

ALBERTO ISRAEL BARBOSA DE AMORIM GOLDENSTEIN

**CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO: UMA FORMA DE
DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia.

Orientadora: Prof. Dra. Adriana Ricardo da Costa Schier.

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ALBERTO ISRAEL BARBOSA DE AMORIM GOLDENSTEIN

CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO: UMA FORMA DE DESENVOLVIMENTO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia, do Programa de Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Profa. Dra. Adriana Ricardo da Costa Schier.

Componentes: Prof. Dr. Bruno Meneses Lorenzetto.

Prof. Dr. Luiz Alberto Blanchet.

Curitiba, 22 de maio de 2017.

*À minha sempre presente avó Mercine
Ferro Barbosa de Amorim, com a
eterna saudade de seu abraço.*

AGRADECIMENTOS

A pesquisa científica foi um verdadeiro desafio, afinal era advogado e não pesquisador, palavras entoadas rotineiramente no curso do Mestrado. Aliás, não foi uma tarefa fácil alinhar o fato de pesquisar uma temática até então distante para mim. Sempre me questioneei: Por que estou estudando direitos fundamentais e democracia? Hoje posso dizer que este trabalho é a resposta para todas as dúvidas e questionamentos. Sim, um privatista conseguiu analisar o Estado e verificar sua função, o que me deu mais um nó. Posso dizer que o Mestrado fez com que eu mudasse de ideia, crescesse e evoluísse como pessoa, advogado e pesquisador. Ou melhor, me encontrei no Estado.

Para além do crescimento aprendi que a pesquisa não pode se encerrar, é precisamos pensar, dialogar e discutir para que possamos crescer, seja no nosso íntimo, seja como coletividade, ainda mais pelo momento vivido em nosso país. Porém mesmo sem esgotar a pesquisa posso dizer, enfim, missão cumprida.

Cumprida a função proposta, é momento de agradecer a todos que tiveram ao meu lado nessa caminhada e nos meus queixumes, com apoio, incentivo e esperança.

À dona Léa, vulgo mãe, que mal sabe, mas quando me carregava para as aulas que lecionava na Universidade, para não me deixar sozinho ou para ter a mim por perto, me fez admirar a profissão pelo seu amor, seu carinho e sua dedicação ao que fazia. Carinho e dedicação nunca faltaram. Essa é sua marca e meu maior agradecimento por sozinha encerrar a dura tarefa de ser mãe. Este trabalho é por você e para você. Meu obrigado por tudo e pela força em me ajudar a seguir em frente.

Ao meu melhor encontro, Natália, amor da vida. Você não sabe, mas me encantou com o seu amor pelo que faz. Lembro-me de nossas primeiras conversas, as quais foram de encontro ao início do Mestrado, em que você falava da pedagogia e da sua dedicação para fazer as pessoas evoluírem por meio de um direito tão básico que é a educação. Este trabalho não seria possível sem as nossas infindáveis conversas, sem o seu carinho, sem o seu apoio e sem a sua parceria. Caminhar ao seu lado foi

minha maior vitória e a melhor escolha. Amo estar com você! Amo você! Este trabalho é para você também.

Aos meus tios Margareth e Máximo, à Rachel e ao Raphael, família querida que esteve, está e estará ao meu lado com força, dedicação e alegria. Meus mais sinceros agradecimentos pelos conselhos e pelo acolhimento de sempre.

A meu primo Rodrigo pela ajuda e pela coragem de enfrentar seus posicionamentos. Minha admiração, carinho e minha mão para tudo que juntos possamos enfrentar e contribuir para algo melhor.

Ao meu sócio, Giordano, obrigado por dividir o sonho de um escritório. Obrigado por ser essa pessoa espetacular que me dá segurança. Mas, em especial, obrigado por apostar em mim, em nossos objetivos e por assumir a responsabilidade do nosso escritório nos últimos anos para que eu pudesse concluir o Mestrado. Mais que um sócio, um amigo e um irmão que a vida me deu.

Ao meu escritório Goldenstein. Malucelli & Advogados Associados, sonho maior de uma vida que vem se construindo a cada dia, com dedicação empenho e compromisso, o que só é possível pela incansável aposta de profissionais capacitados e amigos de sempre. Meus sinceros agradecimentos à Thais Serrão Ribeiro, ao Gustavo Portugal Heinze e à Camila Padilha, que eu possa fazer por vocês o que vocês fizeram e fazem por mim.

À minha fiel escudeira e estagiária querida Leila Malucelli, cujo mestrado só foi possível porque estava ao meu lado, me auxiliando em todos os momentos do trabalho, acadêmico e do escritório. Saiba que o escritório será seu porto seguro e estará de portas abertas para quando quiser voltar, o que espero que seja logo.

Aos meus amigos que, por minha ausência, talvez não saibam a importância que têm em minha vida. Estar com vocês é um refúgio, Helio, Luzzi, Gustavo, em especial, cada qual em seu momento, em sua forma de agir, fizeram parte dessa vitória. Juntos somos sempre mais fortes.

À Luana Dal Prá, revisora, professora, mãe e principalmente amiga. Em um momento difícil estendeu sua mão e me ajudou na conclusão deste trabalho. Obrigado, Lu!

Ao UniBrasil, centro universitário que se confunde com a minha casa. Foi e sempre será minha base. Quando entrei em 2005 como acadêmico, então com dezessete anos, não imaginava que a escolha seria a mais acertada. Obrigado pelos ensinamentos diários e por fazer parte do meu crescimento profissional. O que sou é graças a tudo o que aprendi na instituição.

À coordenação do curso de Direito do UniBrasil na pessoa dos meus amigos Marco Antônio Lima Berberi, Alessandra Back e Carlos Eduardo Dipp. Obrigado pelos conselhos, pelo apoio e por fazerem do UniBrasil a melhor instituição de ensino para se lecionar.

Aos meu alunos, objetivo principalmente da conclusão deste Mestrado.

À professora Andréa Roloff, criaturinha que me acompanha desde minha entrada no UniBrasil, na minha especialização, no meu lecionar e agora no Mestrado. Uma segunda mãe, um presente da vida, que me mostra todos os dias e em todas as nossas conversas que sempre podemos melhorar e alcançar nossos objetivos. Saiba que meu agradecimento é pela professora e mulher que é e por representar um alicerce fundamental em minha formação.

Existem colegas de trabalho e existem vocês. Não poderia deixar de agradecer aos amigos do UniBrasil, aqueles em que me espelho e que contribuem, por mais que ainda não tenha externado, com o meu crescimento profissional. Adriana Pires Heller, querida amiga, professora, hoje se leciono é porque me espelhei em você. Bruna, parceira da graduação, mestrado, aulas, estar com você nesses momentos é uma certeza de que estive e estou no caminho certo. Carlos Eduardo Koller, que pessoa, amigo para todas as horas, um incentivador e um exemplo de pessoa e profissional. José Osório do Nascimento, um dos culpados por ter me arriscado nessa dissertação, pelo tema e pela forma como conduz sua pesquisa, obrigado pelos conselhos e incentivos. Maria Cecília Naressi, minha eterna orientadora, com um sorriso largo no rosto e um apoio incondicional. Marina Macedo, professora e amiga, que com seu jeito exerce um contraponto na minha pesquisa.

A todos os amigos da confraria UniBrasil e casa do rui que engrandecem meus aprendizados com seus debates e discussões.

Ao Mestrado do UniBrasil, do qual me orgulho de ter feito parte como mestrando e a todos os seus professores pelo auxílio e pela contribuição acadêmica durante toda a trajetória na pesquisa. Minha eterna gratidão pelo apoio e pela contribuição de todos vocês.

Às secretárias do Mestrado Rafaela e Gisele, que além da dedicação ao trabalho dedicam-se também a ouvir todas as ansiedades e conquistas de nós, mestrandos, ao longo dos estudos.

Ao Professor Dr. Octávio Campos Fischer, grande mestre, amigo e um exemplo de profissional, o qual me espelho pelos seus conhecimentos e retidão de caráter.

À Professora Dra. Laura Both por apostar em mim quando pensei, por diversas vezes, em desistir do programa. Pesquisei graças ao seu incentivo e carinho.

Ao Professor Bruno Meneses Lorenzetto, que com suas discussões e seus debates me fez querer evoluir diariamente, seja como aluno, seja como professor, ao qual também agradeço por me mostrar recortes e possibilidades de pesquisas antes impossíveis.

E o especial agradecimento à minha orientadora Professora Dra. Adriana Ricardo da Costa Schier, que apostou nas minhas divagações, transformou-as em hipóteses e fez com que eu pudesse “sair de cima de muro” tomando posição sobre questões antes não claras. Professora, seu carinho, seu comprometimento e seus puxões de orelha me fizeram chegar até aqui, o que levarei por todo caminho que trilharei, com a missão de aplicar seus ensinamentos no Direito Empresarial tudo o que aprendi e continuo aprendendo com você. Ser seu orientando foi uma grande honra e um dos meus maiores desafios.

As tarefas que nos propomos devem conter exigências que pareçam ir além de nossas forças. Caso contrário, não descobrimos nosso poder, nem conhecemos nossas energias escondidas e, assim, deixamos de crescer.

Leonardo Boff

SUMÁRIO

RESUMO.....	xi
ABSTRACT.....	xii
INTRODUÇÃO.....	01
O MODELO DE ESTADO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	05
1.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O MODELO DE ESTADO.....	05
1.2. A ORDEM ECONÔMICA E A ATIVIDADE EMPRESARIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	21
1.3. DAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.....	32
2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO VIA FOMENTO: UMA FORMA DE INCENTIVO AOS AGENTES ECONÔMICOS E AO DESENVOLVIMENTO DO ESTADO.....	47
2.1. DA NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL EM CONJUNTO COM O ESTADO EM PROL DO DESENVOLVIMENTO DA COLETIVIDADE.....	47
2.2. CONCEITO DE FOMENTO E DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DESTE INSTITUTO.....	58
2.3. DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE FOMENTO: UMA FORMA DE PROPICIAR O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO.....	75
3. DOS MEIOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DO DESENVOLVIMENTO DO ESTADO.....	86
3.1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATIVIDADE DE FOMENTO.....	86

3.2. O NECESSÁRIO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE NA CONCESSÃO DAS MEDIDAS DE FOMENTO.....	97
3.3. DO CONTROLE DE FINALIDADE DO FOMENTO: UMA FORMA DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO E A CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DA REPÚBLICA.....	109
CONCLUSÃO.....	124
REFERÊNCIAS.....	127

RESUMO

O presente trabalho traz como preocupação central o questionamento de como o Brasil, um Estado de magnitude geográfica, pode ser capaz de suprir os anseios da coletividade, de forma a concretizar os direitos fundamentais. A essa preocupação, cuidou-se de verificar se o Estado realmente possuía tal responsabilidade, ao que se respondeu, a partir da leitura do modelo de Estado eleito e a ser seguido, que Estado possui tal responsabilidade. Contudo, pela extensão do Estado e da sua responsabilidade, torna-se praticamente impossível a concretização desses direitos de forma isolada, fato que remete à necessidade de uma colaboração do Estado com os demais setores da sociedade civil, em especial no que se refere à participação da iniciativa privada, para que, em conjunto, concretizem os objetivos constitucionais de desenvolvimento social, o que necessita de uma análise da ordem econômica. A partir da leitura da ordem econômica constitucional, torna-se perceptível a atuação colaborativa entre Estado e sociedade, o que se evidencia pelas intervenções do Estado no domínio econômico, em especial pelas políticas públicas de fomento. O ato administrativo de fomento tem como objetivo incentivar particulares no desenvolvimento do Estado, o que ocorre por diversos meios, em especial ao empréstimo público em condições favorecidas. Porém, como todos os outros atos administrativos, o fomento precisa cumprir objetivos, os quais se vinculam ao interesse público e ao desenvolvimento social, necessitando de controle. Para tanto, tem-se como primordial que os atos de fomento sejam controlados tanto no ato de sua concessão quanto no cumprimento de seus objetivos, possibilitando, assim, o cumprimento dos objetivos constitucionais e o desenvolvimento social da coletividade.

Palavras-chave: Administração pública; Ordem econômica; Intervenção no domínio econômico; Fomento; Controle; Discricionariedade.

ABSTRACT

The present study brings as its main concern the questioning of how Brazil, a State of geographic magnitude, can be able to supply the collective yearnings, in order to materialize the fundamental rights. To this concern, it was carefully verified if the State really had such responsibility, to which it was answered, through the reading of the model of State elected and to be followed, that State has such responsibility. However, due to the extension of the State and its responsibility, it becomes practically impossible to materialize these rights in an isolated way, fact that points to the need of collaboration between the State and other sectors of civil society, especially in what it refers to the participation of the private initiative, so that, together, they can fulfill the constitutional goals of social development, which requires an analysis of the economic order. From the reading of the constitutional economic order, it becomes clear the collaborative action between State and society, which is evidenced by the interventions of the State in the economic domain, especially by the public foment policies. The administrative act of promotion aims to encourage individuals in the development of the State, which occurs through diverse means, especially to the public loan under favorable conditions. However, like all other administrative acts, the promotion must meet goals, which are linked to public interest and social development, requiring control. Therefore, it is essential that the acts of development be controlled both in the act of granting it and in the fulfillment of its objectives, thus enabling the fulfillment of the constitutional objectives and the social development of the community.

Keywords: Public administration; Economic Order/System; Intervention in the economic domain; Economic development; Discretionary.

INTRODUÇÃO

É cediço que as necessidades da coletividade vêm se alterando com o passar do tempo e com o acesso à informação. Vive-se em uma constante transformação, em especial no que se refere aos anseios tecnológicos e de crescimento, movimento que encontra respaldo na globalização, inevitável nos dias atuais. Nessa construção houve fases que não podem ser renegadas, com transformações significativas que merecem atenção a fim de nortear o momento vivido, não estando o Estado alheio a todas essas transformações.

No que concerne ao Estado, destaca-se que há transformações visíveis em sua posição frente à sociedade, bem como os limites de seus deveres e poderes frente à coletividade. Quanto a estes, pode-se afirmar que já foram adotados ideais liberais, com posições voltadas a uma política de livre-comércio, pautadas em uma intervenção mínima tanto no domínio econômico como nas relações entre os particulares. Esse modelo propiciou a construção do sistema de capitalismo, marcado por severos abusos aos indivíduos, sob a justificativa de que se buscava o lucro. Certo de que esse modelo não prosperou, uma vez que desrespeita direitos básicos dos cidadãos, em clara violação à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais.

Com a crise desse modelo de Estado, propiciado especialmente pelos movimentos sociais, emergiu o novo modelo denominado *welfare state*, ou Estado de Bem-Estar Social, que cuidou de se preocupar com a proteção social, em especial no que se referia à adoção de políticas públicas importantes para a promoção da igualdade, a redução da pobreza e o desenvolvimento das pessoas.

Esse modelo social foi adotado pela Constituição Federal de 1988 e transparece desde a leitura do artigo 3.º, o qual garante igualdades, bem como traça paralelos para a conduta dos agentes públicos e também da iniciativa privada. Igualmente com a Constituição Federal foi consolidado um modelo democrático que tem como escopo a participação de toda a coletividade nas decisões adotadas.

O modelo social democrático é vigente no ordenamento jurídico, não havendo qualquer disposição em contrário. Ademais, em razão de crises econômicas, passa-se

a analisar esse modelo de Estado de outra forma, uma vez que as suas atitudes eram insuficientes para atingir a eficiência pretendida em favor da coletividade. Nesse momento o Estado incrementa seu relacionamento com a sociedade, em especial com a iniciativa privada, em um regime de colaboração. Contudo essa mudança não encontra guarida de uma quebra ou mudança do modelo de Estado de Bem-Estar Social, apenas se convoca a sociedade civil para, em conjunto, concretizar direitos.

Com o reconhecimento da importância da iniciativa privada na concretização de direitos, passa o Estado a agir também como interventor, incentivando e fomentando a prática de atividades, em especial econômicas, com o objetivo de induzir os particulares a adotar determinadas condutas, cumprindo com o interesse público que está ancorado nos objetivos constitucionais, visando à concretização de direitos fundamentais.

Diversas são as formas de atuação do Estado como interventor. No recorte deste trabalho cuida-se de analisar o instituto do fomento, o qual vem se tornando cada vez mais necessário no cotidiano da sociedade.

Sobre o fomento, destaca-se que é um instrumento utilizado pelo Estado com o objetivo de induzir e incentivar a prática de determinada atividade pelos particulares, que não são obrigados a aceitar, entretanto aceitando estão vinculados a dar cumprimento ao que se comprometeram.

O fomento é instituto que segue as regras do regime jurídico administrativo, pois sua origem está pautada em atos emanados pela administração pública, e que, portanto, deve respeitar os princípios administrativos, em especial no que concerne à legalidade, isonomia e proporcionalidade.

Quando se analisa o fomento, também torna-se claro que a sua função encontra-se vinculada às determinações legais, em especial para com o incentivo ao desenvolvimento do Estado, o que é possível com o aumento dos trabalhos, uma proteção do meio ambiente e de outros direitos ditos fundamentais e importantes para o desenvolvimento social.

Diante disso há que se ter no fomento uma maneira de alcançar os objetivos básicos da República, em especial no que concerne à prática de direitos fundamentais, sob pena de não cumprimento desse fato ser considerado inválido.

Ato contínuo, o fomento - por mais que seja emanado por vezes de uma consequência de decisões políticas - precisa ser controlado, em especial no que se refere à sua finalidade.

O controle aqui defendido refere-se a duas posições. A primeira remete ao controle da discricionariedade pelo administrador, o qual deve, na concessão do benefício do fomento, escorar-se nos princípios constitucionais da administração pública, em especial no que tange à isonomia e moralidade, determinando que esse agente atue com ética e com tratamento em igualdade de condições para que possa ser utilizado por todos os interessados, praticando, com isso, a necessária boa administração. O segundo remete ao controle da finalidade do fomento, em uma verificação se o que foi proposto e determinado está sendo cumprindo.

Ambas as formas de controle podem ocorrer de forma interna quando praticadas pelo próprio ente administrativo, como podem ser controladas de forma externa, a partir do momento em que terceiros se envolvem nesses controles, podendo esses se dar por meio Legislativo, com a colaboração do Tribunal de Contas, pelo Judiciário e por um controle social. É o que se pretende analisar no decorrer deste trabalho.

Assim, no primeiro capítulo é debatido o modelo de Estado adotado na Constituição Federal de 1988. Para tanto é realizada uma análise do modelo de Estado atual, o qual está voltado à proteção social, objetivando demonstrar a função do Estado na prática de suas atividades. Em seguida é realizada uma análise mais aprofundada da ordem econômica na Constituição de 1988, com ênfase na participação das empresas e sua importância para o desenvolvimento. Por derradeiro este capítulo traz uma análise sobre as formas de intervenção do Estado na ordem econômica.

No segundo capítulo é avaliada a intervenção do Estado no domínio econômico via políticas públicas de fomento, instante em que também é analisada a participação da sociedade civil em conjunto com o Estado para o desenvolvimento da coletividade. Em seguida é debatido o instituto do fomento, sua importância, suas características e seu regramento constitucional, finalizando com uma análise das agências de fomento, os quais possibilitam e propiciam um elo entre o Estado e o particular.

O terceiro capítulo trata dos meios de controle das políticas públicas de fomento, destarte analisando as formas de controle da administração pública. Em seguida é analisado o controle da discricionarietà das concessões dos atos administrativos de fomento, finalizando com um estudo sobre o controle da finalidade das políticas públicas de fomento como uma forma de alcançar o desenvolvimento do Estado e a concretização dos objetivos da República.

1. O MODELO DE ESTADO E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O MODELO DE ESTADO

O Estado brasileiro é considerado um Estado democrático de direito, conforme assevera a Constituição Federal em seu artigo 1.º, definindo como fundamento deste a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa.

A construção da Constituição e do atual Estado brasileiro ocorre com a superação do nefasto período de imposição do regime militar, instituído a partir de 1964, momento em que as garantias individuais foram tolhidas. Insta frisar que com o regime militar, dentre outros absurdos, pautou-se na supressão da participação popular nas mais variadas decisões do Estado¹. Ou seja, o povo não possuía qualquer participação nas decisões políticas do Estado. Foi então que, após a queda de tal regime ditatorial, passou-se a pensar na participação popular mais enfática, momento em que foi promulgada a Constituição Federal que garantiu que o Estado brasileiro, enquanto um Estado democrático, deveria ter a participação efetiva do povo não só por meio de instituições representativas, mas também no desenvolvimento do Estado².

Importante destacar que desde antes do regime militar o Brasil já havia instituído o Estado de Direito, que tem por característica a positivação de regras que vinculam o Estado e o limitam juridicamente com objetivo de garantia e realização dos direitos fundamentais³, igualmente a consecução de um Estado de Direito assevera uma limitação jurídica do Estado e dos titulares do poder⁴. Esse Estado de Direito passa a ser um avanço à formação de direitos básicos dos indivíduos, em especial no que se refere à liberdade. A formação do Estado de Direito não passa de uma conquista de

¹ SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, n. 635, 1988, p. 7 e ss.; FRIEDE, Reis. Democracia e Estado de Direito. **Revista Forense**, [s.l.] n. 349, 2000, p. 473 e ss.

² Idem.

³ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987. p. 17.

⁴ Ibidem, p. 16.

liberdades, em especial com a instituição do liberalismo, garantindo a liberdade econômica para os agentes.

Acerca do Estado liberal destaca-se Paulo BONAVIDES, o qual defende que “a ideia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal, nem tampouco a teoria igualitária de que todos têm direitos iguais a essa participação ou que a liberdade é formalmente esse direito”⁵. Outrossim, o Estado de Direito, enraizado em um liberalismo, tem o vetor igualdade centrado nas leis, que por óbvio não garante de forma material o cumprimento desse princípio em favor da coletividade, vez que a igualdade não significaria justiça⁶.

O cenário vivido era de um Estado de Direito inaugural que pregava a liberdade através da livre-iniciativa, bem como uma busca por igualdade, sendo um formato de Estado de Direito. Contudo, passou a ruir e se enfraquecer por algumas razões, sendo que a mais importante era o fato de os indivíduos serem explorados de forma exagerada, havendo uma severa demanda por direitos, tornando perceptível a demanda por uma justiça social, objetivando a integração das classes, momento em que o socialismo se tornou uma via alternativa para o entrave social apresentado⁷.

Esse Estado chamado de Estado liberal tornou-se incapaz de conciliar e responder aos anseios das classes dominadas, momento em que precisou ser repensado, considerando o princípio da socialidade, passando a se preocupar com o lado social⁸.

Em resposta ao Estado liberal, que conforme visto não foi suficiente para a construção de uma sociedade organizada e justa, e em decorrência das revoluções industriais, organizadas pelos operários com a reivindicação de garantia de direitos sociais, funda-se o Estado Social, o qual não deixa de ser um Estado de Direito, porém tem como grande preocupação as garantias sociais, possuindo o objetivo de “superar a contradição entre a igualdade política e desigualdade social”⁹, bem como conciliar conflitos sociais pacificando-os, superando a separação do preceito liberal do Estado –

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 16.

⁶ SILVA, José Afonso da. Op. Cit.,

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit, 192.

⁸ Ibidem, p. 193.

⁹ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 185.

Economia, convertendo esse em Estado Econômico, o qual atuará como Estado Empresário, uma vez que se envolverá na produção e intervindo diretamente na economia a partir das exigências sociais e dos objetivos políticos¹⁰.

O que antes era um pensar individual passa a ser um olhar coletivo. Anseios de direitos pela população explorada por um sistema econômico cada vez mais agressivo e um crescimento de políticas voltadas ao socialismo fez como que se voltasse o olhar para políticas sociais que não afetassem o capital.

Nessa esteira se funda o Estado Social.

De acordo com Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o Estado de Bem-Estar Social passou a desempenhar serviços de caráter social, voltados a satisfazer as necessidades da população e resolvendo boa parte dos problemas sociais dos países nos quais foi efetivamente implementado¹¹.

