de autarquias “não-agencificadas” que também os possuem. Não parece que exista poder de conciliação a ser exercitado pela Ancine dentro do seu mercado. Quanto ao poder de recomendação, este realmente existe: é a autarquia quem coleta dados do mercado e municia o Ministério da Cultura, que, com base neles, formula políticas setoriais e compõe o percentual de filmes brasileiros que terão que ser exibidos a cada ano (a chamada “cota de tela”). Resta-nos o mais polêmico de todos os poderes das agências: o poder normativo. A Ancine, em nossa opinião, não o exerce. É claro que sempre restará espaço para um ou outro exercício residual de regulamentação de caráter mais “autônomo”, mas o verdadeiro poder normativo escapa ao cotidiano da autarquia. Conclusão: a Agência Nacional do Cinema é, sim, agência de fomento. É importante lembrar que não há mal algum nisso. Nesse sentido, Regina Silvia Pacheco (o destaque foi acrescentado): “Entre as agências criadas, o caso da Ancine é bastante peculiar. Definida como ‘órgão de fomento, regulação e fiscalização da indústria cinematográfica e videofonográfica’, suas atribuições parecem caracterizar atividade de fomento mais do que regulação. Não se justifica, portanto, o formato de agência reguladora.” Cf. PACHECO, Regina Silvia. Regulação no Brasil: desenho das agências e formas de controle. *Revista de Administração Pública*. Vol. 40, número 4. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, pp. 523 a 543, aqui, pp. 529 e 530. Ainda, o professor Paulo Modesto: “Esses dados de diferenciação estão aos poucos perdendo significação, pois é visível hoje a perda de referenciais mínimos na criação de agências reguladoras. *Estão sendo criadas, com a denominação de agências reguladoras, autarquias que não regulam atividades econômicas nem agentes delegados do Estado, mas que são ocupadas com o fomento de setores culturais ou atividades livres à iniciativa privada e, quando muito, são titulares de restritos poderes de ‘polícia administrativa’*, com evidente prejuízo para a clareza dogmática do instituto. Exemplos dessa ‘perversão’ do conceito de ‘agência reguladora’: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, criada pela Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e a Agência Nacional do Cinema – ANCINE, criada pela recentíssima Medida Provisória n. 2.219, de 4 de setembro de 2001.” Cf. MODESTO, Paulo. Agências executivas: a organização administrativa entre o casuismo e a padronização. *Revista Diálogo Jurídico*. Vol. 1, número 6. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001, pp. 1 a 17, aqui, p. 8. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 10 de janeiro de 2008. Para a lista dos poderes das agências reguladoras, cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Agências reguladoras: instrumentos de fortalecimento do Estado. São Paulo: Associação Brasileira das Agências de Regulação, p. 26.

⁵⁰ DAHL, Gustavo. Por uma política de informações. Texto acessado a partir do sítio, na Internet, da Ancine, a partir do seguinte endereço: <<http://www.ancine.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=575>>. Acesso em: 10/01/2008.

O atual Diretor-Presidente da autarquia, Manoel Rangel, também compartilha do conceito, ao menos pelo uso que faz nessa resposta a uma revista *online* de cinema (grifos acrescentados):

*Nosso objetivo é instituir um fomento regulador de mercado. O Prêmio nasceu com a missão de atender os princípios de desenvolvimento de cada um dos setores da indústria, a produção, a distribuição e a exibição. Nós identificamos uma série de gargalos que prejudicam o desenvolvimento destes setores e resolvemos criar um mecanismo que atacasse estes problemas. O prêmio beneficia as empresas distribuidoras de independentes, as exibidoras de pequeno e médio porte, e o produtor independente. A idéia é valorizar, sobretudo, o trabalho destas empresas brasileiras, o compromisso delas com o fortalecimento do cinema nacional. E com isso, estamos apoiando este tipo de comportamento.*⁵¹

Mas não é apenas a Ancine quem defende a existência de um fomento regulador. Parte da doutrina brasileira, de modo explícito ou implícito, concorda com a tese. Bom exemplo de concordância explícita é o de Marcos Juruena Villela Souto. No livro *Direito Administrativo Regulatório*, item 4.2, cujo título já é, por si só, eloquente – “Fomento como Instrumento de Regulação” –, depois de mencionar que, em função da livre iniciativa, o setor econômico previsto dentro do planejamento econômico do Estado deve ser fomentado pelo Poder Público (prova de que fomento e planejamento andam sempre juntos, como mencionaremos em breve), anota que essa atividade de fomento, que seria vinculada, não poderia criar preferências fora do contexto do planejamento. O essencial, contudo, vem a seguir:

*O fomento representa uma das principais técnicas de intervenção regulatória, pois influiu no mercado com vistas à opção pelo empresário no sentido dos setores incentivados; há, pois, uma tendência a incentivar investimentos privados em determinados setores contemplados pelas políticas públicas, sendo essa atribuição de benefícios uma regulação executiva, normalmente implementada pelas agências oficiais de fomento, influenciando, assim, a eficiência na alocação de recursos.*⁵²

Mais à frente, o mesmo autor afirma que a definição de critérios técnicos para o fomento com vistas ao desenvolvimento regional ou setorial é feita por “agências reguladoras” como a ADA e a ADENE, no primeiro caso, e pela ANCINE, no segundo.

Não concordamos com a existência do conceito de fomento regulador. Fomento regulador nada mais é do que fomento público *tout court*. Os objetivos de “desobstruir gargalos econômicos” e de “opção pelo empresário pelos setores incentivados” já estão presentes na idéia geral de fomento. O fomento atua de modo a sugerir que o

⁵¹ BEZERRA, Júlio. Adicional de renda estimula produção independente. Matéria constante do sítio da *Revista de Cinema On-Line*. Endereço: <<http://revistadecinema.uol.com.br/pagina_conteudo_listagem.asp?id_pagina=65&func=1&id=699>>. Acesso em 10 de janeiro de 2008.

⁵² VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99.

mercado ande nesse e naquele caminho e desenvolva essa e aquela atividade, e isso pode significar tanto auxiliar uma ação privada socialmente relevante – alguns falam em fomento social⁵³ – quanto apoiar algum agente econômico para que este atue, de modo fortalecido, em direção a uma concorrência menos imperfeita. Se não fosse esse motivo, por assim dizer ontológico-estrutural (relaciona-se com a natureza mesma da função de fomento), há, novamente, a questão de introduzir uma nova qualificação, junto a um conceito tradicional, sem ganhos práticos. Eis aqui um segredo de polichinelo: a doutrina e a prática administrativa brasileira, por vezes, reciclam conceitos e apresentam novidades que datam de algumas décadas. Por fim, não cremos que as agências de fomento regional que foram criadas, ADA e ADENE, em substituição à SUDAM e à SUDENE, e que até já foram extintas, retornando-se ao modelo de Superintendências, possam, algum dia, terem sido agências reguladoras.⁵⁴

A distinção entre fomento e regulação econômica e social está numa essência que surge da abrangência dos conceitos. É claro que se pode afirmar que, sob certo ponto de vista, a intervenção regulatória pode se dar por meio do fomento⁵⁵, até porque o conceito de regulação é bastante amplo. Mas temos, na regulação pública, um caso em que o todo é maior do que a soma de suas partes. Regulação é criar a norma, fiscalizá-la, aplicá-la, compor controvérsias, *induzir comportamentos*. Nem por isso ela é uma mistura simples de polícia, fomento, poder normativo, funções executivas. Ela é tudo isso, em alguns casos partindo de visões um pouco diferenciadas das noções clássicas (como no caso da polícia, em que não se está falando de uma noção oitocentista), dentro de um todo que se coordena e se imanta, gerando novas perspectivas e possibilidades práticas de atuação. O fomento existe na condição de técnica da regulação⁵⁶ (ainda que, repita-se, não deixe, por isso, de ser fomento), mas ele e a regulação são coisas diferentes.⁵⁷

⁵³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 532 e seguintes.

⁵⁴ No mesmo sentido, Alexandre Santos de Aragão: “Mesmo o Legislador já utilizou a nomenclatura ‘agência’ para órgãos ou entidades díspares, a exemplo da Agência Especial Brasileira (Lei n. 8.854, de 1997), da Agência de Desenvolvimento da Amazônia – ADA (arts. 11 a 20, MP n. 2.145/01) e da Agência de Desenvolvimento do Nordeste – ADENE (arts. 31 a 40, MP n. 2.145/01.” E, na mesma página, em nota de rodapé, com destaque nosso: “Note-se que estas agências não possuem competências regulatórias e, malgrado a nomeação dos seus dirigentes estar submetida à autorização do Senado da República, eles não possuem garantias contra a exoneração *ad nutum*. Ou seja, são ‘agências’ que não são reguladoras nem independentes.” ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 297. Alexandre Mazza acredita na existência de três espécies para o gênero “agência” no Direito brasileiro: as agências de polícia, de serviço e de fomento. A ADA e a ADENE, quando existiam, e a ANCINE, ainda hoje, seriam exemplos da última espécie. A taxonomia é parcialmente adequada: ADA, ADENE e ANCINE foram ou são “agências” (os diplomas normativos assim as chamam, e contra isso não existem argumentos doutrinários), e exercem ou exerceram a atividade de fomento. Só que nunca foram reguladoras. Cf. MAZZA, Alexandre. O poder normativo das agências reguladoras. *Revista IOB*, agosto de 2006.

⁵⁵ E nem por isso ele vira fomento regulador: continua tão fomento quanto antes. Na verdade, a grande questão quanto ao fomento regulador é de autonomia conceitual; estamos aguardando exemplo de um fomento que não signifique regulação, seja do mercado ou da vida social. Dizendo de outra forma, *tudo fomento é regulador* – o que é excelente motivo para que optemos pela denominação tradicional, mais simples e mais consagrada.

⁵⁶ Sob essa perspectiva, pelo menos, concordamos com o título do capítulo de Marcos Juruena.

⁵⁷ *Tudo fomento é regulador, mas nem toda regulação se faz por intermédio do fomento*. É por isso que uma agência de fomento, como a ANCINE, não é, necessariamente, uma agência de regulação em sentido estrito: falta-lhe, por exemplo, o exercício pleno de competências normativas.

Há íntima relação entre planejamento e fomento.⁵⁸ Dir-se-ia que o planejamento estatal é o antecedente necessário ao fomento. Só se vai fomentar determinada atividade ou setor se isso fizer sentido dentro de uma programação prévia – e o conteúdo dessa programação vem com o planejamento. A proximidade é tamanha que, por vezes, os planos de desenvolvimento econômico e social são chamados de “Planos de Fomento”. É claro que a execução do plano de desenvolvimento, elaborado pelo Poder Público com, espera-se, ampla participação da sociedade⁵⁹, inclui atividades públicas e privadas. A relação planejamento-fomento só faz sentido quando *não* se tratar de atividade pública ou de atividade privada desenvolvida pelo Estado, porque, nesses dois casos, o fomento, como vimos, é inaplicável: fomento público é conceito cuja área de abrangência restringe-se à atividade econômica, em sentido estrito, desenvolvida por entes particulares sem vínculos com a Administração Pública.

Desnecessário dizer, mas o planejamento, para o setor público, é determinante, e, para o setor privado, é, apenas, indicativo (art. 174, *caput*, Constituição da República de 1988). Com base nisso, parte da doutrina elaborou uma tripartição entre os planos de desenvolvimento econômico e social: existiriam planos (i) indicativos, (ii) incitativos e (iii) imperativos.⁶⁰ A primeira espécie seriam aqueles em que o Poder Público tão-somente sinaliza em determinada direção, sem pretender qualquer compromisso por parte do mercado. Os planos imperativos, que naturalmente não possuem lugar no setor privado, seriam norma jurídica em sentido forte, vinculando a atuação de seus destinatários. Já os incitativos ficariam num meio termo: seriam aqueles em que a Administração não apenas sugeriria um rumo ou finalidade, mas buscaria ativamente o engajamento da iniciativa privada: “Nestes planos há não apenas indicação, como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa colabore.”⁶¹ Ora: os planos incitativos são, nada mais,

⁵⁸ Leia-se o que escreveu Martín-Retortillo, referindo-se ao caso espanhol, mas em lição aplicável ao Brasil: “(...) Convém colocar toda ênfase possível afirmando como, em algumas matérias concretas, a técnica da planificação se assume como técnica central e determinante da ação ulterior das distintas Administrações Públicas; inclusive com os subseqüentes efeitos jurídicos para os administrados, fenómeno que, em alguns campos concretos, apresenta-se como um significado indubitável do que importa destacar: assim ocorre, por exemplo, no que se refere à ação do Ministério do Fomento, em relação ao qual são constantes, em nosso direito positivo, as alusões aos planos de obras, planos florestais, planos hidrográficos, planos de ensino etc.” MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación del fomento del siglo XIX. *Revista de Administración Pública*. Número 49. Madri: Institutos de Estudios Políticos, 1966, pp. 39 a 48, aqui, pp. 42 e 43. Cf., ainda: MARTÍN-RETORTILLO. Presupuestos políticos y fundamentación constitucional de la planificación administrativa. *Revista de Administración Pública*. Número 50. Madri: Institutos de Estudios Políticos, 1966, pp. 111 a 143.

⁵⁹ “Fica assim claramente visto que, nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico – o de sua admissibilidade em face da Constituição – é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida. Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição.” COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade por dano decorrente do planejamento econômico. *Revista de Direito Público*. N. 63. Jul.-set. São Paulo: RT, 1982. Os destaques são nossos.

⁶⁰ DEVOLVÉ, Pierre; LAUBADÈRE, André. *Droit public économique*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 1986, pp. 429 a 440.

⁶¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Número 56. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002, pp. 180 a 200, aqui, p. 191.

nada menos, do que o desenho das ações administrativas de fomento público. Assim, a relação entre planejamento e fomento é análoga à que pode existir entre a programação de uma atividade global e (parte) de sua execução.

2.2 Definição de fomento público. O problema da intercambialidade das técnicas

Percorremos até aqui, função por função, do modo mais consensual possível, as proximidades e distanciamentos entre o fomento e as demais atividades administrativas exercidas pelo Estado. Em essência, estamos adotando as lições clássicas de Jordana de Pozas. Só que o terreno não é assim tão retilíneo. Um novo elemento teórico – a chamada *intercambialidade das técnicas de atuação administrativa* – pode vir a comprometer a consistência das distinções apresentadas e, no limite, a própria definição do instituto. Vamos assentar o conhecimento até aqui construído sob a forma de uma definição: partindo do que vimos, podemos definir fomento público, na linha de Pozas, como “a ação consistente em estimular, proteger, auxiliar ou fomentar as atividades particulares mediante as quais se satisfazem necessidades ou conveniências de caráter geral”, de modo diretamente não coativo, mas persuasivo, sem implicar a criação de serviço público ou a assunção da atividade econômica pelo Estado.⁶²

Pois bem: sem contar os elementos negativos da definição (não é atividade econômica nem serviço público), há, nela, um *dado teleológico* (a finalidade de auxiliar uma atividade econômica de interesse público) e a indicação de uma *técnica de atuação* (a persuasão, a ausência de meios coativos). No entanto, é possível encontrar exemplos do uso de meios coativos – o que seria característico da polícia – com a finalidade de auxiliar uma atividade privada cujo desenvolvimento é tido de interesse público, idéia central do fomento. Nem é necessário procurar hipóteses muito exóticas: a chamada cota de tela, imposição legal da exibição, nas salas de cinema, por um número mínimo de dias ao ano, de filmes nacionais, possui a óbvia finalidade de difundir a produção audiovisual brasileira. E o cumprimento desta cota é objeto de fiscalização específica por parte da Ancine, inclusive com a previsão da aplicação de multas e de outras penalidades administrativas em caso de descumprimento.⁶³ Temos, aqui, exercício típico de polícia, mas com finalidade protecionista. Estamos diante de fomento ou de polícia? Em outras palavras: é mais importante o meio – coercitivo – ou o fim – protecionista, “fomentador” do cinema brasileiro – desta atuação pública?

Outro exemplo: pode-se garantir a ordem pública, finalidade clássica da polícia administrativa, por meio de técnicas persuasivas, como no caso em que se incentiva a varrição e a conservação de praças públicas por meio de projetos da linha “adote uma

⁶² POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madri: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41 a 54, aqui, pp. 49 e 50.

⁶³ A base legal para a cota de tela é o art. 55 da Medida Provisória n. 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, que é regulamentado anualmente por decreto do Presidente da República, o qual estabelece o número de dias de exibição de filmes brasileiros a partir de dados do mercado coletados pela Ancine (para o ano de 2008, Decreto n. 6.325/2008). Para quem acredita nisso, esse seria um dos indícios do caráter “regulador” da Ancine. Cf. o *caput* do artigo: Art. 55 – Por um prazo de vinte anos, contados a partir de 5 de setembro de 2001, as empresas proprietárias, locatárias ou arrendatárias de salas, espaços ou locais de exibição pública comercial exibirão obras cinematográficas brasileiras de longa metragem, por um número de dias fixado, anualmente, por decreto, ouvidas as entidades representativas dos produtores, distribuidores e exibidores. § 1º A exibição de obras cinematográficas brasileiras far-se-á proporcionalmente, no semestre, podendo o exibidor antecipar a programação do semestre seguinte.

praça”, a maioria dos quais sequer prevê qualquer tipo de compensação para o adotante – trata-se, apenas, de estímulo simples, propagandístico, que apela ao espírito público de empresas e de associações de moradores.⁶⁴

A partir dessas constatações, a doutrina passou a criticar a definição e as distinções de Jordana de Pozas.⁶⁵ Dentre várias opções, sendo certo que não é nosso propósito realizar um recenseamento exaustivo da matéria, sobressai a de Ignacio de la Riva, baseada, por sua vez, em Martínez Lopez-Muñiz, na qual se busca não o elemento teleológico da atuação do fomento – porque, em termos gerais, o Poder Público poderia auxiliar a atuação privada na direção de sentidos socialmente úteis sem utilizar o fomento –, muito menos o elemento instrumental (porque a persuasão poderia servir de método para outras funções administrativas). A ênfase estaria no elemento *estrutural*. É ler:

Ajudas Públicas [significam] a atividade administrativa consistente na dispensação, mediata ou imediata, de bens a determinados administrados, de forma direta ou indireta, com caráter não devolutivo e em razão de certas atividades que lhes são próprias, a cuja realização tais bens restam afetados.⁶⁶

É definição adequada. Sobrevive à crítica trazida pela intercambialidade das técnicas, na medida em que ainda permite a distinção entre o fomento e as demais funções administrativas. Basta conferir: nenhuma das atividades acima confrontadas poderia

⁶⁴ Ainda outro exemplo, esse qualificado tanto por ser citado por Garrido Falla quanto por nossa experiência pessoal: há casos em que a administração de trânsito confere congratulações a determinados motoristas, como forma de estímulo ao bom comportamento ao volante. Isso é exemplo da adoção de técnica persuasiva para a obtenção de finalidades que, de outra sorte, seriam tipicamente obtidas com o uso de técnicas coercitivas (fiscalização, cassação de carteiras de motorista etc.) O Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro – Detran-RJ –, a partir do 2007, passou a enviar certificados para condutores com mais de sessenta anos de idade e cujo prontuário não registrasse nenhuma multa de trânsito. Os resultados, até onde se sabe, foram positivos. V. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II*. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 378.

⁶⁵ Esta é uma das críticas de Baena de Alcázar em relação ao texto clássico de Jordana de Pozas, creditando a autoria da idéia a Ernesta Cuenta. Cf. ALCÁZAR, Mariano Baena. Sobre el concepto del fomento. *Revista de Administración Pública*. Número 54. Madrid: 1987, pp. 43 a 85; cf., ainda, Lorenzo Martín-Retortillo Baquer (para quem a idéia surge com Villar Palasí [PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. *Revista de Administración Pública*. Número 14. Madrid: 1954, pp. 11 a 121]): “Para estimular a atuação dos particulares em setores que apresentam importância para o interesse público, a Administração pode lançar mão de procedimentos diversos que podem ser substituídos entre si, já que qualquer um deles pode conseguir, com maior ou menor ajuste, o efeito pretendido pela Administração.” V. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. De la *gestión interesada* a las *cláusulas de interesamiento*. *Revista de Administración Pública*. Número 36. Madrid: 1961, pp. 67 a 107, aqui, p. 70.

⁶⁶ RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 122 e 123. A definição de Martínez Lopez-Muñiz é a seguinte: “[É] a outorga direta ou indireta de bens ou direitos a determinados administrados – privados ou públicos –, com caráter não devolutivo e por motivo de certas atividades que lhes são próprias, já realizadas ou ainda por realizar, ficando, neste último caso, afetados à sua realização.” MARTINEZ LOPEZ-MUÑIZ, José L. La actividad administrativa dispensadora de ayudas y recompensas: una alternativa conceptual al fomento en la teoría de los modos de acción de la Administración pública. In: MORANT, Rafael Gómez-Ferrer (Org.) *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*. Madrid: Civitas, 1989. Não se concorda com a definição de Martínez Lopez-Muñiz apenas na parte que ela inclui o fomento “intra-público”, posição com a qual está de acordo, ao menos em parte, o próprio Ignacio Riva.

ser descrita em termos aproximados. De toda sorte, não pretendemos abandonar todo o esforço, até mesmo histórico, que conduziu Jordana de Pozas e sucessores até a sedimentação de uma espécie de Teoria Geral do Fomento. Fato é que, para nossos fins, o conceito de fomento não precisaria ser burilado até a máxima precisão científica. Fomento é a atividade pública de apoio à iniciativa privada, quando esta desenvolve atividades de interesse social, por meios persuasivos – ou é a atividade de dispensação não-devolutiva de bens e direitos a administrados, em razão de suas atividades, para que estes a realizem de modo facilitado.⁶⁷⁻⁶⁸ Tanto faz: a noção já se vai tornando menos confusa. Da mesma forma, seja por um ou outro conceito, já sabemos que fomento não se confunde com nenhuma das demais atividades administrativas do Estado.

Dito isso, após diferenciá-lo e conceituá-lo, apenas com fins metodológicos, destacamos algumas de suas principais características, muitas das quais provavelmente já terão aparecido, direta ou indiretamente, no curso da exposição até aqui realizada.

