THE INTERNATIONAL JOURNAL OF PUBLIC CONTRACTS
LA REVUE INTERNATIONALE DES CONTRATS PUBLICS
REVISTA INTERNACIONAL DE CONTRATOS PÚBLICOS

Nº 01 – Fevereiro de 2013

A CONTRATAÇÃO ADMINISTRATIVA DESTINADA AO FOMENTO DE ATIVIDADES PRIVADAS DE INTERESSE COLETIVO

Marçal Justen Filho
Professor Titular da Universidade Federal do Paraná entre 1986-2006; Doutor e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pesquisador Visitante na Yale Law School.

Eduardo Ferreira Jordão
Doutorando em Direito Público pelas Universidades de Paris e de Roma, em co-tutela; Master of Laws (LL.M) pela London School of Economics and Political Science; Mestre em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo; Pesquisador Visitante na Yale Law School.

1. Introdução

A Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, alterou o art. 3º da Lei nº 8.666 para explicitar que a licitação norteia-se não apenas para selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração pública, mas também para promover "o desenvolvimento nacional sustentável". A inserção redacional não constitui propriamente uma novidade, mas é relevante na medida em que destaca importante aspecto potencial das contratações administrativas: o seu uso para a implantação de políticas públicas. De fato, o contrato administrativo não é um meio jurídico utilizado apenas e exclusivamente para a satisfação direta e imediata das necessidades da Administração. É cada vez mais frequente que o poder público valha-se da técnica contratual para operar intervenções no domínio econômico.

As formas por meio das quais se desenvolve este aspecto político-interventivo das contratações públicas são muito variadas. No exemplo mais evidente, ele se faz presente no procedimento de escolha do contratado. A administração possui determinada necessidade e, ao recorrer ao mercado para supri-la, dá preferência a fornecedores com características específicas, selecionadas de acordo com critérios políticos. Esta intervenção possui acentuada característica redistributiva, veiculando transferência direta de recursos públicos para financiar *determinados agentes econômicos*. Incluem-se nesta hipótese, as alienações gratuitas de bens públicos voltadas a suprir carências materiais de parcela da população – caso de doações de alimentos ou remédios após a ocorrência de calamidades naturais. Também é

ilustrativa a disciplina estabelecida pela Lei Complementar nº 123, destinada a favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte[1].

Numa segunda hipótese – de que aqui se cuidará – o poder público realiza contratações com o objetivo precípuo de fomentar *atividades de interesse coletivo* e induzir *comportamentos socialmente benéficos*. Assim, por exemplo, pequenos municípios valem-se de medidas tais como a doação de terrenos públicos para atrair a instalação de grandes empreendimentos econômicos no seu território, gerando o desenvolvimento da economia local, além de emprego e renda para a sua população. Estados-membros da federação oferecem subsídios para viabilizar manifestações artísticas que julgam positivas para a preservação da cultura local, mas pouco atrativas para a exploração econômica livre.

Este "contrato de fomento" possui relevante dimensão político-regulatória, aspecto que a torna bastante distinta da contratação administrativa tradicional e que reclama alguma reflexão doutrinária. Objeto de alguns estudos no exterior[2], o tema ainda é escassamente explorado no Brasil. Esta situação tende a produzir uma de duas consequências negativas: ou leva à subutilização da valiosa técnica consensual para o fomento de atividades de relevante interesse coletivo ou faz com que estas contratações sejam utilizadas em situações que não as autorizam.

Para dar um primeiro passo em direção à redução destes problemas, este trabalho busca identificar as características principais da espécie e examinar o regime jurídico que lhe deve ser aplicado.

2. A dimensão político-regulatória do contrato de fomento

O contrato de fomento é figura característica do Estado de Bem-Estar Social, possuindo preponderante aspecto político-regulatório. Trata-se de instrumento de

[1] Em algumas jurisdições, é também usual que o poder público promova a chamada "regulação por contrato", hipótese em que a intervenção regulatória se revela em disposições acessórias à contratação. Adquirem-se bens e serviços de empresas quaisquer, *desde que* elas cumpram determinadas especificações tais como o uso de matérias primas com características particulares, o emprego de determinadas minorias etc. Faz-se uso do poder de compra do Estado para *direcionar e regular* práticas empresariais desejáveis. No Brasil, esta prática não está totalmente proscrita, mas encontra limites no art. 3º, § 1º, inc. I, da lei nº 8.666, que proíbe *"cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo ... e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato ..."*. Sobre o tema da regulação por contrato, cf. TERENCE DAINTITH, "Regulation by contract: the new prerogative (1979), *Current Legal Problems* 41; e IAN HARDEN, *The contracting state*, Buckingham, Open University Press, 1992.

[2] Em Portugal, por exemplo, fala-se em *contratos econômicos*, que constituem *"modalidades da acção económica dos poderes públicos (sobretudo do Estado), movida pelo objectivo exclusivo (ou, ao menos, dominante) da intervenção económica, ou seja, contratos celebrados no âmbito das actuações de polícia e fomento económicos destinados a condicionar os cálculos e as decisões dos operadores económicos activos, sejam estes privados (como é a regra), cooperativos ou mesmo públicos"* (JOSÉ CABALTA NABAIS, *Contratos fiscais: reflexões acerca da sua admissibilidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, p. 57-58). São espécies de contratos regulatórios ou econômicos, por exemplo, os *contratos fiscais* (em Portugal), os *agrément fiscaux* (na França), as *acciones concertadas* (na Espanha), os *Ansiedlungsvereinbarung* (na Alemanha). Veja-se ainda MICHEL FLEURIET, *Les techniques de l'économie concertée*, Paris, Sirey, 1974.

intervenção no domínio econômico cuja racionalidade econômica consiste na regulação de uma falha de mercado: as chamadas *externalidades.*

2.1. A função promocional do direito e o Estado de Bem-Estar Social

A superação do modelo liberal gera múltiplos deveres para o Estado, que se vê impelido a desempenhar um papel ativo na melhoria das condições de vida da população. A tutela das prestações públicas positivas é o traço jurídico mais marcante do Estado de Bem-Estar Social[3].

Assim, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 alberga não apenas os direitos fundamentais de cunho negativo, tal como a proteção da liberdade e da propriedade. Também consagra direitos fundamentais de natureza positiva, consistentes na obtenção de prestações estatais. O seu artigo 3º, em especial, contempla um elenco de finalidades a serem buscadas pelo Estado brasileiro. Há um compromisso com o desenvolvimento econômico e social, a eliminação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e regionais.

2.1.1. O desenvolvimento da função promocional do direito

Diante de limitações estatais de diversas ordens (gerencial, estrutural, jurídica, fiscal), logo se torna evidente que o desempenho deste novo papel interventivo depende, em larga medida, do recurso à sociedade civil. Compreende-se que é inviável a satisfação das necessidades coletivas e a realização dos direitos fundamentais por meio da exclusiva atuação direta do Estado.

Para instrumentalizar o recurso à iniciativa privada, o poder público passa a fazer uso de técnicas jurídicas que possibilitam a ordenação mais adequada do processo econômico e social[4].

Esse contexto compreende o surgimento das chamadas *sanções premiais*, voltadas a estimular comportamentos e atividades socialmente desejáveis. Diferentemente da estrutura normativa prevalente anterior, que previa punição no caso de descumprimento de algum mandamento, a estrutura destas novas normas estabelece benefícios a que o particular fará jus se praticar determinada conduta.

Desenvolve-se assim a *função promocional do direito*, por meio da qual o poder público induz a execução de atividades privadas de interesse social. Os instrumentos utilizados para tanto são muito variados e podem incluir incentivos tributários, garantias, subsídios, doações, empréstimos em condições favoráveis etc[5].

---

[3] *"A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem Estar ou Estado Social de Direito ... é que, enquanto aquela envolve apenas colocar limites ao Estado, esquecendo de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de adotar os limites, agregam-se finalidade e tarefas às quais antes não se sentia compelido"* (AGUSTÍN GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo: parte general*,10 ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2009, p. III-33, original em espanhol).