Em outra análise, Daniel FERREIRA afirma que “a América Latina sempre enxergou os Estados de Bem-Estar europeus com administração e com uma indispensável vontade de ter o mesmo modelo em seus países. Tem sido o sonho dos latino-americanos quando se discute qual o modelo ideal de Estado”¹².

Posto isso, ressalta-se que o Estado Social Democrático de Direito foi consagrado na Constituição Federal de 1988¹³ não só por ser compatível ao novo modelo de Estado, mas, sobretudo, por ser “derivado das diversas regras que visam

¹⁰ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit. 193.

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexos da constitucionalização do direito administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesses Públicos**, Belo Horizonte, v. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

¹² FERREIRA, Daniel. Direito público e direito privado na organização da administração pública brasileira: o caso dos “colaboradores”. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coords). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 67.

¹³ “[...] após o declínio do regime ditatorial, a ida do povo às ruas com movimento das “diretas já”, começa o processo de democratização no País. Em 1985, Tancredo Neves, do MDB, concorre às eleições indiretas para Presidente da República contra o candidato do PDS Paulo Maluf. Em 15 de janeiro do mesmo ano, o Colégio Eleitoral escolheu Tancredo Neves para presidir o País. Entretanto, morreu antes de assumir a presidência, e por consequência assumiu o seu vice, José Sarney. [...] Era necessário, portanto, ter em vigor uma Constituição que redemocratizasse de fato o País. Após um longo trabalho legislativo, em 05 de outubro de 1988 foi promulgada a atual Constituição da República Federativa do Brasil.” Livro: Teoria geral do Estado e ciência política, de Cláudio de Cicco Alvaro de Azevedo Gonzaga, Editora Revista dos Tribunais, 2007, página 107.

concretizar o complexo dos princípios constitucionais”¹⁴. Além disso, o modelo defendido pela Constituição da República inseriu o cidadão como o destinatário dos direitos fundamentais, garantindo a participação popular¹⁵.

Nesse sentido, Adriana da Costa Ricardo SCHIER ressalta que:

É, pois, em torno dos direitos fundamentais e, notadamente, da dignidade humana que gira a administração pública. Supera-se, então, qualquer ideia que busque vincular esta atuação administrativa em torno do Estado, como entidade abstrata e amorfa. Passa-se, portanto, a conceber-se, com a CF/88, um processo singular de “personalização do Direito Administrativo”, entendido, agora, como disciplina que deve voltar-se ao homem, ao cidadão, e não ao Estado justificado por si mesmo, enquanto estrutura.¹⁶

Assim, “o Estado social [...] será sempre, a nosso ver, aquele que melhor consagrar os valores de um sistema democrático. Valores que se prendem na sua expressão participativa a mecanismos tais como a iniciativa, o plebiscito, o referendo e o veto popular”¹⁷.

Cármem Lúcia ANTUNES ROCHA assegura que a Constituição do Estado Social traz à tona o “limite do exercício do poder estatal e a garantia dos direitos fundamentais do indivíduo”¹⁸. A respeito das principais características da Constituição dos Estados constituídos sob a modelagem de Estado Social, Paulo Ricardo SCHIER elucida que a Constituição Federal de 1988¹⁹ é reconhecida como vinculante, compromissória, democrática e dirigente²⁰. Segundo ele, o caráter democrático advém de seu processo de elaboração, que contou com a participação da sociedade. Nas palavras empregadas pelo autor: “não há, na atualidade, país que tenha passado por um processo tão democrático de elaboração constitucional, o que permitiu, inclusive, que alguns defeitos afluíssem o processo constituinte, refletindo-se o produto final”²¹.

¹⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 27.

¹⁵ SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 2009, p. 364.

¹⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação...**, p.77.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 14.

¹⁸ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Os direitos fundamentais sócias no constitucionalismo contemporâneo. In:_____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva 1999. p. 4.

¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional construindo uma nova dogmática jurídica**. Sérgio Antônio Fabris Editor: Porto Alegre, 1999. p. 91.

²⁰ Ibidem, p. 92.

²¹ Idem.

Entretanto, ressalta que tais “vícios” (melhor, talvez, seria falar-se em características) não comprometem a Constituição de 1988, mas, antes, potencializam suas virtudes, exigindo o compromisso dos operadores jurídicos com a sua realização [...]”²².

Neste diapasão, Romeu Felipe BACELLAR FILHO também destaca a participação de todos os segmentos da sociedade na elaboração da Constituição de 1988, o que se caracterizou inédito na democracia brasileira, já que o mesmo não ocorreu com as sete Constituições brasileiras antecedentes. Não obstante, reconhece, até em virtude disso, que a Constituição atual foi “afetada por imperfeições sectárias”²³, mas que, no entanto, pautou-se na pessoa humana, a fim de assegurar dignidade mínima, já que “o seu principal destinatário é o homem em todas as suas dimensões”²⁴.

Portanto é possível considerar a Constituição Federal de 1988 como um grande marco histórico que possibilitou ao país um enquadramento com um Estado social, democrático e vinculado ao desenvolvimento²⁵.

À luz de seu entendimento, se o Estado for apenas social e não comportar os demais atributos, as promessas oriundas da Revolução Francesa seriam cumpridas apenas em termos substanciais, visto que formalmente não se sustentariam²⁶. De qualquer forma, a ordem normativa representa uma evolução no que tange aos Direitos Humanos, pois se caracteriza pelo binômio liberdade-igualdade²⁷.

Dessa forma o Estado de Direito caracterizado pelos preceitos sociais tem como premissa a proteção das garantias sociais, as quais não podem estar dissociadas das demais garantias alcançadas, aplicando o binômio liberdade-igualdade, vinculando todos os agentes atuantes na relação estatal, em especial o próprio Estado, por meio da prática da função administrativa²⁸.

A partir da leitura do binômio liberdade-igualdade, a função administrativa do Estado necessita de uma análise a fim de identificar a forma que este atua no ato de cumprir o mandamento constitucional da proteção social.

²² Ibidem, p. 93.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Bacelar, **Marco...**, p. 35.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

²⁶ Ibidem, p. 231.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit., p. 16.

²⁸ Idem.

Sobre a função administrativa, BACELLAR FILHO ensina que:

O Direito Administrativo Brasileiro, pois, a partir do advento da Constituição Federal de 1988, abandonou o ranço autoritário que o caracterizava, impondo relações entre a administração pública e o cidadão relações jurídicas verticalizadas e respaldadas por uma incontestável incontestabilidade de suas atitudes, notadamente aquelas verificadas no âmbito discricionário. Vencendo enormes dificuldades, a doutrina brasileira, coadjuvada pela jurisprudência, foi responsável pela revelação de uma nova face desse ramo do direito que passou a ser enquadrado muito menos dentro do contexto de um direito do Estado para ganhar foros de um direito do cidadão.²⁹

Para Rui CIRNE LIME, “é o fim e não a vontade que domina todas as formas da administração [...]. Preside, destarte, no desenvolvimento da atividade administrativa do Poder Executivo – não o arbítrio que se funda na força – mas a necessidade que decorre da natural persecução de um fim”³⁰.

De fato, a função administrativa do Estado de Direito e em uma eleição de proteção social deve perseguir os interesses da coletividade e de seu desenvolvimento, pautado em uma igualdade entre seus agentes, ou seja, os interesses públicos devem ser superiores aos interesses particulares, sendo esse o objetivo desse modelo de Estado. Dessa maneira, invocando a Constituição Federal é necessário que o Estado, no exercício de sua função, aplique as regras e os princípios esculpido no mandamento constitucional, dando importância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o qual torna-se basilar na condução do Estado e da proteção da sociedade.

Outrossim, a Constituição da República preceitua em seu art. 5.º e 37 princípios que devem reger a administração pública, à exemplo da legalidade, moralidade administrativa, eficiência e supremacia do interesse público e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico pátrio³¹. Dentre todos os princípios que entregam o ordenamento jurídico, Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta que é central, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o princípio da supremacia do interesse

²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Marco...**, p. 40.

³⁰ CIRNE LIMA, Rui. Op. Cit. Neste sentido, também Caio TÁCITO: “a regra de competência não é um cheque em branco”. TÁCITO, Caio. Op. Cit., p. 5.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Melheiros, 2015. p. 98-125.

público e tal princípio deve ser aplicado em harmonia com os demais princípios³², os quais serão estudados com maior ênfase no terceiro capítulo deste trabalho, em especial a moralidade e eficiência, sob pena de colocar em risco os direitos individuais.

Outro ponto crucial à administração pública é a aplicação do princípio da legalidade. Com o advento do Estado de Direito Social e, posteriormente, mantendo-se com o Estado de Direito Social e Democrático, a legalidade adota outra formação: a partir de então, a administração pública só está autorizada a fazer aquilo que a Lei disser. O que significa dizer que, ainda diante de uma omissão legislativa, não há espaço para arbitrariedades. Trata-se, no entanto, de vinculação positiva da Administração, conforme depreende dos arts. 5.º, II, e 37, caput, ambos da Constituição Federal³³.

Em consequência da aplicação do princípio da Legalidade, norteador da atitude estatal, tem-se um marco de uma passagem de um modelo de Estado Social para o Estado Social Democrático de Direito³⁴, conforme leciona Jorge Reis NOVAIS:

Consequentemente, o Estado Social de direito, expressão conceptual do entendimento atual de vinculação jurídica do estado com vistas à salvaguarda dos direitos fundamentais, não é uma forma mista de Estado onde confluem elementos de Estado de Direito e elementos estranhos, mas é, como diz CATANHEIRAS NEVES, o <<Estado de Direito tout court>> e, com esse alcance, princípio jurídico-constitucional que determina a natureza e o sentido de todas as funções estatais. [...] O Estado Social e Democrático de Direito apresenta-se, assim, impregnado de uma intenção material que se revela fundamentalmente na natureza dos valores que prossegue e na dimensão social da sua atividade, mas não menos no caráter meta-positivo dos vínculos que o limitam. [...] Pode, assim, o Estado Social Democrático de Direito – enquanto conceito que imprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vistas à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autônomo desenvolvimento da personalidade individual – acolher e integrar juridicamente as transformações econômicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.³⁵

O advento do Estado Social tem como premissa a proteção dos direitos sociais antes não reconhecidos, os quais passam a ser pensados como direitos de segunda

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 37.

³³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 103.

³⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, p. 212, 226 e 233.

³⁵ Idem.

geração e são compostos pelos direitos econômicos, culturais, sociais e coletivos³⁶. Para Asa Cristina LAURELL, os direitos sociais podem ser conceituados como “o direito de ter acesso aos bens sociais pelo simples fato de ser membro da sociedade e a obrigação desta última de garanti-los através do Estado”³⁷.

Esse Estado Social é uma segunda versão do Estado de Direito, uma vez que neste se verifica a continuação dos direitos fundamentais da liberdade individual, da limitação do poder estatal e do povo como titular do poder político³⁸. Além do mais, nesse modelo de Estado se mantém a limitação do poder do Estado a partir da legalidade, contudo com enfoque diverso do existente no modelo liberal³⁹.

Jorge Reis NOVAIS, ao analisar o Estado Social, destaca que “[...] a instrumentalização e politização da lei, requeridas pelo progressivo papel intervencionista do Estado Social, implicam a desvalorização do sentido material da lei [...] em favor de um entendimento que privilegia a concordância, material e formal, da lei com as normas e princípios constitucionais”⁴⁰. Desta feita, o controle da administração pública deve ser pautado no lado social, sendo que esse está a serviço dos direitos sociais, portanto o único modelo a garantir todos os direitos fundamentais⁴¹.

Assim, o Estado Social se configura pelo controle da igualdade e de legitimidade, além da manutenção do controle de legalidade existente no modelo liberal, atuando de forma intervencionista nos direitos fundamentais, bem como agindo de forma não mecanizada no que tange aos elementos estruturais do Estado de Direito⁴².

Emerge então a necessidade de garantir os direitos sociais, valorizando o indivíduo frente à economia, com a ideia de que direitos individuais devem ser

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso...**, p. 584.

³⁷ LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: _____ (Org.). **Estado e políticas sociais no liberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. São Paulo: Cortez, 1995. p. 155.

³⁸ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 53.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo...**, p. 214.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Ibidem 224-233.

⁴² BRAMBILLA, Raquel Vasconcellos. **Modelos de Estado, controle da administração pública e serviço público**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/raquel-vasconcellos-brambilla.pdf>>.

assegurados para toda a coletividade, em especial para a classe dominada, fazendo um elo entre a livre-economia e o desenvolvimento do Estado a partir da consolidação de direitos fundamentais⁴³. Em suma, o Estado Social tem como vertente agir como interventor, a fim de proteger e garantir a correta consecução de direitos à toda a coletividade em prol de um desenvolvimento do indivíduo e conseqüentemente do Estado⁴⁴.

Para a consecução desses direitos o Estado precisa definir qual seu interesse e o que passa a ser considerado como interesse público.

Acerca do interesse público é necessário citar Daniel Wunder HACHEM, o qual divide a matéria em duas vertentes: interesse público em sentido amplo; interesse público em sentido estrito⁴⁵:

A respeito do interesse público (em sentido amplo):

- a) ele engloba todos os interesses juridicamente protegidos, na forma de direitos subjetivos ou de interesses legítimos, permanecendo excluídos de suas fronteiras os interesses puros e simples e os interesses ilícitos, que configuram interesses privados;
- b) nele estão incluídos os interesses gerais (da coletividade em si mesma considerada) e os interesses específicos (individuais e coletivos) tutelados pelo ordenamento jurídico.
- c) é definido mediante um processo de elaboração normativa: (i) primeiramente pelo constituinte, que fixa seus parâmetros essenciais ao proteger os valores mais fundamentais da sociedade; (ii) num segundo momento pelo legislador ordinário, que através de deliberação democrática qualifica como público determinados interesses, em consonância com os objetivos jurídico-político previamente estabelecido pela Constituição; (iii) quando for o caso, pelo Poder Executivo, mediante o exercício da função regulamentar, nas hipóteses e nos limites do que dispõe as normas legais e constitucionais;
- d) para sua satisfação, não basta que a atividade administrativa funda-se em comando jurídico: é preciso que essa atuação esteja em conformidade com a finalidade subjacente à norma, que justifica a atribuição de competência para a prática do ato, sob pena de anulação através da técnica do desvio de poder;
- e) constitui uma condição negativa dos atos administrativos, vinculados ou discricionários, pois proíbe que a administração Públicas haja em desconformidade com ele, abrindo ensejo, em tal situação, ao controle da atividade administrativa.

Por sua vez, de maneira abreviada, pode-se atestar que o interesse público em sentido estrito:⁴⁶

⁴³ CENCI, Ana Righi; BEDIN, Gabriel de Lima; FISCHER, Ricardo Santi. Do liberalismo ao intervencionismo: o Estado como protagonista da (des)regulação econômica. In: _____. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, jan./jun. p. 77-97.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. In _____. **Problemas emergentes da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 81-82.

⁴⁶ Idem.

E, interesse público em sentido estrito:

- a) diz respeito ao interesse da coletividade em si mesma considerada (interesse geral, que pode, no caso concreto, prevalecer sobre interesses específicos (individuais e coletivos) igualmente protegidos pelo ordenamento jurídico, nos termos definidos pelo Direito positivo;
- b) deve ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habitar a sua atuação, através das seguintes formas: (i) explicitamente, quando se tratar de “interesse público como conceito legal” (utilização da expressão “interesse público” ou análogas pelo enunciado normativo); (ii) implicitamente, mediante a atribuição de uma competência discricionária;
- c) quando utiliza para juridicamente a ação administrativa, impõe a motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejam a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público.
- d) funciona como uma condição positiva de validade da atividade estatal, pois exige que haja um interesse público especial para a autorização a administração pública a manejar determinadas prerrogativas, sem o qual a prática do ato não estará permitida.⁴⁷

Com o interesse público definido, no Estado de Bem-Estar Social se faz importante para que os direitos sociais sejam executados que o Estado atue como interventor, ampliando seu leque de atuação⁴⁸, o qual passa a ter um rol de atribuições conforme define Maria Sylvia Zanella de DI PIETRO: “(i) serviços públicos: prestados por empresas estatais e fundações; (ii) outras atividades, de natureza econômica, mas que não sejam serviços públicos: passam a ser prestadas por sociedades de economia mista, empresas públicas e demais empresas controladas pelo Estado; e (iii) outras atividades de caráter residual, mas de interesse público: são prestadas pela iniciativa privada por intermédio do fomento”⁴⁹.

Conforme anteriormente visto, a eleição do constituinte brasileiro de 88 foi de um Estado democrático de direito, em que se assegura a presença de uma Lei, vide Constituição, visando garantir a inclusão do povo nas decisões e no controle das decisões tomadas pelo Estado, objetivando a igualdade para todos, além da garantia

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.

3.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1996. p. 15.

de preceitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, um pluralismo político, a proteção da cidadania e a guarda da soberania nacional.

O Estado democrático, com a promulgação do texto constitucional de 1988, passa a cuidar e buscar a participação popular tanto nas decisões como no controle dos atos políticos e, conseqüentemente, sendo agente positivo e ativo do desenvolvimento do Estado⁵⁰. Ao falar do Estado constitucional de 1988, não se tem como olvidar da proteção garantida, pautada na consolidação das garantias sociais baseado em uma sociedade livre, justa e solidária, a qual deve se preocupar com o desenvolvimento a partir da proteção de direitos básicos da coletividade⁵¹.

A saber, Luiz Alberto BLANCHET assegura que a Constituição Cidadã escolheu adotar o desenvolvimento – não apenas econômico – para acabar de uma vez por todas com a antiga disputa entre capitalismo e socialismo⁵², pois não enxerga sob um único enfoque, mas se apropria do que cada um tem de melhor⁵³. De acordo com a sua análise, a eleição pela produtividade acaba por ratificar os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa, valorizando o cidadão produtivo – em virtude do princípio da reciprocidade - sem se esquecer dos cidadãos que não tiveram condições naturais de desenvolver e, por conseguinte, não produzem⁵⁴.

Portanto a Constituição é diploma norteador para que seja possível entender a consolidação do Estado Brasileiro, o qual, de fato, constitui-se com uma democracia que visa à participação popular, bem como de uma busca pelo desenvolvimento a partir de uma proteção da coletividade e dos direitos sociais.

A fim de entender a formação do Estado, faz-se necessário verificar que a Constituição não apresenta qualquer menção objetiva e clara acerca da expressão “Estado Social”, contudo é visível que o constituinte se preocupou com a matéria,

⁵⁰ MACEDO Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 181-191.. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496910/RIL178.pdf?sequence=1>>.

⁵¹ Idem.

⁵² BLANCHET, Luiz Alberto. Princípio constitucional da reciprocidade: sua observância pelo particular e pelo estado como garantia de seu desenvolvimento. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coords.). **Direito administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2016. p. 205.

⁵³ Ibidem, p. 206.

⁵⁴ Ibidem, p. 205.

apresentando, inclusive, capítulo específico sobre os Direitos Sociais. Ademais, preocupou-se com a atuação estatal determinando que esta pautasse-se em preceitos constitucionais norteadores, descritos no artigo 3.º da Constituição, os quais visam de forma primorosa descrever os objetivos a serem seguidos pelo Estado Democrático de Direito, sendo aplicados tanto ao ente público como aos demais partícipes do Estado.

Acerca do artigo 3.º da Constituição, é importante destacar que ele apresenta em seu bojo os objetivos constitucionais do Estado de Direito, dentre os quais tem-se a “construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”⁵⁵. Esses objetivos são descritos como indicadores de atuação do Estado, devendo seguir como norte na realização da sua atividade, o que torna perceptível que o constituinte não abandona a sua eleição pela proteção do lado social.

Além disso, no decorrer do texto constitucional é perceptível o cuidado do constituinte com a proteção à coletividade e aos direitos sociais, definindo normas de caráter fundamental, pautando no desenvolvimento do Estado Democrático Brasileiro na proteção ao trabalho, da livre-iniciativa, das igualdades, dentre tantos que são objetos de análise e estudo no decorrer do próximo capítulo. Portanto a Constituição Federal, definindo o modelo, optou pela adoção do Estado de Proteção Social, denominado Estado de Bem-Estar Social⁵⁶.

Não se pode olvidar que a “Constituição de 1988 inaugura uma nova fase no constitucionalismo brasileiro, passando a incluir um extenso catálogo de direitos sociais e da proteção da ordem social”⁵⁷.

Para tanto, a fim de dar cumprimento ao catálogo de direitos sociais, foi vinculada à administração pública prestar à coletividade serviços públicos que devem ter motivos e finalidades concretos para cumprir com os objetivos constitucionais. O

⁵⁵ Artigo 3.º da Constituição Federal.

⁵⁶ FERREIRA, Siddharta Legale. Estado Social e Democrático de Direito: história, direitos fundamentais e separação dos poderes. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2016.

⁵⁷ Idem.

tema serviço público é melhor trabalhado no capítulo 2, contudo, para elucidar o estudo, tem-se este que pode ser entendido como “uma atividade prestacional de oferecimento de comodidades materiais à coletividade, titularizada pelo Estado e prestada por ele ou por quem lhe faça as vezes, subordinada a um regime jurídico específico de direito público, conforme atribuição normativa”⁵⁸.

Assim, tem-se que o dever para o cumprimento das obrigações é do Estado via administração pública. Por certo isso se torna medida praticamente impossível, vez que a extensão territorial e a numerosa população brasileira têm necessidades que dificultam o cumprimento unitário do Estado.

A partir dessa constatação, passa-se a verificar a necessidade da participação conjunta da administração pública com a iniciativa privada, em especial na prática da ordem econômica.

Em uma resposta à necessidade de participação da iniciativa privada inicia-se um debate sobre o Estado subsidiário, o qual é entendido pela presença menor do Estado, sendo definido pela iniciativa privada realizando as atividades e na sua incapacidade o Estado ficaria obrigado⁵⁹. Ao analisar o tema, Silva Faber TORRES ensina:

o princípio – da subsidiariedade - reaparece hoje com um discurso aprimorado, pelo qual se busca um equilíbrio entre as já superadas ideologias do socialismo e do capitalismo, revelando um novo paradigma de legitimidade do papel do estado, sem descurar da relação coordenada entre o setor público e a sociedade. Em sua concepção moderna é entendido como critério de justificação de uma fronteira a ser traçada entre a não ingerência e ingerência da instância pública. [...] “O princípio da subsidiariedade, assim, ressurgiu como justificativa de um Estado “subsidiário”, em alternativa ao Estado de Bem-Estar Social ou Provincial, e restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícia à ação social, e, de outro, quando a sociedade mostra-se incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou ao auxílio material, sem que a intervenção, contudo, estenda-se além da necessidade averiguada⁶⁰ (grifo nosso).

Na mesma toada, Emerson GABARDO, analisando a temática, define que “o Estado passa a ser um ente responsável prioritariamente pela atuação por via do

⁵⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia constitucional e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthalia, 2016. p. 60.

⁵⁹ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13-14.

⁶⁰ Idem.

fomento e dentro de limites de razoabilidade e excepcionalidade. Para tanto, deve desregulamentar e conceder incentivos fiscais e isenções. A garantia preconizada deve ser somente de ‘igualdade de chances’ entre os indivíduos”⁶¹.

A aplicação do princípio da subsidiariedade apresenta uma remodelação do Estado a partir de um modelo que preza pela “primazia da liberdade e a autonomia da sociedade”⁶². Assim, ao aplicar este princípio, delega-se ao particular a realização das atividades de interesse público. Caso este não seja eficaz, o Estado assumiria a função, praticando a atividade⁶³.

Contudo esse princípio, ao ser aplicado, desrespeita a ordem e os princípios da democracia, vez que o ente público é o legitimado a assumir todo e qualquer projeto de desenvolvimento social. Assim ensina Emerson GABARDO: “Só os entes públicos possuem legitimação democrática qualificada e idônea para a realização de um projeto de transformação social e de mediação dos conflitos. Isto quer dizer que os requisitos intrínsecos ao princípio da subsidiariedade não combinam com aqueles inerentes ao princípio democrático”⁶⁴.