2.3 Características do fomento público

O fomento público possui seis características principais. São elas: (i) seu exercício se dá, num primeiro momento, sem coerção; (ii) não há qualquer obrigação de o particular aderir a ele; (iii) não se trata de liberalidade pública; (iv) é seletivo, porém não injustificadamente anti-isonômico; (v) é unilateral, isto é, não há qualquer sujeito ativo para reclamar a execução da atividade fomentada, mas, apenas, para controlar o uso da verba pública; (vi) é, em princípio, transitório.⁶⁹

⁶⁷ O fomento público, por certo, não se confunde com a atividade assistencial pública. Muito embora esta também signifique o dispensamento público de verbas, e, nos casos mais recentes, também inclua a exigência da comprovação de alguns requisitos por parte do beneficiário – os chamados “condicionantes sociais”: manter os filhos na escola ou sua caderneta de vacinação em dia, por exemplo –, tal ajuda ocorre não com o propósito de desenvolver qualquer atividade econômica (ou, a rigor, qualquer atividade), mas possui como único pressuposto de incidência a pura *necessidade existencial* de seus beneficiários. Não há, como no verdadeiro fomento, unidade de interesses e de propósitos em direção à realização de uma atividade de interesse público: o que existe é, de um lado, alguém cujas necessidades existenciais básicas não se encontram supridas, em estado de “vulnerabilidade social” (como quer a terminologia da Assistência Social), e, de outro, o Estado, que, por razões humanitárias, fornece alguma prestação social básica – cesta básica, medicamentos – aos necessitados. A se entender que fomento é o dispensamento de qualquer tipo de auxílio ou de valor patrimonial aos indivíduos, ou, apenas, o dispensamento afetado de bens e direitos a determinados particulares, com vistas a que realizem alguma atividade de interesse público, as atividades que serão respectivamente incluídas ou excluídas irão variar bastante. Nossa posição, como a da absoluta maioria da doutrina, tanto brasileira quanto estrangeira, é favorável a um conceito, por assim dizer, restrito, em prol, até mesmo, de sua inteligibilidade e operacionalidade. Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao tratar de fomento público em seu *Curso de Direito Administrativo*, inclui, no conteúdo da atividade, situações tão díspares como o auxílio aos índios, às pessoas idosas e à constituição de família – logo se vê que, em posição minoritária, este autor é partidário de uma conceituação superabrangente do termo. Cf., para a observação de que fomento público, conforme se entenda que é o dispensamento afetado ou não-afetado de bens e de direitos, gerará consequências jurídicas bem distintas, FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 266. V., ainda, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 522ss.

⁶⁸ Alertando para o fato de que qualquer ato estatal concreto pode se prestar a múltiplas atividades e finalidades, já que afinal repousa sobre a unidade do Estado e sobre a circunstância de a ação administrativa sempre buscar um propósito final único – o bem comum –, o que não impede que certa preponderância dessa ou daquela função seja detectada, v. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7ª ed. atualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 346.

⁶⁹ Trata-se, naturalmente, de um destaque doutrinário dentre muitos outros possíveis. Assim, por

De fato: embora o poder de polícia possa e deva ser utilizado num segundo momento (o da fiscalização quanto à correção do uso do dinheiro público), o fomento público é percebido, pela maioria da doutrina, como (i) a atividade administrativa que, por excelência, utiliza-se de técnicas indutivas e persuasivas para a consecução de seus propósitos. Como acabamos de ver, esta afirmação é passível de crítica, mas, mesmo assim, ainda é usual entre os estudiosos. Alguns autores chegam a afirmar que, por esse traço, o fomento público, junto a certas técnicas consensuais e de apelo ao mercado abrangidas genericamente dentro do conceito de regulação econômica, fazem com que estas duas atividades prefiram a todas as outras modalidades de atuação estatal na seara econômica. Não é a nossa posição, porque, como já defendemos em outra oportunidade⁷⁰, tais afirmações doutrinárias costumam significar, por vias transversas, a constitucionalização de ideologias. Não há nenhuma vedação ou preferência constitucional, em abstrato, contrária ou favorável ao fomento ou à regulação. Tratam-se de formas de o Estado atuar junto à economia, expostas à crítica política e à análise quanto à eficiência na obtenção das metas a que se propõem, mas que, uma vez respeitadoras do núcleo essencial da livre iniciativa (cuja abrangência, por sua vez, deve ser traçada em limites minimamente consensuais), não são constitucionalmente melhores ou piores do que qualquer outra.

A adesão a um plano de fomento não é obrigatória ao particular (ii). Ele aceita o convite se quiser.⁷¹ Por isso mesmo, há quem afirme que, na condição de Administração-propositora, o Poder Público sai de sua posição de “supremacia”, ainda que possa a ela retornar, dependendo, é claro, do instrumento de fomento que se utilizou⁷², quando da aceitação da proposta pelo particular.⁷³ No entanto, a partir do momento em que o

exemplo, Gaspar Ariño Ortiz, a partir de obra de outros autores, vê quatro grandes características para o fomento: (a) o fato de se tratar de uma atividade administrativa, uma forma de ação da Administração e um título de intervenção na economia; (b) com um aspecto negativo: sem utilizar a coação nem criar serviços públicos; (c) com um conteúdo positivo: o Estado “oferece” um favorecimento ao particular; e (d) com um caráter teleológico: o fomento se caracteriza pela busca de uma finalidade. Ora: tanto a caracterização aqui apresentada quanto a Ariño Ortiz são igualmente válidas e, na parte em que não se complementam, destacam aspectos distintos de uma mesma atividade (a que adotamos, por exemplo, detalha certos aspectos do funcionamento do fomento). V. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 345.

⁷⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. VIII, pp. 623 a 666, 2008.

⁷¹ Alertando para que, no fomento, sempre se respeita a liberdade negocial do particular: BARRAS, Rodolfo Carlos. Los principios generales de la intervención pública: la regulación, la policía, el fomento y el servicio público. In: *Servicio Público, Policía y Fomento: jornadas organizadas por la Universidad Austral*. 2ª ed. Buenos Aires: RAP, 2005, pp. 49 a 57, aqui, p. 52.

⁷² A esse respeito, Juan Carlos Cassagne, no nosso destaque: “Ainda que o conteúdo do Direito Público, administrativo na espécie, seja constituído por prerrogativas que traduzem a supremacia estatal, elas não esgotam, de modo algum, seu objeto, que se nutre de outras relações jurídicas onde a dita supremacia está ausente (por exemplo: relações inter-administrativas), como também daquelas relações que se orientam por uma finalidade de promoção ou de fomento, onde a técnica utilizada nem sempre gera uma situação exorbitante da Administração frente ao administrado.” CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7ª ed. atualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 209.

⁷³ O assunto é complexo. A doutrina alemã, por exemplo, formulou e sustentou, durante muito tempo, a *Teoria dos Dois Graus*, para explicar o status das relações jurídicas nascidas a partir de um empréstimo em condições facilitadas (que é exemplo de fomento público). Haveria um primeiro grau – jurídico-público, do ato administrativo que decidiria se o empréstimo deveria ou não ser concedido, no qual incidiria a supremacia, e um segundo grau, jurídico-privado, que seria o contrato

particular concorda com os termos do aporte público, estará vinculado à execução da atividade fomentada, e nos termos em que se deu a pactuação.⁷⁴ Assim, por exemplo, se uma empresa recorre a um empréstimo num banco público regional em condições facilitadas – digamos, com juros menores ou prazos maiores que os usuais –, aderindo a uma ação de fomento público ao desenvolvimento empresarial da região, não poderá, com aquele dinheiro, investir na expansão de planta produtiva localizada em região diversa.

Costuma-se afirmar que, apesar de a compulsoriedade inexistir – num primeiro momento – para o particular, ela existe desde sempre em relação ao Poder Público, que, mesmo que nada faça quanto à criação de instrumentos de estímulo e incentivo, pelo menos não deve atuar de forma contrária às atividades constitucionalmente destacadas como objeto de fomento.⁷⁵ Essa é uma grande verdade, mas talvez “grande” demais para, que além de sua veracidade, possua, também, relevância: o Estado não está constitucionalmente legitimado a prejudicar *nenhuma* atividade econômica, e se, por algum motivo, vier a adotar alguma medida – administrativa, legislativa ou jurisdicional – que venha a parecê-lo, isto só estará constitucionalmente justificado se buscar atender a um bem maior.

Terceira característica: o fomento público não é uma doação de Direito Público (iii). E isso porque lhe falta característica essencial das doações: o chamado *animus donandi*, a característica de “mera liberalidade” a que se referem os manuais de Direito Civil.⁷⁶ A Administração Fomentadora, no exemplo de uma subvenção, não está pura e simplesmente doando uma quantia em dinheiro ao particular, mas entrega certo bem em prol do desempenho de determinada e específica atividade, que ela, ainda que não a

privado de empréstimo, no qual a supremacia inexistiria. Tal teoria, nos últimos tempos, vem sofrendo críticas, que se centram na imprecisão prática da distinção entre os dois graus e na artificialidade que haveria na criação de uma relação uniforme em dois momentos. Assim, a doutrina germânica moderna vem preferindo qualificar os empréstimos do Poder Público em condições facilitadas como uma “relação de um só grau”, seja defendendo que são atos ou contratos administrativos, seja afirmando que são contratos privados. Da *Teoria dos Dois Graus*, só se defende sua incidência, hoje, nos casos de fiança pública – também espécie de fomento –, oportunidade na qual a Administração se coloca como fiadora de um negócio inter-privados. Ora: esta teoria seria uma exata reflexão, num espelho, daquilo que acabamos de afirmar como sendo a posição de muitos autores, isto é, de que a Administração Pública, no convite, encontra-se em posição de igualdade, mas, ao tê-lo aceito pelo particular, retorna a seu status privilegiado. Seria, mas não é. A diferença está nos momentos em que se centra a análise, no foco da teoria: enquanto a *Teoria dos Dois Graus* enfatiza a autorização para o empréstimo e a sua efetiva materialização (que se daria por um contrato ou por um ato administrativo – não vamos tomar posição), nossa análise partiu do momento anterior, em que há o convite para o fomento e sua eventual aceitação pelo particular. A respeito da *Teoria dos Dois Graus* e de sua superação, v. MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. São Paulo: Manole, 2006, pp. 502-509 e pp. 510 e 511.

⁷⁴ MBELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 30: “De fato, o particular é livre para aderir ou não aos propósitos do Estado, mas, a partir do momento em que manifesta sua vontade de assumir a posição de agente fomentado, obriga-se a atender a todas as condições impostas pelo Estado, ficando inteiramente vinculado aos fins públicos pretendidos, pois são eles os responsáveis pelos privilégios e vantagens que lhe foram outorgados.”

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 524.

⁷⁶ Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, leciona, a respeito da doação, que “a definição do Código Civil, com que abrimos este capítulo, encerra todos os elementos deste negócio jurídico, a saber: (i) *Contrato*. Ante a divergência de conceito como ato de aquisição de propriedade ou como contrato, predomina esta última caracterização, à vista do acordo de vontades. (ii) *Liberalidade*. É fator essencial e específico do seu conteúdo.”

titularize, acredita que possa ser útil ao interesse público. Não há o *animus donandi* porque isso parece incompatível com as finalidades, implícitas ou explícitas, da Administração.⁷⁷ Há autores que discordam disso. Assim, por exemplo, Julio Nieves Borrego caracteriza a subvenção como uma “doação modal *ob causam futuram*, de Direito Administrativo.”⁷⁸ As diferenças seriam, tão-somente, que o sujeito ativo da subvenção deve ser público (o que é irrelevante para a doação), que existem maiores formalidades em sua concessão e que sua finalidade (precisa existir uma) deve ser de interesse geral.⁷⁹ Ora: com tantas e tais diferenças, é melhor considerar o fomento público como coisa à parte, ao invés de enquadrá-lo à *forceps* numa categoria tradicional, ainda mais de Direito Civil.⁸⁰

O fomento público é, também, seletivo (*iv*). Ele destaca, como método de atuação, determinados perfis ou parcelas de segmentos econômicos, sociais ou culturais.⁸¹ Não são todas as atividades culturais desenvolvidas no Brasil que poderão vir a receber o Prêmio Adicional de Renda da ANCINE, mas, apenas, as empresas produtoras, exibidoras e distribuidoras de conteúdo audiovisual. As linhas especiais de crédito da Caixa Econômica estão voltadas para o auxílio às micro e pequenas empresas, não para todas as empresas que delas necessitem. Ou seja: a atividade fomentadora nunca implica auxílio econômico geral, mas, sempre, ajuda concentrada em setores ou perfis específicos. Relembrando a definição de Ignacio de la Riva, esse recorte temático de conteúdo tem a ver com o próprio caráter afetado da ajuda. Não se pode vincular o particular ao desempenho de uma atividade econômica indefinida.⁸² Auxílios sem objeto econômico definido, ou concedidos simplesmente em função da condição objetiva do beneficiário – ser pobre, estar desempregado –, não são medidas de fomento, mas benefícios assistenciais.⁸³ O chamado “benefício da LOAS”, ou, tecnicamente, o Benefício de

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 247. Os destaques foram acrescentados.

⁷⁷ PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. *Revista de Administración Pública*. Número 14. Madrid: 1954, pp. 11-121, aqui, p. 20. V., ainda, ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 359.

⁷⁸ BORREGO, Julio Nieves. Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención. *Revista de Administración Pública*. Número 42. Madrid: 1963, pp. 17 a 120, aqui, p. 28.

⁷⁹ BORREGO, Julio Nieves. Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención. *Revista de Administración Pública*. Número 42. Madrid: 1963, pp. 17 a 120, aqui, pp. 70 e 71.

⁸⁰ No mesmo sentido, FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 340; RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 131e 132.

⁸¹ “A seletividade diferencia a ajuda de uma medida geral de política econômica, fiscal ou social do Estado, a qual se dirige a todas as empresas do Estado de forma objetiva, repercute sobre vários setores, aplica-se por igual em todo o Estado e trata de favorecer o conjunto da economia.” V. SAGGESE, Mariano Bacigalupo. El Derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas. In: FARRERES, Germán Fernández (org.) *El régimen jurídico de las subvenciones: derecho español y comunitario*. Consejo General del Poder Judicial: Madrid, 2007, pp. 191 a 221. Complementar em PÉREZ, Abel Estoa. *El Control de las Ayudas de Estado*. Iustel: Madrid, 2006, especialmente capítulo II (“La deficiencia de ayuda de Estado”), item 3 – “Selectividad de una medida”, p. 39ss.

⁸² RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 160 a 162.

⁸³ Estamos falando, aqui, de benefícios concedidos exclusivamente em função da condição do beneficiário, e que se desvinculam de qualquer atividade que este possa realizar. Por esse raciocínio,

Prestação Continuada, é pago pela União a idosos ou deficientes físicos cuja renda familiar total seja inferior a um quarto do salário mínimo federal⁸⁴, não para que estes desempenhem qualquer atividade econômica ou cultural, mas, tão-somente, porque o constituinte e o legislador imaginam que a quantia mensal possa ser alguma forma de alívio para quem se encontra nesta condição de vulnerabilidade social. O raciocínio é o mesmo para o seguro-desemprego⁸⁵: o Estado não espera, com o pagamento da quantia, que o beneficiário desenvolva alguma atividade privada de interesse público. Não se trata, portanto, de fomento.

A próxima característica – a circunstância de ser unilateral (*v*) – é polêmica, e vai nos exigir um posicionamento teórico em face de opiniões conflitantes. De forma simples, é possível indicar três ou quatro posições teóricas acerca da natureza jurídica do fomento público, mais especialmente sobre se o fomento possui natureza jurídica bilateral ou unilateral. A discussão não é desprovida de conseqüências práticas, porque, de seu resultado, vai depender uma posição jurídica de maior ou menor proteção ao particular fomentado.⁸⁶

Como já dissemos, há quem defenda que o fomento público – em particular, seu caso paradigmático: a subvenção – signifique uma “doação modal *ob causam futuram* de Direito Administrativo”.⁸⁷ O ente público doaria o bem, sem, contudo, condicionar sua prestação à do donatário, mas a ele imporia um modo ou um encargo⁸⁸ ao qual este restaria vinculado. A subvenção seria contrato unilateral, exigindo a aceitação do donatário, porém sem criar prestações recíprocas.⁸⁹

Villar Palasi, por sua vez, acredita que a subvenção é ato administrativo unilateral sujeito a uma condição resolutiva⁹⁰: o não-cumprimento da destinação pública para a qual a verba foi concedida.⁹¹ Portanto, o uso do valor da subvenção dentro dos limites de interesse público seria um modo; ou o não-uso importaria uma condição resolutiva.

qualifica-se como fomento público o Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos – o Fundo Partidário –, cuja maior parte dos recursos vem do orçamento da União, e que se destina a que os partidos públicos, pessoas jurídicas de natureza privada, possam mais bem desempenhar sua atividade institucional, a qual possui óbvio interesse público. Em sentido contrário, CORTÉS, Pilar. Aproximación al concepto de subvención y su adecuación en la Ley 3/1987, de 2 de Julio, de financiación de partidos políticos. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Furió Ceriol*. Números 38/39. Valencia, 2002, pp. 219 a 225, aqui, p. 222.

⁸⁴ V. art. 203 da Constituição da República e Lei federal n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

⁸⁵ V. art. 7º, II, da Constituição da República, e Lei federal n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990.

⁸⁶ Vamos seguir, neste ponto, com algumas alterações, a apresentação de Ignacio de la Riva: RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 172 a 181.

⁸⁷ BORREGO, Julio Nieves. Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención. *Revista de Administración Pública*. Número 42. Madrid: 1963, pp. 17 a 120, aqui, p. 28.

⁸⁸ “É o modo ou encargo uma determinação que, imposta pelo autor do ato de liberalidade, a esta adere, restringindo-a.” RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 361. Cf., ainda, art. 136 do Código Civil.

⁸⁹ BORREGO, Julio Nieves. Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención. *Revista de Administración Pública*. Número 42. Madrid: 1963, pp. 17 a 120, aqui, pp. 28 a 30; 45 e 46.

⁹⁰ V. Francisco Amaral: “Condição é o acontecimento futuro e incerto de que depende a eficácia do negócio jurídico. Da sua ocorrência depende o nascimento ou a extinção de um direito.” “Condição resolutiva é aquela cuja verificação extingue a eficácia do negócio jurídico. Os efeitos do ato terminam com o evento.” AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 450 e 463. Cf., ainda, arts. 121 e 127 do Código Civil.

⁹¹ PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político. *Revista de Administración Pública*. Número 14. Madrid: 1954, pp. 11 a 121, aqui, p. 90: “Em todo caso, a subvenção aparece outorgada conforme a condição de cumprimento pela entidade

Fernandez Farreres discorda do enquadramento desse uso como modo ou condição, e, portanto, como elementos acidentais do negócio jurídico.⁹² Em sua opinião, a determinação para que o beneficiário imprima algum destino de interesse público à vantagem recebida não poderia ser tida como elemento acidental do fomento: seria da própria essência do instituto. A se considerar que a afetação do bem seria um encargo ou uma condição, argumenta o autor, poder-se-ia pensar que uma subvenção fosse, essencialmente, uma simples atribuição patrimonial a um particular, sem nenhum propósito – afinal, a destinação de interesse público ao dinheiro, como condição ou encargo, seriam acessórias, podendo ou não existir, mantendo-se, de toda sorte, a natureza básica do instituto.⁹³ O que, definitivamente, não é o caso.

Outro grupo de autores acredita que o fomento possui natureza jurídica complexa, sendo impossível, *a priori*, classificá-lo como ato unilateral ou bilateral. A questão se resumiria a encontrar a natureza jurídica de cada caso específico de ação pública de fomento. Juan Alfonso Santamaría Pastor é representativo desse modo de pensar:

Como já antes advertimos, o problema da natureza da subvenção não pode receber, provavelmente, uma resposta unitária. A regulação que lhe faz a Lei das Subvenções oferece sinais equívocos: inclui notas indiscutivelmente tomadas da legislação de contratos públicos (por exemplo, o procedimento competitivo de adjudicação, ou o regime de proibições e de incapacidades) e, inclusive, em certos casos prevê que a outorga da subvenção far-se-á por meio de um convênio (art. 28.1); porém, sem embargo, evita qualificar a relação como contratual, o que poderia ter feito sem dificuldade. E isso se deve, seguramente, a que existem subvenções cuja outorga responde ao esquema típico do ato unilateral, e outras que se outorgam em forma de contrato, ou no bojo de um convênio complexo no qual, junto a outras obrigações, a Administração se compromete a outorgar uma subvenção.⁹⁴

Em que pese a referência à subvenção, e não ao fomento público em geral, o que não traz maiores problemas, já que as observações são aplicáveis tanto ao gênero quanto à espécie, e, ainda, à lei geral espanhola de subvenções – não temos nada

subvencionada. Daí a terminologia inglesa de *conditional grant*. Este condicionamento se traduz, não em um modo aposto à subvenção, como sustentou MATTI, mas em uma efetiva condição resolutiva.”

⁹² A propósito dos elementos ditos acidentais dos negócios jurídicos, veja-se o que dizem recentes comentadores do Código Civil, com destaque acrescentado: “Os sujeitos têm a possibilidade de manifestar sua vontade no sentido de modificar e limitar os efeitos que naturalmente seriam produzidos, o que é possível mediante a aposição de elementos acidentais, cláusulas acessórias que, acrescidas ao ato, podem interferir tanto na criação do direito quanto na produção das consequências jurídicas relacionadas a seu implemento. Tais elementos são chamados de acidentais porque não integram a estrutura natural do negócio jurídico, embora, quando apostos in concreto, tornem-se dele inseparáveis.” BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. I*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 242. V., ainda, VENCELAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 177 a 224.

⁹³ FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, pp. 258 a 260; p. 266.