[4] São as palavras de NORBERTO BOBBIO: *"Como conseqüência da profunda transformação que dá origem por todas as partes ao Estado de Bem-Estar Social, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos para a ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, diversas daquelas tradicionais ... estas novas técnicas de controle social, caracterizam a ação do Estado social dos nossos tempos e a distinguem profundamente daquela do Estado liberal clássico; o emprego progressivamente mais difundido de técnicas de encorajamento em adição, ou em substituição, àquelas tradicionais de desencorajamento"* (*Dalla strutura alla funzione*, 2 ed., Milano, Edizioni di Comunità, 1984, p. 13-14, original em italiano).

[5] V. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, Direito Administrativo da Economia, 3 ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 39-56.

A característica fundamental dessa função é a manutenção da autonomia privada. O Estado não impõe soluções cogentes. Aliás e nessa linha, lembre-se que o próprio art. 174 da CF/88 determina que o planejamento estatal terá natureza cogente para o Estado, mas será meramente indicativo para o setor privado[6].

A evolução é extremamente relevante porque afasta uma solução regulatória tradicional. A concepção repressiva envolve a utilização dos mecanismos do poder público para punir a conduta privada considerada como indesejável. Por outro lado, a conduta reputada como desejável é juridicamente neutra, senão irrelevante.

Já o modelo promocional conecta incentivos às condutas privadas consideradas como desejáveis. Mas não proíbe nem reprime a adoção de condutas indesejáveis. Portanto, a conduta dotada de características positivas é juridicamente relevante, porque assegura ao agente a fruição de benefícios e vantagens. Já a conduta negativa é juridicamente neutra, eis que não gera nenhum efeito para o agente.

É evidente que os dois modelos não são reciprocamente excludentes. Não se pode imaginar que o Estado poderia abandonar o modelo repressivo e se valer apenas de um modelo promocional. Existem condutas dotadas de tamanha gravidade e que traduzem intensa reprovabilidade – tais condutas devem ser proscritas e não podem ser consideradas como juridicamente neutra ou até mesmo toleradas. Nesses casos, é inafastável o uso do modelo repressivo.

Mas há hipóteses em que a inércia do particular é lícita, mas indesejável. São aqueles casos em que realização dos fins de interesse comum e dos valores compartilhados pela sociedade será mais efetiva se os particulares prestarem a sua colaboração e seus esforços. Portanto, a norma jurídica não proibirá a conduta indesejável, mas premiará aquela socialmente útil e axiologicamente valiosa.

Nesses casos, o particular escolherá entre as diversas alternativas e a existência de um benefício ou vantagem funcionará como um incentivo no processo de formação da vontade privada.

2.1.2. As transformações operadas no direito público

O desenvolvimento da função promocional conduz a transformações muito relevantes no direito público.

Considere-se, por exemplo, o fenômeno das organizações não governamentais – ONGs, que envolvem a afirmação de um terceiro setor. Essas entidades assumem encargos de interesse coletivo, congregando recursos e esforços privados segundo uma ótica não egoística. Tais entidades são responsáveis pela satisfação de relevantes necessidades e pelo fornecimento de utilidades indispensáveis à comunidade. Ainda que o seu desenvolvimento tenha-se feito, ao longo do tempo, sem a participação estatal, a experiência social evidencia a necessidade de incentivo de sua atuação por parte do Estado.

Desse modo, surgem novas figuras jurídicas, como as qualificações jurídicas de OSCIP (Organização da Sociedade Civil de Interesse Público) ou OS

[6] FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO conceitua o fomento como "*atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado. No caso do fomento positivo, mais recorrente,... volta-se a tornar a atividade privada mais viável, interessante ou abrangente. Efetiva-se em regra a partir de medidas positivas, de caráter premial e natureza não coativa*." ("O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica", em *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, nº 32, out/dez. 2010, p. 65).

(Organização Social), para permitir que o Estado promova a atuação de associações civis sem fins lucrativos que atuam em áreas de relevante interesse coletivo, como educação, saúde, cultura e meio ambiente[7].

Além da criação de *novos* institutos, as transformações fundamentais operadas na concepção e nas finalidades constitucionais do Estado provocam ainda a necessidade de *adaptação* dos institutos jurídicos tradicionais, que são revisitados e ganham novos usos.

O tributo é o exemplo mais evidente. Sua função clássica é arrecadatória: servir como fonte de obtenção de recursos para o financiamento do Estado e das políticas por ele promovidas[8]. Mas a exigência de desembolso do montante do tributo influencia a conduta do contribuinte. A elevação da carga tributária tem um efeito de desincentivo sobre a escolha do particular. A redução do peso do tributo funciona como um incentivo. Isso significa que a tributação possui também efeitos *extrafiscais*[9]. Ou seja, a elevação ou instituição de um tributo desestimula o desempenho de determinada atividade, ao passo que a sua redução serve para fomentá-la. Manejando estas variáveis, o Estado pode influenciar e induzir comportamentos dos agentes econômicos[10]

No âmbito do direito administrativo, as profundas transformações nas competências relativas ao poder de polícia ilustram esta afirmativa. As características desta atividade sob a égide de um Estado liberal distam bastante daquelas que hoje se verificam. Por exemplo, no tocante às suas *finalidades*, costumava-se apontar para a tríade segurança (ausência de risco de acidentes), tranquilidade (ausência de desordens) e salubridade (ausência de risco de doenças). Esta concepção está intimamente ligada às características do modelo estatal absenteísta. Tornando-se o Estado um garantidor de outras finalidades públicas, ampliam-se também as competências administrativas. Daí porque, atualmente, são numerosas as finalidades públicas que justificam limitações à autonomia privada por meio de atos administrativos, como a proteção dos consumidores, do patrimônio cultural e do meio ambiente[11].

Naturalmente, o desenvolvimento da função promocional do Direito também afeta os contratos administrativos. Daí o surgimento dos "contratos de fomento", que

---

[7] "*... o objetivo do Estado, ao firmar um termo de parceria, é o de formar um vínculo de cooperação com entidade qualificada como Oscip, para o fomento e a execução das atividades de interesse público discriminadas no art. 3º da Lei nº 9.790, de 1999. Isso não significa que o Estado está se propondo a custear o funcionamento daquela organização que ele havia qualificado como Oscip, mas sim apoiar o desenvolvimento da atividade que aquela entidade privada já tinha condições de implementar junto à sociedade.*" (TCU, Acórdão n° 1386/2009, Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho)

[8] Assim afirmava GERALDO ATALIBA: *"A justificação da tributação está na necessidade de recursos que tem o Estado"* (Apontamentos de Ciência das Finanças, Direito Financeiro e Tributário, São Paulo: RT, 1969, p. 91).

[9] Lembre-se, no entanto, que a extrafiscalidade não significa a eliminação da função arrecadatória do tributo.

[10] Os tributos têm sido progressivamente utilizados com finalidades extrafiscais, constituindo um dos instrumentos de que o Poder Público dispõe para induzir a participação de agentes econômicos na realização de valores fundamentais da sociedade. Sobre o tema da extrafiscalidade ou, como prefere, das "normas tributárias indutoras", veja-se o excelente estudo de LUIZ EDUARDO SCHOUERI, *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

[11] Essa limitação decorre inclusive de imposições legais como as proscritas na Lei n° 8.078 (Código de Defesa do Consumidor), Lei n° 9.605 (estabelece sanções penais e administrativas à condutas lesivas ao meio ambiente), Lei n° 6.292/95 (Disciplina sobre tombamento de bens no Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional). Esses regramentos trazem limitações de ordem material tuteláveis pela Lei de Ação Civil Pública (n° 7.347), que determina a responsabilização de todos aqueles que causarem quaisquer danos ao meio ambiente, ao consumidor e a todos os bens e direitos que possuem valor cultural.

corporificam no instrumento contratual as características mais claras do modelo interventivo de Bem-Estar Social.