Sendo assim não se pode definir que o Estado subsidiário é o meio mais adequado. Ao contrário, o Estado é figura central na busca pelo desenvolvimento, podendo, caso queira e seja necessário, praticar atividades em conjunto e em regime de colaboração com a iniciativa privada, como exemplo a prática de atividades de fomento.

Ademais, a colaboração ora descrita não afasta do ideário do Estado Social. Ao contrário, é uma decorrência deste que tem a prática da intervenção como um mote para a concretização de preceitos constitucionais necessários para o desenvolvimento da coletividade, bem como para a viabilização de direitos fundamentais⁶⁵.

⁶¹ GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal** - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado Social. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2009. disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correta.pdf?sequence=1>. p. 100>. Acesso em: 15 maio 2017.

⁶² Idem.

⁶³ Idem.

⁶⁴ Ibidem, p. 102.

⁶⁵ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. MACHIAVELLI, Niccoló. **O Príncipe**. São Paulo: Hemus Livraria, 1977. p. 35.

Por outra sorte vem se debatendo e discutindo que o Estado de Bem-Estar Social teve sua crise deflagrada e, conforme leciona FINGER, “a realidade mostrou que aquele Estado paternalista, multifacetário – cognominado Estado Social – acabou por se revelar ineficiente e, portanto, incompetente para concorrer com a iniciativa privada na prestação de determinados serviços”⁶⁶. Outra situação que se assevera é que esse Estado passa por um ideário neoliberal, o que o levou a uma insuficiência governamental. Sobre a questão da crise do Estado de Bem-Estar Social foi o crescente aumento do rol das atividades, o que causou uma saturação da estrutura administrativa e a consequente ineficiência da máquina pública⁶⁷. Sobre a temática, JUSTEN FILHO afirma que:

Foi tão grande o acréscimo da máquina administrativa que houve quem falasse em “burocratização do mundo”; a forma de organização burocrática, concebida como a mais adequada para assegurar a especialização (por meio da organização em carreira), a hierarquização (que permite atuação homogênea), a subordinação à lei e, como consequência, a impessoalidade, acabou por produzir um desequilíbrio entre os Poderes, especialmente entre o Legislativo e o Executivo. Além disso, a forma burocrática de organização, porque aplicada, indistintamente, a todas as atividades do Estado, mesmo as de natureza social e econômica, acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação dos serviços, ineficiência essa agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar especialmente os países da América Latina.⁶⁸

Também a crise do Estado de Bem-Estar Social é verificada pelo aumento da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas pelo Estado, bem como o aumento das dívidas, impossibilitando o custeio inclusive de despesas essenciais⁶⁹.

Com a crise, o ideal seria verificar as falhas e consertar os erros que aconteceram. Contudo não foi essa opção, buscando uma nova formação de um Estado. Assim afirma Adriana da Costa Ricardo SCHIER:

⁶⁶ FINGER, Ana Claudia. O público e o privado na administração pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 73.

⁶⁷ ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico, modelo de estado, gestión pública, regulacion económica**. Granada: Comares, 1999.

⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito...**, Op. Cit., p. 353.

[...] em vez de se reestruturar o Estado para que pudesse vir a ser uma instituição que efetivamente assegurasse os mínimos direitos capazes de garantir a sobrevivência digna dos cidadãos, preferiu-se, mais uma vez, na história, conceder tal tarefa ao mercado, à iniciativa privada. Optou-se, então, pela diminuição do Estado em relação ao atendimento de demandas sociais. Contudo, sem embargo de seu enfraquecimento em relação às preocupações sociais, o Estado torna-se mais "forte" em outros aspectos, sendo altamente repressivo com os movimentos sociais e estando sempre pronto a garantir o livre-mercado, salvando, se necessário for, instituições privadas.⁷⁰

Portanto buscou-se uma nova roupagem à conceituação de Estado, tentando aplicar conceitos neoliberais que têm por escopo a redução da atuação direta do Estado, que passa a ser regulador da atividade dos particulares com o objetivo de que estes cumpram com um interesse público definido pelo próprio Estado, podendo ser conceituado da seguinte forma:

[...] depois de dismantelar as estruturas do *Welfare State* da social-democracia, se apropriou do discurso progressista acerca do setor público não estatal para construí-lo no espaço por excelência da prestação de serviços públicos, e o terceiro setor surge [...] como campo privilegiado para a atividade social, não em virtude de suas potencialidades emancipatórias, mas por motivos de eficiência, eis que logra aliviar o Estado das demandas populares, do custo das políticas públicas de distribuição, ao mesmo tempo em que pode operar com maior autonomia e flexibilidade gerencial.⁷¹

Contudo não é lógico afastar-se do modelo de Estado Social Democrático, vez que este teve um resultado extremamente positivo, aumentando significativamente as condições de vida da população, em especial no que se refere a direitos básicos, consagrando na grande maioria de vezes o princípio da dignidade da pessoa humana. Ao que se pode concluir, de acordo com as lições de JUSTEN FILHO, que:

[...] as modificações significativas acompanharam a implantação de um sistema político de intervenção estatal. Ampliação da atuação promocional do Estado e elevação das expectativas de vida humana são duas manifestações de um mesmo processo histórico. Isso não significou a concretização de uma comunidade perfeita nem o atendimento integral e satisfatório das necessidades básicas de todo indivíduo. Ocorreu, isto sim, o atingimento do estágio mais evoluído no processo de aperfeiçoamento da vida comunitária. Esse é apenas um ângulo da questão, mas um aspecto de extrema relevância. Inúmeros critérios podem ser utilizados para avaliar o sucesso de políticas públicas. Um deles é a alteração das expectativas de longevidade. Até pode questionar-se se esse é o critério mais adequado, mas não se pode

⁷⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração...**, p. 43.

⁷¹ VIOLIN, Tarso Cabral. O "terceiro setor" e a prestação de serviços públicos sociais. In: COSTALDELLO, Angela Cassia. **Serviço público: direitos fundamentais, formas organizacionais e cidadania**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 237-238.

refutar sua pertinência e razoabilidade. Mas o êxito (relativo) dessa evolução produziu uma das causas de sua inviabilização.⁷²

Posto isso tem-se que o Estado de Bem-Estar Social não precisou e não precisa ser superado, pois em que pese não ser perfeito atingiu objetivos antes não conseguidos, contudo é essencial que a prática desse Estado seja revisada diariamente com fundamento nas necessidades da coletividade e nos interesses públicos descritos no decorrer da Constituição.

Outrossim tem-se claro que, independente do que se questiona, o certo é que a Constituição elegeu seu modelo de Estado, bem como os caminhos que devem ser seguidos. Dessa forma, ensina Adriana da Costa Ricardo SCHIER:

“Todavia, ainda que seja necessária a reconstrução dos institutos do Direito Administrativo em face das exigências da sociedade contemporânea, não se pode olvidar o sistema constitucional brasileiro, que deve nortear a compreensão daquele ramo do Direito no sentido de conferir efetividade aos valores consagrados na Carta Magna, incompatíveis, em muitos aspectos, com a ideologia neoliberal. É neste sentido que boa parte da doutrina brasileira vem se manifestando.”⁷³

Desse modo, no Estado brasileiro as formas de atuação da administração pública devem ser pautadas nos preceitos sociais, ou seja, no desenvolvimento da sociedade por meio de políticas públicas voltadas à coletividade, com a devida intervenção do Estado para a concretização de tais direitos, sendo essa intervenção fundamental para a concretização dos direitos tutelados.

Ademais, o decorrer deste trabalho segue com a adoção do Estado de Bem-Estar Social ou Democrático Social como fundamento para análise da intervenção na economia via atividades de fomento.

1.2. A ORDEM ECONÔMICA E A ATIVIDADE EMPRESARIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme já visto, a preocupação do Estado Social não é um paradigma de um Estado socialista, ao contrário, é uma preocupação do Estado capitalista, que para se

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito...**, p. 353.

⁷³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Administração...**, p. 49.

manter precisou se preocupar com a condição humana, a qual passou por situações de abusos e explorações em nome do ganho de capital⁷⁴. Fato é que o pensamento individualista e liberal já não é perseguido de forma isolada⁷⁵ pelo Estado, em especial no Estado brasileiro, questão que é vista a partir da análise do artigo 3.º da Constituição que descreve como objetivo da nação construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem coletivo sem discriminação de qualquer ordem⁷⁶.

Portanto está visível que a Constituição Federal possui objetivos claros e voltados para a proteção social e como consequência dessa proteção o desenvolvimento da coletividade se torna fundamento do Estado brasileiro, obrigando todos os seus agentes.

Considerando os preceitos constitucionais ora debatidos tem-se que no Estado brasileiro as formas de atuação da administração pública devem ser pautadas nos preceitos sociais, ou seja, no desenvolvimento da sociedade por meio de políticas públicas voltadas à coletividade, bem como deve intervir na coletividade a fim de garantir que tais objetivos sejam concretizados.

Dessa análise tem-se que ao Estado, via administração pública, cabe o cumprimento dos objetivos constitucionais e dos princípios, em especial no que concerne à proteção da dignidade da pessoa humana, atuando de forma ativa, mas também interventora. Nessa esteira destaca-se o capítulo constitucional que trata da ordem econômica, o qual materializa o modelo de Estado adotado pela Constituição, pois marca, de forma clara, a intervenção deste na atividade privada (individual).

Destarte a ordem econômica tem como premissa a liberdade individual, a qual decorre do exercício da atividade por terceiros diversos do Estado, em especial empresários, os quais passam a figurar como protagonistas ao atuar buscando lucro, o

⁷⁴ TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

⁷⁵ DE PIETRO, Josilene Hernandes Ortolan. A dimensão constitucional da Atividade Empresarial. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8b73c0d4b1bf60>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

⁷⁶ JUNIOR, Lucilo Perondi. **A ampliação da função social da empresa e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Congresso Nacional da Fepodi, 2015.

que propicia a circulação de riquezas e, em decorrência, possibilitando o progresso e o desenvolvimento do Estado. Esse agente econômico privado, por mais zeloso que seja, não atua sozinho, precisando do próprio Estado para orientar e dividir o caminho a ser perseguido, praticando assim o principal objetivo do Estado, que é a proteção dos interesses coletivos por meio do desenvolvimento e da prática da positivação de direitos em favor do social.

Para tanto o empresário, ao atuar na ordem econômica, deve, no exercício da sua atividade, além de buscar um lucro, estar vinculado aos objetivos da República, os quais foram destacados no tópico 1.1 deste trabalho.

Desta feita a ordem econômica tem como objetivo o bem-estar da sociedade, pela prática da justiça social, que se consolida por meio da aplicação de princípios esculpidos em especial no artigo 170 e seguintes da Constituição Federal⁷⁷. Tais princípios e regras têm como premissa a proteção de determinados bens tutelados, considerados de grande relevância para a coletividade e para o desenvolvimento desta e do Estado, dos quais destacam-se a livre-iniciativa, o pleno emprego, a redução das desigualdades, dentre outros⁷⁸.

Acerca da importância da ordem econômica, André Ramos TAVARES ensina que:

Além daqueles princípios fundamentais – livre-iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu *caput*, o art. 170 da Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre-concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arpejo de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.⁷⁹

⁷⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 779-781.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003. p. 134.

José Afonso da SILVA conceitua que “a ordem econômica, consubstanciada em nossa Constituição vigente, é uma forma econômica capitalista, porque ela se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa”⁸⁰. Com base nessa premissa constitucional, transferiu-se ao Estado a necessidade de praticar atos que tanto implicariam em efeitos à economia quanto a quesitos sociais, visando em especial à diminuição de uma desigualdade social, ou seja, o Estado atuando como interventor.

A Constituição Federal brasileira, ao tratar da economia, tamanha a sua importância para a sociedade, dedicou um capítulo exclusivo a esse tema - o capítulo VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, compreendendo os artigos 170 ao 192, objetivando a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa privada, princípios estes que têm como escopo garantir a existência digna de todos de acordo com o preceituado pela justiça social⁸¹.

Tem-se também que a ordem econômica brasileira deve reger-se por princípios que encontram guarida no artigo 170 da Constituição, dentre os quais destacam-se a dignidade da pessoa humana, a qual pode ser entendida como uma decorrência da justiça social, a função social da propriedade que possui como características o fato de o sujeito destinar uma função socialmente útil a seu imóvel⁸², e também destaca-se o princípio da livre-concorrência, que tem como escopo a proteção do consumidor, “sendo dever do Estado repelir o uso incorreto do poder econômico”⁸³.

Assim a ordem econômica fundamental para o desenvolvimento do Estado está baseada, em especial, na livre-iniciativa e na valorização do trabalho e dos valores sociais, os quais destacam-se por ser norte para concretização dos valores fundamentais do Estado democrático e fundamentos da ordem econômica.

Analisando a ordem econômica de forma inicial, é necessário destacar que a partir da promulgação da Constituição Federal a dignidade da pessoa humana merece melhor análise, uma vez que ganha uma nova interpretação, passando a dar maior

⁸⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 764.

⁸¹ FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Breve análise da ordem econômica constitucional brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649>. Acesso em: nov. 2016.

⁸² BANDEIRA DE MELLO. **Curso...**, p. 790.

⁸³ *Ibidem*. p. 791.

relevância à existência *digna que todos devem gozar*⁸⁴. A dignidade da pessoa humana decorre de uma valorização do sujeito, sendo um valor essencial, o qual dignifica o sujeito como alguém partícipe da sociedade em conjunto com as demais pessoas⁸⁵.

Com esse entendimento, Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁶

Igualmente na prática, a atividade econômica, ao garantir a concretização da dignidade da pessoa humana, não está somente garantindo seus valores pessoais, mas se estende para todos os demais direitos que se relaciona, em especial na garantia das liberdades aos sujeitos⁸⁷.

Ato contínuo e em uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, como visto acima, a ordem econômica, ao ser exercida, deve preocupar-se com a valoração do trabalho, direito social igualmente fundamental que visa a todos uma existência digna, devendo ser tratado com suas peculiaridades e com base na realidade do Estado moderno⁸⁸. Não se pode olvidar que na construção de uma sociedade que explore uma atividade econômica há uma busca por lucro, questão a ser melhor debatida ao se tratar da livre-iniciativa, fato que não há como ser desconstruído, sendo a realidade de uma sociedade capitalista que, na busca por esse lucro, contempla a presença da exploração do trabalho humano, com uma divisão de classes que, conforme classifica Eros GRAU, de um lado se tem os titulares de capital e de outro os titulares de trabalho, a estes últimos parte fraca da relação jurídica, cuja proteção deve ser garantida⁸⁹.

⁸⁴ GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17 ed. Malheiros: São Paulo. 2015. p. 197.

⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: ____ **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ GRAU. **A ordem econômica...**, p. 197.

⁸⁸ Ibidem, p. 198.

⁸⁹ Ibidem, p. 199.

A proteção ao justo trabalho ou ao pleno gozo do trabalho e emprego, valor constante na proteção constitucional da ordem econômica, é fato preponderante não só para a manutenção da ordem econômica, mas para a concretização dos objetivos constitucionais, descritos no artigo 1.º da Constituição Federal.

Assim os agentes da ordem econômica não podem desrespeitar, bem como devem garantir a todos a existência digna. Também deve ser garantido que a prática da atividade econômica no Estado brasileiro seja realizada a partir da valoração do trabalho, sob pena de descumprir com o proposto pelo constituinte⁹⁰.

Ademais, ao discorrer sobre a ordem econômica, é necessário retomar o fato de que o modelo de Estado não pode se afastar da realidade, uma vez que as normas e os princípios são decorrência da realidade vivida. Nesse ponto destaca-se que se vive uma sociedade pautada no capital e que para este não ser tão agressivo e explorador, o constituinte criou limites à sua atuação, conforme já destacado, que podem ser revisitados na análise do artigo 170 da Constituição. Portanto a atividade econômica exercida no Estado brasileiro deve seguir os princípios descritos na Constituição, preservando sobremaneira a justiça social e a livre-iniciativa, a fim de garantir um Estado mais justo e igualitário.

A atividade econômica na Constituição de 1988, além das preocupações acima expostas, marca uma consagração da liberdade econômica dos agentes, sendo identificada não somente pela exploração do capital, mas também pela liberdade do exercício do trabalho, garantindo o acesso da coletividade aos meios de produção e a prática da atividade econômica⁹¹. Com isso tem-se claro que a Constituição Federal consagrou a livre-iniciativa na prática da atividade econômica como preponderante para o desenvolvimento do Estado, fato que exige uma análise mais aprofundada.

Acerca da livre-iniciativa tem-se que caracteriza por ser, segundo a lição de Celso Antônio Bandeira DE MELLO, “a eleição da atividade que será empreendida assim como o *quantum* a ser produzido ou comercializado resultam de uma decisão livre dos agentes econômicos”⁹². Nessa toada, José Afonso DA SILVA ensina que:

⁹⁰ Idem.

⁹¹ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 234.

⁹² MELLO. **Curso...**, p. 732.

A liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato. Consta do art. 170 como um dos esteios da ordem econômica, assim como de seu parágrafo único, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.⁹³

A livre-iniciativa é uma decorrência da liberdade de agir do sujeito, o qual, segundo Paula FORGIONI, deriva do “conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultado)”⁹⁴. Assim, torna-se claro que a livre-iniciativa descrita na ordem constitucional é aquela que possibilita ao sujeito praticar os atos econômicos de forma livre, fazendo as escolhas que melhor o convir, podendo utilizar dos seus bens da maneira que entender melhor, sendo uma positivação e decorrência do liberalismo econômico e da marca de um estado capitalista.

Em decorrência da livre-iniciativa tem-se o desdobramento do reconhecimento da propriedade privada e da tomada dos bens e dos meios de produção por particulares, o que se encontra positivado na carta constitucional nos artigos 5.º XXII e 170, II⁹⁵.

A propriedade, desdobramento da livre-iniciativa, é uma das bases do sistema econômico, importante para o indivíduo e com reflexos na ordem social, sendo utilizada como meio de circulação de produtos e serviços⁹⁶. Essa propriedade deve ser utilizada não só de forma individualista, mas como bem asseverado pela Constituição deve garantir a sua função social que determina não só a proteção dos interesses dos proprietários, o qual não se abre mão, mas também que essa propriedade seja utilizada a fim de possibilitar a concretização dos interesses sociais.

Dar uma função social nada mais é do que dar um “critério delimitador do conteúdo da situação jurídica como consequência das finalidades para os bens sobre

⁹³ SILVA, José Afonso da. **O Estado...**, p. 793.

⁹⁴ FORGIONE, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed., 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 93.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preço. In:____. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2001. p. 189. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>>.

⁹⁶ Lucilo Perondi Junior. Op. cit.

os quais recai, o que supõe novas limitações do direito de propriedade e, em certas circunstâncias, a criação de novas obrigações e deveres concretos para seu titular⁹⁷.

Portanto o direito de propriedade e a destinação correta pautada em uma função social é uma decorrência da livre-iniciativa, sendo fundamental para o exercício da atividade econômica⁹⁸. Nessa senda a liberdade do sujeito, que o possibilita adquirir bens e ser considerado proprietário, não se basta em si, uma vez que a liberdade, a livre-iniciativa, está condicionada ao cumprimento de princípios fundamentais e de objetivos despendidos na Constituição, em especial em seu artigo 3.º.

Dessa forma a ordem econômica no Estado brasileiro é uma garantia de que a livre-iniciativa será praticada reconhecendo a exploração do capital e a necessidade de proteção e desenvolvimento da coletividade.

Com a livre-iniciativa e a propriedade como vetor de existência e manutenção do capital, é impossível não remeter a existência da empresa, bem como a intenção do constituinte na sua proteção, pois ao dedicar um capítulo exclusivo à ordem econômica cuidou-se de falar do empresário.

Ao tratar do empresário, ente privado, verifica-se que não é qualquer pessoa que pode ser considerada empresária, mas sim pessoas que consigam preencher todos os requisitos descritos na capitulação legislativa, sob pena de na falta de qualquer desses ser indeferido os pedidos de inscrição da pessoa como empresária. Dos requisitos determinados à exploração da atividade econômica merece destaque, uma vez que essa se identifica pela busca do lucro, praticando uma atividade que tem como decorrência o ganho de capital.

Pode-se dizer que o lucro compõe parte dos benefícios da atividade empresarial, bem como o próprio conceito de empresário, conforme interpretação do art. 966 do Código Civil, realizada pelos professores Marcelo M. BERTOLDI e Marcia Carla Pereira RIBEIRO:

[...] o empresário deve desenvolver seu ofício mediante uma atividade, um desenrolar de atos praticados repetidas vezes, e não através de um único ato isolado que não se prolonga no tempo, esta atividade deve ser de natureza econômica, ou seja, deve ser criadora de riqueza,

⁹⁷ MOZOS, José Luís de los. **El derecho de propiedad**: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas. 1993, p. 197.

⁹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A ordem econômica constitucional...**, p. 192.

seja mediante a produção de bens ou serviços; a atividade deve ser organizada, ou seja, o empresário deve utilizar-se de forma planejada dos meios de produção (bens naturais, capital, trabalho e tecnologia), com o objetivo de buscar o lucro; deve estar presente a profissionalidade, que consiste na habitualidade da atividade e em seu intento de lucro; e a atividade deve estar voltada para a produção e circulação de bens ou serviços destinados a abastecer o mercado, não sendo considerado empresário aquele que desenvolve uma determinada atividade para seu próprio consumo.⁹⁹

Para além do lucro, o legislador determinou requisitos específicos e expressivos para a classificação de empresário, o qual no seu ofício deve desenvolver uma atividade que possa ser praticada por repetidas vezes, gerando riqueza mediante a produção de bens ou serviços, os quais devem ser realizados com o objetivo de circulação e não para uso pessoal, de forma profissional que será identificada na prática habitual da atividade econômica e organizada, demandando planejamento dos meios de produção¹⁰⁰.

Dessa forma o empresário, para ser caracterizado como tal, não pode somente praticar determinada atividade econômica. Deve preencher demais requisitos, os quais garantem mais do que uma conceituação, mas uma identificação e garantias para a ordem econômica e para a coletividade de modo geral¹⁰¹. Essa função preserva a empresa, a coletividade e o Estado.

Portanto tem-se que o Constituinte identificou e tutelou a empresa, a deu função e requisitos que devem ser seguidos e perseguidos a partir de uma análise dos objetivos da República, o que passamos a verificar.

O que se verifica é um empresário, representante da iniciativa privada, que tem como direito constitucional a livre-iniciativa, possibilitando a prática de atividades econômicas desde que propicie melhora nas condições de vida da sociedade ou contribua para mantê-las, não se admitindo que essa liberdade seja uma benesse individual ao empresário¹⁰².

O empresário é livre, conforme dito na Constituição, para exercer e praticar a sua atividade. Os empresários possuem uma função ímpar na sociedade, uma vez que

⁹⁹BERTOLDI, Marcelo M.; Ribeiro, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 7. ed. ver. e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 58-59.

¹⁰⁰ Ibidem. p. 60-61.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰²TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A função social da empresa**. [S.l.], vol. 810, p. 33-50, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. p. 10-11.

são essenciais para a manutenção do Estado de Direito e a proteção da ordem social. As empresas, ao atuarem na economia, propiciam o pleno emprego, o desenvolvimento nacional, auxiliam na redução da desigualdade, ampliando os resultados e benefícios buscados pelo Estado¹⁰³. Igualmente, a livre-iniciativa, fundamento que autoriza a livre ação econômica dos agentes, é um dos pilares da concretização do Estado Democrático de Direito, vez que possibilita sua liberdade de agir, interferindo no desenvolvimento da coletividade¹⁰⁴.

Acerca da base constitucional do sistema empresarial, MAMEDE afirma que:

Cabe ao Estado, prioritariamente, a condição de agente normativo e regulador da atividade econômica (artigo 174), exercendo na forma da lei as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, incluindo o dever de reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sempre nos limites definidos em lei (artigo 173, § 4.º). Portanto há um amplo espaço constitucional para a iniciativa privada, estando protegidos desde a liberdade para agir, até a propriedade de bens móveis e imóveis, bem como a titularidade de direitos intelectuais, como já visto¹⁰⁵.