⁹⁴ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2004, pp. 357 e 358.

parecido, no Brasil, à *Lei General de Subvenciones*, lei 38, de 2003, de 17 de novembro –, o comentário é pertinente. Não vamos adotá-lo de modo integral, mas, apenas, como ressalva a uma eventual tentativa de “absolutização” da natureza jurídica do fomento público: apesar de acreditamos que as ajudas públicas possam se reconduzir a uma qualificação jurídica mais ou menos uniforme, tal qualificação pode ser superada, em certos casos, pelos dados específicos do instrumento e da situação. Em outras palavras, usaremos indicar uma natureza geral, mas não absoluta.

Quem defende o caráter bilateral do fomento público afirma-o vendo, a partir da relação de fomento, de um lado, a imposição de auxílio do Poder Público ao particular, e, de, outro, a exigência de que o particular fomentado venha a desenvolver a atividade de interesse público. Há, mesmo, quem sustente que, a depender da existência de um termo escrito, que se pretenda regulador das relações internas do fomento, esta bilateralidade chegaria a se expressar sob forma contratualizada. Com a ressalva de possíveis casos concretos bastante específicos, não é a posição que adotaremos, aqui, como linha explicativa.

Nem a exigência de o particular desempenhar sua atividade a partir das condições postas pelo ato de fomento é obrigação jurídica⁹⁵ em sentido próprio e estrito⁹⁶, nem é, como defende German Fernandez Farreres⁹⁷, um ônus⁹⁸, palavra que, no Brasil, assume caráter fortemente influenciado pelo Direito Processual, mas é, pura e simplesmente, um

⁹⁵ Acerca do conceito de obrigação jurídica, cf. a lição de Eros Roberto Grau: “Neste sentido, estrito, a obrigação consubstancia um vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de uma certa prestação. A obrigação consubstancia um direito relativo, na medida em que o crédito que dela decorre apenas pode ser exigido, pela pessoa ou pluralidade de pessoas dele titular, contra a pessoa ou pluralidade de pessoas na situação de devedor. Af a distinção fundamental entre obrigação e direito real: este pode ser exigido *erga omnes*. De outra parte, diz-se também constituir, a obrigação, um direito pessoal, conquanto que, descumprido o dever de prestação, a sua execução forçada ou providência que a substitua só é exigível por iniciativa do credor; de toda sorte, é certo que o devedor tem, perante o credor, um dever sancionado pelo Direito.” GRAU, Eros Roberto. A outorga onerosa do Plano Diretor de São Paulo: ônus, não obrigação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*. Volume I. Fortaleza: 1993. V., ainda, GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 116.

⁹⁶ “Não se pode dizer propriamente que o particular-beneficiário da subvenção assumia uma obrigação jurídica *stricto sensu* diante da Administração outorgante, muito menos que a atividade que se deva desempenhar seja uma contraprestação em favor, também, da Administração outorgante, já que com isso se esquece que a subvenção, ainda que concedida com finalidade de interesse público, beneficia diretamente o particular, ao qual, em ‘troca’ (...) deve executar uma determinada atividade, e a própria atividade que desempenha – mesmo devendo acomodar-se ao interesse público concretizado nos objetivos e condições que a Administração determinou no ato de outorga – redonda também diretamente em seu benefício.” FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 399.

⁹⁷ V., especialmente o item C do capítulo IV do livro citado na nota anterior, “Sobre a distinção ônus, modo e obrigação acerca dos efeitos da qualificação jurídica do caráter afetado da subvenção como ônus jurídico que assume o beneficiário da qual depende a plena eficácia (exigibilidade) do ato de subvenção”, *ibid*, p. 417ss.

⁹⁸ No mesmo artigo citado na nota 84, Eros Grau: “Define-se o ônus, assim, como o instrumento através do qual o ordenamento jurídico impõe ao sujeito um determinado comportamento, que deverá ser adotado se não pretender arcar com consequências que lhe serão prejudiciais. Ou como um comportamento que o sujeito deve adotar para alcançar uma determinada vantagem, que consiste na aquisição ou na conservação de um direito.” GRAU, Eros Roberto. A outorga onerosa do Plano Diretor de São Paulo: ônus, não obrigação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*. Volume I. Fortaleza: 1993. Ainda, GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 118 e 119.

dever jurídico tout court. As aproximações e distinções entre essas três categorias conceituais já fizeram correr rios de tinta. Vamos tratá-las a partir de nosso assunto.

Não se trata de obrigação jurídica porque não há beneficiário preciso e direto a quem favoreça o cumprimento das exigências impostas pela Administração Fomentadora – logo, não existe quem tenha direito de lhes exigir seu cumprimento específico.⁹⁹ É importante que isto fique claro: no fomento público, a Administração Pública não pode exigir que o particular fomentado cumpra especificamente os deveres conformados a partir da relação de fomento; caso a atividade fomentada não venha a ser executada, ou não seja executada a contento, o Poder Público deve declarar cessado o fomento, restituir-se da quantia, e, havendo dolo ou culpa, sempre a depender dos termos da outorga, impor, inclusive, sanções. Nunca, no entanto, a Administração Pública estará legitimada a exigir o cumprimento específico das imposições: não há sujeito ativo de direitos na relação de fomento; não há uma obrigação jurídica, em sentido técnico; existe, sim, um gravame genérico e um dever geral de cumprimento das condições da outorga.

Também não seria ideal qualificar as exigências, impostas ao fomentado, como ônus: ainda que o particular possa interromper a relação, e, com isso, deixar de fazer jus ao recebimento do dinheiro (ou de qualquer outro benefício em que, afinal, consista o objeto do fomento), assumindo eventual prejuízo, fomento público não se faz em favor exclusivo do fomentado – é mistura complexa de interesses públicos e privados. No ônus, o agente deixa de exercer faculdade que foi instituída em seu exclusivo benefício; com isso, arca com a ocorrência de prejuízo. Deixar de cumprir um Plano de Fomento, ao contrário, por vezes resulta “pior” para o Estado do que para o particular. Digamos que, como é freqüente, o Poder Público não possua nem recursos nem *know-how* para o exercício de certas atividades, que lhe são completamente alienígenas, mas que, ainda assim, possam ser reconduzidas a alguma espécie de interesse público. O fato de existirem agentes privados de certa forma vinculados ao dinheiro público pode ser uma das únicas chances de orientar seu exercício dentro de caminhos “de interesse público”.¹⁰⁰

As imposições ao agente privado fomentado são deveres jurídicos.¹⁰¹ Desenvolver a atividade na direção indicada pela Administração Pública é gravame genérico apostado ao conteúdo do ato fomentado. O agente privado deve desenvolvê-la dentro dos objetivos da ação de fomento, mesmo que a Administração não possa compeli-lo a

⁹⁹ RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 176. No mesmo sentido, German Fernandez Farreres: “Parece que não [é uma obrigação], dada a inexistência de um direito subjetivo da Administração outorgante tendente a exigir coativamente, a proceder à execução forçada da atividade pela qual se outorga a subvenção.” FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, aqui, p. 420. É claro que existe uma relação obrigacional concreta entre fomentador e fomentado, mas não, em sentido técnico, uma obrigação jurídica, precisamente porque não há um credor delimitado que possa exigir o cumprimento do que foi acordado (no mesmo sentido, RIVA, p. 177, nota de rodapé n. 77).

¹⁰⁰ Colocamos a referência entre aspas para, em certa medida, adiantar um dos riscos do fomento público, que é o da “administrativização” do espaço privado; cf. tratamento a seguir. Mesmo assim, não se leia o destaque gráfico como símbolo de ironia excessiva: o fomento público é, sim, instrumento útil para a consecução de relevantíssimos interesses gerais.

¹⁰¹ “O dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. (...) Aspecto fundamental a aproximar a sujeição do dever – porque comum à essência de ambos – é o referido à circunstância de que tanto um quanto o outro são impostos em razão da tutela de interesses alheios ao dos sujeitos por eles alcançados.” GRAU, Eros Roberto. A outorga onerosa do Plano Diretor de São Paulo: ônus, não obrigação. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Município de Fortaleza*. Volume I. Fortaleza: 1993. Ainda, GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 115. Em

tal.¹⁰²⁻¹⁰³ Por outro lado, parece majoritária, na doutrina e na jurisprudência, a idéia de que, uma vez estabelecida a relação jurídica de fomento, e desde que haja cumprimento preciso dos deveres ajustados, o particular possui direito subjetivo ao recebimento do benefício (vamos falar mais sobre isso quanto estivermos analisando se o fomento é discricionário ou vinculado).¹⁰⁴ De tudo isso, vê-se que o fomento público possui, então, natureza *unilateral*. Há uma obrigação por parte da Administração – prover o dinheiro ou a ajuda –, e, por parte do administrado, um dever genérico de desenvolver a atividade fomentada dentro dos parâmetros estabelecidos no ato de fomento; mas o Poder Público não poderá exigir o cumprimento específico do ato fomentado dentro dos moldes então acordados, muito menos pedir indenização pelo “deixar de fazer” (ou pelo fazer de modo contrário ao que foi combinado). A Administração Pública fiscaliza e controla o desempenho da atividade fomentada, recupera o valor se o desempenho não existiu ou não foi a contento, e, se isso estiver previsto dentro do plano de fomento, até aplica alguma multa ou medida administrativa, porém, repita-se, não impõe diretamente o exercício da atividade ao particular, nem pode pleitear genericamente uma indenização porque a atividade não se realizou.

Repita-se: fomento público possui natureza unilateral. Não é ação se que possa considerar rigorosamente atípica – há traços que se repetem – nem é relação contratual (mas é claro que pode ser formalizada por um ajuste, o qual estabelecerá condicionantes específicas para cada caso). O particular assume um dever de cumprir com o que foi ajustado, mas não é um obrigado, não estando, assim, vinculado a adimplir uma contraprestação obrigacional. Esse raciocínio, que logicamente não se faz em prol de qualquer posição jurídica pré-determinada, ainda resulta mais favorável ao administrado do que o entendimento de que se trata de uma relação contratual, tese que, às vezes, é adotada baseando explicitamente nessa premissa.¹⁰⁵

A última característica do fomento – sua transitoriedade (*vi*) – é quase tão polêmica quanto a característica anterior. Nem tanto por divergências técnicas quanto à sua natureza jurídica e ao seu significado (ao contrário: o sentido de o fomento público ser

sentido contrário, Fernandez Farreres, para quem o dever jurídico genérico seria qualificação que não faria nascer relação jurídica alguma (o que não seria o caso), e demandaria concretização por um ato administrativo particular, tornando-se, então, uma obrigação, e carreando a crítica já lançada a essa categorização. Cf. FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 420.

¹⁰² Descontando-se, é claro, o eventual efeito compelidor que a imposição de penalidades pelo descumprimento dos deveres jurídicos poderia ter sobre o agente fomentado.

¹⁰³ “Em alguns casos, com efeito, estes deveres operam em direções genéricas, de modo que os gravados por eles não tenham, frente a si, um sujeito determinado que seja titular de um direito subjetivo propriamente tal a lhes exigir o comportamento em que o dever consiste, senão, apenas, um poder destinado a atuar como garantia do efetivo cumprimento do dever.” ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 31. O destaque foi acrescentado.

¹⁰⁴ Ainda uma vez, German Fernandez Farreres, em posição com a qual não concordamos de modo integral (v. mais à frente): “A Administração poderá modificar, e inclusive eliminar, no futuro, essa subvenção, porém as relações jurídicas já nascidas de modo algum poderão ser afetadas, e terem cessados seus efeitos, que só se esgotarão uma vez que o particular haja cumprido, ou descumprido, a carga jurídica com a qual se outorgara a subvenção.” “A precariedade, assim como disse Albi, não existe nem naquelas situações nas quais a discricionariedade é patente, de modo que a subvenção, a outorga aceita da subvenção, constitui um efetivo e autêntico direito subjetivo do subvencionado.” FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 446 e 447.

¹⁰⁵ Criticando a suposta maior garantia ao administrado que traria a qualificação do fomento como relação contratual, FERNANDEZ FARRERES, German. *Ibid.*, pp. 396 e 397.

transitório não admite dúvida: ele deve durar por certo período, maior ou menor, e, depois, cessar), mas, na verdade, por sua própria admissibilidade. Será realmente que todo e qualquer fomento público deve ter hora para acabar? Não chegamos a tal extremo. No entanto, o extremo oposto – “fomento público não precisa, nem em tese, ter prazo” –, que é, na prática, opinião muito mais popular, também não pode nem deve ser admitido. Se a idéia é auxiliar o desempenho de uma atividade privada, mas sem que essa mesma atividade se confunda com aquelas que são exercidas pelo Estado, então não se pode admitir, nem lógica nem conceitualmente, um fomento público que se eternize.

Atividade privada que só existe graças ao fomento público não é, em princípio, atividade privada em sentido próprio, seara do livre empreendedorismo (ainda que publicamente regulado) e da busca pelo lucro. Estado não existe para garantir nem lucratividade nem sustentabilidade empresarial. Claro que há situações e situações: apesar de muita crítica política, fato é que nenhuma Administração Pública pode deixar que uma crise financeira se instaure, e, para isso, podem existir circunstâncias que solicitem um aporte público de capital em favor de instituições privadas. Mas esses aportes são excepcionalíssimos, devem ser reembolsados e só se justificam por limitados períodos de tempo. O mesmo raciocínio vale para o fomento: salvo exceções, se a atividade empresarial é economicamente insustentável, ela deve antes falir do que viver para sempre graças a aparelhos. Num país cuja experiência histórica do fomento não é das melhores, salientar que o fomento não se propõe a ser eterno chega a ser posicionamento teórico reconduzível ao princípio da moralidade. A defesa da transitoriedade do fomento público, contudo, não é lançada de nenhum ponto de partida ideológico, mas da constatação – bastante singela – do que ele é e de para o que serve: é um apoio público a uma atividade privada. Se a atividade é privada, ela não é pública. Resultado da seqüência de afirmações acarianas: esse apoio deve ser temporalmente limitado, do contrário a atividade deixará de ser privada, e se tornará algum hibridismo constitucionalmente inaceitável. Por isso, inexistindo dado temporal previamente fixado, a necessidade do fomento deve ser periodicamente checada.

Com inteira razão, na doutrina nacional, Célia Cunha Mello¹⁰⁶, e, na Argentina, José Roberto Dromi:

As medidas de estímulo, a nosso juízo, devem revestir-se de um caráter transitório, na dinâmica da política econômica que a Administração instrumentaliza. Em princípio, todas as medidas de fomento ou estímulo, a nosso juízo, devem possuir um caráter transitório, já que consideramos que um protecionismo indefinido não é nem teórica nem praticamente aconselhável. Agora bem, assim como há medidas conjunturais que se aplicam de modo transitório e com duração pré-estabelecida, há outras, pelo contrário, que permanecem ininterruptamente e às quais acedem aqueles que reúnem certos requisitos. Tais medidas perseguem “fins estáveis”, referentes à estrutura econômica, por exemplo, os diferentes regimes de promoção industrial, mineral, florestal, agrária etc.¹⁰⁷

A citação destaca um ponto: é que a transitoriedade se refere à situação-padrão do fomento público, vale dizer, a uma atividade empresarial simples (ainda que, naturalmente,

¹⁰⁶ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 38 e 56.

¹⁰⁷ DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo económico*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, pp. 152 e 153.

de interesse público) cujo exercício é auxiliado pelo Poder Público. Dada a abrangência do conteúdo abrigado dentro do termo fomento público, é importante destacar que a transitoriedade não se aplica a situações que evidentemente não são passíveis de mudanças a curto ou médio prazo, ou, mesmo, a circunstâncias estruturais que jamais mudarão. A transitoriedade não se aplica, por exemplo, quando a Constituição da República assegura tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas (art. 179)¹⁰⁸ – enquanto ostentarem tal condição, as empresas sempre farão jus a essas medidas de auxílio –, ou na hipótese de um Fundo de Desenvolvimento Regional (o critério, aqui, é geográfico, e não temporal).

A questão fica ainda mais complicada quando se relaciona a atividades culturais, que, a despeito de serem exercidas em regime privado, dado seu conteúdo, não necessariamente buscam o lucro. Pensemos no cinema, na música ou no teatro. Será constitucionalmente admissível que apenas produções cinematográficas ou musicais de caráter comercial estejam aptas a receberem fomento público, na medida em que produções experimentais dificilmente serão auto-sustentáveis em tempo algum? A resposta é negativa. Faz-se mister, entretanto, comprovar e detalhar as circunstâncias em que se vai dar o fomento. Se o projeto é o de um filme de arte, é importante que isto fique claro desde o primeiro momento. Caso a proposta seja comercial, aí, então, a perspectiva temporal volta a assumir relevância.

Em síntese: a transitoriedade do fomento existe, é essencial à sua configuração, e deve ser buscada como princípio regulador da prática – se não como decorrência da própria definição do instituto, então como derivação de valores como a moralidade ou o princípio republicano. Porém, há situações nas quais ela se mostra francamente inaplicável (fomento a regiões ou a entidades dotadas de certas características perenes) ou inconveniente (negócios privados cuja busca pelo lucro é residual ou inexistente, e nos quais assome a finalidade de interesse público que, afinal, justifique a ajuda pública).

Antes de analisarmos os mais importantes riscos associados à figura do fomento, afigura-se-nos interessante estudar suas formas de atuação e seus principais instrumentos.

2.4 Meios de atuação e instrumentos do fomento público

A doutrina clássica, embora assegure que é impossível elaborar um catálogo das formas que pode revestir a administração do fomento público, aponta uma divisão preliminar. Haveria os meios positivos e os meios negativos de fomento.¹⁰⁹ Os meios positivos outorgariam prestações, bens ou vantagens ao particular; os negativos significariam obstáculos ou dificuldades ao desempenho da atividade, com vistas a seu desestímulo. Há alguma dificuldade teórica na admissão dos meios negativos como

¹⁰⁸ Art. 179 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

¹⁰⁹ POZAS, Juis Jordana de. *Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo*. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41-54, aqui, p. 50ss. Essa primeira classificação tem por base a forma de atuação sobre a vontade dos sujeitos fomentados. Observação importante de Jordana de Pozas é a de que a escolha dos meios por que se vai realizar o fomento não é um assunto jurídico, mas de experiência, ligada à psicologia coletiva, às circunstâncias do momento etc. Enfim: a escolha dos meios é uma questão que, como afirma Daniel Maljar, “cabe à política” (MALJAR, Daniel Edgardo. *Intervención del Estado en la prestación de servicios públicos*. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 284).

próprios do fomento, porque o Estado pode vir a se utilizar de meios não-persuasivos para sua implementação, e isso acabaria indo contra a própria definição do instituto¹¹⁰; mas, desde que só admitamos os meios negativos persuasivos (por exemplo, a não concessão de desconto no pagamento parcelado de tributo como forma de estimular seu pagamento à vista, o imposto sobre bebidas alcoólicas para combater o alcoolismo) e não os que sejam propriamente coativos (a desapropriação em decorrência de não se dar, ao imóvel urbano, sua função social – art. 182, par. 4º, III, da Constituição da República¹¹¹), o problema deixa de existir.¹¹² É uma classificação defensável (ainda que não rigorosamente científica), embora pouco útil: positivo ou negativo, o fomento vai ser tratado da mesma forma.

Além dessa primeira divisão, os meios de fomento podem ser classificados, ainda, como (a) honoríficos, (b) econômicos ou (c) jurídicos.¹¹³ Há quem fale, também, nos meios (d) psicológicos.¹¹⁴ Analisemos criticamente cada um deles.

Os meios honoríficos seriam as concessões de prêmios¹¹⁵, as condecorações civis e militares, as titulações acadêmicas, desde que anteriormente condicionadas ao desempenho daquela atividade que restou premiada (ou seja, se o particular realizou a atividade, e, só depois, o Estado veio a condecorá-lo, sem que existisse relação prévia em que o Poder Público incentivasse a prática, a conduta não se enquadraria como medida de fomento público honorífico). É difícil imaginar como tais premiações possam ser tidas como medidas de fomento público. De fato, como afirma Juan Alfonso Santamaría Pastor, trata-se de puros atos públicos de reconhecimento, cujo fundamento está muito mais em demonstrar apreço a determinados modelos pessoais, culturais ou empresariais do que em estimular atividades. Além disso, é um pouco artificial a construção segundo a qual tais honrarias seriam atos de fomento desde que as ações

¹¹⁰ “É impossível admitir esta classificação. Quando se tem em conta que não é tanto a finalidade perseguida quanto o caráter formal (coativo ou persuasivo) da medida emprega o que determina sua qualificação jurídica, é evidente que os chamados meios negativos não são, em sentido estrito, medidas de fomento. A justificação da medida não pode se confundir com sua natureza jurídica.” FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 1992, v. II, p. 260.

¹¹¹ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (...) § 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...) III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

¹¹² No mesmo sentido, BELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 89 e 90.

¹¹³ Segundo Jordana de Pozas, esta classificação é a que é feita segundo o tipo de vantagens que são outorgadas.

¹¹⁴ DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo económico. Tomo 2*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, p. 153.