2.2. O contrato de fomento como técnica de intervenção econômica

Os contratos administrativos de fomento são ajustes em que um particular se obriga a observar certas práticas no âmbito da atividade empresarial, com a contrapartida da obtenção de vantagens perante o Estado.

Sua principal função é *induzir* a conduta do particular em direções socialmente benéficas. Portanto, tem finalidade essencialmente promocional: destina-se a fomentar ou estimular alguma atividade ou empreendimento de interesse coletivo. Ademais disso, o contrato de fomento se orienta à produção de direitos adquiridos, especialmente para afastar a incerteza e a insegurança das partes[12].

O contrato de fomento deve ser entendido como uma técnica de intervenção no domínio econômico. Constitui mais um instrumento de que dispõe o Estado para realizar as finalidades sociais que lhe cabem na estrutura constitucional. A sua dimensão político-regulatória claramente prepondera sobre a sua dimensão econômica.

Através da contratação, o Poder Público não busca uma utilidade a ser diretamente fruível para si ou para a coletividade. O objetivo visado pelo Poder Público não é, por exemplo, a construção de um edifício público ou a prestação de um serviço específico, objetivamente caracterizável. Corresponde ao *estado de coisas* (efeitos diretos e indiretos) decorrente da execução de alguma atividade privada. O seu interesse reside, sob um certo ângulo, nas *externalidades positivas* geradas com a adoção da conduta fomentada. Esta é a razão econômica da intervenção.

2.2.1. A razão da intervenção: a regulação das "externalidades"

A ciência econômica se vale do conceito de externalidades para designar os custos ou benefícios gerados por determinada atividade, que não são suportados pelos agentes responsáveis pela decisão de desempenhá-la. Por esta razão, constituem uma falha do sistema de mercado livre, eis que os agentes econômicos não as levam em consideração no momento de decidir a respeito do desempenho da atividade.

As externalidades podem ser positivas ou negativas, a depender de que correspondam respectivamente a custos ou a benefícios gerados para terceiros. No exemplo mais comum de externalidade negativa, pense-se na poluição produzida por uma fábrica e nos inúmeros custos que ela gerará para a população vizinha. À ausência de regulação específica, estes custos são suportados por terceiros, e não pelo agente responsável pela sua geração (no exemplo, o dono da fábrica). Usualmente, o agente não leva em conta as externalidades decorrentes de sua

[12] Lembre-se o postulado da ausência de direito adquirido ao regime jurídico. Isso significa que o Estado pode revogar, a qualquer tempo, as normas que preveem incentivos ou benefícios para certas atividades. Como regra, o particular que realizar certos investimentos em vista de um regime jurídico benéfico não pode opor-se à alteração superveniente da disciplina normativa. Essa problemática é conhecida no âmbito do direito tributário, em que se reconhece que não existe direito adquirido à isenção tributária, ressalvadas as hipóteses de isenções concedidas por prazo certo ou mediante contrapartida onerosa do particular – tal como consta da Súmula 615 do STF.

conduta – precisamente porque os efeitos verificados não se integram como custo ou como vantagem no âmbito de seu patrimônio.

O mecanismo regulatório de reação a esta falha do mercado corresponde à *internalização dos custos*, que consiste na transferência do ônus gerado pela atividade para o agente econômico responsável pela decisão de desempenhá-la. Assim, por exemplo, podem ser estabelecidos tributos que onerem o poluidor. Medidas desta natureza se destinam a calibrar a quantidade de externalidades produzidas, levando-as a patamares mais próximos do nível social ótimo.

Enfim, o problema regulatório das externalidades consiste precisamente no descompasso existente entre incentivos privados e custos sociais.

2.2.2. O fomento a atividades que geram externalidades positivas

Sucede que inúmeras atividades econômicas geram externalidades *positivas*. Retome-se o exemplo dado no início deste artigo, da instalação de um grande empreendimento econômico em determinado município. Os benefícios sociais gerados a partir dos investimentos são evidentes: movimentação da economia local, criação de empregos, desenvolvimento de indústrias acessórias etc. Mas estes benefícios não são usufruídos pelo empreendedor – e, portanto, poderá haver situações em que, ausente a intervenção estatal, não haverá incentivos suficientes para a execução do empreendimento. Nestes casos, a ação regulatória poderá atuar no sentido de internalizar alguns destes benefícios para estimular a promoção destas atividades de relevante interesse social.

O contrato de fomento consiste em mecanismo de internalização de que dispõe o Estado para incentivar o desempenho de atividades que geram benefícios sociais[13]. Resta claro, assim, o seu preponderante aspecto político-regulatório.

2.3. A flexibilização contratual como recurso de otimização regulatória

A técnica contratual garante ao poder público a flexibilidade necessária para atingir os objetivos político-regulatórios mediante indução da conduta dos particulares. Pode, assim, modelar otimamente a intervenção no domínio econômico, realizando as finalidades buscadas sem despender recursos públicos excessivos. O instrumento contratual deverá prever os benefícios que serão concedidos e os deveres a serem cumpridos pelos particulares beneficiados.

2.3.1. Os benefícios públicos indutores

O poder público tem um leque variado de incentivos a serem concedidos ao particular como forma de estimulá-lo a adotar determinada conduta. Assim, os contratos de fomento incluem as avenças destinadas a estabelecer *benefícios fiscais*[14] para estimular a execução de uma atividade (os "contratos fiscais" de

[13] "*A importância das hidrovias para o desenvolvimento econômico nacional não se limita à expressiva melhoria do transporte de cargas. Exerce também papel fundamental para o fomento do ecoturismo, setor de crescente atração de divisas, bem como para a integração social, sobretudo em benefício de populações situadas nos mais distantes povoados deste país de dimensões continentais.*" (TCU, Acórdão n° 286/2002, Plenário, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues).

[14] Recentemente, a Portaria do Ministério da Cultura n° 50/2011 aprovou o Planto de Trabalho Anual de Incentivos fiscais, referente ao exercício de 2011, do Programa Nacional de Cultura – PRONAC. O referido programa é gerido pela Secretaria de Fomento e Incentivo à Cultura – Sefic, que estabelece diretrizes para

Portugal). Mas é também possível que comportem instrumentos mais afeitos ao direito administrativo, consistindo a vantagem, por exemplo, na obtenção gratuita de áreas imóveis, doadas pelo poder público. Também poderão incluir incentivos econômicos diretos (subsídios).

A natureza e a quantidade dos benefícios variarão de acordo com o específico estímulo que se faça necessário. É possível que o contrato de fomento sirva a tornar economicamente viável alguma atividade não atraente do ponto de vista da livre iniciativa empresarial[15]. Este é o caso de contratações para subsidiar manifestações culturais ou artísticas que, embora às vezes não sejam lucrativas, são consideradas importantes para determinada coletividade.

Mas não há impedimento a que o fomento vise apenas a tornar a atividade em questão *mais atraente* - aumentando, por exemplo, a frequência ou quantidade do seu exercício.

Finalmente, o incentivo público promovido contratualmente pode ainda ter funções de ordenação da atividade no espaço e no tempo. Volte-se uma vez mais ao exemplo dos municípios que doam terrenos públicos para atrair empresas a se instalarem *no seu território*, gerando empregos e riquezas para a população local.

Em qualquer caso, é essencial que se observe que o benefício concedido pelo Poder Público constitui *mero estímulo* e não visa a remunerar ou compensar integralmente o particular contratado. Essa é uma característica fundamental dos contratos de fomento. Em alguns casos, o incentivo corresponderá a uma parcela muito inferior aos valores que serão investidos pelo próprio particular contratado e serão revertidos em benefícios para a coletividade.

Em todos os casos, trata-se de exercício de competência estatal apta a produzir algum tipo de benefício ao particular, incrementando vantagens ou reduzindo encargos próprios a uma atividade.