Dessa forma, tem-se que a atividade empresarial, que em seguida será melhor explorada, é fundamental para o desenvolvimento do Estado com a conseqüente concretização de direitos sociais, uma vez que não atua exclusivamente na busca pelo lucro, mas também verificando os efeitos na sociedade, seja concretamente na prestação de serviço voltada à coletividade, seja na realização social do empresário com a sociedade na busca pelo fim pretendido. Ou seja, a empresa possui sua função social à medida em que atua na busca, também, pela proteção dos direitos sociais e fundamentais.

Portanto, de acordo com Luciane WAMBIER, que analisa a função social das empresas, estas “tornam-se tão responsáveis quanto o Estado no que se refere a assegurar os direitos individuais e sociais, colaborando para a melhora no aspecto econômico da sociedade na qual estão inseridas”¹⁰⁶.

¹⁰³ MAMEDE, Gladson. **Empresa e Atuação Empresarial**. 8. Ed. São Paulo: Atlas. 2015. v.1 p. 25.

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ Ibidem. p. 26-25.

¹⁰⁶ WAMBIER, Luciana. **A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista**. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1402934/Rev.42_art.9/8e98c931-a6ee-477c-8464-5f1507fbd86e>.

Desta feita resta claro que a empresa possui uma responsabilidade social que define sua função social, as quais constam no texto constitucional, indo além da proteção ao trabalho, mas a todas relações e os diferentes atores atingidos, auxiliando para o atingimento de uma “vida melhor”¹⁰⁷.

A responsabilidade social na atualidade vai muito além do desempenho do papel social tradicional da empresa de gerar empregos, renda e cumprir as determinações legais da sociedade em que está inserida. Dessa forma, a gestão da responsabilidade social significa a consideração das expectativas dos diferentes *stakeholders* da empresa na sua administração estratégica. Como afirma Ashley et al. (2002, p. 36), ‘o conhecimento das expectativas mútuas dessa rede de relacionamentos é condição essencial para a sustentação de uma orientação estratégica para a responsabilidade social.’¹⁰⁸

Destarte, o Estado de Bem-Estar Social buscado pela Constituição Federal de 1988 possui relevâncias significativas no desenvolvimento deste, envolvendo na concretização de tais direitos empresários e empresas que possuem responsabilidades análogas as do Estado, configurando e realizando a função social destas, sendo fundamental a atuação do Estado para que tais garantias sejam concretizadas. Ou seja, a Empresa agente da livre-iniciativa deve seguir regramentos e imposições do Estado, visando assim que direitos fundamentais, em especial no que se refere à dignidade da pessoa humana, seja garantido.

Nessa forma de agir o empresário se torna fundamental para o Estado, e o Estado fundamental para a empresa em um círculo de dependência, em que o objetivo principal é a consecução dos objetivos da República, descrito no bojo do artigo 3.º da Constituição Federal.

Por tal razão o Estado é um incentivador da atividade econômica, podendo inclusive intervir nessa atividade, visando à proteção da coletividade e do interesse público. Celso Antônio Bandeira de MELLO ensina que incumbe ao Estado o estímulo, o apoio na organização e a exploração das atividades econômicas, atuando em caráter suplementar a iniciativa privada, ressalvados os casos de segurança nacional e

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Lourival José. **A função social da empresa privada e a desagregação causada pelo novo modo de produção**. p. 2.

¹⁰⁸ ARANTES, Elaine Cristina et al. A responsabilidade social corporativa e sua influência na percepção e na decisão de compra do consumidor. In: _____. **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**. v. 3. São Paulo: Petrópolis: 2004. p. 131.

relevante interesse coletivo, configurado quando dado setor não possa se desenvolver com eficácia mediante competição e liberdade da livre-iniciativa¹⁰⁹.

Em suma a empresa é livre, contudo pela atividade envolver uma significativa importância para o desenvolvimento da coletividade e para a prática de direitos fundamentais e em razão do interesse público nessa atividade, o Estado se torna vetor principal, orientando, auxiliando e fomentando a atividade empresária.

Portanto a empresa, protagonista deste estudo, é um agente constitucionalmente previsto, exercendo uma atividade fundamental para o desenvolvimento do Estado, vez que sua atividade supera a busca por um lucro e atinge o patamar de partícipe ao lado do Estado na consagração dos objetivos da República, obrigando e exigindo, por vezes, a intervenção deste, o que será objeto de análise no próximo tópico.

1.3. DAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Conforme já trabalhado no tópico anterior, a empresa desempenha um papel importante no Estado, uma vez que na prática da sua atividade econômica, que objetiva o lucro, deve respeitar princípios importantes e basilares à coletividade. Igualmente foi possível identificar que o Estado de Direito, ora reconhecido como um modelo de Estado de Bem-Estar Social, admite a existência dessa empresa que o auxilia na sua atuação e em especial na consagração dos seus objetivos. Ou seja, empresa e Estado caminham com um único objetivo, que é, e sempre deveria ser, o desenvolvimento da coletividade.

Analisando o modelo constitucional adotado, Fabio Konder COMPARATO afirma que:

As Constituições do moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo – órgãos estatais e sociedade civil. Tais objetivos podem ser gerais ou especiais; estes últimos, obviamente, coordenados àqueles. Na Constituição brasileira de 1988, por exemplo, os objetivos indicados no art. 3.º orientam todo o funcionamento do Estado e a

¹⁰⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Estado e a ordem econômica. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, [S.l.], v. 6, p. 271-285, maio 2011. p. 7.

organização da sociedade. Já a busca do pleno emprego é uma finalidade especial da ordem econômica (art. 170 - VIII).¹¹⁰

Assim, no modelo de Estado brasileiro os “objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado”¹¹¹, o que denota que o Estado deve regular os agentes.

No que se refere à Empresa, ente privado com impacto direto na economia, que possui como característica fundamental a busca pelo lucro, igualmente não se está afastada da vinculação dos objetivos relevantes da Constituição, uma vez que a sua atuação deve ser realizada a partir da sua função social. Assim, o empresário e a empresa na sua atuação não podem se eximir da proteção de direitos coletivos, descritos como fundamentais, tais como o pleno emprego, a livre-iniciativa, a erradicação da pobreza, dentre outros descritos no decorrer da Constituição.

Não há como dissociar que a sociedade brasileira é pautada no sistema capitalista que, por certo, tem na prática da atividade econômica a satisfação na busca pelo lucro. A realidade é que a busca pelo lucro de forma desenfreada foi um grande mal na sociedade, causando revoltas e prejuízo a direitos básicos¹¹². Nesse diapasão o Estado deixou de ser somente um espectador da ordem econômica e passou a atuar como um sujeito ativo com o precípua objetivo de desenvolver a coletividade e, por consequência, a sociedade, efetivando um Estado intervencionista, com um viés solidário, superando o individualismo de outrora¹¹³.

Para falar da intervenção é importante destacar que o Estado brasileiro é pautado no pluralismo, o qual vincula a liberdade no contexto social, sendo um processo de reconhecimento que busca equilibrar as diversas tensões de ordem social,

¹¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In:____. Brasília. 35 n. 138 abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf> >.

¹¹¹ Idem.

¹¹² GIRON, Jerônimo; SILVA, Mateus Lopes da; SCHNEIDER, Vanderlei; STEINER, Vera Lúcia. **Direito, economia, capitalismo, consumo e meio ambiental, relações**. Disponível em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/DIREITO_ECONOMICA_MEIO_EDUCS_EBOOK.pdf>.

¹¹³ DEL NEGRI, André. **A política econômica na Constituição de 1988 e os direitos fundamentais**. [Revista Jurídica Unijus / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 8 (2005). – Uberaba, MG: UNIUBE. 2005]. p. 119. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_8.pdf>.

possibilitando que o Estado invoque para si a tarefa da tomada de decisões¹¹⁴. Contudo o lado econômico do Estado nada mais é do que um desdobramento dos cuidados sociais, sendo fundamental que o direito venha a realizar o papel de integrador dos setores da economia, sendo um papel, por consequência, da integração social¹¹⁵.

Essa integração do social com o econômico demonstra como o direito é essencial para a garantia e concretização dos direitos fundamentais, legitimando que o Estado possa intervir nas diversas áreas afetadas, a fim de garantir a execução do interesse público, questão que se torna evidente na intervenção do Estado no domínio econômico.

O Estado intervencionista não vem em uma busca pela queda do capitalismo. O que se tem é a identificação de que as decorrências desse capital são deveras nefastas e que é possível a consagração de um capitalismo mais democrático, possível de inclusão de todos os partícipes¹¹⁶. Não se pode olvidar de que o Estado brasileiro reconhece o modelo capitalista a partir da livre-iniciativa, contudo essa liberdade se condiciona a uma necessidade de democratização dos ganhos, a fim de que a todos seja possível o desenvolvimento, sendo necessário analisar a intervenção do Estado no domínio econômico.

Intervenção é um termo que geralmente porta um sentido negativo de intromissão¹¹⁷. “Etimologicamente, o vocábulo significa ação ou efeito de meter-se de permeio, intrometer-se, em matéria à qual não pertence”¹¹⁸.

Na ordem econômica a intervenção se mostra como sendo a forma do Estado atuar nessa seara, o que decorre de um preceito liberal, quando ao Estado não cabia a

¹¹⁴ BARACHO, José Alfredo. **O princípio da subsidiariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 6.

¹¹⁵ Grau, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais 1981. p. 58-59.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. **A intervenção estatal no domínio econômico: o atual papel do Estado na constitucionalidade democrática brasileira**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15681-15682-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 dez 2016.

¹¹⁸ Idem.

função de atuar na atividade econômica, atuando por vezes mediante uma força, a fim de coordenar determinada ação¹¹⁹:

Explica-se a utilização de tal vocábulo, primordialmente, pela crença liberal de Estado "guarda-noturno", abstencionista, meramente garantidor da liberdade de mercado para que funcionassem as suas leis naturais de autorregulamentação. Dessa forma, a expressão intervenção "apresenta-se-nos portadora de um preconceito liberal, quando era vedado ao Estado interferir em qualquer atividade econômica."¹²⁰

Na atual realidade não se tem uma intervenção que ocorria no Estado liberal. Ao contrário, a Constituição de 1988 possibilita ao Estado a função econômica, seja como sujeito ativo, seja meramente como regulador e incentivador de determinada atividade, o que remete à necessidade de utilizar os vocábulos "ações" ou "atuações"¹²¹.

Fato é que a intervenção econômica é aquela ação do Estado, comissiva ou omissa, com precípuo objetivo de alterar o comportamento do agente econômico. Essa alteração de comportamento, conforme ensina Egon Bockmann MOREIRA, pode ser "com fins de prestígio ao mercado concorrencial, [...] com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei)"¹²².

A intervenção tal como posta é a forma como o Estado se insere no domínio econômico, em especial perante as entidades privadas, as empresas, visando atingir resultados em larga ou menor escala, devendo sempre "alterar os parâmetros comportamentais originários do mercado no qual se intervém"¹²³, praticando atividades inovadoras que sejam capazes de atingir o interesse público, podendo ser realizado por meio de um perfil repressivo, como na forma promocional¹²⁴.

Conforme a lição de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, "a intervenção do Estado terá que estar volvida à satisfação dos fins dantes aludidos como sendo os caracterizadores do Estado brasileiro, e jamais - sob pena de nulidade - poderá

¹¹⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 398.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ BARROS, Mauro Pinheiro Alves Felipe. Op. cit.

¹²² MOREIRA, Egon Bockmann. O direito administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 10, 2007.

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

expressar tendência ou diretriz antinômica ou gravosa àqueles valores”¹²⁵. Assim, cabe ao Estado intervir no domínio econômico, pautado nos princípios constitucionais norteadores, em especial para uma busca em prol de uma justiça social.

No Estado brasileiro a intervenção encontra-se positivada no decorrer da Constituição, em especial no artigo 170 e seguintes da Constituição, que ao tratar da ordem econômica possibilitou que o Estado atue como agente ativo, vide artigo 173, ou agindo como regulador dessa atividade, vide artigo 174¹²⁶.

Insta destacar que a intervenção deve ser funcional, ou conforme ensina Egon Bockmann MOREIRA, deve haver uma funcionalização da intervenção, a qual não pode funcionar com o único objetivo de pró-agente econômico, mas cuidar da forma que o mercado se desenvolve, cuidando de preceitos fundamentais que tenham como função possibilitar o desenvolvimento do Estado¹²⁷. Em suma, o Estado interventor não pode agir em prol do lucro direto do particular, mas possibilitar que o atingimento desse lucro seja garantidor do interesse público e da concretização de direitos fundamentais.

Também, a fim de garantir a funcionalização da intervenção não pode o Estado praticar atitudes que objetivem atingir seu interesse secundário, qual seja aquele em que como sujeito de direito poderia alcançar em seu interesse íntimo, como exemplificado por MORAES, quando o Estado atua visando o “aumento de liquidez do caixa público através da retenção de valores devidos às pessoas privadas”¹²⁸, sendo conflitante, portanto, com o seu objetivo, que é pacificar e garantir a justiça social à coletividade pela concretização de direitos fundamentais. Dessa forma não pode o Estado agir em interesse próprio ao intervir no mercado, bem como não pode o agente público objetivar seu interesse pessoal na prática da intervenção.

Assim a intervenção praticada pelo Estado deve ser funcional, objetivando os interesses públicos e da coletividade, não os internos e particulares dos agentes econômicos e do próprio interesse íntimo e pessoal do Estado, como, por exemplo, lucrar sem qualquer lastro com o desenvolvimento social¹²⁹. Em suma, não pode o Estado intervir no domínio econômico apenas com o objetivo de lucrar, não sendo

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO. Curso, *Ibidem*. p. 783.

¹²⁶ *Idem*.

¹²⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo...**, *ibidem*.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO. **Curso...**, p. 63.

vedado o lucro desde que a sua atividade tenha um lastro com o cumprimento dos objetivos da República.

É necessário, antes de adentrar as formas de intervenção e as decorrências destas no Estado, tratar da sua legitimação. Conforme já visto, o artigo 170 da Constituição Federal positiva a livre-iniciativa, a qual não pode ser praticada de qualquer forma, fazendo necessária uma preocupação com a justiça social e seu equilíbrio. Nessa esteira, a Constituição definiu que o Estado pode atuar tanto de forma direta como indireta¹³⁰, portanto o mandamento constitucional por si só legitima ao Estado a possibilidade de intervir no domínio econômico.

De outra forma, ao Estado é garantido o direito e o dever de intervir diretamente no domínio econômico a fim de garantir a segurança nacional. Para Eros GRAU, a:

Segurança nacional é, no contexto da Constituição de 1988, conceito inteiramente distinto daquele consignado na Emenda Constitucional n/69. Cuida-se agora de segurança atinente à defesa nacional, que não obstante não há de conduzir impositivamente, sempre, à exploração direta pelo Estado da atividade econômica em sentido estrito – comprova-o o enunciado do art. 171,§1.º, haverá exploração direta quando atender a imperativos de segurança nacional.¹³¹

As atividades econômicas de competência do Estado estão definidas no decorrer da Constituição Federal, em especial quando se trata da prática da atividade exclusiva dos entes estatais, como União, Estados e Municípios. A prática de tais atividades econômicas é fundamental para o desenvolvimento do próprio Estado que, ao realizar essa atividade em caráter exclusivo ou não, protege a coletividade e a dá garantias, possibilitando a todos, em regra, alcançar serviços, bem como assumindo a prática de atividades que de alguma forma possam gerar riscos à integridade do Estado¹³², como exemplo as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Assim, a necessidade de proteção da soberania nacional legitima o Estado a intervir na Economia, mesmo que para tanto precise praticar um monopólio da atividade econômica¹³³.

¹³⁰ Ibidem, p. 783.

¹³¹ GRAU. **Ordem...**, p. 40.

¹³² Ibidem, p. 296.

¹³³ Ibidem, p. 299.

Para além da soberania nacional o relevante interesse coletivo é legitimador da intervenção do Estado, isso porque em casos em que se verifique que a relevância na intervenção estatal na economia ela deve ser realizada pensando sempre na proteção da coletividade e em seu desenvolvimento, porém é certo que ao se falar sobre esse ponto tem-se palavras que geram uma infinidade de interpretações, o que possibilita que o Estado aja de forma discricionária¹³⁴, o que nos termos do artigo 173 da Constituição deve ser realizado por meio de lei¹³⁵, com fundamento em preceitos e princípios constitucionais¹³⁶, os quais são identificados por Eros GRAU da seguinte forma:

São estes os princípios da ordem econômica na Constituição de 1988 que Grau vem apontar no item 94:

- dignidade da pessoa humana [...] - os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa [...]
- a construção de uma sociedade livre, justa e solidária [...]
- o garantir o desenvolvimento nacional [...]
- erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais [...]
- a liberdade de associação profissional ou sindical [...]
- garantia do direito de greve [...]
- sujeição da ordem econômica aos ditames da justiça social [...]
- a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte [...]
- a integração do mercado interno ao patrimônio nacional [...].¹³⁷

Portanto o Estado brasileiro, ao eleger como norte a busca da proteção do lado social como mote de desenvolvimento da coletividade, garante a sua legitimidade para intervir nos domínios econômicos desde que relevante ao interesse público, bem como pautado nos princípios estipulados pelo constituinte.

Por derradeiro, ao Estado é garantida a legitimidade de intervenção por mandamentos infraconstitucionais. Na realidade essa forma de legitimação é uma decorrência das outras formas de intervenção, pois somente as determinações constitucionais não são suficientes para garantir essa legitimação, além disso a transferência para o legislador ordinário da regulação dessa atividade possibilita a

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. 2005, Atlas. p. 37.

¹³⁵ GRAU. **Ordem...**, p. 297.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 219-220.

¹³⁷ *Idem*.

garantia do relevante interesse público e da soberania nacional, considerando o momento da sociedade e os atuais interesses públicos¹³⁸. Em suma, as leis infraconstitucionais são capazes de possibilitar a intervenção no domínio econômico, garantindo tratamento especial para empresas brasileiras, bem como possibilitando que seja garantida a prática da função social da propriedade no exercício da atividade econômica¹³⁹.

Assim ao Estado, seja pela Constituição, seja por mandamentos infraconstitucionais, é garantido o direito e o dever de intervir no domínio econômico visando, sobremaneira, à garantia da soberania nacional e do interesse público, os quais devem ser pautados nos princípios constitucionais norteadores da formação e do desenvolvimento do próprio Estado, os quais vão ser sucedâneos para aproximar da justiça social.

Em suma a legitimação, ora debatida, determina uma atividade dupla ao Estado possibilitando a este ser "subsidiário" ou "suplementar à iniciativa privada", bem como determina a ele a possibilidade de concessão de estímulos a empresas privadas¹⁴⁰. Portanto ao Estado é garantido o direito de intervir na economia, não sendo um impeditivo à livre-iniciativa, ficando definida a atuação por meio de uma decisão política, a qual varia de acordo com o momento histórico¹⁴¹.

Com as intervenções o Estado e a empresa atuam em conjunto em prol do interesse público.

Nesse diapasão se verifica a colaboração pública e privada, uma vez que o Estado transforma-se em mantenedor da ordem econômica, rompendo com a ideia de que somente poderia ser um mantenedor da sociedade sem qualquer ingerência sobre a economia¹⁴². Igualmente o modelo de Estado social adotado alinhado a uma colaboração com a iniciativa privada justifica a intervenção do Estado sobre as relações

¹³⁸ Ibidem, p. 88.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 50-53, 69-70 e 94-96.

¹⁴¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MENDONÇA, José Vicente Santos de. "Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 734-741.

¹⁴² Ibidem, p. 19.

privadas, fundamentalmente para exigir que esse atue em respeito aos direitos coletivos e ao interesse público, bem como deve agir em respeito à iniciativa privada respeitando a livre-iniciativa e o fato de o empresário poder praticar sua atividade com os próprios recursos¹⁴³.

A intervenção do Estado tem seus limites, possibilitando que ele atue em conjunto fomentando, coordenando e fiscalizando a iniciativa privada, possibilitando que esta logre êxito em suas empreitadas¹⁴⁴. Além disso, a colaboração deve ser entendida de forma mais ampla, a partir da sua vinculação a valores de grande valia, como a dignidade da pessoa humana, que apresenta a intervenção do Estado como forma de efetivar os objetivos da Constituição que é garantia de uma sociedade justa e digna¹⁴⁵.

Assim considerando a colaboração ora descrita tem-se que a intervenção do Estado no domínio econômico deve “ajudar supletivamente aos membros do corpo social, sem destruí-los, nem absorvê-los. [...] Antes de deferir ao Estado certas competências, devemos verificar se são capazes de resolvê-las os próprios homens ou as sociedades intermediárias [...]”¹⁴⁶. Portanto a ordem econômica deve ser compreendida na colaboração entre o público e o privado, objetivando o fortalecimento da sociedade civil para, assim, propiciar o desenvolvimento da sociedade e do Estado¹⁴⁷.

A partir dessa iniciativa de colaboração entre o público e o privado é que o Estado passa a intervir na ordem econômica, atuando de maneira direta ou indireta, sendo possibilitado ao agente regulador atuar de forma participativa ou reguladora.

¹⁴³ UNHTER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A encíclica *rerum novarum* e o princípio da subsidiariedade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio Cesar (Coord.). **Estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 90.

¹⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan./mar 2006. Disponível em: Acesso em: 19 dez. 2016.

¹⁴⁵ NACLE, Isabella Cristina Costa; DUARTE, Francisco Carlos. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 35, n. 68, 2014, p. 91-107. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p91>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 48-49.

¹⁴⁷ VITTADINI, Giorgio. **Liberi di scegliere - Dal Welfare state alla welfare society**. Parma: Etas, 2002. p. 3-4.

Importante destacar que a doutrina apresenta diferentes classificações das formas de intervenção, as quais em regra se assemelham, alterando somente suas nomenclaturas. Nesse trabalho passam-se pelas considerações de BARROSO, BANDEIRA DE MELLO e GRAU.

Para Luís Roberto BARROSO, a intervenção operada no Estado brasileiro pode se dar de três formas distintas: “atuação direta, fomento e disciplina”¹⁴⁸. Na mesma esteira, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO ensina que a intervenção do Estado pode ocorrer de três maneiras:

a) poder de polícia, mediante leis e atos administrativos para executá-las, como agente normativo e regulador da atividade econômica, caso no qual exercerá funções de fiscalização [...]; b) em casos excepcionais atuará empresarialmente, mediante pessoas que criam com tal objetivo; e c) mediante incentivos à iniciativa privada, estimulando-a com favores fiscais ou financiamento, até mesmo a fundo perdido.¹⁴⁹

Para ambos os autores existe uma divisão clara entre intervenção direta e indireta.

Acerca dessa subdivisão é possível destacar que a intervenção direta do Estado no domínio econômico, a qual é praticada pelos entes do Estado, União, Estados Municípios e o Distrito Federal, é exceção, conforme já visto neste trabalho, podendo o Estado atuar nesse caso quando houver um relevante interesse público e com fundamento para a manutenção e proteção da soberania nacional que justifique a sua atuação¹⁵⁰.

Tem-se que é a forma de intervenção em que o Estado atua na exploração direta da atividade econômica, sendo a praticante do serviço mediante as sociedades de economia mista e as empresas públicas, bem como por suas subsidiárias¹⁵¹, sendo

¹⁴⁸ BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: **Temas de direito constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009. p. 67.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO. **Curso...**, p. 783.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ SANTOS JUNIOR, Althair Ferreira dos. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: fiscalização, incentivo e planejamento. In: **Revista de Direito Público**, v. 3, n. 3, p. 244-264, Londrina, set./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10975/9655>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

que o funcionamento dessas precisa de autorização legislativa, conforme preceitua o artigo 37, incisos XIX e XX¹⁵².

A intervenção direta do Estado se dá também no combate ao monopólio privado na economia, reprimindo o abuso do poder econômico desses entes por meio de políticas de proteção à livre concorrência¹⁵³.

No que tange à intervenção indireta tem-se o modelo de intervenção em que o “Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica, por meio do exercício de fiscalização, incentivo e planejamento”¹⁵⁴. Nessa modalidade o Estado utiliza-se das mais variadas questões e possibilidades para atingir um fim pretendido, que por óbvio deve estar pautado pelo interesse público. A atuação aqui é externa e deve estar vinculada aos objetivos da República, os quais já foram debatidos no decorrer deste trabalho.