¹¹⁵ “Ainda que estes reconhecimentos costumem vir acompanhados de alguma dotação econômica, dada a crescente associação entre valor e importância econômica.” ORTEGA, Ricardo Rivero. *Derecho administrativo económico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 169. Ainda, v. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II*. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 382: “De resto, a eficácia do meio empregado varia conforme a psicologia dos administrados; nossos antepassados estavam dispostos a fazer os maiores sacrifícios para assegurar a perpetuidade do nome e da estirpe, porém, hoje, buscam-se benefícios mais imediatos.”

premiadas fossem, em alguma medida, condicionadas por sua concessão; muito mais comum é a hipótese em que os prêmios são concedidos de forma absolutamente desvinculada ao momento em que tais atos ou obras foram realizados. Até segunda ordem, ninguém escreve um livro para ganhar um prêmio da Fundação Biblioteca Nacional. O potencial “fomentador” de tais honrarias é reduzido.¹¹⁶ Apenas num sentido muitíssimo lato é que poderiam se reconduzir ao conceito de fomento público.¹¹⁷

Os meios psicológicos resumir-se-iam à propaganda oficial em favor de determinada prática. Uma campanha institucional, custeada pelo Erário, em favor do consumo de leite, como a que foi feita, em meados dos anos 90, nos Estados Unidos, seria um bom exemplo.¹¹⁸ É discutível, no entanto, o que há de jurídico nisso, já que, por mais que se entenda que o Direito do Fomento é um Direito Premial, uma simples sugestão de consumo, contida numa campanha publicitária, é por demais vaga para ser qualificada, para tal fim, como um estímulo juridicamente relevante.¹¹⁹

Mais consistentes, nem por isso imunes à crítica, são os meios jurídicos de fomento. Imposição de consumo de produtos fabricados num local, contratação forçada de determinada categoria de empregados, situações de monopólio ou de restrição da concorrência, cessão gratuita de servidores ou de bens públicos (como as trazidas pela Lei das Organizações Sociais e a Lei das OSCIPs) – tudo o que significar a atribuição legal de um *status* diferenciado, sem a entrega de valores ou a realização de operações financeiras, é meio jurídico de fomento público.¹²⁰⁻¹²¹ Santamaría Pastor continua

¹¹⁶ É até possível que algumas empresas busquem titulações e certificações, públicas ou privadas, tais como “empresa amiga da criança”, como estratégia de marketing social. Mas não é propriamente a certificação que as levou a agir daquela forma, mas possíveis vantagens empresariais. Logo, o Poder Público não fomentou uma atitude empresarial, mas, apenas, demonstrou apreço por um comportamento, que foi assumido pela empresa com base em outros fundamentos (que não especificamente a obtenção da certificação, objeto do “agir” público). Com algum cinismo trágico, pode-se afirmar, até, que a empresa não ficou amiga das crianças nem pelas crianças nem pelo título público – mas, diretamente, pelo lucro. O potencial do fomento honorífico continua, assim, residual. Citando essa hipótese como exemplo de fomento honorífico, v. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II*. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 385.

¹¹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Justel, 2004, p. 349.

¹¹⁸ Outro exemplo, esse bastante próximo à realidade contemporânea brasileira: a União, por intermédio do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, lançou, em 2008, campanha publicitária -- “Ele ajuda a humanidade há séculos. E você nunca desconfiou que ele é um super-herói?” -- destinada a promover o consumo de café.

¹¹⁹ “(...) Porém nos encontramos diante de um inconveniente, que é que o essencial do fomento é que a Administração estimule com algo aos particulares para que façam isto ou aquilo, e com a propaganda não existe esse estímulo, no sentido de vantagem ou ajuda.” DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo económico. Tomo 2*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, p. 155. É curioso notar, ainda, que, a se considerar os meios psicológicos como meios legítimos de fomento público, eles incidem, a partir do Poder Público, sobre o mercado consumidor, com vistas a incentivar as empresas privadas. O esquema tradicional do fomento – pensemos na subvenção – importa ajudar diretamente as empresas, mas não seu público-alvo.

¹²⁰ “É um conjunto de atuações que supõem a consagração, pelo Ordenamento, de uma situação mais favorável para determinadas pessoas.” DROMI, José Roberto, *ibid.*, p. 155. “São meios jurídicos aqueles que se caracterizam pela outorga de uma situação de privilégio, a qual determina que o sujeito fomentado se beneficie da utilização de meios jurídicos excepcionais.” “(...) Consiste ora em que a Administração utilize seus poderes exorbitantes em benefício dos titulares da atividade (privilégio), ora na concessão direta a estes de dispensas frente a leis e regulamentações administrativas de caráter proibitivo.” FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. II*. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 383

criticando: não são “jurídicos”, mas econômicos; estão ultrapassados; a maioria dessas medidas não persegue autênticos fins de auxílio à iniciativa privada.¹²² Quanto à primeira crítica, ela é inteiramente procedente: os estudiosos do Direito possuem certo fetichismo com a palavra “jurídico”. Sem entrar em qualquer marxismo vulgar, afirma-se que “tudo” nesta matéria é, no fundo, econômico, seja a atribuição direta de verba a uma empresa, seja a cessão, a ela, de bens públicos; o primeiro caso dispensa explicações; na segunda situação, há uma desoneração na planilha de custos da empresa. Por que, numa hipótese, o meio de fomento é “jurídico”, e, no outro, econômico, se a finalidade – econômica – é idêntica? Poder-se-ia falar, então, em meios de fomento direta e indiretamente econômicos, sendo certo, entretanto, que não se diminuiu a imprecisão nem se incrementou a relevância da classificação. Quanto a estarem ultrapassados, isso não se aplica ao Brasil, país em que, mais e mais, imagina-se que a criação de externalidades econômicas juridicamente bem-intencionadas seja a solução para diversos males. Quanto a não perseguirem realmente fins de auxílio a atividades privadas de interesse público, não é comentário com o qual se concorde por inteiro: em alguns casos – como na cessão de servidores às Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público –, o caráter de “fomento a atividades privadas de interesse público” é, até, bastante destacado. A análise é caso a caso.

Os meios econômicos de fomento são os mais comuns e importantes.¹²³ Significam aporte imediato de recursos, e não, como no caso dos meios jurídicos, a colocação do fomentado numa posição jurídica que lhe faça auferir proveito.¹²⁴ As classificações não param: há os meios econômicos (a) reais – a colocação de bens públicos à disposição do sujeito fomentado (há, aqui, certa confusão com os meios jurídicos, o que já demonstra, na linha de Santamaría Pastor, a artificialidade dessas classificações) –; os (b) fiscais

e p. 396. Em certo sentido bastante amplo de fomento público, semelhante ao que é utilizado, por exemplo, por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, e que, relembre-se, não adotamos aqui, pode-se incluir as medidas de ação afirmativa – por intermédio das quais se busca dar condições de possibilidade de que grupos sociais tradicionalmente marginalizados ascendam a universidades públicas e a postos de trabalho – dentro das medidas de fomento público social.

¹²¹ Garrido Falla *et alli* comenta, com razão, que grande parte desses exemplos doutrinários clássicos não poderiam ser tidos propriamente como fomento, na medida em que se utilizariam de meios coercitivos. Hipótese mais íntegra de fomento que se faz por meio jurídico seria, então, a liberação do gabarito de construção de prédios em determinada região de uma cidade, com o propósito de estimular seu desenvolvimento comercial ou industrial. V. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada., *ibid.*, p. 396. Por sua vez, Gaspar Ariño Ortiz observa, também com inteira razão, que estas vantagens, características do fomento jurídico, possuem caráter excepcionalíssimo, na medida em que violariam os princípios constitucionais da legalidade e da igualdade diante da lei, a partir de sua concretização por intermédio do que chama de “princípio da inderrogabilidade singular dos regulamentos”. Daí que tais vantagens devem decorrer de expressa previsão legal (v. item acerca dos critérios do fomento público constitucionalmente adequado) e estarem suficientemente justificadas. Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 347.

¹²² SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2004, pp. 350 e 351.

¹²³ E isso talvez porque, “em nossa época, o principal estímulo (idéia essencial do conceito de fomento) é, sem dúvida, o lucro.” DROMI, José Roberto. *Derecho administrativo económico*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985, p. 155.

¹²⁴ Ou, diretamente na definição de Jordana de Pozas, “são todos aqueles que, de um modo direto, determinam a percepção de uma quantia ou a dispensa de um pagamento obrigatório.” POZAS, Juis Jordana de. *Ensayo de una teoría general del fomento en el Derecho Administrativo*. In: *Estudios de Administración local y general. Homenaje al profesor Jordana de Pozas*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1961, pp. 41 a 54, aqui, p. 53.

(imunidades, isenções, regimes especiais de pagamento tributário); os (c) creditícios, ou seja, as linhas privilegiadas de crédito (prazos maiores, juros menores, não-exigência de garantias) ou o fornecimento de meios de sua obtenção (por exemplo, o aval público para a obtenção de crédito no mercado financeiro); e, por fim, (d) os econômicos propriamente ditos, que se resumem à importantíssima figura da subvenção: “atribuição patrimonial, a fundo perdido, de uma Administração Pública em favor de um particular, afetando inicialmente, a prestação, o desenvolvimento de uma atividade do subvencionado”.¹²⁵⁻¹²⁶⁻¹²⁷ Ora: como já mencionados, nada contra classificações, desde que úteis e baseadas em critérios relevantes. A teoria jurídica não pode se limitar a ser discurso legislativo indireto, digressões bizantinas sobre naturezas jurídicas, coletânea de classificações anódinas. Não nos parece que a classificação dos meios econômicos de fomento signifique algo mais que seu valor-face de declaração de conteúdos. Sua utilidade é residual.

¹²⁵ FERNANDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, *passim*. V. definição, ainda, da Lei Geral de Subvenções da Espanha (Lei 38/2003): Art. 1º - Entende-se por subvenção, para os efeitos desta lei, toda disposição, em dinheiro, realizada por quaisquer dos sujeitos contemplados no art. 3º desta lei, a favor de pessoas públicas ou privadas, e que cumpra os seguintes requisitos: a) Que a entrega se realize sem contraprestação direta dos beneficiários; b) Que a entrega esteja sujeita ao cumprimento de um determinado objetivo, à execução de um projeto, à realização de uma atividade, à adoção de um comportamento singular, já realizados ou por realizar, ou à ocorrência de uma situação, devendo o beneficiário cumprir as obrigações materiais e formais que se hajam estabelecido; c) Que o projeto, a ação, conduta ou situação financiada tenha por objeto o fomento de uma atividade de utilidade pública ou interesse social ou de promoção de uma finalidade pública.

¹²⁶ Existem, é claro, outras possíveis classificações doutrinárias. A que se apresentou é a mais usual, tributária, ainda uma vez, de Jordana de Pozas. Há outras, mais ou menos úteis (v. crítica no corpo do texto principal). Juan Alfonso Santamaría Pastor, por exemplo, apresenta uma classificação dos meios de fomento tomando por base as técnicas de aporte de capital. As transferências de capital podem ser diretas ou indiretas. Pela transferência *direta*, que é conceitualmente a mais simples, um ente público entrega recursos monetários destinados a financiar uma atividade considerada de interesse público (a realização de um filme), ou a compensar uma perda de arrecadação (uma intempérie natural provoca a destruição parcial de um cultivo) ou, ainda, a proporcionar ao beneficiário uma renda pessoal que lhe permita levar a cabo uma determinada atividade (uma bolsa de estudos). Já a transferência indireta de capital é muito mais variada; sua tipificação completa apresenta problemas “quase insolúveis”, afirma Santamaría Pastor. Só se pode dizer que se tratam da assunção, por órgãos ou entidades públicas, da realização de inversões econômicas destinadas a melhorar o desempenho de determinadas empresas privadas. Campanhas publicitárias de promoção do consumo de certos produtos; estabelecimento de sistemas de garantia de compras ou de níveis de preços; a realização, pelo Poder Público, de atividades de pesquisa e de desenvolvimento tecnológico, o que vai reduzir o gasto empresarial; a criação ou o financiamento público de fóruns comerciais, que facilitam e reduzem o custo de exibição de produtos (passarelas, feiras etc.) – tudo isso, numa lista evidentemente não-exaustiva, é exemplo de transferência *indireta*. Santamaría Pastor ainda afirma que, de ambas as modalidades, as transferências indiretas são as mais problemáticas, carecendo de um regime legal unitário; costumam não estar previstas em norma jurídica alguma, realizando-se comumente como uma medida da Administração Pública (negociada com o setor econômico) baseada numa autorização orçamentária específica. Com seu uso cada vez mais comum, o ideal é que haja uma formalização normativa crescente. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2004, pp. 353-355.

¹²⁷ A doutrina nacional, em alguma medida, acompanha os critérios utilizados pelos autores espanhóis mais clássicos, os quais, por sua vez, espelham a criteriologia adotada por Jordana de Pozas. Veja-se, por todos, José Cretella Júnior: “Os incentivos podem ser de natureza não fiscal, como ocorre nos casos de doações de áreas a empresas para exploração de atividades econômicas – industriais,

Por outro lado, a introdução dos meios reais dentro do fomento é, de certo modo, criticável. A outorga de uso de bens públicos, dentro de um contrato de concessão, nada mais é do que uma das formas de retorno ao concessionário; a autorização ou a permissão do uso privado de bens públicos, por sua vez, é antes ordenação (do espaço público) ou aquisição com interesses privados do que meio autônomo de promoção de atividades.¹²⁸ Há, naturalmente, cessões de bens que são, de fato, meios de fomento: no exemplo das OSCIPs, fornecer uma sala e bens móveis à entidade é forma de auxiliá-la em suas funções. Mas daí a afirmar, por exemplo, que uma autorização precária de uso público, no interior de um colégio público, permitindo a instalação de uma pequena lanchonete, é atividade típica de fomento, vai uma longa distância.

Criticável, ainda, a inclusão das medidas fiscais dentro das medidas administrativas de fomento. A razão é técnica: são medidas gerais de política econômica, estabelecidas, em geral, diretamente por meio de lei, salvo no caso dos tributos que admitem alteração de alíquota por meio de ato administrativo.¹²⁹ Vale a ressalva, no entanto, de que a doutrina brasileira, em sua maioria, ao falar de fomento, ou, genericamente, de incentivos públicos, inclui, tradicionalmente, os benefícios fiscais dentro da categoria.¹³⁰

A despeito, então, da duvidosa utilidade da classificação, defendemos, aqui, que os meios do fomento público são, usualmente, os creditícios e os econômicos propriamente ditos (leia-se: a subvenção), e que os meios reais podem, por exceção, serem tidos como tais. Já os meios fiscais não se enquadram, rigorosamente, como meios técnicos de fomento. De parte disso, acreditamos que os meios honoríficos são de reduzidíssima eficiência, e que a divisão entre meios jurídicos e econômicos é artificial: melhor seria uma divisão entre meios direta e indiretamente econômicos.

Passemos, agora, aos *instrumentos do fomento*.

Por instrumentos de fomento, queremos dizer os documentos formais que tornam possíveis sua efetivação prática. É, quanto a isso, a variedade é quase tão grande quanto a dos meios. Um simples contrato de concessão de empréstimo bancário, desde que realizado em condições especiais, pode ser um instrumento de fomento econômico creditício. A subvenção, se bem que não propriamente “contratada”¹³¹⁻¹³², pode ter seu ato de concessão acordado por intermédio de um documento formal (desde que nos

limites autorizativos da lei – cf. item sobre critérios do fomento). Nas ajudas públicas interadministrativas, são comuns os chamados “convênios de repasse”: a União, digamos, repassa recursos orçamentários para que Estados executem determinada atividade, e os detalhes, tanto financeiros quanto operacionais, vêm minudenciados num ajuste escrito. Convênios comuns também podem ser instrumentos operacionais de fomento, assim como, pelo menos na denominação formal (o papel aceita tudo), “contratos” de fomento, havidos após a adesão do administrado à pauta apresentada previamente pela Administração.

Mais usual, no entanto, é que o fomento se realize, *in concreto*, por atos administrativos concessivos de benefícios, como, por exemplo, um ato de autorização de uso de bem público em favor de uma entidade dedicada à promoção do esporte.¹³³ No caso específico do fomento cultural, fala-se nos “editais” (da Petrobras, do BNDES etc.), o que evidentemente está errado – o instrumento do fomento é o ato concessivo da subvenção –, mas serve para ilustrar uma característica dessa espécie de ajuda pública, que é o fato de que seu livre e isonômico acesso vem a ser operado, à semelhança das licitações, por intermédio da publicação de editais.

Mesmo com toda essa liberdade instrumental relativa ao fomento público, dois pontos merecem ser ressaltados. O primeiro é a circunstância de que, do fato de existirem contratos não decorre uma liberdade contratual típica para as partes. Podem existir contratos que regulem, no detalhe, a relação de fomento, mas seu conteúdo estará delimitado pelo espaço de atuação de que a Administração disponha, o qual decorre de uma habilitação legal específica. Em outras palavras: nem a Administração Fomentadora nem o particular fomentado podem achar que, porque estão assinando um contrato, estarão dispendo livremente de bens e de interesses. É importante ter cuidado para não se deixar seduzir pela forma “contratual”, a qual, em tese, remete a conceitos como a autonomia da vontade e a livre disposição de interesses pessoais. Aqui, esta vontade autônoma existe apenas de modo supletivo: em sua essência mais significativa, o fomento público é função administrativa, e, portanto, sujeita a todos os controles típicos incidentes sobre esta espécie de manifestação do poder estatal.

Segundo ponto: em que pese a opinião de autores como Juan Carlos Cassagne, não nos parece que exista uma regra interpretativa geral em favor da concessão do benefício ou, de resto, em prol do agente fomentado. Não é porque se trata da concessão de um benefício que vai existir um princípio geral de favorecimento do particular.¹³⁴ Ao

comerciais, de exportação e importação – ou de natureza fiscal, como as isenções de tributos a empresas em pleno funcionamento, quando se trate de atividade que interesse à região ou ao país.” CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 4047.

¹²⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madrid: Iustel, 2004, p. 352.

¹²⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Ibid.*, p. 352. Outras razões técnicas: são regidas pelo Direito Tributário, ao passo que o fomento é matéria tipicamente de Direito Administrativo; o fomento público é ação que auxilia um indivíduo, empresa ou grupo de empresas, enquanto os benefícios fiscais são genéricos; um benefício fiscal não transfere ao beneficiado nenhum bem, ao contrário das medidas típicas de fomento (pensemos no exemplo arquetípico do fomento, a subvenção). Para uma posição intermediária, a favor de que se analise a estrutura de cada benefício fiscal antes de se incluí-lo ou não no fomento, cf. RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, pp. 135-142.

¹³⁰ V., por exemplo, TRAMONTIN, Odair. *Incentivos públicos a empresas privadas e guerra fiscal*. Curitiba: Juruá, 2002.

¹³¹ PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y de apoio al precio político. *Revista de Administración Pública*. Número 14. Madrid: 1954, pp. 11-121, aqui, p. 69; “A subvenção não se pactua. Solicita-se e é outorgada pela Administração.”

¹³² Fernando Garrido Falla *et alii* defendem que os casos em que o Poder Público, num contrato de concessão de serviço público, acresce determinado valor ao que foi estabelecido como tarifa do

concessionário, como contrapartida, assim, ao limite tarifário fixado pelo poder concedente, tratar-se-iam de hipóteses de subvenções contratuais (na medida em que seriam subvenções cuja concessão se deu por intermédio de um procedimento contratual). V. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 391. No nosso Direito positivo, poder-se-ia pensar, como exemplo para o caso, na concessão patrocinada da Lei das Parcerias Público-Privadas (art. 2º, par. 1º, Lei federal n. 11.079/2004), “em que o concessionário remunera-se não apenas pela cobrança de tarifas do usuário, mas, também, pelos pagamentos realizados pela Administração Pública” (PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Comentários à Lei de PPP. Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 83). O “patrocínio” público seria, então, uma espécie de subvenção cuja concessão se deu por meio de um contrato.

¹³³ Nesses casos, o ato administrativo funciona como um *ato-condição*, quer dizer, como condição para que o beneficiário da ajuda pública adquira o *status* de agente fomentado, na qualidade de bolsista, beneficiário da linha de crédito etc. V. ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 34.

¹³⁴ Até porque, “ainda que o fomento signifique ampliar a esfera do particular, também pode ter uma eficácia indiretamente limitadora das condutas dos particulares competidores daquele favorecido pela ajuda” (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial

contrário do que ocorre em outras searas do Direito Constitucional Econômico, em que muitos autores, por diversas razões, defendem a existência de um *favor libertatis* em prol de posições mais garantistas do exercício pleno da iniciativa privada, aqui não há sequer bons argumentos em favor dessa posição interpretativa prévia. Durante a vigência do benefício, deve-se concedê-lo da forma mais fidedigna possível às condições estabelecidas, mas, na dúvida, não vindicamos nenhuma posição pré-concebida nem favor da Administração Fomentadora nem do particular. Da mesma forma que não se deve falar na existência de uma regra de “não-desperdício do esforço de fomento” para a finalidade de impor, na obscuridade da lei ou do instrumento de fomento, sua não-concessão, também não se alegue uma propensão teleológica ou uma vocação finalística pró-fomento (“afinal de contas, o que se pretende é ajudar, mesmo”), direcionando o intérprete a uma eventual concessão do benefício. A técnica da ponderação de interesses e o critério da razão pública tornaram letra morta tais pré-concepções dogmáticas: o que se busca é a interpretação mais clara, ajustada às circunstâncias concretas, genericamente “justa” e imparcial. Na dúvida, valem as regras e técnicas gerais de interpretação das leis e dos ajustes¹³⁵ e, afinal, a correta compreensão do instituto e de suas características: na interpretação do fomento, assim como na interpretação jurídica em geral, o caminho dos atalhos posicionais costuma ser muito mais armadilha estratégico-argumentativa do que estrada segura rumo a soluções harmônicas.

3. O risco do fomento é o risco da intervenção desmedida: a paralisia. Outros riscos

Retomando um assunto sugerido na introdução do artigo, é importante destacar que a atividade administrativa de fomento gravita em torno a dois riscos: a de ser excessiva (ou, de modo simétrico, insuficiente), e a de ser arbitrária. Só num dos casos, o da insuficiência, é que o próprio particular fomentado costuma reclamar. No caso do excesso, o agente fomentado, que se vê paradoxalmente desestimulado por um estímulo, não possui qualquer motivação psicológica para solicitar a cessação da ajuda. E, no caso da arbitrariedade, é natural que os afetados negativamente busquem anular o ato administrativo concessivo do fomento, mas, de toda sorte, seria melhor prevenir do que remediar um problema.

Assim é que registrar os riscos do fomento público poderá nos auxiliar na construção de critérios que sirvam para eliminá-los ou, no mínimo, para indicar, de forma até mais clara, a presença dos males aos quais se referem os tais riscos. Não estamos discutindo o primeiro e principal risco de toda intervenção pública, que é o de, mercê de falta de planejamento, ou de uma miríade de fatores imponderáveis, simplesmente não dar certo. Nem toda ação de fomento público vai atrair interessados; nem toda atividade privada fomentada atingirá os objetivos de interesse público que motivaram a atuação pública. Não é difícil imaginar modalidades esportivas olímpicas que, apesar dos altos valores de patrocínio público, resultem em resultados medíocres. Nem todo filme bancado pela

Comares, 2004, p. 349). Nesse caso, de intervenção num ambiente tendencialmente competitivo, muito embora desorganizar a competição seja risco que se deva evitar (v. item específico dentro deste artigo), é de se perguntar: o fomento amplia a esfera de direitos de um determinado agente econômico, mas pode restringir a de outros (os concorrentes). Vale, então, a regra de que, “na dúvida, age-se em prol do fomento”, ou a regra de que “o fomento é exceção à livre iniciativa, e, como as exceções são interpretadas de modo restritivo, na dúvida, não se concede/amplia/permite o fomento”? A simples enunciação dessas “regras” já dá medida de sua extrema artificialidade.