A prestação a cargo da pessoa pública pode consistir em fazer, não fazer ou mesmo dar.

Assim, considere-se hipótese em que o Município firma contrato de fomento prevendo a sua obrigação de pavimentar rodovia ou de instalar serviços públicos numa certa região, como contrapartida das obrigações de o particular implantar uma planta industrial num certo local. Nesse caso, configura-se uma obrigação de fazer para o ente estatal.

Outra seria a situação quando o ente estatal se obrigasse a não admitir o desempenho por terceiros de atividades competitivas relativamente àquelas assumidas por um certo particular. Essa solução é incorporada nas concessões de serviço público outorgadas com cláusula de exclusividade, por exemplo.

Enfim, o contrato de fomento pode impor ao ente estatal a obrigação de transferir o domínio ou o uso de um bem público, configurando uma obrigação de dar.

2.3.2. A contrapartida assumida pelo particular

---

aplicação da Lei de Incentivo à Cultura (Lei Rouanet), cujo objetivo é promover o desenvolvimento do setor cultural do País.

[15] "*... os jogos eletrônicos - apresentam significativo potencial de inserção, comunicação e difusão de conteúdos, devendo, então, ser compreendidas como formas de cultura e comunicação nos dias atuais. 3. Também segundo as justificativas aduzidas, por falta de oportunidades e investimentos em produção e distribuição brasileiras nessa área, nosso País tem consumido apenas material cultural estrangeiro, o que explica o fomento do governo no desenvolvimento de jogos eletrônicos.*" (TCU, Acórdão n° 180/2010, 2ª CC., rel. Min. André Luís de Carvalho)

O contrato deverá prever ainda os deveres que cabem ao responsável pela atividade fomentada. As alternativas são diversas e a determinação das obrigações a serem impostas ao particular dependerá fundamentalmente da política pública visada. No caso de instalação de uma indústria de grande porte em pequeno município, o contrato poderá exigir do particular beneficiado medidas que visem a garantir que as vantagens decorrentes do empreendimento sejam revertidas para a população local. Assim, poderá estatuir como deveres do particular privilegiar a contratação de mão-de-obra e fornecedores locais, executar determinados investimentos, prover cursos de capacitação etc.

Entretanto, é fundamental para a caracterização desta espécie contratual que os deveres instituídos não eliminem a livre iniciativa. No contrato de fomento, as práticas devidas pelo particular se dão no âmbito da atividade empresarial livre. O particular goza de liberdade para concebê-la como melhor lhe parecer. A relação estabelecida entre a Administração e o particular é menos intensa do que ocorre nos contratos administrativos em sentido estrito. Ela envolve apenas o estímulo inicial e o estabelecimento de algumas obrigações para garantir que a atividade fomentada servirá à realização dos interesses coletivos que justificaram a concessão do benefício.

A previsão detalhada do que se espera do particular em troca de contrapartida pública poderia desconfigurar o contrato de fomento e levar à caracterização de um contrato administrativo em sentido estrito – com a consequente incidência do seu regime peculiar.

3. O regime jurídico aplicável aos contratos de fomento

O contrato de fomento é um contrato administrativo, entendida a expressão numa acepção ampla. Portanto, uma das partes integra a Administração Pública e seu objeto consiste em constituir direitos e obrigações (recíprocos ou não) mediante um acordo de vontades[16].

É problemático, no entanto, afirmar a existência de um regime jurídico preciso e definido para os contratos de fomento. Tal se dá precisamente porque se trata de uma categoria desenvolvida a partir da experiência concreta, segundo uma dinâmica espontânea.

Em muitos casos, o contrato de fomento opera transferência ou abdicação de patrimônio público em benefício de um particular. Esta circunstância provoca a incidência de importantes regras conformadoras e limitadoras da contratação. Mas, de regra, não será aplicável o regime jurídico peculiar dos contratos administrativos em sentido estrito.

3.1. O contrato de fomento como contrato administrativo em sentido amplo

Ao longo dos anos a Administração Pública passou a utilizar progressivamente o instrumento contratual com finalidades bastante diversas. Os contratos administrativos em acepção ampla compreendem: (i) os contratos de direito privado e (ii) os acordos de vontade da Administração. Esta última categoria

[16] "*El acogimiento a un régimen de promoción, y su aceptación por la autoridad de aplicación, configura un acto administrativo bilateral con los alcances de un verdadero contrato, y donde surgen derechos y obligaciones para ambas partes*" (HÉCTOR B. VILLEGAS, Curso De Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 5 ed., Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 285).

alberga os consórcios e convênios públicos, os termos de ajustes de conduta e a espécie aqui denominada contrato de fomento. Estas espécies contratuais diferenciam-se dos contratos administrativos em sentido estrito em natureza, finalidade e regime jurídico.

3.1.1. A comparação com os contratos administrativos em sentido estrito

Na sua acepção mais restrita, o contrato administrativo é um acordo de vontades em que a Administração Pública é parte e sobre o qual incide regime jurídico peculiar. Dentro desta categoria, encontram-se as avenças que impõem ao particular o provimento de determinada utilidade à administração (chamados "contratos de colaboração", como o de obra pública) e aquelas que investem os particulares no desempenho de competências e poderes administrativos (os "contratos de delegação", como as concessões de serviço público)

Assim, o contrato de fomento não caracteriza um "contrato de colaboração", pois não se estabelece em seu âmbito contrapartida direta em favor do Estado, como uma prestação específica de fazer ou dar, típica dos contratos de obras ou compras públicas. Além disso, o benefício público concedido ao particular não visa a retribuir-lhe a prestação de uma utilidade direta à Administração. Não é, portanto, um contrato cuja prestação se destine a integrar o patrimônio da Administração Pública, de modo a satisfazer diretamente uma necessidade do ente estatal.

Esta espécie de contratação tampouco se confunde com um "contrato de delegação", que outorga competência ou poderes próprios do Poder Público. O particular não desempenhará atividade que antes lhe era vedada. O empreendimento fomentado constitui atividade econômica em sentido estrito, estando facultado à livre iniciativa.

O contrato de fomento corresponde a instrumento de implantação de uma política pública. Nele, o interesse público que determina a contratação reside nos benefícios indiretos decorrentes da execução de alguma atividade (nas suas "externalidades positivas") – e não na atividade em si. Por isso mesmo, a Administração tem menor ingerência sobre como a atividade será desempenhada, e o particular tem maior liberdade para executá-la de acordo com os seus critérios empresariais. O poder público meramente estimula a execução de um empreendimento privado, que remanesce totalmente privado e cuja configuração segue nas mãos do particular.

Essas diferenças explicam porque o regime jurídico aplicável aos contratos de fomento não é o mesmo que se aplica aos contratos administrativo em sentido estrito.

3.1.2. A inaplicabilidade do regime peculiar da contratação pública

O regime jurídico peculiar dos contratos administrativos em sentido estrito é derrogatório da disciplina contratual do direito privado e é veiculado principalmente na Lei nº 8.666. Caracteriza-se por dois aspectos fundamentais.

De um lado, reconhecem-se à parte que exerce a função administrativa diversas "prerrogativas extraordinárias" para melhor atender às necessidades coletivas. Assim, por exemplo, poderá o poder público alterar unilateralmente as condições contratuais, exercer fiscalização severa sobre o cumprimento das obrigações e determinações do contrato ou mesmo extingui-lo unilateralmente.

De outro lado, assegura-se ao particular a manutenção da relação original entre encargos e vantagens, preservando a intangibilidade da chamada "equação econômico-financeira" do contrato. Todas as alterações procedidas pelo Poder Público deverão preservar este equilíbrio.

O contrato de fomento não é compatível com essas características inerentes ao regime jurídico dos contratos administrativos em sentido estrito. Assim, neles não se reconhecem à Administração Pública as chamadas prerrogativas extraordinárias, que abrangem a competência para inovar unilateralmente as condições contratuais. Como decorrência, mesmo que a solução contratual originalmente avençada não se preste a assegurar a satisfação ótima do interesse coletivo, não restará autorizada a sua alteração por determinação administrativa unilateral.