A intervenção econômica indireta pode se dar de duas formas. A primeira é denominada de poder de polícia, a qual tem por objetivo reger normas e fiscalizar sua aplicação, que pode ser conceituada como uma faculdade que a Administração possui “exercendo o poder de fiscalização, incentivo e planejamento, buscando influenciar o comportamento dos particulares”¹⁵⁵. Já a segunda forma de intervenção indireta se dá por meio de incentivos fiscais, ou por meio de financiamento, em que se autoriza a intervenção via atividades de fomento, sendo essa forma de intervenção objeto de estudo do próximo capítulo deste trabalho. Igualmente a intervenção do Estado no domínio econômico de forma indireta e em um sentido amplo abarca os serviços públicos prestados pela administração pública por meio de concessões ou permissões que se configura por uma busca pela satisfação econômica da coletividade¹⁵⁶.

Não tão diferente do apresentado pelos dois autores supracitados, Eros Roberto GRAU, ao analisar a ordem econômica, entende que a intervenção que ocorre se dá no “campo da atividade econômica em sentido estrito (domínio econômico)”¹⁵⁷,

¹⁵² LIMA NETO, Arnor. **Forma de presença do Estado na economia**. [Rev. Trib. Reg. Trab. 9.^a Região]. Curitiba, a. 28, n. 51, p.181-236, jul./dez. 2003.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. n. 21. Salvador, 2010.

¹⁵⁶ GRAU. **Ordem...**, p. 148.

¹⁵⁷ Idem.

distinguindo-se em três modalidades de intervenção: a) intervenção por absorção ou participação; b) intervenção por direção; c) e intervenção por indução¹⁵⁸, as quais serão analisadas de forma isolada.

Destarte ao falar da intervenção do Estado no domínio econômico por meio da intervenção por absorção ou participação, assemelha-se a intervenção direta ensinada por outros doutrinadores, a qual o Estado figura como agente econômico¹⁵⁹. Para GRAU, a atuação do Estado como agente econômico pode se dar por absorção, quando este “assume integralmente o controle dos meios de produção da atividade econômica”¹⁶⁰, ou seja, nessa modalidade o Estado detém o monopólio da atividade econômica. Já na intervenção por participação o Estado não detém o monopólio integral, mas atua em parte dos meios de produção em determinadas atividades econômicas, “em regime de competição com empresas privadas” que exerceram a mesma atividade econômica.

Nas outras formas de intervenção do Estado ensinadas por Eros GRAU, não se trata de monopólio da atividade ou prática de serviços parciais, mas da atuação do Estado de forma indireta no domínio econômico, agindo de modo regulador dessa atividade¹⁶¹. Destaca-se que na atuação normativa cabe ao Estado a definição dos caminhos a serem percorridos pela economia, a qual está fundado nos objetivos do Estado, atuando como agente orientador, com instruções e/ou indicações para os participantes da ordem econômica¹⁶². As intervenções a serem analisadas a partir dessa constatação são as intervenções por direção e por indução.

Na intervenção por direção o Estado “exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica”¹⁶³. Na prática dessa intervenção o Estado adota determinados comandos que devem ser cumpridos por todos os agentes que atuam na ordem

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Idem.

¹⁶⁰ Idem.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² LIMA NETO, Arnor. Op. Cit.

¹⁶³ Idem.

econômica, inclusive pelas empresas públicas e pelas sociedades de econômica mista, bem como por suas subsidiárias¹⁶⁴.

Já a intervenção por indução é a modalidade em que o Estado atua manipulando instrumentos de acordo com as leis que regem o funcionamento dos mercados¹⁶⁵. Essa intervenção se configura pela existência de normas dispositivas¹⁶⁶ que possuem como função levar os destinatários a agir pautados no interesse coletivo e social “transcendendo os limites do querer individual”¹⁶⁷. Fato é que nesse momento o Estado passa a agir como incentivador de determinada conduta, convidando¹⁶⁸ o agente econômico a aderir a tal incentivo, o qual em caso de aceite o vincula a dar resposta “às prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão”¹⁶⁹. A decorrência desse fato é que o sujeito, ao aderir o convite, passa a ter vantagens inclusive sobre seus concorrentes, entretanto o seu comportamento deve seguir as regras estipuladas, estando sobre frequente e necessário controle do Estado, cedente do benefício, para que assim seja possível cumprir os objetivos estipulados ao praticar tal ato.

A partir desse modelo de intervenção é que se dá razão de existir das políticas públicas de fomento, fundamentais para o desenvolvimento do Estado e norte deste trabalho.

Por derradeiro sobre a intervenção indutiva destaca-se que essa pode adotar dois contornos distintos. O primeiro refere-se à indução negativa, por onde o Estado adota políticas como aumento de impostos, a fim de regular ou orientar determinada ação do agente econômico, determinando, assim, o comportamento que deve ser adotado¹⁷⁰. O segundo contorno pode ser visto a partir da indução do particular para a execução de determinado serviço com o objetivo de otimizar o exercício da atividade

¹⁶⁴ GRAU, Eros, **Ordem...**, p. 149.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 150.

¹⁶⁷ CARVALHOSA. Modesto. **Considerações sobre Direito Econômico**. Tese. São Paulo. 197. p. 304.

¹⁶⁸ DE SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito Econômico**. São Paulo, 1980. p. 122.

¹⁶⁹ GRAU, Eros, **Ordem...**, p. 150.

¹⁷⁰ Idem.

econômica, devendo tal questão ser realizada com base na legalidade, e tem como função atingir determinados setores e regiões¹⁷¹.

Essas formas de intervenção norteiam o comportamento dos agentes para que a prática da atividade econômica, pautada na livre-iniciativa, seja realizada considerando os objetivos constitucionais estipulados, possibilitando o desenvolvimento e a pacificação social da coletividade. O que se tem é que as intervenções praticadas pelo Estado são formas deste buscar o desenvolvimento em uma parceria com a iniciativa privada, reconhecendo que ambos, Estado e iniciativa privada, possuem o dever de praticar preceitos fundamentais que tenham por objetivo a proteção dos direitos sociais.

Perceptível que a Constituição Federal, de maneira a acolher os mais diversos interesses da sociedade, adota o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, reconhecendo aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, reconhece também como direito fundamental a livre-iniciativa. “Ou seja, se convive com um Estado que demanda intervenção positiva a favor dos cidadãos, para garantia de sua dignidade, mas se protege a ordem capitalista assegurando mediante a preservação da liberdade de iniciativa”¹⁷².

Dessa forma a relação perpetrada entre a comunicação desses dois valores, que poderiam ser vistos como contraposição, na verdade se contemplam a fim de propiciar o desenvolvimento do Estado e conseqüentemente da coletividade¹⁷³. Dentre as formas de intervenção que têm por escopo o desenvolvimento nacional, destaca-se a espécie denominada fomento, comum e necessária para o desenvolvimento da coletividade, que tem como característica o chamamento do público ao privado, para que pratique sua atividade econômica em determinada região ou com determinadas características atingindo o maior número de pessoas, concretizando as políticas adotadas pelo Estado brasileiro.

¹⁷¹ Ibidem, p. 151.

¹⁷² SCHIER, Adriana Ricardo da Costa, GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim. **A intervenção do Estado no domínio econômico através das políticas de fomento como forma de manutenção e concretização do Estado de Bem-Estar Social**. In: Direito, economia e desenvolvimento sustentável I. Organização: Conped/UFMG/Fumec/ Dom Helder Câmara. Coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira. Florianópolis: Conpedi, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ki9ipk3k/z06wRWJZ5qwOps82.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

¹⁷³ Idem.

Importante, portanto, analisar que com a atividade de fomento é possível identificar que o Estado Social Democrático pode alcançar valores fundamentais esculpidos e por consequência atingir os objetivos da República, ao que se faz necessário uma releitura desse instituto à luz do modelo de Estado adotado, o qual vem sofrendo frequentes ataques em razão das crises econômicas.

Assim, é importante realizar uma releitura do instituto do fomento sob o prisma do Estado Social Democrático, do cenário de crise econômica e do próprio modelo de Estado, o qual pode ser um importante instrumento a auxiliar o Estado na concretização de direitos fundamentais¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Idem.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO VIA FOMENTO: UMA FORMA DE INCENTIVO AOS AGENTES ECONÔMICOS E AO DESENVOLVIMENTO DO ESTADO

2.1. DA NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL EM CONJUNTO COM O ESTADO EM PROL DO DESENVOLVIMENTO DA COLETIVIDADE

No primeiro capítulo deste trabalho foi possível verificar que a eleição do Estado brasileiro foi de um cuidar da coletividade a partir de políticas públicas voltadas ao social, por tal razão denomina-se Estado Social e Democrático. A partir dessa concepção é possível identificar que ao Estado cabe permitir o desenvolvimento da coletividade, pautado na concretização de direitos fundamentais.

Contudo o Estado não consegue sozinho realizar tal missão, invocando o particular para participar de determinadas atividades ou regulando a forma como a sociedade deve caminhar em prol sempre da concretização dos direitos fundamentais.

De pronto citando Boaventura de Souza SANTOS, tem-se que o Estado trabalha com a ideia de complementariedade entre o “paradigma do Estado e o paradigma comunidade, com o objetivo de criar um ‘espaço público não estatal’”, articulando uma relação entre a reciprocidade e a cidadania¹⁷⁵, qual garantirá uma relação de maior força de ideais como “cooperação, solidariedade, democracia e prioridade das pessoas sobre o capital¹⁷⁶”.

A sociedade civil é parte “integrante de uma esfera pública”¹⁷⁷, composta por diversos entes, dentre os quais destaca o autor, os meios de comunicação, as agências, entidades encarregadas por pesquisas, dentre outras que vêm formar a opinião pública¹⁷⁸. De fato a sociedade civil é uma reunião organizada de pessoas

¹⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016. p. 17-16.

¹⁷⁶ Idem.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ Idem.

privadas que buscam dar caráter de interesse público para seus interesses sociais¹⁷⁹, sendo a representação das vontades dos particulares com anseios públicos, vez que se encontra amparada em direitos fundamentais, conectando-se com o sistema público¹⁸⁰, “interferindo na formação da opinião pública, representando interesses de grupos sociais de natureza religiosa, cultural, humanitária, entre outros”¹⁸¹. Por isso a sociedade civil se comunica com o Estado.

Fato que não se pode olvidar é o de que “a sociedade civil e o Estado são parte da mesma sociedade. O desenvolvimento da teoria da responsabilidade social no âmbito da empresa privada, a eclosão das organizações não governamentais e do denominado ‘terceiro setor’ obrigam a administração pública, com a inclusão de diversos agentes críticos afetados e que afetam a sua política”¹⁸².

A comunicação da sociedade civil com o Estado se torna fundamental para a própria transformação da coletividade e do sistema político, possuindo a sociedade “a chance de mobilizar um saber alternativo e de preparar traduções próprias, apoiando-se em avaliações técnicas especializadas”¹⁸³.

Portanto é factível afirmar que a sociedade possui função ímpar na sociedade, sendo norte basilar para a constituição de um Estado mais justo e desenvolvido.

Considerando a importância da sociedade é que esta passa a ser invocada pelo Estado, bem como se posiciona frente a ele, a fim de que possa participar das decisões políticas e dos desdobramentos de suas decisões, garantindo assim a proteção e a concretização dos direitos fundamentais, em especial no que se refere às questões sociais¹⁸⁴. Porém com a eleição do modelo de Estado social os deveres deste aumentaram significativamente, passando a assumir um papel de protagonista perante a coletividade. Contudo esse Estado não conseguiu reunir condições de dar respostas

¹⁷⁹ Ibidem, p. 100.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 101.

¹⁸¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. In: **Revista eletrônica sobre a reforma do estado**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

¹⁸² MENDIETA, Manuel Villoria. **La modernización com instrumento al servicio de la democracia**. Madrid: Inap, 1996. p. 384.

¹⁸³ HABERMAS. **Direito e democracia**: entre facilidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 106.

¹⁸⁴ Idem.

a todos os anseios da coletividade, propiciando uma crise nesse modelo e passando por transformações¹⁸⁵.

A crise do modelo de Estado social se verifica a partir de uma ausência de recursos para o provimento das demandas da coletividade, o que somado à extensão territorial passou a inviabilizar a manutenção deste, momento em que precisou ser repensado¹⁸⁶.

Com os desdobramentos dessa crise houve uma significativa reforma em meados de 1998, por meio da promulgação da emenda constitucional n.º 19, alterando a figura do Estado prestacional para um Estado regulador¹⁸⁷, passando a assumir uma postura mais dirigente¹⁸⁸. Para além dessa alteração foi possível verificar que a nomenclatura “poder do Estado” evoluiu para “função do Estado”¹⁸⁹, pautada na “funcionalização da atividade administrativa para a efetiva, eficiente e legítima realização dos direitos das pessoas”¹⁹⁰.

A reforma operada na forma de atuação do Estado realinhou sua função e muitas das ações de sua exclusiva autoria passaram “a ser levadas a cabo por organizações privadas”¹⁹¹, fazendo ressurgir institutos como as permissões e concessões de serviços públicos¹⁹², doravante deixados de lado, bem como “emergiu as terceirizações, parcerias, gestões compartilhadas e transferências, todos representativos dessas relações associativas ou colaborativas entre Estado e sociedade”¹⁹³.

Com esse movimento à transformação do Estado, impulsiona-se pela participação colaborativa entre o ente público e o privado em uma comunhão em prol do interesse público.

¹⁸⁵ BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana**: entre os direitos e deveres fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

¹⁸⁶ Idem.

¹⁸⁷ FERRAZ, Luciano. Poder Público e terceiro setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. **Interesse Público – IP**, ano 12, n. 63, Belo Horizonte, nov./dez. 2010, p. 75-83.

¹⁸⁸ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

¹⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 77.

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ DE OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Op.cit.

¹⁹² Idem.

¹⁹³ Idem.

Nesse momento o Estado passa a compartilhar com a sociedade a função estatal desde o início da atividade até o seu controle¹⁹⁴, momento em que se adota uma metodologia gerencial a fim de otimizar o alcance da atividade estatal, passando o Estado a se abster da prática direta da atividade, compartilhando com a sociedade civil essa função¹⁹⁵.

Fato é que o Estado brasileiro se viu obrigado a abrir suas portas para a coletividade, em uma convocação, para que essa sociedade realizasse em conjunto e com o Poder Público quando esse não conseguisse dar conta de suas funções de maneira eficaz, atividades fundamentais para o cumprimento dos objetivos constitucionais.

Pela linha adotada não se pode falar em Estado subsidiário, o qual se fundamenta pela decisão do Poder Público que deve estar mais próximo dos cidadãos aos quais se destina, garantindo que o órgão administrativo vai considerar em suas decisões¹⁹⁶:

[...] primeiro, que sejam respeitados os direitos e as iniciativas dos cidadãos e das entidades privadas; segundo, que qualquer intervenção administrativa só produza em caso de inexistência ou insuficiência da iniciativa individual ou social; terceiro, que neste caso a intervenção só se dará na medida indispensável para atender ao interesse público legal e legitimamente definido; e quarto, que outros entes ou órgãos administrativos menores não tenham condições de agir com eficiência¹⁹⁷.

Acerca desse Estado subsidiário pode ser identificado, segundo as lições de CASSAGNE, com as seguintes características:

Suas características predominantes o tipificam como uma organização binária, integrada por uma unidade de superior hierarquia que exerce as funções indelegáveis (justiça, defesa, segurança, relações exteriores, legislação) pertencentes ao Estado como comunidade perfeita e soberana. Essa unidade completa-se a outra por meio de funções desenvolvidas por um conjunto de organizações menores, as quais cumprem uma missão supletória da atividade privada (educação, saúde, serviços públicos). Nesse contexto, canaliza-se a realização do bem comum, com predomínio do Direito público nas estruturas e nos procedimentos das funções indelegáveis, e com recurso a formas privadas ou mistas para a atividade supletiva, conforme

¹⁹⁴ MELLO, Célia Cunha. **O fomento...**, p. 22.

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 15-20.

¹⁹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, n. 231, Rio de Janeiro, jan./mar. 2003, p. 126-156 e 135-136.

¹⁹⁷ Idem.

objeto visado em cada caso (se a atividade industrial ou comercial a atuação da empresa aparece regulada pelo direito privado).¹⁹⁸

Ou seja, pela aplicação do princípio da subsidiariedade o Estado só poderia atuar quando a iniciativa privada não conseguisse atingir os objetivos, o que não coaduna com a própria função do Estado a partir da leitura de seu modelo adotado.

Portanto o que se tem é uma releitura do modelo de Estado de Bem-Estar Social, com possibilidades do particular (leia-se sociedade civil e iniciativa privada) auxiliar o Estado na prática de atividades de interesses públicos, quando ele não consegue agir de forma eficaz. Em suma, existe uma colaboração entre Estado e particular a fim de atingir um fim comum.

Ademais, destaca que a colaboração não exclui o Estado de Bem-Estar Social e tão pouco retomaria as convicções do Estado liberal¹⁹⁹, ao contrário, ele é a marca de que é possível conviver com as duas afirmações, uma participação coletiva, e essa coletividade entendida como Estado mais sociedade civil, buscando a proteção dos direitos fundamentais em prol da justiça social. Além do mais esse modelo tem como função materializar a realidade, ao passo que o ideário utópico é afastado²⁰⁰.

Assim se identifica que o Estado brasileiro, a partir da releitura de seu modelo, passou a adotar uma colaboração para a convocação dos particulares em casos específicos, os quais devem estar pautados na prática do interesse público atrelado ao cumprimento de direitos fundamentais e aos objetivos da República.

Destaca-se que as atividades de interesse público são identificadas na prática de serviços públicos, os quais têm por escopo a consagração da dignidade dos cidadãos²⁰¹, a qual pode ser entendida como “uma atividade prestacional de oferecimento de comodidades materiais à coletividade, titularizada pelo Estado e prestada por ele ou por quem lhe faça as vezes, subordinada a um regime jurídico específico de direito público, conforme atribuição normativa”²⁰². Dessa forma o serviço público tem como marco o fato de estar vinculado ao Estado, Poder Público, que

¹⁹⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994. p. 23.

¹⁹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op.cit.

²⁰⁰ Idem.

²⁰¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público...**, p. 60.

²⁰² Ibidem, p. 61.

prática determinadas atividades com a finalidade de proteção da dignidade da pessoa humana, sendo essencial para a coletividade²⁰³.

Ainda sobre o serviço público se tem a análise necessária de que a sua regulamentação está pautada na adoção das regras constitucionais, vinculando sua atividade à busca pela proteção da coletividade, possibilitando sua manutenção e seu desenvolvimento com a consecução de princípios que podem ser identificados na leitura dos artigos 37 e 175, parágrafo 4.º, ambos na Constituição e na lei das concessões, com destaque aos princípios da (i) generalidade; (ii) modicidade; (iii) continuidade; (iv) regularidade; (v) eficiência; (vi) segurança; (vii) atualidade e (viii) cortesia²⁰⁴.

Denota-se também que os serviços públicos são, em regra, de prática exclusiva da administração pública, sendo que essa exclusividade é identificada quando o exercício pressupõe o exercício de atos de império²⁰⁵. Contudo existem serviços públicos que podem não ser privativos do Estado, porém devem empregar regime jurídico de direito público, “sem prescrever a livre-iniciativa do ramo da atividade em que se inserem²⁰⁶”.

Dessa maneira é identificado quatro espécies de serviços públicos, conforme ensina Adriana SCHIER:

- i) serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado (serviço postal e correio aéreo nacional) 244; (ii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar e obrigação de conceder (radiodifusão sonora – rádio – ou de sons e imagens); (iii) serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade (educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e de sons e imagens) e (iv) serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação, mediante concessão ou permissão.²⁰⁷

Por tal razão tem-se que a exclusividade da prática do serviço público pela administração pública passa a ser relativizada, uma vez que, caso isso não ocorra, a prestação dos serviços não alcançaria seus propósitos, pois seria impossível atingir a

²⁰³ Ibidem, p. 62.

²⁰⁴ Ibidem, p. 83.

²⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso...**, p. 670.

²⁰⁶ Idem.

²⁰⁷ Ibidem, p. 55.

eficiência pretendida. Assim, em uma comunhão entre a prática do interesse público, a manutenção das prerrogativas de um Estado Social e aplicação da colaboração é que se tem uma relação aproximada entre administração pública e iniciativa privada para a prática de atividades que tenham por premissa o desenvolvimento da coletividade, concretização dos princípios fundamentais do sujeito, em especial garantindo a sua dignidade humana.

Com esse vetor ora apresentado tem-se a utilização de um modelo de Estado que objetiva uma supressão dos objetivos da República, não só pelo Estado via administração pública e não só pela sociedade, mas por ambos, em um trabalho conjunto. Assim, a partir desse contexto, tem-se que o Estado passa a praticar movimentos de privatização dos serviços públicos, momento em que começa a praticar atividades de fomento, bem como ampliar as parcerias já existentes, a fim de estimular que a sociedade realize determinadas questões estipuladas como importantes para o Estado, aumentando a parceria entre o público e o privado, possibilitando uma maior desregulamentação visando uma valorização da liberdade frente ao autoritarismo e uma mudança do conceito de interesse público visando uma maior qualidade e eficiência dos serviços públicos prestados à coletividade²⁰⁸.

Portanto pode-se afirmar que no Estado brasileiro os “objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado e também para todos os detentores de poder econômico ou social, fora do Estado”²⁰⁹. Contudo, conforme leciona Gustavo JUSTINO, “há indícios suficientes de que a tarefa principal do Estado contemporâneo não mais é a de realizar diretamente ações tendentes à satisfação das necessidades coletivas. O Estado deve ser responsável primário pelo desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do país, por meio da realização de parcerias com a iniciativa privada e com a sociedade civil”²¹⁰.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Parcerias na administração pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 29-33.

²⁰⁹ MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas**: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2017.

²¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Op. Cit.

Acerca das parcerias realizadas, estas podem se dar em diversos segmentos e de diversas formas, em especial no campo da atividade econômica, a qual deve ser praticada e se pautar nos interesses estipulados pelo Estado, dando a prática da atividade econômica condições públicas, vez que atinge a coletividade.

Dessa forma é perceptível que o Estado já não figura sozinho e isolado na prática de atividades que visem ao desenvolvimento da sociedade, emanadas de um interesse público, sendo essa função dividida com a sociedade, em especial com a iniciativa privada a fim de que exista uma colaboração entre os entes com o objetivo de atingir os objetivos do Estado de Bem-Estar Social.

Exemplos dessa colaboração entre público e privado são vistas no decorrer da Constituição Federal em diversas atividades, momento em que o constituinte delegou também aos particulares a prática de algumas atividades. Cita-se:

- a) O artigo 194 e 195 prevê a participação da sociedade e dos poderes públicos nas iniciativas referentes à seguridade social.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais (vide Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)²¹¹:

- b) O artigo 197 e 198 estabelecem que as ações e os serviços de saúde devem ser executados diretamente ou através de terceiros e também por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua

²¹¹ Artigos retirados da Constituição Federal de 1988. Artigos 194 e 195.

execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.²¹²

- c) O artigo 199 afirma que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, embora saúde seja definida como serviço público essencial, autorizando a participação da iniciativa privada da prática de tal serviço público.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1.º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.²¹³

- d) O artigo 204 prevê para a assistência social “a participação da população por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis”.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

[...]²¹⁴

- e) A educação também é prevista no bojo da Constituição, a partir do artigo 205, determinando a participação da sociedade com o objetivo de pleno desenvolvimento e preparação da pessoa para exercer a sua cidadania e a sua qualificação profissional.

²¹² Artigos retirados da Constituição Federal de 1988. Artigos 197 e 198.

²¹³ Artigos retirados da Constituição Federal de 1988. Artigos 197 e 198.

²¹⁴ Artigo retirado da Constituição Federal de 1988. Artigo 204.