¹³⁵ Na medida em que, naturalmente, aquele fomento, em específico, sejam aplicáveis regras exegéticas relativas a ajustes, isto é, na medida em que aquele fomento seja mais ou menos “contratualizado”.

Petrobras será sucesso de bilheteria, ou, para usarmos outro signo presuntivo, nem sempre despertará discussões acaloradas sobre o seu sentido ou sobre o sentido da arte. Os riscos do insucesso são comuns a toda e qualquer atividade, pública ou privada, e o fomento, é claro, não escapa a isso.

Outro assunto que também não será tratado neste item – ao menos, não diretamente – é o grande e óbvio risco da corrupção, seja em sentido estrito (envolvendo dinheiro ou trocas de favor), seja num sentido mais lato, no qual a atuação do agente público deixa de ser a de fomentar uma atividade privada de interesse público, e passa a significar o auxílio a uma atividade privada de seu interesse pessoal não-econômico (corrupção do sentido de interesse público).¹³⁶ Trata-se, em essência, de conduta que viola a impessoalidade e a isonomia. É claro que, numa atividade cujo conteúdo discricionário é bastante elevado (v. discussão a seguir), não se pode assumir postura fanática ou radical em relação a possíveis direcionamentos do fomento público, até porque, a uma, ele sempre vai possuir conteúdo material seletivo, a duas, há expressiva liberdade para que a Administração Pública conduza seus planos de ajuda conforme os critérios que mais bem lhe pareçam satisfativos do interesse público: é para isso que a Administração existe, e, em alguns casos, é até mesmo para isso que o administrador foi *eleito*. Discutir se a chefia do Executivo faz bem ou mal em direcionar seus esforços para o fomento da região norte ou nordeste do Brasil, para a atividade agro-pastoril ou para o setor tecnológico é matéria que escapa à análise jurídica; são questões confessadamente políticas. Não se pode pretender “juridicizar” conteúdos desse quilate, que se reconduzem à velha e boa conveniência e oportunidade da Administração.

O primeiro risco do fomento é o risco da intervenção que, em termos temporais ou de intensidade, qualifica-se como desmedida: é a *paralisia*, a perda do *élan* privado. O fomento é atividade pública não-substitutiva da iniciativa privada. Fomento que se eterniza, ou que, por excessivo, neutraliza todo e qualquer risco do negócio, acaba transformando-se numa iniciativa privada com riscos socializados. Ainda que assim não seja, pode acabar por desestimular a competitividade empresarial da região, setor ou agente econômico, ao funcionar como um seguro público de propostas fracassadas.¹³⁷ Atentar para a duração e a intensidade do fomento é fazê-lo adequado à sua finalidade.

¹³⁶ “Como a prática das subvenções desenvolve-se à margem do Direito, o grande problema é que, à sua sombra, floresce a fraude e a corrupção. Por um lado, por detrás de cada subvenção surgem alguns espertos que se colocam na posição adequada e são subvencionados. São os ‘caça-prêmios’, que utilizam a subvenção como veículo de enriquecimento, à custa do bolso dos contribuintes, e de modo contrário à justiça e à eficiência. (...) Por outro lado, ao abrigo da discricionariedade em sua outorga, surge a permanente tentação de vincular a subvenção ao favor político. As subvenções geram, assim, um novo caciquismo, praticado com dinheiro público. Já não se compra o voto com o centavo, como antigamente, mas (...) com a promessa de reindustrialização detrás da qual tudo cabe, ou com a manutenção de produções puramente subvencionadas.” V. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 370. A respeito do tema da corrupção em geral, cf. a excelente coletânea *Corrupção: ensaios e críticas* (AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel [orgs.] *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. Vale dizer que sempre existiram (e provavelmente existirão) vozes que propõem a completa extinção dessa atuação do Estado, sugestão que, a nosso ver, é radical e equivocada; o que se impõe fazer é propor critérios e conteúdos possíveis para sua “juridicização”, mas não sua pura e simples extinção.

¹³⁷ Em certa medida, a política brasileira de reserva de mercado para bens de informática, introduzida pela lei federal n. 7.232/84 (a chamada Política Nacional de Informática; a lei foi revogada pela lei n. 8.248/91, mas a reserva de mercado durou os oito anos originalmente previstos, expirando em outubro de 1992), exemplifica o ponto: os antigos computadores brasileiros, quando não eram cópias piratas de sistemas estrangeiros, estavam muito abaixo, em termos de qualidade técnica, em relação a seus similares internacionais. O fim da reserva de mercado implicou o acesso de mais brasileiros aos produtos tecnológicos, e, de forma geral, incrementou a qualidade dos bens. Ou seja:

A Administração Pública deve ser cuidadosa ao apreciar demandas de extensão de crédito ou de prorrogação de prazo, porque há uma – economicamente justificável – propensão a que os agentes fomentados dependam demais das espécies de fomento. Sugestão é a de que os agentes fomentados demonstrem a obtenção de determinados *graus de performance* como condição de acesso a outras intensidades ou períodos de fomento¹³⁸, tendo a Administração Fomentadora o cuidado de separar, para essa análise, indicadores que comprovem resultados majoritariamente atribuíveis ao desempenho do agente privado (organização dos meios de produção, qualidade do produto ou do serviço etc.).¹³⁹

Há o risco inverso, que é o de o fomento não durar tempo suficiente, ou ser financeiramente inútil, ao estímulo da atividade. É óbvio que um planejamento bem efetivo evitará esse problema, mas, em prol de sua detecção, a Administração Pública pode contar, pelo menos aqui, com os dados do agente privado, que, ao contrário do “excesso”, não possui qualquer estímulo para permanecer em silêncio na hipótese de o fomento ser rápido ou insuficiente. De toda sorte, a característica da transitoriedade do fomento serve boa idéia-força para que excessos temporais – por excesso ou por falta – sejam evitados desde a própria formulação do programa de ajuda.

Muito próximo à paralisia é o risco da introdução de distorções no mercado, à conta de algum *falseamento das condições de concorrência*. Essa é uma das principais preocupações dos europeus.¹⁴⁰ Curiosa, aliás, a posição do fomento público, que, para alguns autores brasileiros, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é saudado como mecanismo típico e preferencial de uma nova Administração Pública, mais próxima ao administrado, consensual, e, no fundo, economicamente liberal (no sentido que latino-americanos e europeus emprestam ao termo), e, para os europeus, em especial os espanhóis, é mecanismo cujo grande risco é o de ser antiliberal, daí as ressalvas e garantias, inclusive legais, no âmbito da União Européia¹⁴¹. Tudo, na verdade, depende do ponto de vista: se fomento público é a opção à constituição de monopólios ou à criação de estatais, ele é instrumento de política econômica liberal; ao servir para

uma posição de fomento público, na modalidade fomento jurídico (atribuição de monopólio temporário), que redundou, por seu tempo ou intensidade, numa situação de perda de qualidade. V. PEDERSEN, Jorgen Dige. The use of historical lessons in studies of economic development. Paper preparado para o *workshop* “Comparative and International Political Economy”, NOPSA XIV Conference, Reykjavik, 11-13 de agosto de 2005, especialmente pp. 14-17. Outro possível exemplo seria a indústria automotora brasileira, que, antes da liberalização comercial dos anos noventa, teve seus produtos considerados, pelo então presidente da República, não carros, mas carroças. Hoje, a situação é outra.

¹³⁸ Indicando a possibilidade do fracasso do pagamento das subvenções contra a justificação, por parte do beneficiário, do cumprimento da atividade fomentada, v. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 394.

¹³⁹ Do contrário, poder-se-ia estar averiguando não a eficiência do particular no exercício da atividade, mas o desempenho global da atividade fomentada – o que poderia mascarar um particular “acomodado” com seu *status* de beneficiário. Bom exemplo do que estamos dizendo é a exigência, pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal – CAPES –, órgão vinculado ao Ministério da Educação, de relatórios periódicos, demonstrando a produtividade acadêmica de seus bolsistas, como condição para a continuidade da ajuda.

¹⁴⁰ V., por todos, PÉREZ, Abel Estoa. *El Control de las Ayudas de Estado*. Iustel: Madrid, 2006.

¹⁴¹ Art. 92 do Tratado de Roma – 1. Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-membros, os auxílios concedidos pelos estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

desordenar a livre concorrência por intermédio de empresas privadas “próximas” e fomentadas pelo do Poder Público, é ferramenta advinda do antiliberalismo econômico. A verdade, no entanto, é que a primeira opção advém de um exagero, e a segunda, de um desvio. Nem o Estado deve necessariamente optar, num primeiro momento, pelas ações de ajuda pública – deve, sim, agir conforme o que for mais adequado às circunstâncias concretas –, nem é fomento público constitucionalmente admissível aquele que desorganiza o mercado e falseia *injustificadamente* as condições de concorrência.¹⁴²

Há um destaque gráfico na última sentença. Injustificadamente. Decerto, restringir ou limitar, sem qualquer motivo lícito, a livre concorrência, é infração administrativa, a ser punida, mesmo quando cometida pela Administração Pública, na forma da Lei federal n. 8.884, de 1994 (art. 20, I, combinado com art. 15, *caput*¹⁴³). Restrições justificáveis à livre concorrência, como, por exemplo, o controle temporário de preços¹⁴⁴, ou a admissão de fusões e aquisições que, ao mesmo tempo em que comprometem a concorrência, melhoram a qualidade de bens e serviços e/ou propiciam a eficiência e o desenvolvimento econômico, *podem* ser admitidas (art. 54 da Lei federal n. 8.884, de 1994¹⁴⁵⁻¹⁴⁶). O mesmo

¹⁴² Posição moderada, vinda de um autor que ninguém poderá acusar de antiliberalismo econômico, é a expressada por Gaspar Ariño Ortiz: “(...) em certas ocasiões não bastará a figura do Estado regulador, e será necessária a oferta, não intrusiva da liberdade nem distorcedora da competência, de incentivos econômicos para corrigir as falhas do mercado, os desequilíbrios sociais e regionais.” Este mesmo autor, pouco antes, apresentara quatro razões para a necessária persistência das ações de fomento: (i) alguns bens fomentados são, no fundo, públicos ou semi-públicos, como a pesquisa industrial; (ii) a ocorrência de externalidades como o meio ambiente; (iii) a assimetria informacional e a restrição de crédito que sofrem as pequenas e médias empresas no mercado financeiro; (iv) a pobreza. Cf. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 372.

¹⁴³ Art. 15 – 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.

Art. 20 – Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

¹⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. *Revista de Direito Administrativo*, n. 226. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 187-212.

¹⁴⁵ Art. 54 – Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

Parágrafo primeiro: O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

¹⁴⁶ “Portanto, as práticas restritivas da concorrência são lícitas desde que devidamente autorizadas pelo CADE, nos termos do art. 54 da nossa Lei Antitruste.” Cf. FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 223.

se diga quanto ao fomento público, que pode, sim, restringir ou falsear a livre concorrência, e, ainda assim, ser admitido, importando destacar, na construção normativa dessa admissibilidade, além do art. 54, *caput* e incisos, da Lei do CADE, seu parágrafo segundo, chamado, na discussão internacional, de “cláusula de interesse público”¹⁴⁷, expressão que tem tudo a ver com os próprios objetivos das ajudas públicas:

Parágrafo Segundo. Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Assim, à atuação administrativa fomentadora da iniciativa privada seria aplicável o art. 54 e o parágrafo segundo da Lei federal n. 8.884, de 1994: em princípio, o fomento público se faz sem condicionamento ou restrição da concorrência, mas, se isso ocorrer, que o seja justificável à luz das condicionantes impostas pelo dispositivo legal.¹⁴⁸

O risco anterior é, por assim dizer, um risco técnico, para o qual, na medida do possível, o Ordenamento Jurídico brasileiro já traz solução. Por muito comum, o falseamento do regime de concorrência competitiva via fomento público produziu literatura e julgados. Só que o risco de que vamos tratar agora é algo que decorre de uma ação de fomento que, em princípio, seria impecável: é o risco da *compressão das liberdades individuais*, de certa *administrativização do espaço privado* por meio da ajuda pública. O risco de “dominar ali onde ajuda”¹⁴⁹ resulta particularmente tentador para a Administração Pública, não por alguma inclinação especial de seus integrantes, mas porque todas as organizações burocráticas tendem a impor sua subdivisão assim que conseguem espaço.¹⁵⁰⁻¹⁵¹ Nunca é demais lembrar que o planejamento é apenas indicativo para o setor privado (art. 174, Constituição Federal de 1988), o que se deve interpretar pela adoção de medidas e de técnicas que permitam suficiente espaço de liberdade individual privada – empreendedora e de consciência. Exemplos clássicos

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 118.

¹⁴⁸ Seria o caso de se exigir, inclusive, que aquele ato público de fomento tendencialmente limitador da livre concorrência seja previamente autorizado pelo CADE, a teor do art. 54, par. 4º, da Lei federal n. 8.884, de 1994.

¹⁴⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 371.

¹⁵⁰ Esse condicionamento pode dizer respeito não só a aspectos gerais da vida social – cultura, economia –, mas também, por óbvio, a orientações político-eleitorais. Falando sobre os problemas constitucionais do Estado social, Ernst ForsthoFF anotou que “o indivíduo se orienta relativamente pouco por princípios ou ideologias; não é primordialmente conservador ou liberal ou socialista, senão agricultor, importador, pensionista, proprietário de imóveis”; assim, “é uma das características do Estado Social que o eleitor, quando vai às urnas, oriente-se primeiramente em função de sua existência individual concreta e vote em consequência.” FORSTHOFF, Ernst. *Problemas constitucionales del Estado Social*. In: ABENDROTH, Wolfgang; DOEHRING, Karl; FORSTHOFF, Ernst. *El Estado Social*. Madri: 1986, p. 55.

¹⁵¹ Tanto é assim que, naturalmente, também há risco de que o patrocínio privado signifique algum tipo de direcionamento em relação à liberdade, artística ou empresarial, do empreendimento fomentado. Comentando sobre o tema, o diretor de teatro Amir Haddad destaca, em tom bastante direto, aquilo que afirmamos: “Empresário não é dirigismo? É. Qual empresário já quis colocar dinheiro num projeto do Tá na Rua? Isso não é dirigismo? Se sopra para o seu lado está tudo bem, mas se deixa de soprar é dirigismo?” DUARTE, Alessandra. Lorca por Amir. Prestes a estreitar ‘Bodas de Sangue’, diretor fala de Rouanet e dirigismos. *O Globo*. Edição de 17 de janeiro de 2008.

são editais culturais com conteúdo ideológico-material muito rígido, que podem, em curto prazo, selecionar negativamente obras artísticas que não estejam conforme ao “bom pensamento” administrativo do momento (seja ele qual for).

Claro que o fomento é seletivo, o que importa dizer que a Administração pode selecionar atividades, regiões, perfis de entidades a serem fomentadas. O Poder Público, por exemplo, não está necessariamente obrigado a oferecer bolsas estudantis para todo e qualquer estudante superior, mas pode destacar cursos cujo desenvolvimento seja de especial interesse para a nação/região/estado/município etc. Do contrário, não existia fomento público digno do nome, mas simples repasse genérico de verbas. A questão é haver justificativa razoável para a seletividade proposta; é a abrangência dessa seletividade (trata-se de seletividade legítima ou de escolha de alguns apaniguados?); é, finalmente, a intensidade e a duração do fomento, comparado ao pano de fundo da economia e da eventual concorrência sofrida pelo agente fomentado. O objetivo de interesse público encartado na atividade privada que venha a ser fomentada não pode significar – por excesso na medida de fomento, ou por simples exclusão na abrangência de conteúdo –, boicote dissimulado em relação às demais atividades ou agentes privados. Esta é, parafraseando Owen Fiss, a “ironia do fomento público”: certos conteúdos e atividades privadas só poderiam existir à sua conta, mas ele também pode ser o maior inimigo da liberdade de expressão e da livre iniciativa.¹⁵²

De forma concreta, tais riscos, derivados dessa funcionalização do interesse público contido na idéia de fomento, dizem respeito, exemplificativamente, a condicionamentos na liberdade sindical, na liberdade de opinião ou na liberdade de ensino. Devem ser tratados como suspeitas, portanto, regras que restrinjam em demasia acesso a fundos públicos com base em critérios como representatividade ou legitimidade.¹⁵³ Bolsas de estudo cujos resultados de pesquisas sejam, desde o início, moderados pelo Poder Público, ou revistas científicas cuja linha editorial não permita críticas (desde que objetivas e embasadas) a ações de seu patrocinador estatal, são outros casos, nem um pouco incomuns, em que fomentador e fomentado sucumbem a uma suave corrupção de idéias e ideais.

Outro risco, comum a todos os atos discricionários (mais sobre isso adiante) é o de que, na prática, haja uma *insubmissão ao princípio da legalidade por via da discricionariedade*. Considerando, no entanto, que, já no próximo item, vamos discutir

¹⁵² FISS, Owen M. *A Ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

¹⁵³ O Supremo Tribunal espanhol, em decisão já antiga (sentença de 7 de novembro de 1984), entendeu que violava o princípio da isonomia uma regra, contida em resolução administrativa, que distribuía oitocentos milhões de pesetas às centrais sindicais “em proporção à sua representatividade”. Algum tempo depois, a sentença constitucional n. 20, de 14 de fevereiro de 1985, declarou inconstitucional a própria referência, na lei Orçamentária anual, a uma distribuição desses fundos de acordo com a representatividade dos sindicatos. Em nossa opinião, não há nada de errado, em princípio, em distribuir verbas segundo tais critérios práticos; o problema pode estar no grau concreto de restritividade implicado pelo critério, e na eventual ausência de “válvulas de escape”, isto é, da distribuição de verbas para entidades que não se encaixam nos limites apresentados. Um bom exemplo de uma criterização objetiva e razoável – e, assim, constitucionalmente adequada – é a atual repartição do fundo partidário, em que um determinado percentual vai para os partidos mais bem votados, e o restante é dividido, de forma isonômica, entre todos os partidos registrados no Tribunal Superior Eleitoral. V. FARRERES, Germán Fernández. De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español. *Revista de Administración Pública*. Número 113. Madri: 1987, pp. 39-75, *passim*.

especificamente a questão, optamos por apenas indicar o ponto. Da mesma forma, registramos, tão-somente, para aprofundar logo a seguir, a possibilidade de *ineficiência econômica* no exercício da função administrativa: se ninguém pode garantir o sucesso de uma empreitada privada que venha a ser fomentada pelo Poder Público, isso não é cheque em branco para a má utilização dos recursos públicos. Deixar de agir de modo cauteloso e racional ao empregar recursos públicos é, no limite, atentar contra a economicidade que deve reger os gastos do Estado (art. 70, Constituição Federal de 1988). O fomento não é uma aposta vã: é, espera-se, uma ação planejada e racional do Estado em favor de uma ação privada de interesse público. Simples assim. Complicado assim.

4. Critérios democráticos e republicanos para o fomento legítimo

Antes de ingressarmos propriamente na apresentação e no debate dos critérios propostos para o exercício de um fomento tido por constitucional e legítimo, pretendemos tratar de duas questões nada fáceis. A primeira delas consiste em saber se o fomento público é atividade administrativa discricionária ou vinculada. A segunda diz respeito às possibilidades de uma ação concreta de fomento vir a ser revogada pela Administração Pública; ou seja, trata-se de saber se estamos tratando de um ato (ou de conjunto de atos) que é “livremente” revogável.

Perguntar-se se o fomento “é” discricionário ou vinculada é falsa questão, na medida em que já traz embutida a afirmação de que uma ação ou atividade administrativa possa ou tenha que ser, disjuntivamente, ou discricionária ou vinculada. Isso corresponde, apenas, a uma simplificação didática: na verdade, os atos administrativos são *mais* ou *menos* discricionários e vinculados.¹⁵⁴⁻¹⁵⁵ Os conceitos de vinculação e de discricionariedade representam, numa imagem, extremos de uma linha, em cujas pontas estão (raros) atos administrativos em que o espaço da discricionariedade é quase

¹⁵⁴ Cf. FIORINI, Bartolomé A. *La Discricionariedad en la Administración Pública*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1948, pp. 46-47. V., ainda, KRELL, Andreas: “Entretanto, vale frisar, já nesse ponto, que a vinculação dos agentes administrativos aos termos empregados pela lei apresenta uma variação meramente gradual. Por isso, o ato administrativo ‘vinculado’ não possui uma natureza diferente do ato ‘discricionário’, sendo a diferença no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador *quantitativa*, mas não *qualitativa*.” (O destaque consta do original.) KRELL, Andres J. *Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial*. Revista ESMAFE – Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. Vol. 8. Recife: TRF 5ª Região, 2004, pp. 177-224, aqui, pp. 184-185. Em sentido próximo ao aqui defendido, mas com ênfase na propositura de *standards* e de critérios de controle dos atos administrativos mais discricionários ou vinculados, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 224ss.