Ademais, o particular não possui garantia da intangibilidade da equação econômico-financeira, típica dos contratos administrativos em sentido estrito. Não tem direito a quaisquer compensações na hipótese de o empreendimento objeto do incentivo do Poder Público não lhe gerar os lucros esperados ou mesmo provocar-lhe graves prejuízos.

Isto porque a lógica da contratação voltada ao fomento é completamente diversa da lógica da contratação administrativa em sentido estrito. No contrato de fomento, a livre iniciativa é preservada. O Poder Público não contrata o particular para que ele lhe proveja uma utilidade específica; apenas o incentiva a adotar condutas e executar empreendimentos que possam resultar em benefícios difusos para a coletividade, mas que remanescem privados.

Ausentes as prerrogativas extraordinárias e a ingerência peculiar da administração sobre a atividade executada pelo particular que caracteriza as contratações administrativas em sentido estrito, estão ausentes, também, as garantias que correspondem ao particular, que assumirá o risco integral do seu negócio.

3.2. As regras relativas ao procedimento da contratação

Como regra geral, toda contratação administrativa deve ser antecedida de licitação. O direito impõe este procedimento formal porque se entende que a sua aplicação conduz à realização de diversos valores jurídicos (lisura, isonomia, economicidade etc.). Mas referida regra comporta exceções, como prevê a própria CF/88 (art. 37, inc. XXI). Reconhece-se que há casos em que promover licitação conduzirá à frustração de valores e princípios protegidos pelo próprio Direito. Trata-se das hipóteses de contratação direta, em que se incluem a dispensa e a inexigibilidade de licitação.

3.2.1. As hipóteses de inexigibilidade de licitação

Em vista das características fundamentais da contratação voltada ao fomento, a sua submissão a procedimento licitatório formal não pode ser generalizada. Em grande parte dos casos, estará configurada a hipótese de inexigibilidade de licitação, em virtude da inviabilidade de competição[17].

[17] Segundo a redação do art. 25 da Lei n° 8.666, a inexigibilidade de licitação ocorre quando for inviável a competição. Contudo, o conceito de "inviabilidade de competição" não foi explicitado legislativamente. A intenção legislativa é elencar, de modo amplo, situações aptas a caracterizar a inviabilidade de competição. A lei remete à verificação das circunstâncias em face do caso concreto, reconhecendo a impossibilidade de elenco

Para entender as dificuldades de submissão de uma contratação com estas características a prévio procedimento licitatório, pode-se pensar no exemplo dado na introdução deste trabalho, do fomento concedido por um pequeno município destinado a atrair para o seu território a instalação de empreendimento de grande vulto econômico. A estrutura legal da licitação é dificilmente compatível com o fim pretendido.

Primeiro porque, tendo em vista a autonomia do particular que é característica do contrato de fomento, qualquer procedimento competitivo demandaria a revelação do plano do negócio, para que se pudesse proceder à sua comparação.

Isso permitiria o conhecimento público de informações essenciais para o sucesso do empreendimento. Ou seja, um potencial competidor teria acesso a dados que lhe permitiriam obter vantagens incomparáveis. O licitante teria de revelar não apenas o montante dos investimentos, mas todos os cronogramas, todos os levantamentos sobre o negócio, todas as soluções cogitadas como relevantes. Tais dados são essenciais para o êxito do empreendimento e sua revelação pública pode colocar em risco o sucesso empresarial[18].

A consequência é que a adoção de um procedimento seletivo para escolher o projeto empresarial objeto do fomento poderia acarretar o afastamento dos empreendedores efetivamente comprometidos com o sucesso do negócio.

Em segundo lugar, ainda que houvesse a apresentação destes diferentes projetos e que eles fossem objeto de comparação, o procedimento licitatório terminaria por vincular o vencedor ao projeto apresentado. Isso implicaria a eliminação de uma faceta essencial da livre iniciativa, que consiste na possibilidade de alteração das concepções iniciais de um empreendimento. E esta circunstância poderia descaracterizar o contrato de fomento e levar a uma eventual configuração de um contrato administrativo em sentido estrito – com a incidência do seu regime peculiar.

Ademais, é problemático (e muitas vezes inviável) promover uma comparação objetiva em relação ao modo mais satisfatório de atendimento dos objetivos perseguidos pela Administração em tais hipóteses[19]. Isso porque os benefícios sociais gerados pela implantação do empreendimento não são mensuráveis segundo critérios matemáticos e, muitas vezes, nem sequer são totalmente identificáveis de antemão. Por exemplo, haverá consequências óbvias de geração de empregos, aumento de renda e arrecadação para o município. Mas, para além disso, um empreendimento de grande vulto econômico gera uma enorme gama de repercussões em cascata sobre a economia local, efeitos imponderáveis e não-objetivos.

Assim, em muitas situações, estarão ausentes os pressupostos para a

---

exaustivo. Configura-se, nesse ponto, a grande diferença prática entre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação. Quando se trata de inexigibilidade, o legislador reconheceu a impossibilidade de promover um elenco taxativo, por ser logicamente impossível antever todas as situações em que ocorrerá a inviabilidade da competição. Por isso, ainda que a lei indique situações de inexigibilidade, o rol normativo tem natureza exemplificativa – o que fica evidente pela redação do caput do art. 25, segundo o qual a licitação é inexigível em especial para as situações descritas nos três incisos.

[18] Lembre-se que não se trata de atividade subordinada a regime de serviço público. Trata-se da exploração de atividade econômica por um particular, realizada sob os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. A manutenção de segredos de indústria é legítima e se insere na essência da atividade competitiva.

[19] Nesse mesmo sentido, JOSÉ CASALTA NABAIS entende que o contrato de intervenção na economia *"orienta-se para o futuro e para um fim referido a situações incertas e desconhecidas, configurando assim um* acto prospectivo *(ou uma* decisão na incerteza*), o que não acontece com o contrato tradicional que 'congela' o presente consubstanciado na vontade das partes"* (*Contratos fiscais...*, ob. cit., 1994, p. 146).

escolha objetiva da proposta mais vantajosa, não sendo possível adotar critério que acarrete uniformidade de julgamento e permita decisões homogêneas e invariáveis de sujeito para sujeito. A escolha do beneficiário do fomento se dá essencialmente em função dos benefícios indiretos que serão gerados a partir da execução de determinado empreendimento. Esses benefícios são de tal modo múltiplos, incertos e difusos que sua redução a pautas objetivas, de natureza econômica ou técnica, implicaria a desnaturação da política pública pretendida.

3.2.2. A dispensa prevista para as "doações de interesse público"

No caso específico em que o fomento à atividade privada se operacionalizar por meio da doação de bens públicos, incidirá o art. 17, § 4º, da Lei nº 8.666. O referido dispositivo dispensa a licitação para a doação com encargo "no caso de interesse público devidamente justificado" – uma regra que revela, na essência, um caso de inviabilidade de licitação.

Os tribunais têm dado aplicação a essa hipótese de dispensa em muitos casos[20]. Mas é essencial que a referida previsão legislativa seja interpretada com cautela.

O art. 37, inc. XXI, da Constituição determina a obrigatoriedade de a lei dispor sobre as hipóteses específicas de dispensa de licitação[21]. Não é admissível que a lei, em vez de estabelecer tais hipóteses, remeta à apreciação, pela Administração, de casos de interesse público. Esta avaliação não pode caber à Administração, sob pena de alterar a opção exercitada constitucionalmente. Se desejasse subordinar a licitação ao requisito do "interesse público devidamente justificado", a Constituição Federal teria adotado solução diversa daquela consagrada no art. 37, inc. XXI.