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.²¹⁵

- f) No que se refere à cultura também foi determinada que a comunidade deve auxiliar na proteção do patrimônio cultural brasileiro e colaborar com o sistema cultural brasileiro, conforme determina o artigo 2016 § 1.º e o art. 2016-A.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

§ 1.º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

216-A. O Sistema Nacional de Cultura, **organizado em regime de colaboração, de forma descentralizada e participativa, institui um processo de gestão e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade, tendo por objetivo promover o desenvolvimento humano, social e econômico com pleno exercício dos direitos culturais.**

§ 1º O Sistema Nacional de Cultura fundamenta-se na política nacional de cultura e nas suas diretrizes, estabelecidas no Plano Nacional de Cultura, e rege-se pelos seguintes princípios:

[...]

IV - cooperação entre os entes federados, os agentes públicos e privados atuantes na área cultural;²¹⁶

- g) A colaboração também é vista na relação de proteção à criança e ao adolescente, por meio do disposto no artigo 227 da Constituição.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.²¹⁷

²¹⁵ Artigo retirado da Constituição Federal de 1988. Artigo 205.

²¹⁶ Artigo retirado da Constituição Federal de 1988. Artigo 216.

²¹⁷ Artigo retirado da Constituição Federal de 1988. Artigo 227.

Além das áreas supracitadas é de se destacar que a colaboração entre público e privado também é vista nos fomentos as práticas desportivas (artigo 217 parágrafo 3.º da Constituição Federal), na promoção de políticas públicas em prol da ciência, tecnologia e inovação (artigo 218 caput e parágrafos 6.º e 7.º da Constituição Federal), do meio ambiente (artigo 225 da Constituição Federal), dentre outros descritos no bojo da Constituição.

Imperioso ressaltar que todas as áreas de colaboração supracitadas são entendidas como direito fundamental, como saúde, trabalho, educação, dentre outros, o que denota que o Estado convoca o particular para que, em conjunto, pratiquem atos de extrema importância para sociedade.

Assim verifica-se que o Estado passa por reformas, em especial na constatação da exaustão da prestação dos serviços públicos e de grande relevância para a coletividade, passando a existir uma necessidade de correlação entre o serviço público e a atividade econômica, sobrevivendo a existir iniciativas de parceria e cooperação, com o objetivo de prestação de atividades voltadas para o cidadão²¹⁸. Com isso é possível verificar que a relação colaborativa se materializa na prática da atividade econômica, em especial na praticada pela empresa, para qual serão delegadas funções no exercício do seu mister, vez que, conforme visto, encontra-se seu exercício pautado na sua função social, fundamental para sua existência e manutenção.

Com as mudanças verificadas e a relação mais próxima entre público e privado é onde se assenta o alicerce deste trabalho, qual seja a análise das atividades de fomento em prol do desenvolvimento da sociedade. Portanto é crível afirmar que esse instituto se torna instrumento fundamental e necessário para a consecução da colaboração entre público e privado existente no Estado brasileiro, para por meio deste proteger o Estado de Bem-Estar Social possibilitando o desenvolvimento da coletividade e a proteção dos objetivos da República, conforme se verificará a seguir.

²¹⁸ MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas...**

2.2. CONCEITO DE FOMENTO E DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DESTE INSTITUTO

Conforme visto, o Estado Social Democrático foi o modelo de Estado eleito pela Constituição brasileira com o objetivo de proteger a coletividade por meio da valorização e proteção de questões sociais. Observa-se que o Estado possui, a partir da eleição desse modelo, objetivos claros e que devem ser seguidos tanto por agentes públicos quanto pela iniciativa privada. Considerando esses objetivos a administração pública, representante do Estado, adota medidas que, considerando o interesse público e a proteção da soberania nacional, visa ao desenvolvimento da coletividade. Dentre outras ações que podem ser utilizadas pelo Estado, como a prática de serviços públicos, ele passa também a intervir na ordem econômica, direcionando, fiscalizando e fomentando determinadas atividades consideradas importantes para o alcance dos objetivos constitucionais.

No capítulo anterior foi possível analisar as formas de intervenção do Estado nesse domínio econômico, momento em que se dedicou a analisar as classificações utilizadas por alguns doutrinadores que demonstram a participação do Estado na economia em dois momentos: o primeiro, quando é titular da prática da atividade econômica, praticando o monopólio exclusivo ou parcial de determinada atividade; o segundo, quando atua o Estado como um agente regulador da atividade econômica, praticando atividades que direcionem determinada conduta do agente privado, bem como fomentando a prática de determinada atividade por meio de concessão de benefícios e/ou vantagens com o objetivo de atingir determinado objetivo de interesse público.

Das intervenções cuida-se neste capítulo, igualmente como norteador deste trabalho, da intervenção estatal na ordem econômica por meio de políticas públicas de fomento, momento em que o Estado convida a iniciativa privada para realizar determinada atividade não somente com o objetivo de lucrar, mas também com a preocupação da concretização de direitos fundamentais voltados à proteção da coletividade e ao desenvolvimento nacional.

Também foi possível verificar que o fundamento dessa intervenção tem como base a identificação por parte do Estado de suas reais limitações quanto à prestação dos serviços. Poderia-se debater e discutir a eficiência da prestação dentre outros motivos, contudo não é esse o objetivo, sendo devidamente identificado que o Estado, por suas limitações e ineficiência, não cumpriu com seus objetivos e viu-se obrigado a convidar a iniciativa privada a praticar colaborativamente atividades que antes eram titularidade exclusiva do Estado.

Fora debatido que o Estado delega diversas funções aos particulares, em especial para auxílio na proteção de algumas atividades como cultura e proteção da criança, em outros casos o Estado delega a prática de determinadas atividades como nos casos de saúde, meio ambiente, desenvolvimento e tecnologia. Para este estudo é trazido em especial das políticas de colaboração entre o Estado e a iniciativa privada vistas a partir da empresa, o que torna necessário revisitar a empresa doravante debatida.

A empresa, representante da iniciativa privada na ordem econômica, é um dos convidados a atuar e beneficiar-se de tais políticas, uma vez que sua atividade, quando praticada, encontra-se eivada de função social, a qual não possibilita que a empresa pratique qualquer atividade sem se preocupar em não desrespeitar e concretizar direitos fundamentais consolidados no decorrer de nossa carta constitucional.

Neste momento cita-se a empresa pelo fato de que o fomento, por mais que possa ser alçado para outras titularidades, nos importa para este estudo, a análise dos incentivos públicos via fomento às empresas, momento em que verificará sua atuação, regulação e controle, para assim possibilitar o cumprimento do objetivo, qual seja: a concretização dos direitos fundamentais.

Ademais é imperioso destacar que o fomento, assim como a colaboração entre estado e iniciativa privada, nem sempre foi ferramenta utilizada pelo Estado, o qual passou por transformações²¹⁹ tornando-se um Estado regulador²²⁰, passando a

²¹⁹ Neste tópico é necessário revisitar o tópico 2.1 em que foram debatidas as formas de colaboração entre Estado e iniciativa privada, demonstrando a origem das práticas de fomento no Brasil.

²²⁰ FERRAZ, Luciano. Poder Público e Terceiro Setor: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. **Interesse Público** – IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010, p. 75-83.

assumir uma postura mais dirigente²²¹, compartilhando com a sociedade a função estatal desde o início até o seu controle²²² com a aplicação da subsidiariedade, momento em que se adota uma metodologia gerencial a fim de otimizar o alcance da atividade estatal, passando o Estado a se abster da prática direta da atividade, compartilhando essa função com a sociedade civil²²³.

Em suma, alcançar o interesse público conforme já debatido não é mais função exclusiva do Estado, sendo também prerrogativa da sociedade civil, em especial da iniciativa privada, o que dá vazão a práticas de fomento²²⁴.

Rafael VALLIM, analisando o tema, afirma que o fomento passa a ser um “valioso instrumento do Estado Social de Direito brasileiro para consecução de suas finalidades”²²⁵, não sendo um ato a ser convocado em razão de deficiências do mercado, “mas de uma atuação planejada do Estado destinada à efetivação de interesses públicos”.²²⁶

Portanto consegue-se identificar que as atividades de fomento tornam-se fundamentais para assessorar o Estado e de forma direta contribuir para a concretização de direitos fundamentais.

Destarte ao analisar o fomento precisa-se entender que este admite diversos casos diferentes para sua aplicação. Floriano de Azevedo Marques NETO define que

A atividade estatal de fomento envolve a busca de uma infinidade de objetivos e prevê sua veiculação por outro sem número de instrumentos. O fomento pressupõe um campo inesgotável de alternativas e soluções, tão variadas quanto múltiplos são os seus móveis. Ademais, pelas suas próprias características, a ação estatal no fomento de atividades econômicas explicita e ressalta aquele caráter de apropriação não uniforme pelos interesses privados das consequências de uma medida de interesse público.²²⁷

²²¹ MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36.

²²² MELLO, Célia Cunha. **O fomento...**, p. 22.

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15-20.

²²⁴ Idem.

²²⁵ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 39.

²²⁶ Idem.

²²⁷ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d70679&pdiCntd=70679>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

O fomento é uma atividade adotada pelo agente público, o Estado, convidando a iniciativa privada a participar de determinada atividade a fim de que seja possível alcançar um objetivo de interesse público. Para García DE ENTERRÍA, trata-se o fomento de “[...] um grande setor da atividade administrativa [...] que se realiza sem que, ao menos formalmente, apareça o menor indício de poder”.²²⁸

Para Marçal JUSTEN FILHO e Eduardo Ferreira JORDÃO, o 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”²²⁹.

Nessa esteira, por meio das lições de MOREIRA NETO, pode-se afirmar que a atividade de fomento é:

A função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados estimulam ou incentivam, direta, imediata e concretamente, a iniciativa dos administrados ou de outras entidades, públicas e privadas, para que estas desempenhem ou estimulem, por seu turno, as atividades que a lei haja considerado de interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso da sociedade.²³⁰

Entende-se também que a atividade de fomento, segundo Marcelo FIGUEIREDO:

[...] se configura como uma atividade de estímulo e pressão, realizada de modo não coativo, sobre os cidadãos e grupos sociais, para imprimir um determinado sentido à sua atuação. O Estado atua mediante estímulos de caráter econômico, tais como as subvenções, as isenções fiscais, os créditos, etc. Desse modo, o Estado não manda, nem impõe nada, senão oferece e necessita de colaboração do particular para que a atividade fomentada seja levada adiante²³¹.

²²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-R. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti. Colaboração de Almudena Marín Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: RT, 1991. p. 97.

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, jul./set. 2011, p. 477.

²³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.

²³¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Serviço público e intervenção do Estado na economia. Conceitos e distinções. Atividade de fomento estatal. Instrumentos para criação, exploração e operação de Zonas de Processamento de Exportação (ZPE). **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012. p. 247-277. Parecer.

Nesse mesmo norte Célia CUNHA MELLO conceitua que “o fomento público é instituto que permite ao particular colaborar com a administração pública no exercício de suas atividades, cuja característica principal é justamente a colaboração com o poder público”²³².

Para Jordana de POZAS o fomento é “a ação da administração encaminhada a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas desenvolvidas pelos particulares e que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar da coação e nem criar serviços públicos”²³³.

E para Maria Silvia Di PIETRO, em análise ao crescimento dos direitos sociais e econômicos postos perante o Estado, considera:

[...] o fomento como atividade administrativa de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado fomenta a iniciativa privada por diferentes meios, como os honoríficos (prêmios, recompensas, títulos e menções honrosas), os jurídicos (outorga de privilégios próprios do Poder Público, que outras entidades não têm) e os econômicos (auxílios, subvenções, financiamentos, isenções fiscais, desapropriações por interesse social etc.) [...].²³⁴

À luz dos ensinamentos de Rafael VALIM, o fomento é entendido como a “transferência de bens e direitos em favor de particulares, sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, em ordem a satisfação direta ou indireta de interesses públicos”²³⁵.

Igualmente afirma o autor supracitado que “a atividade de fomento traduz exercício da função administrativa e, por isso, jamais pode ser vista como uma ‘liberalidade’ da administração”²³⁶. Ou seja, o ato de fomento é uma atividade pública vinculada ao interesse público, não podendo ser concedidas liberdades ao administrador ou qual encontra-se vinculado aos interesses coletivos.

²³² MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Op. Cit., p. 58.

²³³ POZAS, Jordana L. de. **Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo**. 1949.. p. 44.

²³⁴ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 19-21.

²³⁵ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro...**, p. 56.

²³⁶ *Ibidem*, p. 51.

Portanto a atividade de fomento é uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, sendo um instrumento pelo qual esse Estado incentiva e estimula o particular à realização de atividades que possuam interesses públicos, em uma busca pelo desenvolvimento da sociedade de forma harmoniosa com o desenvolvimento econômico.

O fomento, nos termos atuais, tem como principal função induzir a conduta do particular em direções socialmente benéficas. Assim tem-se que a finalidade do fomento é estimular alguma atividade ou empreendimento de interesse coletivo²³⁷.

Ressalta-se que o titular da atividade econômica em razão do princípio constitucional da livre-iniciativa é o particular. Dessa feita cabe a este decidir se aceita ou não praticar atividades descritas pelo Poder Público como de interesse público, não podendo ser compelido a realização de tal atividade de modo coercitivo.

Sobre o tema, Munhoz de MELLO leciona que:

Os particulares são livres para decidir se vão ou não assumir a tarefa desejada pelo Estado: se aceitarem desempenhá-la, serão beneficiados pela medida de fomento oferecida pela administração pública; se não aceitarem, nenhuma sanção lhes será imposta, eis que não terão agido ilicitamente. Isso porque através do fomento o Estado não impõe o dever de observar certa conduta, mas apenas estimula sua adoção.²³⁸

Portanto o fomento é uma atividade não coercitiva, uma vez que é de eleição facultativa pelo particular. É uma atividade que, segundo a doutrina, utiliza-se de técnicas indutivas e persuasivas com o objetivo de atingir seus propósitos. Nessa seara alguns doutrinadores defendem que o fomento está, genericamente, dentro do conceito de regulação²³⁹, contudo essa posição é contraditada sob a alegação de que tal alegação significaria a constitucionalização de ideologias²⁴⁰, não havendo “nenhuma vedação ou preferência constitucional, em abstrato, contrária ou favorável ao fomento

²³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. **A contratação administrativa destinada....**

²³⁸ MELLO, Celia Cunha. **Fomento na....** Op. Cit.

²³⁹ c. In: **Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro**. v. 65, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50823.pdf/Revista65Doutrina_pg_115_a_176.pdf>.

²⁴⁰ MENDONÇA, José Vicente Santos de; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v. VIII, 2008, p. 623-666.

ou à regulação”. Tratando-se de formas do Estado atuar junto à economia, expostas à crítica política e 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)²⁴¹, não sendo o fomento medida pior ou melhor do que outra adotada pelo Estado²⁴².

Outra característica do fomento é o fato dele não ser impositivo, podendo o particular “aceitar se quiser”²⁴³, não estando obrigado às determinações do Estado, sendo uma faculdade do particular aceitar e se sujeitar à política desenvolvida e aplicada através do fomento. Diogo Moreira NETO, ao analisar o tema, afirma que “não é imposto à sociedade, o Estado não obriga ninguém, indivíduo ou empresa, valer-se dos instrumentos jurídicos de incentivo: relaciona-se com o Estado, nesse campo, quem o desejar”²⁴⁴.

Igualmente, tal característica se materializa a partir do artigo 16 da lei 123/2006, Estatuto Nacional das Microempresas e da Empresa de Pequeno Porte, que posicionando-se sobre a adesão do benefício tributário, *in verbis* assim dispõe:

Art. 16. A opção pelo Simples Nacional da pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e empresa de pequeno porte dar-se-á na forma a ser estabelecida em ato do Comitê Gestor, sendo irrevogável para todo o ano calendário. § 1.º Para efeito de enquadramento no Simples Nacional, considerar-se-á microempresa ou empresa de pequeno porte aquela cuja receita bruta no ano calendário anterior ao da opção esteja compreendida dentro dos limites previstos no art. 3.º desta Lei Complementar.²⁴⁵

Contudo caso o particular aceite e concorde de livre e espontânea vontade com o determinado, está juridicamente vinculado a praticar a execução da atividade proposta, agindo nos exatos termos do pactuado entre as partes quando do aceite²⁴⁶. Assim posiciona-se Eros GRAU: “Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por 394

²⁴¹ Idem.

²⁴² Idem.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Ibidem, p. 467.

²⁴⁵ Artigo 16 Lei 123/2006. **Estatuto Nacional das Microempresas e da Empresa de Pequeno Porte.**

²⁴⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão”²⁴⁷.

Assim o particular é livre para escolher se aceita ou não participar do ato público de fomento, sendo que ao aceitar está vinculado ao cumprimento das obrigações que assumiu, já o Estado também deve cumprir com as funções do ato de fomento a que deu causa, sendo que suas atitudes jamais podem agir contrárias às determinações constitucionais²⁴⁸. Ou seja, o Estado, ao praticar o fomento, seja na sua concessão, seja no decorrer da atividade, deve agir em prol da coletividade sem prejudicar a livre-iniciativa e a atividade econômica, adotando políticas pública calçadas nos objetivos constitucionais da República²⁴⁹.

Tem-se que a administração pública, ao transferir bens ao particular a título de fomento em condições mais favoráveis do que as do mercado, não está dando benesses, mas praticado um ato legítimo em prol de uma finalidade pública²⁵⁰. Ou seja, o fomento caracteriza-se por não ser uma doação de direito público. Fato que se assevera é que o Estado não faz doações ao particular. Ao contrário, em nome da prática de determinada atividade, considerada de interesse público, é entregue ao particular certo bem²⁵¹.

Caracterizando o instituto verifica-se que este é seletivo, uma vez que se apresenta na atuação nos segmentos econômicos, culturais, sociais, não se configurando pela prática de auxílio econômico. Pode ser considerada uma ajuda a determinados setores com a demonstração do relevante interesse público. O fomento não pode ser um instrumento indefinido, devendo a atividade econômica ser identificada, pois na ausência desta não se tem fomento, mas assistencialismo²⁵² ou, como já debatido, paternalismo²⁵³.

²⁴⁷ GRAU, Eros. **Ordem...**, p. 148-149.

²⁴⁸ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

²⁴⁹ Idem.

²⁵⁰ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro...**, p. 51-52.

²⁵¹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

²⁵² RIVA, Ignácio M. de. **I alas Ayudas de Estado lustel**: Madri, 2006. p. 160-162.

²⁵³ DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: Joel Feinberg (Coord.). **Philosophy of Law**. Belmont: Wadsworth, 1986. p. 230.

A natureza jurídica do fomento é ato de extensa contradição na doutrina, contudo opta-se pela adoção da identificação de que o fomento é ato unilateral²⁵⁴, o que observa-se que caso não haja o cumprimento da destinação eleita pelo particular, pode operar uma condição resolutiva motivada pelo Estado²⁵⁵. Assim o que se observa é uma existência de controle do uso da máquina pública, em especial da sua verba²⁵⁶.

Por derradeiro o fomento tem como característica o fato de que, em princípio, é transitório, pois o ato praticado de forma rotineira é considerado protecionismo, não coadunando com o instituto do fomento²⁵⁷. Defendendo essa posição, José Roberto DROMI afirma que:

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 e com duração preestabelecida, há outras, pelo contrário, que permanecem ininterruptamente e as 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, agrário etc.²⁵⁸

Portanto o fomento precisa e deve ser transitório, sendo essa transitoriedade um princípio desse instituto²⁵⁹.

Dessa forma, com base na doutrina nacional é possível reconhecer na atividade de fomento seis características principais: a) a inexistência de coerção; b) inexistência de obrigação de aderência pelo particular; c) não se verifica como liberalidade pública; d) é seletivo, porém não injustificadamente anti-isonômico; e) é unilateral; f) é, em princípio, transitório²⁶⁰.

Ademais tem-se que a atividade de fomento deve ter previsão legal, a qual deve ser estipulada de forma clara, caracterizada pela impessoalidade e não afrontando o

²⁵⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

²⁵⁵ PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y apoio al precio político. **Revista de Administración Pública**, n. 14, Madri, 1954, p. 90.

²⁵⁶ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

²⁵⁷ MELLO, Celia Cunha, Op. Cit., p. 38 e 56.

²⁵⁸ DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo económico**. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Ástrea, 1985. p. 152-153.

²⁵⁹ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Op. Cit.

²⁶⁰ Idem.

princípio da isonomia²⁶¹. Assim define Maria TEREZA FONSECA, citando Héctor Jorge ESCOLA e Roberto DROMI:

[...] - se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza, a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória;
 - o fomento teria a vantagem de não expandir a máquina estatal e, ao mesmo tempo, revigorar a atuação dos particulares, incitando-os a desenvolver atividades em prol da coletividade;
 - a atividade de fomento deve estar legalmente prevista, não se admitindo como válida aquela não estipulada por lei;
 - a atividade de fomento deve ser impessoal e respeitar o princípio da igualdade.²⁶²

Dessa forma a legalidade deve sempre ser respeitada nas práticas de fomento, sendo esta a defesa de Marques NETO:

Como ocorre com qualquer das funções administrativas tradicionalmente arroladas pela doutrina a exemplo da regulação econômica e do exercício do poder de polícia, o fomento estatal depende da declaração de uma finalidade de interesse público afetando desigualmente os interesses privados. Não existe interesse público que seja imune, independente ou indiferente aos interesses privados, de forma que o benefício de uma parcela de interesses privados não confere legitimidade à atividade de fomento. Para tanto, faz-se necessário demonstrar a existência de interesse público suficiente para justificar o fomento estatal e eleger objetivamente os beneficiários da medida administrativa com base em fatores aferíveis e com legítimo fator de descrímem.²⁶³

Assim é fundamental e necessário que as práticas de fomento estejam sempre pautadas na legalidade, determinando por meio desta quais os objetivos que legitimam essa medida, bem como bens tutelados atingidos pela prática desse ato, respeitando sempre a finalidade pretendida pelo mandamento legal.

O fomento tem fundamento constitucional no artigo 174²⁶⁴, que determina que o Estado exerça a função de agente normativo e regulador da atividade econômica,

²⁶¹ DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação** - por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 267.

²⁶² Idem.

²⁶³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica**.

²⁶⁴ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1.º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

§ 2.º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

procedendo com a fiscalização, o incentivo e o planejamento voltados ao setor privado. Observa-se que ao Estado é delegada uma função ativa para intervir na ordem econômica e, conforme já asseverado, o faz por meio de políticas públicas de fomento²⁶⁵. Deste artigo, igualmente, é possível extrair a constitucionalização da atividade de fomento a partir do incentivo ao particular a desenvolver determinada atividade.

Igualmente o artigo 172 da Constituição²⁶⁶ remete ao fomento ao determinar que o Estado pautado no interesse nacional pratique investimento a partir das remessas financeiras, regulando a remessa de lucros, ficando evidente que o Estado assume, também, uma posição ativa a fim de incentivar que a iniciativa privada se estabeleça e realize os investimento no Brasil²⁶⁷.

Da constitucionalização do fomento, é imperioso retomar o fato de que este não se encontra desvinculado dos objetivos da República brasileira, descritos no artigo 3.º da Constituição, pois cabe à iniciativa privada, após o aceite em receber as políticas de fomento, auxiliar na concretização dos direitos fundamentais.

O fomento também pode ser visto a partir do artigo 170 da Constituição Federal²⁶⁸, o qual inaugura o capítulo da ordem econômica que dentre outras determinações apresenta que esta deve ser realizada conforme os ditames da justiça social e com objetivo de assegurar a existência digna de todos. Cumpre esclarecer que o que se busca neste trabalho é uma interpretação das políticas de fomento na atividade econômica através das empresas, questão que passa pela retomada do discutido no tópico 2.1, em especial no que concerne à função social da empresa.

Ao retomar a função da empresa no decorrer da sua atividade invoca-se novamente o artigo 170 e percebe-se que o Estado deve garantir que o particular seja livre para a prática da sua atividade, contudo a sua liberdade encontra-se restrita ao

§ 3.º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

§ 4.º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

²⁶⁵ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro...**, p. 60.