¹⁵⁵ Há quem afirme, a nosso ver sem qualquer razão, que a força normativa dos princípios jurídicos (costuma-se citar, dentro da lógica desse discurso, o princípio da moralidade, o da juridicidade, o da eficiência etc.) teria causado o desaparecimento dos atos administrativos discricionários. Só haveria atos administrativos vinculados, mas vinculados, agora, a uma legalidade entendida em sentido amplo. Afora aspectos técnicos – a linguagem jurídica simplesmente não comporta tal grau de pré-determinação fática – e práticos bastante evidentes, resta claro o potencial antidemocrático e judicialeco dessa opinião. Cf., em posição com a qual concordamos, CARVALHO, Raquel Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: JusPodivm, 2008, pp. 409-411.

absoluto¹⁵⁶, ou praticamente inexistente¹⁵⁷: no primeiro caso, por exemplo, decretos do Chefe do Poder Executivo, que consideram determinado imóvel como de utilidade pública ou interesse social, para fins de desapropriação; no outro extremo, a concessão de licenças a particulares, tiradas a partir de leis que consagrem, sem muitas dúvidas, o direito subjetivo à sua obtenção quando do cumprimento, por aqueles, de determinados requisitos objetivos.¹⁵⁸

Mesmo com tudo isso, a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, por vezes não hesita em encaixar o fomento público dentro das categorias tradicionais, ora entendendo-o como discricionário, mais raramente como vinculado. Exemplo dessa última posição vem, no Brasil, com Marcos Juruena, para quem “o setor e/ou a atividade previstos no plano (...) deveriam ser fomentados à iniciativa privada por meio de *atividade vinculada*, sem a atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções fora de contexto associado ao planejamento (...)”.¹⁵⁹

¹⁵⁶ “Quase”, porém nunca absoluto, na medida em que a discricionariedade “significa uma condição de liberdade, mas não de liberdade ilimitada” “Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.” V. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110.

¹⁵⁷ Há discussão doutrinária acerca de se existe um ato administrativo que seja completamente vinculado. No plano teórico, e na vida prática, mas em casos bastante incomuns, talvez o assunto faça sentido, até porque, como afirma Wallace Paiva, pode existir alguma margem de manobra mesmo para o cumprimento de deveres extraídos de atos administrativos vinculados (v. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência*. Revista dos Tribunais. Vol. 789. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 62-89). Contudo, para o cotidiano usual, existem atos que, para todos os efeitos, são “inteiramente” vinculados, sem que afirmem isso signifique a adoção de nenhum ingênuo positivismo legalista na linha “o juiz é a boca-da-lei”. Exemplo: cumpridos os requisitos de idade mínima e de tempo de contribuição, o servidor público possui direito subjetivo à aposentadoria. O ato de aposentadoria é, então, para todos os efeitos práticos, “inteiramente” vinculado. Em termos meramente operacionais, pode-se resgatar, aqui, a lição de Herbert Hart, trazida a partir da Teoria Geral do Direito, quando afirma que a linguagem do Direito, assim como a linguagem ordinária, possui um núcleo de certeza e uma zona cinzenta de incerteza. Nos espaços de certeza, a analogia veria um ato administrativo vinculado, cuja aplicação pode-se dar de forma “meramente subsuntiva”; as zonas cinzentas são o espaço próprio da discricionariedade, nas quais o intérprete/aplicador faz escolhas. Cf. HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 137ss (capítulo VII – “Formalismo e Cepticismo sobre as regras.”). Cf., ainda, STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: uma análise da textura aberta da Linguagem e sua aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁵⁸ Tradicionalmente, a doutrina administrativista brasileira defendeu que as licenças eram exemplo clássico de ato administrativo vinculado. Entretanto, não basta que o ato em análise seja nomeado, pela doutrina ou por uma eventual legislação, como “licença”, para que se transforme em exemplo de ato vinculado. Faz-se mister que inexistam, na legislação que o institui, termos lingüísticos concessivos de poderes discricionários à Administração Pública (“poderá”, “concederá conforme critérios de conveniência e oportunidade” etc.)

¹⁵⁹ VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99. O destaque não pertence ao texto original. Em outra obra, o mesmo autor afirma que o fomento é “*atividade vinculada*, não cabendo a atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções, sem que amparados por um contexto maior, voltado para o bem-estar de toda a coletividade; daí serem indissociáveis o fomento do planejamento, sob pena de quebra do princípio da igualdade.” VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 54. Aparentemente concordando com o caráter vinculado do fomento, v. MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 85.

Afirmando que, em superação a um passado em que os atos administrativos que viabilizavam as medidas de fomento público eram entendidos como discricionários, e do que se depreende de diversas normatizações específicas, sem prejuízo de outros princípios e regras não-específicas que também operam na redução da discricionariedade, Gaspar Ariño Ortiz, na literatura estrangeira, defende que, “hoje, a doutrina assinala que se tratam de *atos vinculados*”.¹⁶⁰

Não é difícil entender o principal motivo pelo qual tais autores adotam tal posição. Basta reler o tópico anterior. Fomento público, no Brasil e em muitas partes do mundo, quase sempre significou, junto à ocupação de cargos em comissão, o lugar, por excelência, do patrimonialismo. Sendo assim, afirmá-lo como ato “vinculado” é contribuir, a partir da dogmática jurídica, para um uso tendencialmente mais aprimorado. Por mais que aumentem os controles sobre o ato administrativo discricionário, a grande verdade é que ainda resiste e sempre resistirá um resíduo volitivo em que todos os controles sobre a discricionariedade ou são falhos ou são autoritários. Mas, se estamos lidando com um ato administrativo vinculado, as circunstâncias mudam bastante: o controle pode ser, desde logo e sem muita teoria, mais extenso e profundo. Defende-se que a atividade de fomento público é vinculada na expectativa de que isso redunde numa atividade de ajuda pública melhor e mais democrática.

Como dissemos, a maioria da doutrina acredita que a atividade de fomento é tipicamente discricionária. Em que pese a afirmação de Ariño Ortiz, não detectamos qualquer mudança de posição significativa quanto a isso. Aliás, é o próprio autor espanhol quem, ao comentar sobre a classificação dos meios de fomento formulada por Jordana de Pozas, afirma que a concessão do fomento honorífico é bastante discricionária.¹⁶¹ Garrido Falla, Alberto Olmeda e Herminio Losada também defendem, como regra, o caráter discricionário do fomento público, mesmo afirmando que, na outorga de muitas subvenções, aparecem elementos vinculados; desse modo, “a determinação do grau de discricionariedade está determinado e concretizado na convocatória pública da correspondente subvenção.”¹⁶² Fala-se, ainda, e como exemplo de campo para exercício do chamado poder discricionário do Estado, do “poder discricionário de iniciativa”, no qual se inclui a possibilidade de o Poder Público criar novos serviços, promover iniciativas e adotar medidas assistenciais e de fomento.¹⁶³

Nosso posicionamento é simples: *o fomento público, se não pode ser considerado discricionário ou vinculado de modo estanque, está muito mais próximo da discricionariedade do que da vinculação.*¹⁶⁴⁻¹⁶⁵ Isso, claro, como regra; podem existir,

¹⁶⁰ V. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 350. O destaque foi acrescentado.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 346.

¹⁶² V. FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 391.

¹⁶³ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 111. Ainda, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 525: “Finalmente, observe-se que, para o desempenho das funções administrativas de execução do fomento público, existem privatividade, exclusividade, reserva legislativa ou administrativa, que inibam os entes políticos de empregá-las ampla e intensamente (...)” O itálico consta do original.

¹⁶⁴ Decerto que não estamos defendendo, aqui, a insubmissão do fomento a qualquer controle público, muito menos estamos entendendo discricionariedade como sinônimo de “espaço de arbítrio aleatório”. Como disse o Tribunal Supremo Espanhol, “sua [da ajuda pública] outorga como ato discricionário exige a necessária observância de um condicionamento que elimina essa qualidade em sua concepção como atuação de pura disponibilidade” (v. FARRERES, Germán Fernández. De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español. *Revista de Administración*

e freqüentemente existem, hipóteses nas quais a ajuda pública concreta restará vinculada, ou por uma norma legal específica, ou pelos termos do edital ou do contrato. Além disso, as medidas de fomento público que importem dispêndio de verbas ou desonerações fiscais devem se submeter às restrições normativas trazidas genericamente pela Constituição e, em específico, pela Lei de Responsabilidade Fiscal (autorização orçamentária, indicação de fonte de custeio etc.).

Essa posição é a que mais se amolda à realidade concreta das ações de ajudas públicas. Afirmá-lo como atividade vinculada na esperança de reduzir sua malversação é um equívoco, porque apela a uma incompreensão teórica no afã de reduzir um abuso prático. O papel da doutrina, no que toca à construção de um fomento público republicano, é essencialmente o de estabelecer e difundir critérios dogmáticos consistentes e operacionais; a partir daí, discutir se o fomento é vinculado ou discricionário pode até mesmo passar para segundo plano. Além disso, não é porque todas as atividades públicas, hoje em dia, submetem-se a controles finalísticos e principiológicos, que o fomento vai deixar de ser, em princípio, atividade discricionária: a valer esse argumento, que parece se extrair da posição de Gaspar Ariño, já não mais existiria discricionariedade em nosso Direito, opinião francamente equivocada, que parte de uma boa intenção (um mundo sem abusos da Administração), investe em instrumentos inservíveis (os princípios jurídicos não são oráculos que apontem únicas respostas corretas) e acaba por legitimar excessos dos órgãos de controle (Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas sempre estarão a postos para discordar acerca de qual é o “único” caminho que os tais princípios jurídicos indicaram para aquela atividade, antes discricionária, hoje supostamente vinculada).

Outra questão, próxima à de se saber se o fomento público é discricionário ou vinculado, é a da revogabilidade, ou não, das ações públicas de fomento. Se o fomento público é, em princípio, discricionário, daí decorre que se consagre, também, uma regra geral de sua *revogabilidade*. A Administração Pública pode desistir de uma medida de fomento. Não está obrigada a continuá-la até sua conclusão, seja lógica (por ex., a conclusão do filme) ou econômica (a maturação do negócio privado e sua auto-sustentação).

O dinamismo da economia contemporânea se reflete, também, na admissão de uma grande flexibilidade à Administração Pública para o exercício do fomento: se, num primeiro momento, a opção que realiza o melhor interesse público é, por exemplo, a de ajudar o setor sucroalcooleiro, pode ser que, mudadas as condições macro-econômicas, atingida a maturidade parcial do negócio, ou surgido um novo objeto ou região que justifique uma nova programação de investimentos, seja necessária a descontinuidade do auxílio, e o investimento, por hipótese, no setor tecnológico. O Estado não se auto-vincula para sempre a uma determinada opção de ajuda pública. Interromper motivadamente uma ação de fomento não significa “despromover” a atividade, no sentido pejorativo que

Pública. Número 113. Madrid: 1987, pp. 39-75, aqui, p. 50). Só estamos afirmando que, no comum da formulação e execução de ajudas públicas, há mais espaço para escolhas públicas, desde que razoáveis, proporcionais e legítimas, do que em muitas outras atividades administrativas.

¹⁶⁵ “Ainda que, em algum caso de arbitrariedade clamorosa, produziu-se a anulação de um ato de concessão (ou de denegação) por um tribunal, o normal é que os juízes renunciem a revisar, em seu fundamento material, a adjudicação de uma subvenção, pois, de fato – dizem –, ‘é à Administração que cabe determinar, em função das necessidades da economia nacional, as medidas que devem ser adotadas para conceder ajudas, subvenções e créditos’ (assim, STS de 28 de maio de 1985). Desta forma, nas subvenções existe uma margem de ‘discricionariedade técnica’, e neste campo o controle judicial é muito limitado.” ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 368.

alguns autores consideram constitucionalmente vedado.¹⁶⁶ Trata-se, apenas, de adequar a ação do Estado à realidade¹⁶⁷, ou, no mínimo, de fazer incidir o princípio democrático: diversos governos, diferentes ordenações de prioridades, distintas políticas de fomento.

Há outras conseqüências advindas da revogabilidade. Em primeiro lugar, o fato de se ter recebido uma subvenção, em determinado período, não serve como precedente para se pretender obtê-la em período subsequente. Além disso, não existe um direito à renovação ou ao aumento da subvenção.¹⁶⁸ Tudo isso pode parecer muito draconiano em desfavor do agente privado fomentado. É hora, então, de mitigar excessos: de fato, a Administração Pública é fundamentalmente livre para terminar uma ação específica de fomento, o que não quer dizer que o particular fomentado, presentes determinados requisitos, esteja completamente refém dos humores do Poder Público. Há limites e condicionantes. Vejamos alguns.¹⁶⁹

O próprio edital, ou alguma legislação especial, pode garantir direitos subjetivos do fomentado em face da Administração Fomentadora.¹⁷⁰⁻¹⁷¹ Além disso, são aplicáveis, aqui, os argumentos de boa-fé objetiva e de proteção da confiança legítima do administrado em relação à Administração, desde que estejam presentes os requisitos justificadores destes argumentos: (i) a prática de atos contraditórios pela Administração Pública; (ii) o ato da Administração, cuja continuidade se pretende, deve consistir numa conduta intencional, firme e segura, e não em mera tolerância; (iii) ausência de norma jurídica autorizativa da contradição entre os dois atos; (iv) a violação concreta à boa-fé

¹⁶⁶ “Esta é a eficácia mínima dos comandos expressos na Constituição: a proibição, dirigida ao Estado, de inibir, prejudicar e embaraçar as atividades que deve fomentar, ressalvada a tributação de caráter geral.” V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 524 (o destaque consta do original). “Ao Estado, por sua vez, fica vedado, comissiva ou omissivamente, atuar de forma a prejudicar as atividades destacadas pelo ordenamento jurídico como objeto de fomento público.” MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 84.

¹⁶⁷ CARVALHO, Raquel Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da Administração*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 95: “Por força do referido princípio [da realidade], não pode qualquer norma administrativa ignorar o mundo dos fatos a que se refere.”

¹⁶⁸ FALLA, Fernando Garrido; OLMEDA, Alberto Palomar; GONZÁLEZ, Herminio Losada. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. 12ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 392.

¹⁶⁹ Há quem afirme que essa revogabilidade não existe. Assim, Fernández Farreres: “A Administração outorgante não pode, em conseqüência, tornar sem efeito a ajuda concedida, fora das causas fixadas que, previstas com antecipação, hajam presidido o ato de outorga aceito pelo beneficiário, devendo-se concluir que o caráter “gracioso” da ajuda (...) não dota a Administração de uma faculdade de livre revogabilidade a ponto de poder deixar sem efeito, a qualquer momento, a ajuda concedida.” V. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español. *Revista de Administración Pública*. Número 113. Madrid: 1987, p. 51. Desenvolver em FERNÁNDEZ FARRERES, German. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983, p. 443ss. Ainda, nesse sentido, partindo do caráter contratual de uma eventual subvenção, Cassagne: “O certo é que, se a fonte da subvenção deriva de um contrato, sua concessão deixa de ser discricionária e o particular terá ação para reclamar seu cumprimento ante a Justiça (...).” V. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7ª ed. atualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, p. 348 (o destaque foi acrescentado). Preferimos adotar a posição clássica, que é favorável à revogabilidade do fomento, porém mitigá-la, com significativas exceções.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 392. Um caso bastante específico é o das desonerações tributárias, cuja alteração extintiva fará incidir a regra especial do Direito Tributário (anterioridade, irretroatividade).

¹⁷¹ De toda sorte, é incomum que tanto os acordos quanto as leis garantam direitos a renovações ou a aumentos automáticos, em especial porque isso iria de encontro à idéia de eficiência econômica no desempenho da atividade fomentada.

do administrado.¹⁷² Se o particular assumiu compromissos financeiros com base em indícios consistentes de que a ação fomentadora continuaria, e se inexistia impedimento legal para que isso ocorresse, afigura-se-nos possível pleitear eventual compensação pecuniária, ainda que não se possa determinar a continuidade do fomento.¹⁷³ A questão, aí, estaria mais na violação à confiança no que na busca da persistência forçada de um programa de auxílio, o que é impossível.

Exemplo: decreto do Poder Executivo federal prometeu diminuir o imposto de importação de veículos estrangeiros. É medida que se pode considerar, sob certo aspecto, como de fomento negativo.¹⁷⁴ Com base nisso, uma série de contribuintes trouxeram carros de fora do país, para serem surpreendidos com a revogação da referida medida antes que os carros houvessem chegado ao Brasil. Tirante o debate propriamente tributário acerca de qual é o momento da ocorrência do fato gerador da obrigação de pagar o imposto (se no desembarço alfandegário, como o STF tradicionalmente entende¹⁷⁵, ou no momento da celebração do contrato de importação dos veículos, como pretendiam os contribuintes), fato é que se pode ler tal situação à luz da teoria do fomento público e da violação à confiança legítima dos particulares.¹⁷⁶ A União pode modificar as alíquotas do imposto de importação, dado o caráter extra-fiscal – de estímulo ou de desestímulo de determinada atividade – com que se reveste tal tributo, mas não o poderá fazer em circunstâncias violadoras da boa-fé dos contribuintes. Caberia, aqui, a

¹⁷² Adaptado a partir de PÉREZ, Jesús Gonzáles Pérez. *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*. 4ª ed. Madrid: Civitas, 2004, pp. 69-74. Segundo a literalidade da apresentação do autor, existem cinco requisitos para a aplicação do princípio da proteção da confiança legítima do administrado em relação à Administração Pública: (a) o ato da Administração deve ser suficientemente conclusivo para produzir no afetado a confiança de que a Administração atua corretamente, ou de que é lícita a atuação que ele mantém em relação ao Poder Público, ou, ainda, de que suas expectativas, como interessado, são razoáveis; (b) a Administração deve gerar sinais externos, que, inclusive sem necessidade de serem juridicamente vinculantes, orientem o cidadão a uma determinada conduta; (c) um ato da Administração que reconhec ou constituiu uma situação jurídica em cuja continuidade o particular podia confiar; (d) deve existir uma causa idônea para provocar a confiança legítima do particular afetado, a qual não se poderá gerar por mera tolerância, negligência ou ignorância da Administração Pública; (e) o administrado deve haver cumprido todos os deveres e obrigações que lhe incumbem no caso. V., ainda, CASTILLO BLANCO, Federico A. *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons, 1998; SCHONBERG, Sören J. *Legitimate expectations in Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. Na doutrina brasileira, ainda que sob o prisma do Direito privado, cf. SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 131-162.

¹⁷³ Discute-se, na doutrina alemã e suíça que trata do princípio da proteção da confiança legítima, sobre se a indenização é a melhor solução jurídica para os casos de violação àquela norma, ou se a saída seria a anulação do ato administrativo “violador”. No caso do fomento, por suas próprias particularidades, a indenização parece a única alternativa. Cf. CALMES, Sylvia. *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*. Paris: Dalloz, 2001, esp. p. 457ss (item C, “Indemisation”).

¹⁷⁴ Há certa concessão teórica neste argumento, porque o propósito da redução do imposto de importação não é exatamente o de desprometer uma determinada atividade – no caso, a montagem de carros no país –, mas o de, pelo incremento na concorrência trazido pelo acesso fácil aos carros importados, forçar a indústria nacional a baixar seus preços e a melhorar seu nível de qualidade. A segunda concessão teórica é o fato de se considerar uma medida fiscal como exemplo de fomento – como já mencionamos, não é a nossa posição, embora tal entendimento seja comum na doutrina nacional.

¹⁷⁵ V., por ex., RE 224.285-9.

¹⁷⁶ Analisando o problema, ainda, a partir da regra da irretroatividade tributária, v. ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

responsabilização civil da União, com a determinação de pagamento, além de danos morais, do valor do acréscimo do tributo, a título de danos patrimoniais.

Em outras palavras: mesmo mais próximos dos atos discricionários do que dos atos vinculados, os atos administrativos que servem para operar, na prática, a função do fomento público, podem ir perdendo gradativamente essa característica conforme (a) leis específicas assim o determinem, (b) existam cláusulas concessivas de direitos no contrato ou no edital, (c) surjam, *in concreto*, condições que permitam o uso de argumentos relacionados ao princípio da segurança jurídica (proteção da confiança legítima, boa-fé objetiva, Teoria dos Atos Próprios etc.).

O particular pode não ter direito a um novo período da subvenção, mas, se isso estiver presente no acordo escrito, caso ele haja cumprido todos os requisitos estabelecidos, e se a ação de fomento não houver sido motivadamente interrompida, terá direito a receber a quantia: o Poder Público não pode, de modo aleatório e não-geral, simplesmente deixar de repassar os valores ao agente fomentado. Havendo prazo pré-determinado, a Administração Pública a ele se vincula.¹⁷⁷ Existindo indícios sólidos da concessão de algum benefício, ainda que ausente sua formalização, pode-se pretender alguma responsabilização civil: fulano recebe carta, enviada pela Secretaria de Cultura, comunicando acerca da aprovação de seu projeto cultural e convocando-o para a assinatura de algum documento que formalize a ajuda pública, e, na confiança, adquire insumos necessários à consecução de seu trabalho, apenas para vir a ser surpreendido com uma negativa do Poder Público. Parece-nos provavelmente exitosa a tentativa de responsabilizar civilmente a Administração Fomentadora. Outra hipótese, não de todo incomum no mundo do fomento público, é a da alteração dos critérios de concessão da ajuda no meio de um processo seletivo/concessivo: essa postura é, naturalmente, inválida.¹⁷⁸

Dissemos, quando tratávamos da natureza jurídica da relação de fomento, que o particular possui direito subjetivo ao recebimento do benefício fomentado. Como conciliar tal afirmação com a assertiva de que uma ação de fomento, como regra, pode ser revogada? A combinação não causa espécie: cumpridos os requisitos específicos daquela relação de fomento, o agente fomentado possui direito subjetivo ao recebimento dos benefícios, desde que o fomento público não haja sido terminado pela revogação motivada. Repita-se que, se a Administração Pública fixou prazo, este deve ser respeitado.

Após essa discussão sobre vinculação e revogabilidade, chegamos, enfim, à nossa proposta acerca dos critérios, de formulação e, principalmente, de concessão do fomento. Como o próprio nome diz, trata-se de critérios, isto é, de maneiras de se orientar uma ação. É claro que serão gerais. Entretanto, é importante não perder de vista que, quanto mais genérica a indicação do que se deve fazer, menos precisa, e, portanto, útil, ela será; o desafio é traçar caminhos simultaneamente consistentes e versáteis.

Apenas por uma questão de clareza na exposição, sem pretender, com isso, adentrar em maiores discussões metodológicas, optamos por dividir os critérios de concessão

¹⁷⁷ Esse é hipótese bastante ilustrativa, portanto, de uma completa inversão da regra da revogabilidade, o que se admite, é claro, mas apenas na presença de atos explícitos de vontade, seja da vontade legislativa ou da vontade das partes em um acordo.