Portanto, para que não se verifiquem violações constitucionais, deve-se interpretar o dispositivo no sentido de que, nesse campo, caberá à lei local definir e instituir a dispensa de licitação. Cada entidade federativa deverá avaliar o "interesse público" e determinar a contratação direta com base nos casos especificados na sua lei.

Dito de outro modo, o dispositivo não pode ser lido de forma a dispensar a licitação sempre que *o administrador público* entender existente "interesse público". Para a incidência da hipótese de dispensa prevista no art. 17, § 4º, reputa-se necessária a intervenção do legislador local, identificando e definindo o interesse público que justifica a alienação sem licitação. Essa interpretação evita infrações ao art. 37, inc. XXI, da Constituição, ao tempo em que abre às diversas esferas da federação a possibilidade de dispor de seus bens sem licitação, desde que para promover determinados "interesses públicos" assim definidos em lei.

Os encargos mencionados pelo art. 17, § 4º, da Lei nº 8.666 servem precisamente para franquear uma via por meio da qual o Poder Público conduzirá o particular beneficiado a atuar para a promoção dos interesses da coletividade. O mesmo dispositivo exige que o instrumento contratual que estabelece os encargos preveja o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade

[20] A jurisprudência tem aplicado esta hipótese de dispensa, conforme se vê nas seguintes decisões: STJ, RE 797.671/MG (2005/0179387-0), 1ª T., Rel. Min. LUIS FUX, j. 05/06/08; TJSP, AC 937.215.5/7-00, 2ª CDP, Rel. VERA ANGRISANI, j. 06/04/10; TJRS, AC 70020839759, 1ª CC, Rel. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI, j. 19/12/07.

[21] Note-se a expressão "ressalvados os casos especificados na legislação", constante do art. 37, inc. XXI, da Constituição.

da doação. Assim, não cumpridas tempestivamente as obrigações do beneficiário, o bem volta ao domínio público[22].

Esclareça-se que a interpretação aqui defendida para o art. 17, § 4º, não implica a *criação*, por lei local, de *nova hipótese* de dispensa de licitação. As hipóteses de dispensa têm natureza de "norma geral" e, portanto, só podem ser estabelecidas por lei federal (art. 22, inc. XXVII, da CF/88). O papel da lei local é apenas *determinar a existência concreta* da hipótese prevista e criada pela lei federal. Cabe-lhe identificar e definir o "interesse público" ali referido, autorizador da contratação direta.

3.3. Os limites do art. 17 da Lei nº 8.666 às alienações públicas

As contratações destinadas ao fomento devem observar algumas regras que podem limitar a liberdade do administrador no que se refere à natureza e à quantidade do benefício público concedido. Esses limites são especialmente relevantes nos casos em que a contratação pública não for precedida de procedimento licitatório.

As regras constantes do art. 17 da Lei nº 8.666 determinam, primeiramente, que a doação de bens públicos imóveis está permitida *"exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública"* (inc. I, "b"). Em outro dispositivo, há regra semelhante no tocante às permutas de bens móveis (inc. II, "b"). Outros trazem vedações relativas aos poderes do beneficiário de doações (§ 1º) e limitações concernentes a permutas de bens imóveis (inc. I, "c"). Estas normas – especialmente a primeira delas – reduziriam a autonomia dos entes públicos para utilizar o seu patrimônio para fomentar atividades privadas de interesse coletivo.

Entretanto, no julgamento da medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3/RS, o Supremo Tribunal Federal emprestou interpretação conforme a Constituição para os referidos dispositivos, esclarecendo que tais vedações têm aplicabilidade apenas no âmbito da União Federal[23].

A decisão baseou-se na autonomia dos demais entes federativos para decidir o destino dos próprios bens. Seria inadmissível, por violação ao princípio federativo, que a destinação de um bem público municipal ou estadual estivesse limitada por legislação emanada de outra esfera da Federação. Os bens dos municípios e dos estados integram o seu patrimônio e constituem fonte de que dispõem para financiar a realização de suas finalidades constitucionais.

Com efeito, a adoção constitucional da estrutura federativa acarreta decorrência inafastável: assegura-se a cada ente federal uma margem mínima de autonomia. A União não pode valer-se de sua competência legislativa para frustrar a eficácia dos princípios constitucionais mais relevantes. Portanto, a regra do art. 22,

---

[22] Esta é também a disciplina civilista (v. art. 555 do Código Civil).

[23] Assim, lê-se no voto do Ministro Relator, Carlos Velloso, em trecho que foi seguido por todos os demais ministros da Corte, sobre o art. 17, inc. I, "b": *"Não veicularia norma geral, na alínea b, que cuida da doação de imóvel, se estabelecesse que a doação somente seria permitida para outro órgão ou entidade da Administração Pública. No ponto, a lei trataria mal a autonomia estadual e a autonomia municipal, se interpretada no sentido de proibir a doação a não ser para outro órgão ou entidade da Administração Pública. Uma tal interpretação constituiria vedação aos Estados e Municípios de disporem de seus bens, a impedir, por exemplo, a realização de programas de interesse público, tal como ocorre, no caso, conforme noticiado na inicial ... Empresto, pois, interpretação conforme à Constituição ao citado dispositivo - art. 17, I, b: a expressão - 'permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo' - somente tem aplicação no âmbito do governo central, vale dizer, no âmbito da União Federal".* (STF, MC na ADI 927/RS, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 03.11.1993).

inc. XXVII, da CF/88 deve ser interpretada em função do princípio federativo. A competência da União para legislar sobre normas gerais sobre licitações e contratações administrativas não se sobrepõe ao princípio da Federação[24]. As competências locais derivadas da organização federal não podem ser limitadas mediante lei da União. Em termos ainda mais diretos: norma geral não é instrumento de restrição da autonomia federativa.

Daí se extrai que todas as regras acerca de organização, funcionamento e competência dos organismos administrativos estão excluídas do âmbito específico das normas gerais sobre licitação e contratação administrativa. A lei federal disciplina o procedimento administrativo e as competências, mas não institui órgãos, nem interfere sobre assuntos de peculiar interesse local. É inadmissível considerar como norma geral uma regra acerca da gestão de bens públicos de entes federativos. Em face da Federação, a União não pode estabelecer regras acerca de doação de bens estaduais ou municipais.

As regras limitadoras do art. 17 da Lei nº 8.666, portanto, reduzem a possibilidade de a União usar o patrimônio público para veicular incentivos à execução de atividades privadas de interesse coletivo. Mas esta possibilidade segue aberta para as demais entidades federativas.

3.4. As regras da Lei nº 4.320/64

O contrato de fomento pode envolver a criação de despesas públicas. A aplicação de recursos públicos envolve questões de direito financeiro. Os delineamentos básicos do tema, no direito brasileiro, são disciplinados pela Lei nº 4.320. Trata-se de um diploma que apresenta limitações técnicas notáveis.

Reputa-se que a Lei nº 4.320 foi recepcionada pela CF/88 (e pelas que a ela antecederam) como uma lei complementar[25]. Como decorrência, entende-se que as normas da Lei nº 4.320 são vinculantes para todas as esferas federativas e mesmo a União apenas poderia alterá-las mediante norma de natureza idêntica.

3.4.1 A classificação das despesas públicas

O art. 12 da Lei n° 4.320 classifica as despesas públicas em duas grandes categorias: as “despesas correntes” e as “despesas de capital”. As despesas correntes são aquelas destinadas a assegurar a manutenção da existência do Estado (e de outras entidades assemelhadas), inclusive no tocante a serviços já

[24] A disputa sobre o conteúdo da expressão “normas gerais”, utilizada no texto constitucional, gera grandes dificuldades. Mas a interpretação da fórmula tem de considerar, em primeiro lugar, a tutela constitucional à competência local. É inquestionável que a Constituição reservou competência legislativa específica para cada esfera política disciplinar licitação e contratação administrativa. A competência legislativa sobre o tema não é privativa da União. Se a competência para disciplinar licitação e contratação administrativa fosse exclusiva da União, a Constituição não teria aludido a normas gerais e teria adotado cláusulas similares às previstas para o direito civil, comercial, penal etc. Não foi casual o art. 22 ter distribuído essas competências legislativas em dois incisos distintos. No inciso I, alude-se à competência privativa para dispor amplamente sobre todas as normas acerca de certos campos (direito civil, comercial, penal etc.). Já o inciso XXVII trata da competência privativa para dispor apenas sobre normas gerais. A vontade constitucional, portanto, é de ressalvar a competência dos demais entes federais para disciplinar a mesma matéria.