²⁶⁶ Art. 172. A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

²⁶⁷ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro...**, p. 60.

²⁶⁸ *Ibidem*, 62.

cumprimento de direitos fundamentais, tais como a proteção do pleno trabalho, da proteção da livre concorrência, da proteção dos direitos do consumidor, dentre outros. Ademais verifica-se que o Estado, por determinação constitucional, deve dar “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País²⁶⁹”, sendo tal questão um benefício aplicado à empresa, considerado uma política de fomento.

Portanto tem-se que o fomento é instrumento da administração pública devidamente garantido pela Constituição Federal.

Após um análise constitucional do instituto, é necessário apresentar as formas de atuação deste.

Acerca da prática do fomento, é imperioso ressaltar que essa atividade pode se dividir em três formas de atuação, que são os meios: a) honoríficos; b) jurídicos; c) econômicos²⁷⁰.

Quanto ao fomento honorífico tem-se como modelos de fomento que têm como objetivo “obter a realização de atividades públicas por particulares, através de incentivos à honra, com a concessão de condecorações, troféus, diplomas”²⁷¹.

Os meio econômicos podem ser entendidos como todos aqueles incentivos que de forma indireta ou direta garantem uma vantagem pecuniária para aquele que recebe o fomento²⁷².

Os meios jurídicos de fomento podem ser entendidos como medidas que concedem um caráter jurídico privilegiado e excepcional a determinadas pessoas ou gama de pessoas, as quais o Estado busca incentivar e proteger²⁷³.

O fomento, em regra, pode ser verificado por meio das seguintes atividades:

Benefícios ou incentivos tributários – este estímulo reflete-se em âmbito tributário através da redução ou até mesmo da isenção de determinado tributo com o objetivo de estimular, no panorama econômico, determinada atitude por parte dos agentes econômicos particulares.

²⁶⁹ **Constituição Federal de 1988**. Artigo 170, inciso IX.

²⁷⁰ MELLO, Celia Cunha. Op. Cit.

²⁷¹ TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 24. Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-RITA-TOURINHO.PDF>>.

²⁷² Idem.

²⁷³ MELLO, Celia Cunha, Op. Cit.

Esses estímulos tributários, para não ferir atributos constitucionais, devem ser amparados na vantagem coletiva e interesse público, devendo estar em consonância com os objetivos constitucionais, buscando guarda em preceitos constitucionais²⁷⁴.

Garantias – esta forma de fomento acontece quando o agente privado (empresa), necessitando recorrer ao mercado de capitais para possibilitar o desempenho de determinada atividade objetada pela administração, apresenta o compromisso desta administração de se responsabilizar pela dívida em caso de possível inadimplemento²⁷⁵.

Subsídio – é uma espécie de concessão, doação, sem que exista reembolso, revelando uma decisão política de manutenção de preços abaixo do custo. Estes subsídios dividem-se em simples ou condicionados à imposições da administração anteriores ou posteriores à atividade fomentada e ainda podem ser periódicos ou não periódicos²⁷⁶.

Empréstimos em condições favoráveis – São empréstimos destinados a algumas atividades econômicas merecedoras de apoio, podendo ser feitos de três formas: a) diretamente pelo Tesouro Nacional ou pelos Tesouros Estaduais; b) créditos facultados por fundos especiais, destes quais não são mais do que simples contas que órgãos da administração ficam com a possibilidade de movimentar; c) concedidos pelas sociedades de economia mista e também pelas empresas públicas²⁷⁷.

Assistência técnica – este instrumento enquadra-se na noção maior de estímulos positivos e define-se como a orientação prestada por entidades da administração pública às atividades de produção e comercialização nas empresas privadas e se traduzem de diversas formas, tais como estudos, pesquisas²⁷⁸.

Privilégios especiais – é uma espécie de acordo com o objetivo de conciliar objetivos públicos e privados em busca do desenvolvimento econômico²⁷⁹.

Desenvolvimento do mercado de títulos – tem por características disponibilizar às empresas recursos para a atração de capitais, sem, necessariamente, recorrer a empréstimos²⁸⁰.

Protecionismos à produção nacional – concessões e programas que visam à proteção da produção industrial nacional.

Todas essas formas de realização da atividade de fomento são formas do ente público intervir na atividade econômica realizada pelo particular, entretanto para acontecer essa intervenção é necessário que seja comprovado o interesse público, pautado na concretização de direitos sociais dispostos constitucionalmente.

Identifica-se com a divisão a existência de duas categorias de fomento. A primeira é denominada de fomento positivo, que tem por escopo estimular o particular a começar, continuar ou aumentar determinadas atividades e frisa-se com interesse

²⁷⁴ ATHAYDE, Augusto de. **Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983.

²⁷⁵ GALVÃO, Daniel Ribas. **Agências de fomento – intervenção estatal**. Curitiba, 2012. p. 26. Disponível In: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31101/DANIEL%20RIBAS%20GALVAO.pdf?sequence=1>.

²⁷⁶ Idem.

²⁷⁷ Ibidem, p. 27.

²⁷⁸ Idem.

²⁷⁹ Idem.

²⁸⁰ Idem.

público, mediante a oferta de benefícios e vantagens²⁸¹. Já a segunda é denominada de fomento negativa, possuindo como objetivo obstruir e desestimular que o particular desenvolva determinada atividade que o Estado, via administração pública, entenda necessário pela sua diminuição ou pela cessão dessa²⁸².

Cediço que a atividade de fomento é um ato estatal, estando submetido ao regime jurídico administrativo que possui fundamento em dois princípios basilares: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público²⁸³. Esse regime administrativo possui como parte fundamental o princípio da legalidade que define que a atividade administrativa só pode ser realizada se autorizada em lei²⁸⁴, ou seja, a administração pública está vinculada ao comando legal, podendo atuar somente até os limites deste. Para além do princípio da legalidade outros princípios integram o regime jurídico administrativo, tais como a finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros, aplicáveis a toda administração, inclusive à atividade de fomento²⁸⁵.

Portanto, assim como todas as atividades administrativas, o fomento deve fundamentar-se nas prerrogativas legais, sendo um ato motivado, cuja concessão de benefícios deve atender à finalidade para o qual se destina.

Assim tem-se que a atividade de fomento é uma forma não coercitiva de intervenção do Estado no domínio econômico, a qual pode ser feita de diversas formas sendo, em suma, um estímulo e um incentivo da administração pública ao ente privado para que este desempenhe atividades de relevante interesse público, visando à proteção e concretização do Estado de Bem-Estar Social garantido pela carta constitucional.

O fomento, como visto, é um instrumento de colaboração entre particulares e o Estado na prática de atividades visando ao interesse público e com o objetivo de concretizar direitos fundamentais²⁸⁶. Assim tem-se que o fomento é garantido

²⁸¹ ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 20.

²⁸² Idem.

²⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico. **Revista de Direito Público**, v. 2, p. 44.

²⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18-19.

²⁸⁵ DE MELLO, Celia Cunha. Op. Cit.

²⁸⁶ VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro...**, p. 123.

constitucionalmente, necessitando de regulação estatal a fim de que seja possível atingir os objetivos estipulados, bem como cumprir com o interesse público pautando sempre no desenvolvimento nacional²⁸⁷.

Ademais foi possível verificar que o Estado passa a compartilhar com o particular a prática de alguns serviços a fim de que esses sejam prestados nos exatos termos do princípio da eficiência, ou seja, o particular e o público agem em conjunto.

Dentre as delegações vistas encontram-se políticas de convocação do particular para a prática de atividades econômicas realizadas a partir de incentivos da administração pública, denominadas de fomento.

Para além é importante debater sobre a principiologia do instituto e, em paralelo, verificar como acontece a sua regulação e a importância de tal ato para o desenvolvimento do Estado.

Para entender a atividade de fomento faz-se necessário salientar que se trata de uma relação entre Estado e iniciativa privada e que por tal razão necessita de formalidade, ocorrendo por meio de atos administrativos.

Atos administrativos são entendidos como “a manifestação dos maquinários públicos para que se façam valer, para que se justifiquem, para que se sustentem a escolha e confiança da sociedade em um regime estabelecido com vistas a que sua vida melhore incessantemente”²⁸⁸.

Importante destacar que os atos administrativos representam também o encontro de três importantes princípios do Estado de Direito, que são a legalidade, a separação das funções estatais e o controle jurisdicional, fato que possibilita ao sujeito ser tutelado de abusos dos administradores²⁸⁹.

Acerca dos atos administrativos é possível destacar como “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzidas no exercício de função

²⁸⁶ Ibidem, p. 62.

²⁸⁷ Idem.

²⁸⁸ FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

²⁸⁹ COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 137.

administrativa”²⁹⁰. Ou seja, é um ato jurídico emanado do agente público que no exercício de sua função toma decisões que afetam a coletividade.

Destarte a atividade de fomento é uma clara manifestação do Estado no exercício de sua função e, portanto, submete-se ao regime jurídico administrativo²⁹¹, o qual se configura por um conjunto de normas jurídicas baseadas na legalidade e fundamentada em dois princípios, o da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público²⁹².

Em um desdobramento dos princípios supramencionados tem-se outros de extrema relevância amparados na Constituição Federal e que vinculam a toda manifestação administrativa, não sendo diferente com a atividade de fomento²⁹³. São eles: a) finalidade; b) razoabilidade; c) proporcionalidade; d) motivação; e) isonomia; f) devido processo legal e ampla defesa; g) moralidade h) controle judicial dos atos administrativos; i) responsabilidade estatal por atos administrativos; j) da boa administração; k) segurança jurídica²⁹⁴. A fim de verificar a regulamentação da atividade de fomento é importante entender, mesmo sem esgotar o tema, qual a função de cada uma desses.

Conforme debatido, todo ato da administração pública deve estar pautado na Lei, não sendo possível que seja realizado qualquer ato administrativo sem que exista lei prévia que o autorize²⁹⁵. Assim os atos de fomento para que sejam válidos devem estar fundados em ato administrativo oriundo de lei.

A impessoalidade é vista pelo fato de que os interesses particulares não devem se sobrepor às tomadas de decisões da administração pública, inibindo privilégios e discriminações, devendo sempre pautar as decisões no interesse público, o qual deve se sobrepor ao interesse privado²⁹⁶. Na atividade de fomento o administrador deverá fundamentar a vontade do ato em prol da coletividade e não pelo seu interesse próprio

²⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 384.

²⁹¹ MELLO, Cunha. Op. cit.

²⁹² Idem.

²⁹³ Idem.

²⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO. **Curso de Direito Administrativo**. p. 95-126.

²⁹⁵ Idem.

²⁹⁶ Idem.

ou de terceiros²⁹⁷. Também é necessário que a atividade de fomento, quando estipulada sua existência, seja oferecida para possíveis interessados garantindo que todos tenham acesso aos benefícios, assim fazendo valer a isonomia esperada na administração pública²⁹⁸.

O princípio da finalidade administrativa também deve ser prosseguido na concessão dos atos de fomento, uma vez que a motivação estipulada deve estar posta como fundamento de existência do ato administrativo, o que, conforme identificado neste trabalho, não pode se afastar dos objetivos constitucionais²⁹⁹.

Por derradeiro os atos de fomento não podem se afastar dos princípios morais pautando-se na idoneidade, bem como devem estar guiados pelos princípios da boa administração e da eficiência administrativa que determinam que todos os atos devem ser funcionais às necessidades do interesse público, atendendo à finalidade pretendida³⁰⁰.

De tal modo a atividade de fomento como um ato emanado da administração pública devidamente vinculado ao regime jurídico administrativo, além das disposições constitucionais expressas, deve respeitar os princípios constitucionais, em especial os descritos no bojo do artigo 37 da Constituição Federal. Dessa forma o fomento como um ato administrativo não está dissociado dos demais atos da administração pública, devendo seguir todas as regras estipuladas do regime jurídico público.

Assim tem-se que a regulação dos atos de fomento estão intimamente conectados com as regras da administração pública, em especial no norte principiológico, devendo as regras serem seguidas sob pena de inconstitucionalidade do ato, os quais dão vazão às agências reguladoras, objeto de estudo na sequência.

2.3. DAS AGÊNCIAS REGULADORAS DE FOMENTO: UMA FORMA DE PROPICIAR O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO

²⁹⁷ MELLO, Célia. Op cit.

²⁹⁸ Idem.

²⁹⁹ Idem.

³⁰⁰ Idem.

No tópico anterior foi possível verificar que o fomento se expressa por meio de ato administrativo direcionado aos particulares, pautado nas regras do regime jurídico do direito administrativo, devendo aplicar e respeitar os princípios e as regras nos termos das determinações constitucionais e infraconstitucionais. Entretanto a regulação também se encontra pautada na transferência de responsabilidade do uso da máquina pública com as agências reguladoras de fomento, as quais merecem uma atenção especial, vez que são peças fundamentais para o desenvolvimento do Estado.

Inicialmente ressalta-se que na ótica desse trabalho não se tem uma desconstrução do modelo social, mas uma adequação desse modelo com o objetivo de atingir os interesses públicos e os objetivos da nação, momento em que passou-se a debater a colaboração que propicia a participação da iniciativa privada e da sociedade civil na prática de atividades com escopo de proteção de direitos fundamentais.

A fim de atingir o objetivo proposto é necessário realizar uma análise preliminar do desenvolvimento buscado pela atividade de fomento para, após analisar as agências de fomento, as quais se materializam por ser um instrumento do ato de fomento.

Acerca do desenvolvimento em um contexto histórico é possível destacar que este significava meios de alcançar a excelência econômica, a liberdade comercial, o progresso material, ou seja, a essencialidade do seu conteúdo estava na proteção e no progresso material³⁰¹. Ocorre que principalmente depois da Segunda Guerra Mundial e com os fortes efeitos da globalização de mercado os países despertaram para a necessária análise do desenvolvimento que ultrapassasse os resultados econômicos³⁰². Fato é que a lógica mercadológica era incompatível com as necessidades da sociedade e a proteção dos direitos humanos³⁰³, o que, segundo DELGADO, emergiu a necessidade de “substituir o padrão de desenvolvimento baseado no fundamentalismo

³⁰¹ MACIEL, Marcela Albuquerque. Licitação para a promoção do desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito e Política**. v. 22, ano XII, jan./dez. 2015, p. 159.

³⁰² MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. O conceito do desenvolvimento no âmbito do Banco Mundial. In: BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Integração regional e desenvolvimento**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007. p. 65-66.

³⁰³ DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 113.

mercantil presente na visão liberal da competitividade econômica por outro que incorpore uma visão social”³⁰⁴.

O desenvolvimento a partir das lições de Ingo Wolfgang SARLET e Tiago FENSTERSEIFER é um direito inalienável, sendo possibilitado que todas as pessoas participem desse processo³⁰⁵.

O conceito de desenvolvimento transcende, substancialmente, a ideia limitada de crescimento econômico. Neste sentido, a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento, da qual o Brasil é signatário, no parágrafo 1 do seu art. 1, dispõe que “o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.”³⁰⁶

Nessa esteira é possível identificar que o desenvolvimento surge a partir de uma preocupação com os direitos da coletividade, em atenção à quebra de uma modelo mercadológico, liberal, com o crescimento e a adoção de um modelo de Estado social, com objetivo de pacificação social a partir da concretização de direitos fundamentais. Assim se pode afirmar que “no Estado Social de Direito, portanto, o Estado não só é o responsável por dirigir o processo econômico como tem por objetivo o seu desenvolvimento integral, onde se inclui o político, social e cultural, constitucionalmente assegurados”³⁰⁷. Nessa concepção o Estado deve assegurar a satisfação das necessidades básicas da coletividade por meio da prática, isonômica, de bens e serviços fomentando o desenvolvimento da coletividade, “assegurando, como conquista permanente, os direitos econômicos, sociais e culturais e ambientais, emprestando-lhes efetividade e aperfeiçoamento”³⁰⁸.

No Estado brasileiro o desenvolvimento foi eleito quando da promulgação da Constituição e vem sendo objeto de perseguição, possuindo previsão a partir da leitura

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Estado Socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

³⁰⁶ Idem.

³⁰⁷ MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e Estado Socioambiental e Democrático de Direito**. Dissertação PUC/RS 2006. p. 106. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/handle/10923/2529>>.

³⁰⁸ Idem.

do artigo 3.º da Constituição, em especial no que se refere a seu inciso 2.º, o qual estipula como objetivos fundamentais da República o “desenvolvimento nacional”³⁰⁹. Igualmente o desenvolvimento é estipulado no que tange a questões econômicas, sociais, ambientais, culturais, jurídicas, integrando um rol de direitos fundamentais incluindo o desenvolvimento tecnológico, urbano e econômico do País, bem como para a concretização de políticas públicas por parte do Estado para o alcance dos fins previamente estabelecidos³¹⁰.

José Afonso da SILVA, analisando o desenvolvimento na Constituição brasileira, explica que nesta é a “primeira vez que uma Constituição assinala especificamente objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais e, entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”³¹¹.

Entretanto o desenvolvimento nacional, por sua simples leitura, pode adotar caminhos dos mais variados, como inclusive pode não ser adotado caminho algum. O que se observa pelo nosso texto constitucional e pela realidade verificada é que o desenvolvimento encontra-se sucedâneo na concretização de direitos fundamentais, em especial aqueles que se referem à proteção da coletividade, em uma clara aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

Igualmente as diretrizes constitucionais devem ser o norte do desenvolvimento, sendo a eleição feita pelo constituinte, devendo a administração pública e os demais agentes titulares desse dever seguir os princípios e as diretrizes impostos na Carta Magna sob pena da invalidade dos atos³¹².

Valmir Pontes FILHO, analisando o desenvolvimento, afirma:

³⁰⁹ Constituição Federal, artigo 3.º, inciso II.

³¹⁰ CF/1988, Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. 1.º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

³¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 107.

³¹² FILHO, Valmir Pontes. Descaminho institucional. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Servulo da. (Coords.). **Estudos de Direito Constitucional**: em homenagem a José Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 654.

De outra sorte, a Constituição não é um simples pedaço de papel, a ser ou não cumprida segundo as “conveniências” dos que exercem cargos públicos de maior ou menor hierarquia. É ela – enquanto regra que transforma o poder em competências – o breviário pelo qual se hão de guiar, mesurados e submissos, tanto os governados quanto os governantes, estes últimos eleitos segundo as prescrições da Constituição e havendo prestado o juramento de defendê-la e cumpri-la. Pois bem. Distó tudo é razoável concluir que, quaisquer que sejam os programas e projetos governamentais, ou eles se ajustam aos limites, princípios e diretrizes constitucionais, ou, inexoravelmente, haverão de ser tidos como inválidos, juridicamente insubsistentes.³¹³

Observa-se que o desenvolvimento é um objetivo da Constituição e que a sua prática deve estar pautada nas normas constitucionais e nos princípios, os quais denotaram diretrizes a serem seguidas pelo titular da prática do desenvolvimento. Insta salientar que a Constituição com suas normas, regras, princípios e diretrizes obriga seus titulares a praticar as regras impostas, vinculando todos os partícipes.

Frisa-se que o desenvolvimento não é regra aplicada somente à administração pública, mas esta, ao assumir uma posição subsidiária delegada à sociedade, realizar as imposições dos objetivos de um Estado de Bem-Estar Social³¹⁴, o qual impões uma forma de atuação para a efetivação de direitos sociais, econômicos e culturais, conferindo a “administração pública um protagonismo político que ultrapassa tudo aquilo que os teóricos liberais do fenômeno constitucional podiam imaginar”³¹⁵.

Tratar o Estado como protagonista nessa situação é denotar a prática da sua atividade, a qual deve ser pautada em decisões políticas com sucedâneo nas positivações jurídicas, em especial nas regras constitucionais. Certo é que as definições de interesse público e formas de atingir o desenvolvimento nacional são realizadas pelos representantes do povo, eleitos democraticamente, que assumindo a administração pública devem pautar-se nos princípios constitucionais e nas diretrizes de atuação.

Dessas diretrizes é necessário apontar que a administração pública, no exercício dessa atividade, deve deixar claro qual a finalidade da sua decisão, ato administrativo, pautando essa definição em direitos ditos fundamentais e considerando sempre a

³¹³ Idem.

³¹⁴ OTERO, Paulo. Constituição e legalidade administrativa. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal - 15 anos: mutação e evolução**. São Paulo: Método, 2003. p. 149.

³¹⁵ Ibidem, p. 150.

concretização destes. Analisando os ensinamentos de Jorge reis NOVAIS, ao debater a importância do Estado de Bem-Estar Social tem-se sua defesa ao “reconhecimento dos mecanismos da democracia política, como único quadro capaz de permitir o desenvolvimento de um processo de efetiva socialização do Estado, constitui um pressuposto imprescindível do Estado social, cuja ignorância se traduz na possibilidade de utilização indiscriminada do conceito e na conseqüente perda de sua operatividade”³¹⁶.

Portanto no Estado brasileiro, cuja eleição de seu modelo o definiu como um Estado democrático com preocupação social, a eleição de representantes do povo para tomar decisões se faz importante, bem como que as decisões tomadas por esses representantes sejam pautadas nos preceitos de desenvolvimento nacional, dentre outros.

Ainda, e como forma de alcançar esse desenvolvimento enquanto ideologia e direcionamento político, esse instituto deve ser analisado a partir da regulação normativa em uma aplicação jurídica das formas de atuação para, como cita Flavia PIOVESAN, “assegure aos indivíduos e aos povos o exercício de seus direitos humanos básicos, bem como suas liberdades fundamentais”³¹⁷.

Assim o desenvolvimento é considerado um direito fundamental inalienável, com objetivo de concretizar o avanço da sociedade a partir da consolidação de direitos necessários para a prática da justiça social.

Conforme já abordado, o Estado sozinho não consegue realizar o desenvolvimento, momento em que convoca a sociedade civil, em especial a iniciativa privada, para que de forma colaborativa auxilie na prática dos objetivos constitucionais, podendo inclusive intervir na ordem econômica a fim de garantir e concretizar direitos fundamentais. Nessa seara invoca-se a atividade de fomento para que em um Estado social possa a iniciativa privada praticar atos que possibilitem o desenvolvimento da coletividade.

³¹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. Cit., p. 203.

³¹⁷ PIOVESAN, Flavia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 115.

Com fundamento no desenvolvimento o fomento surge como uma forma de propiciar a execução do avanço social da coletividade em uma relação entre Estado e iniciativa privada, ambos com um objetivo em comum, sendo a prática do desenvolvimento a finalidade do ato administrativo de fomento.

Considerando, portanto, que a atividade de fomento é realizada com uma finalidade que deve estar pautada na concretização dos objetivos constitucionais do Estado de Bem-Estar Social, tem-se que a administração pública não pode conceder qualquer benefício a título de fomento sem a devida descrição do objetivo que está prosseguindo e como tal atitude pode ser útil no desenvolvimento da sociedade.

Nesse cenário de colaboração e busca por desenvolvimento do Estado e de uma necessidade de cumprir com o mandamento constitucional de justiça social, surgem as agências de fomento, doravante analisadas, que têm como escopo principal realizar a intermediação do público com o particular, entre Estado e iniciativa privada, visando à instrumentalização dos benefícios concedidos e à consideração de atingimento da finalidade definida no ato administrativo.

Ato contínuo à análise do desenvolvimento passa-se a analisar as agências de fomento, as quais de imediato podem ser ditas como instrumentos do Estado para a transferência do fomento ao particular e que possuem importante função na concessão e controle da atividade de fomento, ao que se faz necessário seu estudo em comunhão com o desenvolvimento.

As agências de fomento, segundo a definição do Banco Central do Brasil, “é a instituição com o objetivo principal de financiar capital fixo e de giro para empreendimentos previstos em programas de desenvolvimento, na Unidade da Federação onde estiver sediada”³¹⁸.