¹⁷⁸ O Supremo Tribunal Federal decidiu, nos Mandados de Segurança n. 27160, 27253 e 27165, confirmando posição do Conselho Nacional de Justiça, que não é possível modificar os critérios seletivos de concurso público no curso de sua realização. Embora concurso público não seja fomento público, as razões de fundo da decisão – “o edital é a lei do concurso” – também são aplicáveis ao nosso tema. A única possibilidade de revisão dos critérios de concessão durante o período de seleção dar-se-ia mediante a devolução do prazo de inscrição, e, ainda assim, a Administração deveria assumir a reparação de eventuais gastos que os participantes houvessem realizado, em função do certame, até a data da alteração.

em *formais e materiais*. Os critérios formais dizem respeito à maneira como se vai decidir. Os critérios materiais são aqueles relacionados ao conteúdo da decisão. Além dos critérios de concessão, ainda comentaremos, de modo breve, dois critérios relativos à *formulação* de políticas de fomento.

Eis os critérios formais da concessão: (i) transparência e proceduralização; (ii) competitividade; (iii) objetividade. Quanto aos critérios materiais de concessão do fomento público, são eles (a) a não-lucratividade, (b) a eficiência do gasto público e (c) a razão pública. Os critérios da formulação do fomento aqui comentados são dois: (1) a submissão ao debate público e (2) a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento e o direito fundamental que se pretende fomentar.¹⁷⁹

A título de completude, não se pode deixar de comentar o maior de todos os requisitos – não se trata, a rigor, sequer de critério, já que não orienta qualquer decisão, seja de concessão ou de formulação de uma política de fomento, mas é o próprio pano de fundo a partir do qual elas são executadas: é a exigência de que o fomento se faça com base no princípio da legalidade. Já se defendeu que, porque a atividade de fomento público é benéfica, ela não se regeria pelo princípio da reserva de lei.¹⁸⁰ Hoje em dia, ninguém teria coragem de imaginar atividade pública que fosse alheia à legalidade.¹⁸¹ Não defendemos, aqui, a exigência de que toda e qualquer ato administrativo que concretize uma ação de fomento público tenha que estar rigorosamente pré-determinado numa lei em sentido formal e material. Tal concepção de legalidade é pragmaticamente impossível.¹⁸²

O que se exige, então, é uma autorização legislativa genérica para a atuação do fomento público. Ainda aqui, há limites: seus termos não podem ser nem tão gerais que não permitam o controle, ou que se tornem, na prática, um cheque em branco, nem tão específicos que impossibilitem a atuação administrativa (pois tudo seria “ilegal”). Há requisitos mínimos para essa lei: sempre na medida da generalidade possível, a indicação de eventuais beneficiários; os requisitos para a obtenção das ajudas; os critérios de

¹⁷⁹ Trata-se, é óbvio, de recorte epistemológico, de escolha, pessoal. Outros autores farão outras escolhas. Assim, Ariño Ortiz sustenta, como “princípios” do fomento (o que se pode ter como critérios, na nossa terminologia), a legalidade, a livre concorrência e a eficiência do gasto público. V. ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 349ss. Já Ignacio de la Riva defende, por exemplo, como “princípios jurídicos reitores da atividade subvencional” (idem), dentre os materiais, o princípio da subsidiariedade, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da eficácia; como princípios formais, o princípio da legalidade e da reserva de lei, o princípio da transparência e o princípio do controle. Cf. em RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 193ss.

¹⁸⁰ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 349. A favor de que os atos ampliativos de direitos estejam fora do âmbito do princípio da reserva de lei, v., por todos, ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 577: “Por outro lado, os atos ampliativos não necessitam, em relação ao destinatário, de uma cobertura legal superior, sem prejuízo de que, com frequência, as regras de garantia do gasto público, ou de igualdade ante a Lei, ou de outro caráter, possam impô-la para condicionar estritamente sua emissão.”

¹⁸¹ “Pois bem, em que pese tratar-se de medidas consistentes em estímulos positivos de caráter voluntário, em qualquer caso estas medidas devem ter cobertura legal prévia que habilite expressamente a Administração, dado que incidem de forma clara nos direitos de liberdade de empresa e de igualdade, do que decorre sua submissão ao princípio da legalidade.” FELIÚ, José María Gimenu. Legalidad, transparencia, control y discrecionalidad en las medidas de fomento del desarrollo económico (ayudas y subvenciones). *Revista de Administración Pública*. Número 137. Madrid: 1995, pp. 147-187, aqui, p. 167.

¹⁸² EISENMANN, Charles. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 56, pp. 54-55.

seleção; os benefícios e deveres impostos ao agente fomentado.¹⁸³ Dessa forma, não cumpre o requisito da legalidade um ato de fomento cujo fundamento legal seja, única e exclusivamente, uma autorização na Lei Orçamentária (ainda que isso seja essencial). O fomento não corre à margem da lei, mas dentro de uma normatividade que, de modo seguro, permita suficiente plasticidade para cada ato concreto. Tudo o que se disse a respeito dos atos dispensadores de ajuda vale, também, para os regulamentos sobre fomento: devem possuir base legal, a qual deve indicar, na medida do possível, beneficiários, benefícios e critérios de seleção. A partir daí, a liberdade de criação é ampla.

Falemos, então, dos critérios *formais* da concessão do fomento.

Imaginemos a seguinte situação: desportista solicita ingresso num programa de fomento de sua modalidade. Dias depois, recebe um telefonema: o pedido foi negado. Por qual motivo? A funcionária não tem como dar a resposta, já que os pedidos, por medida de economia e de “efetividade do processo”, são apreciados e decididos de modo oral pelo responsável do setor, que não guarda registro, também por economia, agora de espaço. Muito embora tal realidade possa corresponder aos sonhos de muitos administradores, bem ou mal intencionados – os bem intencionados acreditarão que desburocratização significa total ausência de formalismo; os mal intencionados preferem não deixar rastro –, a verdade é que se faz necessária a existência de formalidades prévias e concomitantes à concessão do fomento. Formalidade, desnecessário dizer, não é formalismo excessivo, “gaiola de ferro” da burocracia, amontoado de papel: é a medida exata entre a segurança, tanto do administrado quanto da Administração, e a eficiência na prestação do serviço. Tais formalidades, ainda, deverão ser expostas à supervisão e à crítica do olhar público. Daí nosso primeiro critério formal: (i) *transparência e procedimentalização* do fomento público.

Nem todos os procedimentos concessivos de ajudas públicas serão iguais, mas todos deverão estar previamente estabelecidos à data da seleção. Deverão ser públicos, não apenas em sentido burocrático-formal, mas em sentido material: não deve bastar a publicação, em órgão oficial, de edital de seleção pública de propostas de apoio à música, mas sua divulgação em revistas, jornais e ambientes freqüentados por possíveis interessados. Transparência, contudo, não é sinônimo de evasão de privacidade: se, por exemplo, constam dados empresariais sigilosos numa solicitação de fomento (a empresa abre seu balanço ou indica planos empresariais em algum documento encartado aos autos), a publicidade daqueles autos restará limitada, mesmo que tão-somente quanto ao conteúdo sigiloso.¹⁸⁴

A existência de um procedimento concessivo prévio, e o acesso e conhecimento, por todos os legitimamente interessados¹⁸⁵, a respeito de todas as suas fases, é, numa

¹⁸³ RIVA, Ignacio M. de la. *Ayudas públicas: incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 223. Os atos concretos de dispensação de ajudas, como já mencionamos, estão, via de regra, mais próximos da discricionariedade do que da vinculação: a existência de leis com esse conteúdo mínimo é, por assim dizer, seu registro mínimo de vinculação, que pode aumentar ou diminuir conforme as circunstâncias concretas.

¹⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Segurança n. 21.729-DF, entendeu que o sigilo bancário não se aplicava, quando o requisitante das informações era o Ministério Público Federal, a operações de financiamento creditício realizadas pelo Banco do Brasil na condição de “executor da política creditícia e financeira do Governo Federal”. Logo, há exceções quanto à abrangência subjetiva desse sigilo: o MPF pode requisitar dados e documentos relacionados a seleções e instrumentalizações formais de fomento público.

¹⁸⁵ Em princípio, todo e qualquer cidadão deve ser considerado parte legítima a ter acesso aos autos de um processo no qual tramite uma solicitação de fomento público, ou aos documentos preliminares que justificaram a formulação de um edital na forma como acabou saindo. Acontece que, como quase tudo na vida da Administração Pública, tal ampla acessibilidade também se presta a abusos:

síntese, o conteúdo mínimo do primeiro critério formal do fomento público. Aliás, este critério, a par de possibilitar a incidência de controles sobre o ato concreto de concessão do benefício, sendo, assim, derivação do princípio democrático¹⁸⁶, é tido, por Ariño Ortiz, como uma das únicas formas de se submeter o fomento ao mundo do Direito: “Por isso, já que é impossível o controle sobre as questões de fundo, a submissão ao Direito da atividade de fomento deve realizar-se por intermédio do *procedimento* e do *órgão gestor*.”¹⁸⁷ Se não concordamos integralmente com o autor – em nossa opinião, é possível, ainda que complicado, o controle sobre questões materiais –, a existência de um procedimento transparente é, sem dúvida, critério da maior importância: apenas por ele, muitas das arbitrariedades que compõem a história do fomento no Brasil jamais teriam ocorrido.

Além de outorgado por intermédio de um procedimento administrativo transparente, o fomento deve promover, na medida em que as circunstâncias daquele objeto fomentado assim o permitam, a (ii) *competitividade*. É claro que uma ação de fomento não é uma licitação pública; a competitividade é, mais do que já o é na licitação, valor-instrumental, que existe na medida em que permita a seleção de um particular apto a mais bem desempenhar a atividade. Só que, ao contrário do que usualmente ocorre numa licitação, aqui, o particular pode, justamente, precisar da ajuda pública de forma a adquirir maiores condições de ser competitivo (junto ao mercado em geral, não em relação ao processo seletivo instituído pela Administração). Ou seja: o interessado pode precisar da ajuda para ser mais competitivo, e, portanto, não se lhe poderia exigir uma máxima competitividade antes disso.

Assim, o desenho da seleção pública deve ser tal que, de modo competitivo, selecione aquele agente que tenha condições de melhor desempenhar a atividade a partir do fomento público, ainda que, não necessariamente, ele já seja o melhor dentro do setor. Trata-se de selecionar o agente privado que comprove, da melhor forma possível dentre todos os outros agentes privados colocados em igualdade formal e material de condições, que vai realizar, dentro dos parâmetros esperados pela Administração, a atividade fomentada. Não se trata, no entanto, de uma “engenharia de obras prontas”. É preciso saber dosar a esperada eficiência na execução do objeto fomentado com a necessidade do fomento. Uma boa estratégia para isso pode ser, por exemplo, dividir os processos de seleção por faixas de faturamento das possíveis empresas interessadas, de forma a que apenas entidades assemelhadas concorram

não é incomum que processos seletivos sejam obstados por pedidos infundáveis de certificações, cópias de documentos, justificativas em cima de justificativas etc. Se isso ocorrer, é possível que se exija alguma comprovação de legitimidade do pedido ou do interessado, seja por proximidade com a indústria, ou pela indicação de indícios de fraude. Além disso, a informação que se busca deve ser passível de documentalidade. O que não se pode admitir é que a Administração seja instrumentalizada – à conta da exigência de transparência – para finalidades contrárias à seleção do melhor agente privado apto a ser fomentado.

¹⁸⁶ “Um novo tratamento para o tema [da discricionariedade] acarretaria a atenção, não tanto para o ato discricionário como resultado do exercício de poder, mas para o processo formativo da decisão ou para o conhecimento dos mecanismos decisoriais. Daí resultaria a preocupação com regras organizacionais e instrumentos pelos quais se realizaria o conhecimento e consideração dos diversos interesses; e, ainda, a preocupação com os meios de assegurar informação ao público, o acesso da população às decisões da Administração. (...) A democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do legislativo; deve transportar o limiar da Administração e afíligar.” MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

¹⁸⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 373.

entre si.

É claro que nem sempre é possível o disparo de um processo competitivo de seleção de agentes a serem fomentados. Nesses casos, a regra é o livre acesso, ou, se isso também não for possível (o que provavelmente ocorrerá, uma vez que os recursos públicos não são infinitos, e o número de potenciais interessados em ajudas públicas não costuma ser pequeno), pode-se adotar o critério cronológico do ingresso dos requerimentos junto à repartição competente. É critério simples, mas, na falta de outro melhor, e desde que não haja fraudes, um dos mais eficazes na garantia da isonomia.

Outro critério formal importante é a (iii) *objetividade*. A competitividade deve se basear em critérios objetivos. Construções como “a critério da Administração Pública”, ou que se refiram a padrões ou pautas subjetivas de julgamento, devem ser evitadas. Caso isto não seja possível – nem todas as opções administrativas envolvidas no exercício do fomento público conseguiriam ser tão objetivas assim –, que, ao menos, o ônus da decisão seja delegado a um painel de julgadores. Um grupo de juízes, quando bem escolhidos, inclusive a partir de critérios como a diversidade de posicionamentos políticos, estéticos e ideológicos, pode produzir decisões com acréscimo de racionalidade em relação a juízos singulares.¹⁸⁸

Quanto aos critérios materiais aqui propostos para a concessão do fomento público, o primeiro deles é, também, o de mais simples apreensão: (a) a *não-lucratividade* da ajuda. O art. 19, item 3, da atual Lei Geral de Subvenções da Espanha, merece ser destacado por resumir a idéia: “3. O aporte das subvenções, em nenhum caso, poderá ser de tal quantia que, isolada ou conjuntamente com outras subvenções, ajudas, ingressos ou recursos públicos, supere o custo da atividade subvencionada.” O fomento não deve servir, por si mesmo, como fonte de enriquecimento do agente fomentado. Significa dizer que a quantia ou ajuda deve ser quantificada na exata proporção da demanda do negócio ou da atividade. Nem mais, nem menos. Não há nada de errado em que o empresário persiga e obtenha lucro com a atividade (pelo contrário: dependendo do caráter comercial da atividade, isso até deve ser buscado), mas, naturalmente, a fonte de lucro não deve advir do fomento. Esse critério material, que incide sobre a quantificação da ajuda, é a fonte imediata da obrigação de devolução de quantias sobrantas à execução do projeto ou da atividade fomentada; do contrário, poder-se-ia pensar, até mesmo, num enriquecimento indevido do particular, por falta de causa legítima.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Por outro lado, painéis compostos de forma homogênea frequentemente significam intensificação de eventuais desvios cognitivos, o que redundam em piores decisões. Acerca da importância da heterogeneidade na composição de grupos julgadores, v. SUNSTEIN, Cass. *Why societies need dissent*. Harvard University Press: Londres, 2003 (esp. cap. VII, “The Law of Group Polarization”, pp. 111-144). Há, ainda, a questão de que órgãos colegiados costumam reduzir a possibilidade de corrupção, se não porque geram uma maior chance de descoberta da fraude, porque aumentam os custos de transação do suborno. V. POSNER, Richard. *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*. *Raio Juris*, vol. 17, n. 1, pp. 66-79, aqui, p. 78.

¹⁸⁹ V. art. 884 do Código Civil: Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Desenvolver em KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no Direito Civil Brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tese de doutorado apresentada à UFPR como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito; ainda, MOSCON, Cledi de Fátima Manica. *O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro*. Porto Alegre: Síntese, 2003. A seguir Luís Manuel Menezes Leitão, ter-se-ia, aqui, um enriquecimento sem causa por prestação (os destaques foram acrescentados): “O enriquecimento por prestação respeita as situações em que alguém efetua uma prestação a outrem, mas se verifica uma ausência de causa

Diretamente conectado com a discussão sobre o pragmatismo no Direito é o próximo critério material: a análise da (b) *eficiência do gasto público* em sua concessão. Pode-se dizer que analisar a eficiência do gasto é, simplesmente, fazer incidir um filtro de praticidade junto à seleção das características subjetivas do particular a ser fomentado. Não se pode gastar dinheiro com quem não possui a menor condição de dar algum retorno, social ou econômico, ao Estado e à sociedade. Não estamos falando de lucro, até porque o Estado, por definição, a ele não visa, mas à realização de algo tão diáfano e indefinível quanto sentido concretamente no dia-a-dia; o bem comum.

Aqui, o que vale é algo próximo à idéia de adequação, assim como tratada nas explicações acerca do princípio da proporcionalidade: é uma relação lógica entre a finalidade proposta e o meio a ser empregado. Só que não lidamos com uma relação de capacidade meramente lógica – “ser capaz de fazer” –, mas, além disso, acrescenta-se o “ser capaz de *bem* fazer”, ou, em alguns casos, o “ser o *melhor* a ser capaz de fazer”.¹⁹⁰ Busca-se afastar, com a seleção pública, os lunáticos, os nefelibatas, os cronicamente incapazes, aqueles que só buscam drenar o erário em troca de alguma adulação de seus egos, sem produzir nada de útil ou de relevante. Decerto que esse filtro tem que ser realista o suficiente para ser útil, e largo o bastante para que não exclua quem mais precisa do fomento (v. debate à frente).

Algumas indicações concretas: as receitas que constituem o orçamento tanto do Comitê Olímpico Brasileiro – o COB – quanto do Comitê Paralímpico Brasileiro – CPB –, as quais decorrem de fundos desportivos, receitas de concursos de prognósticos, doações e patrocínios, prêmios de loterias não reclamados (art. 65 da Lei Federal n. 9.615, 1998), devem ser, por uma questão de proximidade com o objeto fomentado, descentralizadas para as diversas entidades esportivas nacionais filiadas aos comitês. O COB e o CPB, ao analisar o projeto de cada entidade – que é a instrumentalização prévia ao repasse dos recursos, formalizado, após a aprovação daquele, por meio de um convênio –, verificam, dentre outros itens, o rendimento dos atletas, o desempenho das entidades, a viabilidade da proposta. Trata-se de típico exercício de fomento público (as entidades desportivas são entidades de direito privado), cuja concessão se baseia, também e principalmente, em aspectos práticos voltados à maximização da “utilidade” do dinheiro empregado.

A análise da situação econômica da empresa pleiteadora de crédito, o pedido para que o candidato demonstre a execução de obras ou de projetos anteriores, a análise de currículo (desde que pautada em critérios objetivos), a indicação de mínima *expertise* ou penetração no mercado – tudo isso são formas de se fazer valer o critério da eficiência

jurídica para que possa ocorrer, por parte desse, a recepção dessa prestação. (...) Verifica-se, nesta sede, uma situação de enriquecimento sem causa se ocorre a ausência de causa jurídica para a recepção da prestação que foi realizada. *A ausência de causa jurídica deve ser definida em sentido subjetivo, como a não-obtenção do fim visado da prestação. Haverá, assim, lugar à restituição da prestação, quando for realizada com vista à obtenção de determinado fim, e tal fim não vier a ser obtido.*” MENEZES LEITÃO, Luís Manuel de. O Enriquecimento sem causa no Novo Código Civil brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, n. 25, p. 28.

¹⁹⁰ A análise acerca de qual deve ser o meio logicamente *mais* adequado para a realização da finalidade pretendida pela medida estatal é, precisamente, o que a sub-regra da adequação não significa: seu sentido, a julgar pela lição de Virgílio Afonso da Silva, é a de censurar medidas que são logicamente inadequadas para a obtenção dos fins postulados, ou, pelo menos, que sejam incapazes de fomentá-los. Não se trata de um juízo acerca da eficiência da medida. “Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido.” A menção à regra da adequação foi, tão-somente, aproximativa. Cf. AFONSO DA SILVA, Virgílio. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 23-50, aqui, pp. 14-15.

do gasto. Há, no entanto, outra faceta da eficiência do gasto público, que não diz respeito à concessão, mas à formulação do fomento, e, em especial, às suas finalidades e meios: objetivos fúteis não devem ser fomentados; tanto as finalidades a serem ajudadas quando os meios a serem empregados devem ser justificados por uma análise, social e/ou econômica, acerca da eficiência da atuação do Estado. Não se vai fomentar setor econômico maduro ou próximo a sê-lo. Não se deve fomentar atividade econômica reconhecidamente fracassada. Não se recomenda conceder dilação para pagamento de dívidas públicas de particular adimplente. Mais uma vez, Ariño Ortiz resume, com muita propriedade, o ponto:

As medidas de fomento de caráter econômico se traduzem em gasto público, e, como tais, submetem-se não apenas ao princípio da igualdade, mas, também, ao princípio de economia e eficiência do gasto. Desse ponto de vista, não só restam proibidas ajudas públicas para fins supérfluos, por violação ao princípio da austeridade na gestão do gasto público, senão que, da mesma forma, exige-se a análise econômica rigorosa dos efeitos sobre a eficiência (econômica e social) das diferentes medidas de fomento aplicáveis a uma finalidade de reconhecida utilidade pública.¹⁹¹

Em suma: a incidência do pragmatismo, no fomento público, faz-se por intermédio do critério da eficiência do gasto público, que impõe, na concessão das ajudas, a inclusão de mecanismos práticos que indiquem a capacidade de o agente bem realizar a atividade, e, na formulação, a exclusão de finalidades e/ou de meios supérfluos ou ineficientes.

É hora de fazer incidir, ao tema do artigo, (c) a idéia de *razão pública*. O critério da razão pública é, aqui, confessadamente material: incide sobre o conteúdo da decisão de fomentar ou não determinada atividade. Só que, ao mesmo tempo em que é critério material, seus limites são bastante extensos, o que o impede de se tornar instrumento antidemocrático, que, no limite, inviabilize a atuação e as escolhas possíveis da Administração Pública.