[25] Para ser mais preciso, o art. 163, inc. I, da CF/88 prevê a competência da União para dispor, mediante lei complementar, sobre finanças públicas. Temática idêntica foi levantada a propósito do chamado Código Tributário Nacional, veiculado por meio da Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

existentes. Já as despesas de capital são aquelas se orientam a promover a criação de novos bens ou serviços.

As despesas correntes compreendem as "despesas de custeio" e as "transferências correntes". As primeiras referem-se aos serviços estatais existentes. Envolvem as despesas de pessoal, por exemplo. As últimas referem-se a desembolsos que não correspondem a uma contraprestação direta em bens ou serviços. Usualmente, envolvem valores transferidos a outras entidades de direito público ou privado. O art. 12, § 3º, da Lei nº 4.320 denomina "subvenções" as transferências correntes destinadas a despesas de custeio de instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa (subvenções sociais) ou aquelas destinadas a empresas públicas ou privadas (subvenções econômicas).

As despesas de capital são enquadráveis em três categorias, que são os investimentos, as inversões financeiras e as transferências de capital. Os investimentos são despesas relacionadas com o planejamento e a execução de obras e serviços, abrangendo inclusive a aquisição de bens permanentes[26] e a constituição ou aumento de capital de empresas sem natureza comercial ou financeira. As inversões financeiras se relacionam com a aquisição de bens permanentes já em utilização, a aquisição de títulos representativos do capital de pessoas jurídicas existentes, quando não configurar aumento de capital, e a constituição e o aumento de capital de pessoas jurídicas com fins empresariais. As transferências de capital envolvem verbas destinadas à amortização da dívida pública ou a investimentos ou inversões a cargo de outras pessoas jurídicas (públicas ou privadas). Nesse caso, configuram-se ou como auxílio ou como contribuição, conforme estejam previstas na lei de orçamento ou em lei especial.

3.4.2 – Verbas públicas e fomento a atividades privadas

A disciplina acima exposta é relevante porque as atividades de fomento devem ser com ela compatibilizadas.

Eventualmente, o fomento estatal pode envolver transferências correntes. Assim, podem ser destinadas subvenções sociais a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa. Envolvem a prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional e devem beneficiar apenas instituições cujas condições de funcionamento forem julgadas satisfatórias pelos órgãos oficiais de fiscalização[27]. As subvenções econômicas, por sua vez, podem ser utilizadas para ajudar na manutenção de preços dos produtos de determinados gêneros ou materiais. Mas qualquer transferência corrente em favor de empresas de fins lucrativos está condicionada a autorização expressa em lei especial, conforme disciplina o art. 19 da Lei nº 4.320.

No entanto, a ideia de fomento está mais relacionada com a realização de despesas de capital. Mais precisamente, a hipótese se enquadra no âmbito das transferências de capital, objeto de disciplina no art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320. Deve-se ter em vista, no entanto, que o art. 21 do mesmo diploma determina que *"A Lei de Orçamento não consignará auxílio para investimentos que se devam incorporar ao patrimônio das empresas privadas de fins lucrativos"*. Portanto, admite-se o auxílio ou contribuição em favor de entidades privadas sem fins lucrativos. Pode ser

[26] O art. 15, § 2° considera material permanente aquele com duração superior a dois anos.
[27] Art. 16 e 17, Lei n° 4.320.

praticada tanto por meio de investimentos em obras, instalações, equipamentos e material permanente, como de inversões financeiras, ou seja, aquisições que se destinam a constituir ou aumentar o capital social de uma entidade ou empresa[28]. Essas inversões consistem em aquisições de bens de capital, referidas pela Lei (art. 12, § 6º) como "transferências de capital".

3.5 Conteúdo e finalidade das normas da Lei de Responsabilidade Fiscal

A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) também veicula normas aplicáveis a atividades estatais de fomento.

3.5.1 A redução da carga fiscal

A LRF admite a redução de carga fiscal, pressupondo-se a sua utilização como instrumento para promover a realização de políticas públicas de incentivo ao desenvolvimento de atividades socialmente desejáveis. Como consta do art. 14, é cabível a renúncia de receitas ou a concessão de benefícios tributários, mas há imposição constitucional de autorização legislativa[29].

3.5.2 A transferência de recursos públicos

A destinação de recursos públicos para o setor privado é condicionada à autorização por lei específica e à previsão orçamentária. Essa regra é prevista no art. 26 da LRF e tem evidente relacionamento com transferências correntes, eis que alude à cobertura de necessidades de pessoas físicas ou déficits de pessoas jurídicas.

O art. 27 prevê a concessão de crédito por pessoa política a pessoa física ou jurídica que não se encontre sob seu controle. Em princípio, essas operações deverão respeitar as condições de mercado. Mas lei específica pode autorizar tratamento mais benéfico, *"sendo o subsídio correspondente consignado na lei orçamentária"*.

O tema foi objeto de análise do TCU, que afirmou: *"Ao conceder essa modalidade de crédito, os bancos desempenham atividade administrativa, e, portanto, plenamente sujeita ao controle desta Corte de Contas. O objetivo primário, fundamental, da concessão do crédito rural é o fomento do setor agrícola, não a obtenção de lucro com o empréstimo de recursos financeiros. Prova disso é que são utilizados, em operações de crédito rural, taxas de juros mais baixas e prazos de resgate mais longos, em relação às operações financeiras comuns"* (Acórdão n° 55/2003, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.)

3.6 A razoabilidade e a proporcionalidade da contratação

Em todas as hipóteses, incidem sobre as contratações destinadas ao fomento – como, de resto, sobre toda ação administrativa – limitações decorrentes dos deveres de proporcionalidade e razoabilidade[30].

[28] Art. 12, § 5°, inc. III da Lei 4.320.
[29] Art. 150, § 6° da CF/88.
[30] Os deveres de razoabilidade e proporcionalidade são amplamente reconhecidos, na doutrina e na jurisprudência nacional, como condicionantes da atuação estatal. Por sua força, nenhuma atuação pública, seja ela de natureza administrativa, legislativa ou jurisdicional, é juridicamente válida se restringir de forma

3.6.1. Proporcionalidade e razoabilidade como meta-normas

Naquilo que é relevante para o fim deste trabalho, cabe esclarecer que as dimensões de proporcionalidade e de razoabilidade atuam como critérios para a resolução de conflitos de princípios. Sob o âmbito de uma ordem normativa heterogênea e complexa, é possível que um ato tendente à realização de finalidades relacionadas a um princípio importe a restrição a finalidades impostas por outro princípio. Nesta hipótese, a conduta parece autorizada por um deles, mas proscrita pelo outro. Sua licitude dependerá, então, de que a restrição promovida a um dos princípios tenha sido *razoável* e *proporcional*[31].

Esta situação é muito comum no âmbito de contratações destinadas ao fomento. Por colherem desigualmente setores da economia ou mesmo agentes econômicos, estas intervenções públicas restringem e podem prejudicar valores jurídicos como a igualdade, a livre-concorrência etc[32]. No entanto, isto é feito com o objetivo expresso de privilegiar outros valores constitucionais. À falta de decisões legislativas específicas que apontem para como devem ser procedida a compatibilização entre princípios conflitantes, está aberto ao administrador um espaço de discricionariedade para atuações políticas. Estas decisões administrativas, contudo, estão condicionadas pela incidência da razoabilidade e proporcionalidade.

3.6.2. O conteúdo da razoabilidade e da proporcionalidade

Apesar de frequentemente confundidos na jurisprudência e na doutrina, os deveres de razoabilidade e de proporcionalidade são distintos.

---

irrazoável ou desproporcional os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Considera-se comumente que os seus fundamentos normativos estariam nos princípios da legalidade e da finalidade (arts. 5º, incs. II e LXIX, 37 e 84, inc. IV, da CF), bem como no princípio de justiça (Preâmbulo e art. 3º da CF), do Estado de Direito (art. 1º da CF) e do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV, da CF). Registre-se a importante divergência de LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, para quem *"a busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera. A exigibilidade da regra da proporcionalidade para a solução de colisão entre direitos fundamentais não decorre deste ou daquele dispositivo constitucional, mas da própria estrutura dos direitos fundamentais"* (v. o seu "O proporcional e o razoável". *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 798, abr. 2002, p. 43).

[31] Razoabilidade e proporcionalidade são entendidas neste trabalho como postulados normativos aplicativos, e não como regras ou princípios constitucionais. Enquanto os princípios implicam o dever imediato de realizar um estado de coisas e as regras implicam o dever imediato de adotar a conduta descrita na norma, o postulado normativo *rege a aplicação destas outras duas espécies normativas*, estruturando a sua aplicação concreta. Dirige-se, pois, ao intérprete, constituindo-se em normas imediatamente metódicas. Daí se afirmar que os postulados normativos são normas de segundo-grau ou *meta-normas*; por atuarem no plano das normas, e não no plano dos fatos. Rigorosamente, na hipótese de descumprimento destes deveres, haverá violação *do princípio restringido* – e não da proporcionalidade e da razoabilidade em si. Por detrás da aplicação dos postulados normativos, há sempre outras normas jurídicas. Sobre o tema, v. HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos princípios*, 7 ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

[32] Como aponta FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, "*É próprio da intervenção fomentadora a eleição de um setor, de uma atividade ou mesmo de um agente econômico apto a merecer um incentivo, um incremento ou um suporte que o torne mais apto ou capacitado a se desenvolver e, com isso, ensejar um benefício coletivamente auferível...*" (O fomento..., ob. cit., p. 67).

O primeiro exame, de razoabilidade, atua sobre os *fundamentos (as razões)* da contratação. Inclui duas operações distintas: (i) a verificação da causa fática e (ii) a identificação da finalidade constitucional. Em suma, não é razoável a concessão de benefícios públicos sem causa faticamente verificável ou finalidade constitucionalmente protegida.

Na primeira operação, o dever de razoabilidade requer a existência de um suporte empírico que fundamente a ação pública. Nos exemplos dados na introdução deste trabalho, por exemplo, constituiriam causas fáticas da contratação a situação de subdesenvolvimento sócio-econômico local, o subemprego, a hesitação empresarial relativa à localidade em que implantará o seu empreendimento etc. Na segunda operação, a razoabilidade implica a identificação de um valor constitucional que fundamente a medida pública adotada. Ainda levando em consideração as hipóteses que abrem este trabalho, podem ser citadas como finalidades constitucionais que justificariam a contratação destinada ao fomento a mitigação das desigualdades regionais, a geração de empregos, a preservação da cultura e da identidade local.

Já o exame de proporcionalidade envolve uma análise da relação existente entre as finalidades buscadas e os meios para tanto escolhidos. Assim, levará em consideração a natureza e a medida dos benefícios públicos concedidos, em sua relação com a finalidade visada.

O contrato de fomento será dito proporcional quando for *adequado*, *necessário* e *proporcional em sentido estrito*. A desproporcionalidade é característica das ações públicas que não são aptas a realizar a finalidade pretendida (inadequação); que vão além do necessário para atingi-la, causando gastos ou abdicações patrimoniais excessivas (desnecessidade)[33]; ou, finalmente, que causam benefícios públicos insignificantes diante da despesa operada (desproporcionalidade em sentido estrito).

Para que se possa afirmar a ilicitude da contratação pública, será suficiente que se evidencie a violação a apenas um destes três aspectos. A aplicação deles, ademais, é subsidiária: se a contratação for inadequada, não é necessário avaliar a sua necessidade; e se ela for desnecessária, não é necessário avaliar a sua proporcionalidade em sentido estrito[34].

4. Conclusão

[33] O dever de proporcionalidade-necessidade está intimamente ligado ao chamado "princípio da subsidiariedade". No tocante à intervenção estatal na economia, esta norma determina que a regulação pública deve ser meramente supletiva à atuação direta da iniciativa privada. Sempre que a concretização dos princípios constitucionais relevantes a uma determinada atividade puder se atingir sem a intervenção estatal, assim deverá ser feito. A ideia é a de que o manejo da autoridade estatal só se justifica *"na medida em que uma finalidade de interesse geral (...) não seja alcançável autonomamente pelas instituições sociais"* (In: FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO, "Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal", *RDPE - Revista de Direito Público da Economia*, n.1, jan.-mar. 2003, p. 80). Sobre o tema, v. ainda JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, "O princípio de subsidiariedade: conceito e revolução". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.200, abr./jun, 1995.

[34] Muitas precisões são necessárias a propósito da aplicação das diversas fases do exame de proporcionalidade. Estas precisões não cabem neste espaço, razão pela qual se remete o leitor a obras específicas sobre o assunto, como Humberto ÁVILA, *Teoria dos...*, ob. cit.; LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, "O proporcional e..., ob. cit., *Revista dos Tribunais*. São Paulo. v.91. n.798. abr. 2002, p. 37; Daniel SARMENTO, *A ponderação de interesses na constituição federal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

Considerando as carências estatais para atendimento das necessidades sociais, evidencia-se a aplicação de uma política-regulatória distinta daquela praticada antes do advento do Estado de Bem-Estar Social.

Formas diferenciadas de interação entre setor público e privado passam a ser valorizadas. Os deveres constitucionais de realização de políticas públicas, para serem devidamente efetivadas, exigem a utilização de instrumentos capazes de racionalizar externalidades e de otimizar a aplicação dos recursos disponíveis.

Cabe ao Estado não apenas aplicar os seus recursos na promoção direta de atividades necessárias e úteis à realização dos valores prezados pela Nação. Também lhe incumbe exercitar as suas competências de modo a incentivar os particulares a adotar as escolhas mais compatíveis com tais valores. Em suma, todas as competências estatais devem ser exercitadas de modo harmônico para a realização das políticas públicas escolhidas.

É nesse contexto que ganha espaço a figura do contrato de fomento, que é um importante instrumento de intervenção estatal no domínio econômico. Não se trata de mero contrato administrativo, de "colaboração" ou de "delegação". Corresponde a instrumento de implantação de uma política pública. Os encargos imputados às partes são distintos daqueles previstos nos contratos comuns, e os vínculos por ele produzidos são muito mais tênues.

A utilização da contratação administrativa como instrumento de fomento de atividades socialmente desejáveis e necessárias envolve uma renovação das concepções atinentes ao instituto. Nesse ponto, verifica-se a superação dos conceitos jurídicos e das abordagens tradicionais, exigindo a adequação dos institutos conhecidos para dar conta de uma nova realidade.

Este texto está publicado na Revista Internacional de Contratos Públicos, disponível no endereço : HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se deseja colaborar com a Revista, envie seu trabalho para o Comitê de Avaliação com resumo em inglês : ijpc@direitodoestado.com.br.

Cet article est publié par la Revue Internationale de Contrats Publics, disponible sur le site: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
Se vous voudriez collaborer avec la Revue, veuillez envoyer votre travail au Comite' d'Evaluation avec un résumé en français: ijpc@direitodoestado.com.br

This article is published the International Journal of Public Contracts, available at the website: HTTP://www.direitodoestado.com.br/ijpc.
If you would like to collaborate with the Journal, please send your work to the Evaluation Committee with an abstract in English: ijpc@direitodoestado.com.br