A razão pública se faz sentir, junto à seara das ajudas públicas, impedindo que sejam fomentadas ações e atitudes desarrazoadas. O teste é simples: caso a idéia angarie opositores, será que estes, com a efetivação do fomento público, restarão excluídos, quiçá lançados no terreno de uma total inaceitação ideológica? A ação, obra ou atividade fomentada é tal que pessoas razoáveis e de boa índole, agindo com suficiente tempo e reflexão, seriam absolutamente incapazes de aceitar? O teste da razão pública quer desativar extremos de intolerância, de negação da possibilidade de diálogo. Razão pública não significa emasculamento de polêmicas; é, na verdade, a constituição de campo neutro e aberto de debates, de onde possam emergir argumentos em relação aos quais a parte “perdedora” seja capaz de, se não a eles aderir, certamente de aceitá-los como razoáveis e dignos de consideração e de respeito.

Os exemplos da incidência desse critério são, em si mesmos, polêmicos, mas auxiliarão no entendimento do ponto. A eles. Uma obra que pretenda discutir a comercialização do sentimento, de culpa e de horror, trazido pelo Holocausto – como *A Indústria do Holocausto*, de Norman Finkelstein¹⁹² – é, sem dúvida, produto cultural cercado de

¹⁹¹ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 354.

¹⁹² FINKELSTEIN, Norman. *A indústria do Holocausto*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

críticas¹⁹³, mas, de toda forma, defende uma tese que seus opositores, ainda que muito a contragosto, poderiam aceitar. Já obra que negue a existência do holocausto, com base em suposições e pseudo-fatos, não merece sequer ser considerada.¹⁹⁴ A primeira produção pode ser objeto de fomento (ainda que seja mandatório, também em homenagem à razão pública, destinação de verba ao fomento de obra devotada a provar tese contrária); a segunda, não, porque não ultrapassa o teste. Documentário que analise, cientificamente, os efeitos dos esteróides anabolizantes no corpo humano e nas competições esportivas, para, ao final, chegar à conclusão de que há certo exagero na apresentação do tema pela mídia, é obra que sobrevive ao teste da razão pública¹⁹⁵; documentário que ensine sua fabricação e aplicação, não. O mesmo vale para o investimento em políticas públicas de distribuição de seringas para usuários de drogas (que podem envolver o fomento econômico de empresas produtoras desses materiais): em que pese a polêmica envolvendo ações da chamada “redução de danos” das drogas, observadores não-ideologicamente carregados, adotando posições não-extremas, podem vir a concordar com tal uso de recursos, sob condições estritas, condições decerto importantes para constituir a razoabilidade da medida, descaracterizando sua principal crítica, que é a de se estaria diante de um proselitismo público da drogadição.¹⁹⁶

Tema interessante: a possibilidade, ou não, de fomento público a obras pornográficas.¹⁹⁷ Se a obra for, rigorosamente, pornográfica, não nos parece possível; além do aspecto de desnecessária polêmica, há o fato de que não há qualquer interesse

¹⁹³ Entre os muitos críticos de Finkelstein, contam-se Alan Dershowitz (DERSHOWITZ, Alan. *The case for Israel*. Boston: Mariner Books, 2000), Peter Novick (NOVICK, Peter. *The Holocaust in American Life*. Boston: Mariner Books, 2000) e Omer Bartov (BARTOV, Omer. *Hitler's Army: Soldiers, Nazis and War in the Third Reich*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1992).

¹⁹⁴ Como os da malfadada Editora Revisão, do editor gaúcho Siegfried Ellwanger Castan, cuja ilegalidade foi confirmada a partir de uma decisão histórica do STF em 2003 (*Habeas Corpus* n.º 82.424/RS). Sobre o caso, v. MILMAN, Luís (org.) *Ensaio sobre o anti-semitismo contemporâneo: dos mitos e da crítica aos tribuns. O caso Siegfried Ellwanger e seus livros neonazistas*. Porto Alegre: Sulina, 2004. Ainda, cf. JESUS, Carlos Gustavo Nóbrega de. *Anti-semitismo e nacionalismo, negacionismo e memória: Revisão Editora e as estratégias da intolerância (1987-2003)*. São Paulo: UNESP, 2007.

¹⁹⁵ O exemplo vem do documentário norte-americano *Bigger Stronger Faster*, que, ao recriminar o estilo de vida que subjaz ao consumo de esteróides anabolizantes na cultura dos Estados Unidos (“seja o melhor a qualquer preço”), e suas implicações morais em relação ao *fair play* nos esportes competitivos, pretende desmistificar alguns dos riscos de saúde envolvidos no consumo dessas substâncias. V. BELL, Chris. *Bigger Stronger Faster*. Magnolia Pictures, 2008.

¹⁹⁶ Sob a perspectiva jurídica, veja-se, sobre o tema, REGHELIN, Elisângela Melo. *Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁹⁷ O debate acerca da possibilidade de fomento público de obras pornográficas revela apenas uma das facetas da discussão sobre se o Estado deve permitir a pornografia. De um lado, conservadores alegam que a pornografia deve ser proibida, por seu conteúdo obsceno e moralmente corrompido. A defesa liberal clássica afirma que discursos envolvendo indivíduos adultos, mentalmente sãos, em atos consensuais, a despeito de seu baixo valor artístico, ou mesmo de seu mau gosto, não podem ser censurados apenas com base na opinião de outros (sobre esse valor ou sobre sua eventual periculosidade à sociedade). Apenas atos que efetivamente causem mal podem ser restringidos. A visão feminista, aproximando-se, quanto às conclusões práticas, da opinião conservadora, acredita que a pornografia deve ser proibida, mas porque agride e reduz a mulher, “objetificando-a” e naturalizando comportamentos de subjugação e de domínio. Alguns liberais mais recentes, concordando com as feministas, entendem que a pornografia, se não causa prejuízos diretos, é atentatória às idéias de liberdade e autonomia, devendo ser proibida. Para a visão feminista, por todos, cf. CHESTER, Gail; DICKEY, Julienne. (eds.). *Feminism and Censorship*. Londres: Prism Press, 1988. A posição conservadora sobressai em BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart E.

público no produzir excitação sexual entre a platéia (que é o propósito de um filme ou de um livro pornô). Há que se considerar, contudo, que certas manifestações artísticas mais vanguardistas eventualmente contêm nudez ou simulação sexual, o que, para alguns, de espírito conservador, é associado à pornografia.¹⁹⁸ É importante destacar que, de maneira alguma, o critério da razão pública é a nova cara do “politicamente correto”; estimular a discussão pode ser considerado, dentro de certos limites de tolerância, e presentes certos requisitos de qualificação e de controle do ambiente dialógico, também a realização de um interesse público, a ser perseguido por intermédio dos particulares fomentados. Se a pornografia pura e simples não sobrevive ao teste da razão pública, nada impede que temas “polêmicos” – assim como entendidos, é claro, a partir da ótica de uma moralidade de senso comum – venham a ser fomentados.¹⁹⁹

Ainda dentro do critério da razão pública, e em conjugação com o debate sobre a isonomia frente ao fomento público, importa trazer luz a certas disposições, presentes em editais, que, ao priorizar certas preferências, podem se mostrar democraticamente injustificáveis. Por mais que a razão pública seja critério material, sua abrangência é limitada: ela veda a escolha de agentes fomentados (e de planos de fomento) para os quais não se possam formular argumentos universalizáveis, mas não indica o que deve ser objeto do fomento público, ou que medidas devem ser tomadas. Tudo isso fica a

(eds.). *Pornography: Private Right or Public Menace?* Buffalo: Prometheus Books, 1991. A visão liberal “renovada” aparece, por exemplo, em Caroline West (WEST, Caroline). The free speech argument against pornography. *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 33, n.º 3. Calgary: University of Calgary Press, 2003, pp. 391-422. V., ainda, DWORKIN, Ronald. Temos um direito à pornografia? In: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 497-554.

¹⁹⁸ Numa lista evidentemente não exaustiva, e para ficarmos apenas nos filmes, poderíamos citar, nessa categoria, “O Último Tango em Paris”, de Bernardo Bertolucci; “Salò, ou Os 120 Dias de Sodoma”, de Pier Paolo Pasolini; “Calígula”, de Tinto Brass; “Brown Bunny”, de Vincent Gallo; “9 Songs”, de Michael Winterbottom.

¹⁹⁹ Sem fazer qualquer juízo de valor, mas, tão-somente, apresentando outra questão interessante, que se reconduz não apenas ao debate acerca do fomento público (embora, nesse caso, de modo específico), mas, também, de modo geral, à discussão sobre os limites da liberdade de expressão: em 1989, o fotógrafo americano Andres Serrano recebeu um prêmio público, bancado pelo Centro Nacional de Apoio às Artes dos EUA (“National Endowment of Arts”), com uma obra que consistia numa fotografia de um crucifixo mergulhado num pote de urina (“Piss Christ”). O prêmio despertou imediata reação de setores religiosos e políticos. Alguns alegaram, inclusive, que o pagamento do prêmio violaria a separação entre Estado e Igreja. Como parte da reação à controvérsia, o Congresso dos EUA aprovou uma lei, em 1990, que obrigava o NEA a levar em consideração, em seus apoios, “*standards* gerais de decência e respeito à diversidade de crenças e valores do público americano.” Quatro artistas performáticos, uma delas Karen Finley, famosa por cobrir seu corpo nu com chocolate durante suas apresentações, questionaram a constitucionalidade da lei junto à Suprema Corte, alegando, para tanto, violação à Primeira Emenda, porque a norma suprimiria a liberdade de expressão artística e serviria como justificativa para a discriminação em desfavor de pessoas com idéias pouco ortodoxas. Depois de uma vitória na 9ª Corte de Apelos, na qual se anotou que a frase “decência e respeito à diversidade de crenças e valores do público americano” seria inconstitucionalmente vaga e restringiria o ponto de vista artístico, a Suprema Corte reverteu o julgamento anterior e declarou a constitucionalidade da norma. A propósito da polêmica artística, v. Sacrifice, Piss Christ and Liberal Excess – opinion & response. *Arts & Opinion*. Disponível em: <<http://www.artsandopinion.com/2004_v3_n3/pisschrist.htm>>. Acesso em: 5 de janeiro de 2009. Notícia sobre a decisão judicial – Finley versus National Endowment of Arts (1998) – pode ser encontrada no sítio do Washington Post: BISKUPIK, Joan. “Decency” can be weighed in Arts’ Agency Funding, 26 de junho de 1998. Acessível em: <<<http://www.washingtonpost.com/wp-srv/national/longterm/supcourt/stories/wp062698c.htm>>>.

Acesso em 5 de janeiro de 2009. V., ainda, na doutrina, SCHAUER, Frederick. Principles, Institutions, and the First Amendment. *Harvard Law Review*, vol. 112, n.º 1, p. 84ss, 1998.

cargo da Administração. Ao concretizar, para cada ação, os critérios concessivos, a Administração Pública possui suficiente liberdade de escolha, embora deva tomar cuidado com a indicação de requisitos excessivamente materiais. São critérios suspeitos, a se falar com a terminologia da doutrina e da jurisprudência constitucional norteamericanas – à luz, pelo menos, da razão pública.

Ao exemplo. Em princípio não há nada de errado com a escolha de regiões geográficas a serem fomentadas (o norte, o nordeste), mas soam preocupantes indicações de conteúdo como “arte autêntica” ou “arte popular”. Não é que tais conceitos inexistam; é que, salvo exceções, sua densificação prática é complexa, e não faltarão excluídos que jamais aceitarão as razões de não haverem obtido o benefício. Esse problema é verdadeiro para todo critério que se resolva num conceito indeterminado, mas é que, aqui, os argumentos em defesa das respectivas inclusões, exclusões e premiações – que arte é “mais genuína”? – podem não ultrapassar o teste da razão pública, na medida em que se mostrarão incapazes de produzir consensos minimamente estáveis. O ideal é que os recortes temáticos sejam pautados por requisitos, na medida do possível, objetivos ou objetiváveis, e, quando isso for impossível, valem as recomendações de sempre (juízos colegiados, apresentação de razões escritas e/ou documentais etc.).²⁰⁰ Oportuno lembrar que existem requisitos e critérios materiais de índole mais consensual, os quais poderão ser adotados sem maiores problemas (o conceito de “arte renascentista italiana do séc. XV” produz um consenso que o de “arte popular contemporânea” jamais vai conseguir).

Conclusão: a razão pública incide no fomento ao excluir, da seara de possíveis agentes fomentados, ou, mesmo, dos critérios de cada fomento específico, aqueles para os quais não se possam dar razões geradoras de consensos minimamente universalizáveis e estáveis.

Por fim, estudemos duas propostas de critérios para orientar a *formulação* do fomento. Nenhuma delas traduz idéias complexas, representando, tão-somente, a organização de alguns conceitos que a doutrina e a prática testaram como úteis na produção de planos eficientes.

Deve-se, sempre que possível, até para aumentar a adesão dos administrados à proposta, (1) *submeter o plano de fomento ao debate público*. Não estamos, aqui, investindo rigorosamente em sofisticadas propostas teóricas inspiradas em Habermas ou coisa que o valha. A idéia é, simplesmente, fazer com quem os administrados tenham conhecimento prévio e possam debater seus detalhes antes que ele venha a ser colocado em prática. Nada além.

Faz-se mister ponderar, contudo, que nem sempre é útil ou interessante, pelo menos sob o ponto de vista da Administração, investir tempo e dinheiro em debates, audiências e consultas públicas: como, no fomento, não há nada como uma obrigação legal de submissão a tais procedimentos (este é o caso dos atos normativos produzidos por agências reguladoras), trata-se, então, de dever jurídico em sentido fraco. Como quase tudo na vida, também a boa idéia do diálogo na Administração, concretizada por meio de debates, presta-se a desvios: não é incomum que, por detrás da retórica, escondam-se grupos de pressão interessados na inação, no tumulto ou na demora por parte do Poder Público. Vai depender do bom senso. Para planos de fomento mais ambiciosos, recomenda-se que as partes potencialmente interessadas venham a se manifestar – como vimos, há sempre alguma compressão de liberdades mesmo em ações “favoráveis” como o fomento (o agente fomentado adquire maior capacidade competitiva diante do mercado etc.). Ajudas mais singelas, ou cujo espectro de potenciais afetados

²⁰⁰ O critério da razão pública é bastante próximo ao da objetividade, mas se foca no aspecto possibilidade de produção de consenso estável a partir da escolha realizada, enquanto este se centra na própria possibilidade da realização de escolha não-subjetiva.

negativamente seja mais remoto, provavelmente não vão requerer qualquer debate.

O segundo critério para a formulação das ajudas públicas, e que parecerá óbvio, é que se deve assegurar (2) a compatibilidade entre os requisitos de acesso ao fomento e o direito fundamental que se pretende fomentar. Por vezes, considerando os riscos que há num exercício mal planeado de fomento, a Administração restringe em excesso o acesso às ajudas públicas. Trata-se do outro lado do critério concessivo da eficiência do gasto público (v. acima): como o Poder Público não pretender gastar em vão, restringe em acesso o canal de entrada, até o ponto em que a ajuda se torna inútil ou iníqua. Inútil, porque já ninguém, ou quase ninguém, consegue obtê-la; iníqua, porque os que conseguem, podem ter que, em contrapartida, sacrificar bens ou direitos fundamentais que lhes são caros.²⁰¹

Repita-se: os requisitos de acesso ao fomento devem ser apenas e tão-somente aqueles que dizem respeito, de modo direto, a uma boa, útil e confiável consecução do objeto fomentado. Exigências meramente burocráticas, ou restritivas em demasia, não são aceitáveis. Dizendo de modo singelo: se não for para ajudar quem precisa, para que ajudar? Nem todos os possíveis interessados no fomento conseguirão apresentar um extenso currículo, ou obras prévias, ou uma incrível capacidade de crédito. Exigir “retornos” e repasses remuneratórios ao Poder Público também desnaturam o fomento, que não é aplicação de risco do Estado, mas meio de estímulo à iniciativa privada quando do exercício de atividades de interesse público.

Assim, por exemplo, no fomento cultural, exigir mais do que um histórico consistente, mas “de iniciante”, pode ser o caminho para restringir as ajudas às figuras já estabelecidas; no fomento creditício, cobrar garantias para além do que recomendariam as boas práticas bancárias reduzirá o espectro de possíveis beneficiários; limitar a concessão de subvenções a empresas ou atividades consolidadas significará transferir recursos, do contribuinte, para quem deles não necessita tanto. O Estado não precisa lucrar com a atividade fomentada; na verdade, tudo de que ele precisa é de que a atividade se desenvolva a contento, daí porque não se-lhe vai exigir uma cautela de quem espera lucrar com o investimento, mas sim a de quem pretende que a atividade se desenvolva de modo consistente. O mundo das ajudas públicas não é, em definitivo, o terreno do conservadorismo, mas o da ousadia responsável.²⁰²

Nessa delicada equação, em que, de um lado, entra a necessidade de o Poder Público não empregar bens ou valores em projetos ou iniciativas fracassadas, e, do outro lado, figura o dever de auxiliar iniciativas privadas de interesse público, reside todo o problema. O fomento não pode servir, graças a requisitos ou condicionantes,

²⁰¹ “(...) a outorga de subvenções não pode se configurar como um meio ou mecanismo tendente a condicionar – restringindo-o de maneira indevida – o exercício dos direitos fundamentais, e isso por intermédio da imposição de exigências jurídicas que incidem diretamente com o conteúdo essencial de tais direitos.” FARRERES, Germán Fernández. De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español. *Revista de Administración Pública*. Número 113. Madrid: 1987, pp. 39-75, aqui, p. 73.

²⁰² Afinal, de qualquer forma, está-se tratando, direta ou indiretamente, de recursos públicos, em relação aos quais se aplica, nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o princípio da responsividade. “Por isso é que a caracterização jurídica de uma *responsabilidade fiscal substantiva*, que abraze condições de superar o simples aspecto formal, da mera legalidade, e de dar uma satisfação aos justos reclamos de legitimidade da gestão fiscal, tornou-se um tema juspólitico fundamental dentro de uma justíssima ambição, de maior envergadura, de implantação de uma real democracia material (...)” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (com a colaboração de MORAES, Sílvio Freire). *Considerações sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal: finanças públicas democráticas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 52.

como instrumento de despromoção.²⁰³ Como sintetizou Germán Fernández Farrerez, ao comentar acerca de uma série de decisões do Tribunal Supremo espanhol, mas em lição aplicável ao caso brasileiro:

Em suma, o Tribunal Supremo ratifica a tese segundo a qual, nessas ajudas conectadas ao exercício de direitos fundamentais, as condições e requisitos que se estabeleçam para vir a recebê-las não devem pressupor nem determinar maiores exigências que a de seu real destino à atividade para a qual se outorgam, sem incorporar condicionamentos que restrinjam ou limitem a plenitude de desenvolvimento dos direitos que, em termos rigorosos, precisamente, busca-se potencializar por meio desse sistema de ajudas econômicas.²⁰⁴

São esses, então, alguns possíveis critérios – formais e materiais –, aplicáveis à concessão ou à formulação do fomento público. Não esgotam o tema nem se crêem imunes à crítica. Considerando a relativamente pequena produção sobre fomento público na doutrina brasileira, pretendemos, aqui, apenas haver reavivado o debate.

5. Encerramento: na busca pelo meio-termo de ouro, a importância do ideal

O tema do fomento é inglório. É pouco “jurisdicizado”, seu histórico não é dos melhores, a inevitável discricionariedade que acompanha sua concessão é um dado da realidade que não parece ser facilmente vencido pelas melhores intenções da doutrina e da jurisprudência. Por tudo isso é que o esforço dogmático mais se justifica: tentar apreendê-lo realisticamente dentro do filtro conceitual da doutrina é uma das formas de se avançar sua prática. Há que se ter humildade e paciência. Paciência, porque séculos de patrimonialismo não se vencem facilmente. Humildade, pois todos os critérios que foram apresentados, e tantos outros que poderiam ser estabelecidos, estão naturalmente abertos a desvios e a fraudes, sem contar sua inevitável deficiência epistemológica: são guias gerais para a ação, mas nunca poderiam descer a minúcias, pena de se tornar incrivelmente úteis para uma série de casos, mas completamente inócuos para todos os demais.

O bom fomento é o fomento calculado, que não falte nem exceda, e que dure o tempo suficiente para atingir seus objetivos (o que pode ser o tempo todo, mas não sem isso estar demonstrado). É, em certa medida, a busca de um aristotélico meio-termo de ouro: entre dois extremos, um meio-termo que é a virtude. Tudo isso funciona mais como princípio regulador do que como regra operativa, sem dúvida, mas já é um parâmetro, numa matéria tão escassa de referências.

Alguns acreditam que a saída para o fomento é a instituição de um órgão ou de uma entidade central, especializado na formulação e na concessão de fomento, com impávida legitimidade técnica.²⁰⁵ A idéia é boa, senão pelo fato de que, no Brasil, não precisamos de novos órgãos ou entidades, mas de que as que já existem funcionem a contento. Um Ministério do Fomento, ou coisa parecida, seria apenas mais um ministério se funcionasse como tantos outros funcionaram: distribuindo bondades para os amigos, abrindo o

²⁰³ Exceto, é claro, o fomento negativo.

²⁰⁴ FARRERES, Germán Fernández. De nuevo sobre la subvención y su régimen jurídico en el derecho español. *Revista de Administración Pública*. Número 113. Madrid: 1987, pp. 39-75, aqui, p. 75.

²⁰⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Editorial Comares, 2004, p. 373.

saco de maldades para os inimigos. Não há nada de intrinsecamente melhor na constituição de uma entidade única para o fomento, ou em sua concessão dispersa por meio de órgãos, empresas e entidades.

Esse órgão único, ou essa constelação de entidades, só vai representar um incremento qualitativo no fomento público se, conforme o caso, formular políticas de ajudas públicas ouvindo os interessados, e com critérios compatíveis com o próprio auxílio àquela atividade. Falando em critérios, esse fomento se deverá pautar pela existência de um procedimento competitivo, público e transparente, com razões objetivas para a escolha dos vencedores, simultaneamente capazes de selecionar (de modo não-alienante) o melhor interessado e de produzir consensos minimamente estáveis, entre todos, acerca da justiça daquela escolha.

Não é fácil. Como todo ideal, não foi feito para ser realizado da noite para o dia, mas, em essência, serve para isso: para fazer, construtivamente, com que caminhemos.