Continuando a definição do Banco Central tem-se que:

Tais entidades têm *status* de instituição financeira, mas não podem captar recursos junto ao público, recorrer ao redesconto, ter conta de reserva no Banco Central, contratar depósitos interfinanceiros na qualidade de depositante ou de depositária e nem ter participação societária em outras instituições financeiras. De sua denominação social deve constar a expressão "Agência de Fomento" acrescida da indicação da Unidade da Federação Controladora. É vedada

³¹⁸BANCO Central do Brasil. **Agências de fomento.** Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/agencia_fomento.asp>. Acesso em: 20 jan. 2017.

a sua transformação em qualquer outro tipo de instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional.³¹⁹

Ou seja, as agências de fomento são instituições que têm por objetivo atuar no mercado econômico, auxiliando no financiamento e investimento de determinadas atividades de interesse público.

As agências de fomento têm sua inclusão no ordenamento jurídico pátria a partir da resolução n.º 2.574/1998, que de imediato transferiu a constituição e o funcionamento para os Estados com o objetivo de financiamentos a projetos sob a autorização e fiscalização do Banco Central. Veja-se:

Art. 1.º. Estabelecer que a constituição e o funcionamento de agências de fomento sob controle acionário de Unidade da Federação, cujo objeto social é a concessão de financiamento de capital fixo e de giro associado a projetos no País, dependem de autorização do Banco Central do Brasil.

Parágrafo 1.º - As agências de fomento, subordinadas à supervisão e fiscalização do Banco Central do Brasil, não podem ser transformadas em qualquer tipo de instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional.³²⁰

Em seguida essa resolução sofreu alterações advindas da resolução do Conselho Monetário Nacional n.º 2.828. De fato as agências de fomento surgem como um instrumento para a redução do Estado na atividade bancária³²¹, possuindo como objetivo controlar as atividades desenvolvidas, bem como fiscalizar e propiciar o desenvolvimento de determinadas atividades, não estando dissociada da aplicação dos princípios vinculantes a administração pública³²².

Dessa forma as agências de fomento são chaves no processo de concessão dos benefícios de fomento à sociedade com objetivos definidos e delineados a partir dos princípios constitucionais, como uma consecução da eleição do modelo de Estado pela Constituição.

³¹⁹ Idem.

³²⁰ Artigo 1.º, Resolução 2.574 do Conselho Monetário Nacional. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/45231/Res_2574_v1_O.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

³²¹ RIBEIRO, Paulo Antônio Neto. **Revista Desenbahia**, Salvador v. 1, n. 1, set. 2004, p. 4.

³²² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo** – Coleção Curso e Concurso. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

O Estado brasileiro possui alguns modelos de agências de fomento. O primeiro a citar são as próprias agências de fomento ligadas às atividades econômicas existentes em todos os Estados da Federação que, nos termos da resolução supracitada, podem praticar as seguintes atividades:

- I- financiamento de capitais fixo e de giro associado a projetos;
- II- prestação de garantias em operações compatíveis com o seu objeto social;
- III- prestação de serviços de consultoria e de agente financeiro;
- IV- prestação de serviços de administrador de fundos de desenvolvimento, observada a legislação específica;
- V- aplicação de disponibilidades de caixa em títulos públicos federais, inclusive por meio de operações compromissadas;
- VI- cessão de créditos;
- VII- aquisição, direta ou indireta, inclusive por meio de fundos de investimento, de créditos oriundos de operações compatíveis com o seu objeto social;
- VIII- participação acionária, direta ou indireta, no País, em instituições não financeiras, observadas condições específicas;
- IX- swap para proteção de posições próprias;
- X- operações de crédito rural;
- XI- financiamento para o desenvolvimento de empreendimentos de natureza profissional, comercial ou industrial, de pequeno porte, inclusive a pessoas físicas;
- XII- operações específicas de câmbio autorizadas pelo Banco Central do Brasil;
- XIII- operações de arrendamento mercantil financeiro, observadas condições específicas.³²³

Sobre esses modelos cumpre citar a Agência de Fomento do Paraná, que comungando de objetivos análogos a outras agências da Federação possui os seguintes objetivos:

Proporcionar aos empreendedores paranaenses tanto nas cidades quanto nas áreas agrícolas, o acesso ao crédito mais barato e, conseqüentemente, estimular o desenvolvimento e a produtividade no Estado. A missão estratégica, de promover o desenvolvimento através do apoio técnico e financeiro voltado às necessidades da sociedade paranaense foi ajustada para melhor enquadrar e alinhar os negócios da Fomento Paraná com as questões relacionadas à sustentabilidade e ao desenvolvimento. Para alcançar os objetivos e as metas do planejamento estratégico, a Fomento Paraná atua em várias frentes da gestão corporativa.³²⁴

Essas agências têm por escopo a disponibilização de financiamentos para determinados segmentos, objetivando o desenvolvimento de cada Estado nos exatos termos das políticas públicas adotadas.

³²³ Determinações extraídas da resolução n.º 2828 do Conselho Monetário Nacional.

³²⁴ Objetivos Fomento Paraná. Disponível em <http://www.fomento.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1>. Acesso em 19 de jan de 2017.

Adotando outra metodologia a par do viés econômico, destaca também outras agências de fomento, as quais são ligadas à pesquisa e ao desenvolvimento³²⁵: Capes, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, é uma agência de fomento que tem como objetivo o aperfeiçoamento na expansão e consolidação das pós-graduações *stricto sensu* no Brasil³²⁶; Fapesp, Fundação Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, é uma agência com o objetivo de fomentar a pesquisa acadêmica, estando vinculada à Secretaria de Ensino Superior do Estado de São Paulo³²⁷; CNPQ, Conselho Nacional de Pesquisa de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, é uma agência vinculada ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, possuindo como objetivo o fomento da pesquisa científica e tecnológica, tendo a finalidade de desenvolvimento tecnológico e científico do Brasil³²⁸.

Além dessas agências há diversas outras em diversas áreas como Cinema, Saúde, dentre outras, as quais são igualmente fundamentais para as políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado, as quais não são objeto deste estudo, que se fundamenta em políticas de fomento voltadas à intervenção na economia.

Ademais, comungando o desenvolvimento com as agências de fomento pode-se afirmar que estas, ao praticar suas atividades necessita pautar-se na eleição da finalidade do ato administrativo, o qual deve buscar a concretização dos objetivos da República.

Destacam-se as agências de fomento as que fazem parte desse estudo, por um impacto direto no fortalecimento econômico por meio de uma atividade que injeta recursos na economia, propiciando um desenvolvimento³²⁹.

Sobre a importância para o desenvolvimento do Estado por meio das agências de fomento é necessário citar RIBEIRO NETO, o qual afirma que:

Ao exercer a sua função creditícia, financiando projetos, facilitando o acesso dos segmentos com menor capacidade de obtenção de créditos junto ao setor privado, mas com potencial e vocação

³²⁵ FILHO, Renato Santos de Oliveira, HOCHMAN, Bernardo, NAHAS, Fabio, FERREIRA, Lydia Masako. Fomento à publicação científica e proteção do conhecimento científico. Acta Cir Bras [periódico na Internet] 2005;20 Suppl. 2:35-9. Disponível em URL: <http://www.scielo.br/acb>. Acesso em 21 de jan de 2017.

³²⁶ Idem.

³²⁷ Idem.

³²⁸ Idem.

³²⁹ RIBEIRO NETO, Paulo Antônio. Op. Cit.

para o desenvolvimento regional, a agência não estará promovendo ações de benemerência. Ao contrário, o seu sucesso estará ligado à capacidade crescente para alavancar novos empreendimentos, de financiar novos projetos, formando um círculo virtuoso, no qual, cada vez mais, o retorno dos financiamentos concedidos possa ser utilizado como fonte de créditos para novos projetos, e assim por diante. Além do mais, a perda sistemática de créditos concedidos representa a dilapidação patrimonial, que pode inviabilizar a continuidade da instituição. Diante dessas considerações, torna-se imperativo aos gestores das agências a adoção de políticas financeiras e de crédito que sejam uma espécie de expressão da estratégia do controlador, associada ao que geralmente chamamos de boa técnica bancária.³³⁰

Dessa forma tem-se no fomento e nas agências de fomento uma forma de o Estado incentivar o particular a praticar determinada atividade, descrita como de interesse público, com objetivo de, por intermédio desse incentivo, concretizar o desenvolvimento nacional, possibilitando a concretização dos direitos fundamentais e por consequência realizando a justiça social.

Por tal razão e assim como as demais atividades administrativas, que tem em seu escopo a indisponibilidade do interesse público, a atividade de fomento também precisa e deve estar sobre constante controle, o qual ocorre de forma interna e externa³³¹, o que será objeto de análise no próximo capítulo.

³³⁰ Idem.

³³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 1147.

3. DOS MEIOS DE CONTROLE DA ATIVIDADE DE FOMENTO: EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DESENVOLVIMENTO DO ESTADO

3.1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA ATIVIDADE DE FOMENTO

Foi possível analisar que a atividade de fomento emana de atos administrativos direcionados à iniciativa privada, incentivando que esta adote e pratique determinadas atividades consideradas de interesse público. Também identificou-se que a atividade de fomento possui como premissa atingir determinada finalidade pautada no desenvolvimento e na concretização de direitos fundamentais.

Assim tem-se claro que a atividade de fomento não é um ato isolado, mas um conjunto de atos com finalidade e objetivo claro que deve ser definido antes de entregar à iniciativa privada, sendo o cumprimento desta uma obrigação do titular do benefício do fomento, o qual deve como obrigação colaborar no atingimento dessa atividade.

Por tal razão é notório que o Estado, ao ceder benefícios via fomento, deve acompanhar se os objetivos e as finalidades estipulados estão sendo cumpridos pela iniciativa privada, sob pena de invalidade do negócio jurídico. Portanto, a fim de acompanhar a destinação do fomento cedido, emerge a necessidade de controle do fomento, o que será melhor explorado a partir deste capítulo.

Sobre o controle destaca-se de forma inaugural que essa é uma atividade vinculada ao poder, o que torna necessário a sua existência a fim de regular a conduta dos indivíduos. Em suma, o controle é uma forma de frear o poder daquele que o detém. Sobre o controle, MANNHEIM destaca que “desde o princípio, a sensação humana do poder tem sido associada ao controle da conduta de outras pessoas. Por isto toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle. Nosso poder é avaliado pelo grau e extensão de nosso controle sobre os outros homens e,

por sua vez, é controlado na medida em que os outros homens reagem sobre nossa vontade de nos controlar”³³².

Nesse sentido, CASTRO defende que “não importa se o poder seja por um, por alguns ou por muitos. Quem detém o poder tende dele abusar, colocando em risco o processo democrático. Este é o ensinamento de Montesquieu, para sustentar que a liberdade política se encontra nos governos moderados. Montesquieu escreveu em sua célebre obra *O espírito das leis*: ‘O poder vai até onde encontra seus limites’.”³³³.

Assim estando o controle vinculado ao poder, esse existe a fim de proteger o cometimento de abusos típicos desse tipo de relação³³⁴. Na concepção de Estado adotada pela Constituição brasileira e referencial para este trabalho, o controle assume papel fundamental, surgindo como um limitador aos governantes, orientando sua atividade e utilização dos recursos disponíveis³³⁵.

Antes de adentrar no controle propriamente dito do fomento, há que se recapitular ue o fomento é um conjunto de atos administrativos derivados da administração pública, devendo seguir todas as regras do regime jurídico administrativo, em especial no que concerne à aplicação e ao cumprimento dos princípios constitucionais. Considerando ser um conjunto de atos administrativos é necessário analisar o controle destes, os quais são aplicados ao fomento.

Acerca do controle dos atos administrativos destaca, destarte, que deve dar conta da integralidade do “processo de tomada de decisões, da escolha de agir até culminar na pós-avaliação dos efeitos primários e secundários, no enalço (baseado em argumentos e, sobretudo, em evidências) do primado empírico dos benefícios líquidos, a longo prazo”³³⁶.

Sobre o controle é importante citar Evandro Martins GUERRA, que o define como sendo:

³³² MANNHEIM, K. **Liberdad, poder y planificacion democratica**. F. C. E., p. 70.

³³³ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. Curitiba: PUC-PR, 2007. Disponível em <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³³⁴ MANNHEIM, K. Op. Cit, p. 70.

³³⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti de. Op. Cit.

³³⁶ FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. v. 5, n. 8, Curitiba, jan./jun. 2013, p. 8-26. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

[...] a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros Poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um Poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme aos modelos desejados anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. Trata-se, na verdade, de poder-dever, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.³³⁷

Ademais o controle dos atos administrativos pode acontecer de forma prévia, visando combater o surgimento de atos ilegais e/ou contrários ao interesse público, concomitante, quando exercido no decorrer da atuação administrativa ou posteriormente, momento em que se revisa os atos praticados a fim de retificá-los, desfazê-los ou confirmá-los³³⁸.

Os controles dos atos administrativos devem pautar-se em uma análise de sua finalidade, a qual tem como pressuposto a verificação se o sujeito ativo da administração pública está utilizando o ato administrativo de maneira responsável e pautada nos princípios da eficiência e moralidade³³⁹. Além do controle da eficiência, o controle tem como escopo a verificação dos resultados atingidos pela administração pública³⁴⁰.

Em uma análise conjunta do modelo de Estado a partir de uma leitura constitucional, verifica-se que a administração pública deve adotar seus atos de gerência a partir da concretização de direitos fundamentais, objeto da Constituição Federal, adotando a prática de atos que denotem interesse público, ou seja, que importe na proteção e no desenvolvimento da coletividade. Na adoção dessa postura é perceptível a função do controle tanto pela administração pública quanto por outras formas em razão da necessidade de democratização do Estado, apresentando um leque maior de legitimados a praticar o controle dos atos administrativos³⁴¹.

Portanto a legitimação é uma questão que passa por uma democratização possibilitando a participação do cidadão e da sociedade civil, para em conjunto com o

³³⁷ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externos e internos da administração pública**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 90.

³³⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 736-737.

³³⁹ Ibidem, p. 636.

³⁴⁰ CASTRO, Rodrigo Pironti de. Op. Cit.

³⁴¹ Idem.

Estado praticar o controle dos atos administrativos. Sobre a democratização da legitimação para fins de controle, Gustavo BINENBOJM ensina:

De outra banda, assume papel cada vez mais proeminente no direito administrativo moderno a discussão sobre novas formas de legitimação da ação administrativa. Uma das vertentes desenvolvidas nesta linha é a da constitucionalização. Uma outra é baseada na democratização do exercício da atividade administrativa não diretamente vinculada à lei. Tal democratização é marcada pela abertura e fomento à participação dos administrados nos processos decisórios da Administração, tanto em defesa de direitos individuais (participação *uti singulus*), como em nome de interesses gerais da coletividade (participação *uti civiles*).³⁴²

Verifica-se que o controle é exercido por três entes da Federação. Primeiramente é possibilitada à administração pública o controle, que pode ser realizado por impulso próprio ou por impulso externo, sendo facultado a revisão de seus atos a partir da análise de ilegalidades, inoportunos e inconvenientes³⁴³. Também é possível que o controle ocorra no Legislativo, que se dá por meio dos próprios representantes do povo ou pelas casas representadas³⁴⁴. O controle pode ser feito pelo poder judiciário, a quem cabe em especial a análise da legalidade dos atos administrativos³⁴⁵.

Ainda o controle emana de uma conjunção entre legalidade e legitimidade, uma vez que não é suficiente somente que o ato administrativo esteja pautado na lei, mas também seja legítimo fator verificado a partir da análise se a conduta do agente encontra “respaldo na vontade política dominante na sociedade, porque nem todas as expressões políticas do interesse público se positivam juridicamente e, dessa maneira, o controle não pode ficar restrito à legalidade do ato administrativo”³⁴⁶. Em suma o administrador não pode fundamentar-se somente no regramento legal, mas deve fazer uma análise criteriosa das necessidades do Estado e da coletividade.

³⁴² BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77. In: CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. Curitiba: PUC-PR, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

³⁴³ CASTRO, Rodrigo Pironti de. Op. Cit.

³⁴⁴ Idem.

³⁴⁵ Idem.

³⁴⁶ Idem.

Acerca da localização os atos administrativos podem ser controlados por meio de duas formas básicas: pelo controle interno e pelo controle externo³⁴⁷.

O controle interno pode ser entendido como o controle exercido por cada poder sobre seus atos e agentes³⁴⁸, por meio da prática da autotutela ou autocontrole³⁴⁹. Portanto identifica-se que o controle interno emana da possibilidade da administração anular ou revogar seus próprios atos, objetivando a preservação da legalidade e do interesse público. Para Odete MEDAUR,

Mais adequado seria dizer que o controle interno da administração pública é a fiscalização que a mesma exerce sobre os atos e as atividades de seus órgãos e das entidades descentralizadas que lhe estão vinculadas. Essa noção aplica-se tanto ao controle interno da administração pública nos Estados unitários quanto ao controle interno nos Estados Federais ou Estados dotados de entes autônomos (por ex. municípios, regiões), pois nestes cada nível de poder político é dotado de aparelhamento administrativo próprio, com mecanismos próprios de controle.³⁵⁰

Assim o controle interno é adotado por todos os entes da Federação e por suas entidades, cada qual com seus mecanismos de controle.

Salienta-se também que o controle interno ocorre quando identificados vícios que tornem os atos administrativos nulos. O Supremo Tribunal Federal, através da súmula 473, declarou constitucional o controle interno:

Súmula 473 STF: A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.³⁵¹

O controle pela própria administração é função inerente à sua própria atividade, que busca o controle da prática dos princípios constitucionais que em síntese é aplicação e observância do regime jurídico administrativo³⁵². Nessa seara é necessário

³⁴⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. Cit., p. 736-737.

³⁴⁸ Idem.

³⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo....** p. 203.

³⁵⁰ MEDAUR, Odete. Controles internos da administração pública, **Revista USP**. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67131/69741>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

³⁵¹ Súmula n.º 473. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

³⁵² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo....** p. 203.

que a própria administração controle seus atos, dando efetividade ao exercício do ato administrativo, bem como verificando o cumprimento dos objetivos deste³⁵³.

Ademais a administração pública deve realizar a atividade de controle interno pautada na sua própria legitimidade em uma avaliação da eficácia e da eficiência do ato administrativo, buscando o atingimento da finalidade que se fundamenta na “impessoalidade no trato da coisa pública garante exatamente esta qualidade da res gerida pelo Estado: a sua condição de ser pública, de todos, patrimônio de todos voltado à concretização do bem de todos e não de grupos ou de algumas pessoas”³⁵⁴. Em suma o controle interno deve pautar-se em um controle da legalidade do ato administrativo, bem como de seus resultados, privilegiando a eficiência no uso da coisa pública³⁵⁵.

Essa modalidade de controle encontra-se positivada na Constituição Federal em seu artigo 74, o qual determina que deve ser mantido um sistema de controle pelos entes da administração pública pautado na legalidade e na verificação se os atos da administração estão sendo praticados com eficácia e eficiência³⁵⁶. A Constituição Federal, portanto, é o norte do controle interno.

Por derradeiro o controle interno possui modalidades que precisam ser identificadas, que são: o autocontrole, modalidade em que a própria administração pública realiza a análise do seu ato administrativo, podendo realizar a anulação ou revogação deste³⁵⁷; o pedido de reconsideração que pode gerar a anulação ou revogação de determinado com base na provocação do particular, questão que

³⁵³ Idem.

³⁵⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Op. cit., p. 147.

³⁵⁵ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. Op. Cit.

³⁵⁶ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

³⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo...**, p. 203.

encontra positivamente no artigo 5.º XXXIV da Constituição Federal³⁵⁸; o controle hierárquico é também uma modalidade de controle interno identificado pelo controle realizado por superiores em uma escala funcional, buscando com isso a prática da eficiência e da boa administração, por derradeiro é possível realizar o controle interno por meio de recursos administrativos, em que a administração pública é provocada pelo particular que, utilizando-se de recursos administrativos em processos administrativos, pode gerar a anulação ou revogação dos atos administrativos³⁵⁹.

Portanto o controle interno é uma atitude interna da própria administração pública, que analisando seus atos os controla e fiscaliza de forma autônoma, por iniciativa própria ou por provocação de particular, não emanando de decisões de terceiros.

No que concerne ao controle externo é possível afirmar que é o “dever atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto”³⁶⁰.

Analisando a temática, Evandro Martins GUERRA conceituou como sendo “aquele desempenhado por órgão apartado do outro controlado, tendo por finalidade a efetivação de mecanismos, visando garantir a plena eficácia das ações de gestão dos interesses da sociedade, por órgão de fora de suas partes, impondo atuação em consonância com os princípios determinados pelo ordenamento jurídico como os da legalidade, legitimidade, economicidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outros”³⁶¹.

O que se tem é que o controle externo institui a possibilidade de pessoas estranhas à administração pública que gerou o ato administrativo de realizar o controle deste. Conforme visto, com a nova concepção de Estado, em especial com a definição de que a Constituição Federal adotou o modelo democrático social, emana uma necessidade de criação de mecanismos de controle que pudessem ser exercidos por

³⁵⁸ Art. 5º, XXXIV, CF: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

³⁵⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Op. Cit., p. 203.

³⁶⁰ PIETRO, Maria Sylvania Zanella di. Op. Cit., p. 737.

³⁶¹ GUERRA, Evandro Martins. Op. Cit., p. 108.

pessoas de fora, imparciais e desvinculados do ato controlado, operando com isso a democratização do controle³⁶².

Nessa senda o controle externo pode ser exercido tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Judiciário e a sociedade civil de modo geral, podendo, inclusive, ter o apoio do Tribunal de Contas no controle³⁶³.

O controle externo é uma modalidade que possibilita uma maior transparência da gestão pública³⁶⁴, sendo uma alternativa à concentração absoluta do poder, prevenindo a sociedade de abusos³⁶⁵ e uma maneira de garantir a efetivação de direitos fundamentais. Contudo a prática do controle externo não pode ser verificado pelo poder de um sobre o outro. Ao contrário, é um forma de propiciar um equilíbrio recíproco entre os agentes³⁶⁶.

São considerados mecanismos de controle externo o controle político, aquele exercido pelo Poder Legislativo, o controle pelo povo, o controle judicial pelo Poder Judiciário e o controle por meio do Tribunal de Contas³⁶⁷.

O controle por intermédio do Poder Legislativo ou político é aquele realizado pelas casas legislativas, Câmara de Vereadores, Assembleia Legislativa, Câmara dos Deputados e Senado Federal³⁶⁸ e pode ser dividido, nos termos da Constituição Federal, em duas modalidades: Controle legislativo e Controle político³⁶⁹.

O controle financeiro, como ensina Rodrigo Pironti de CASTRO, “tem por objeto a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas, ao cumprimento

³⁶² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 204-205.

³⁶³ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**.

³⁶⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**, p. 205.

³⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 13.

³⁶⁶ FAGUNDES, Seabra. **Controle dos atos administrativos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 161.

³⁶⁷ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**.

³⁶⁸ Idem.

³⁶⁹ DI PIETRO. **Direito Administrativo**, 18. ed., p. 649.

deste mister deve o Legislativo ser auxiliado pelo Tribunal de Contas onde se encontra jurisdicionado o ente da Federação”³⁷⁰.

No que concerne ao controle político se fundamenta pela análise de mérito, oportunidade e conveniência de decisões administrativas em prol da prática do interesse público e da boa administração³⁷¹.

Essa modalidade de controle externo encontra-se constitucionalmente prevista no art. 49, inciso X, que prevê o controle e a fiscalização dos atos do Poder Legislativo por si e dos atos do Poder Executivo³⁷², dispositivo que encontra-se devidamente regulamentado pela Lei 7.295/84, a qual descreve a forma e o procedimento da fiscalização e do controle dos atos administrativos pelo Legislativo.

O Poder Legislativo pode atuar no controle por diversos meios, dentre os quais destaca-se: a) comissões parlamentares de inquérito; b) convocação de autoridades; c) pedidos escritos de informação; d) fiscalizações contábeis, financeiras e orçamentárias; e) sustação dos atos normativos do executivo³⁷³.

O controle social, por sua vez, é aquele realizado pela sociedade civil, por seus cidadãos, em uma positivação da democratização descrita no Estado brasileiro, podendo ser realizado por uma democracia representativa, momento em que os cidadãos são representados por pessoas eleitas e por meio da democracia participativa, em que os cidadãos agem de forma direta procedendo com a fiscalização dos atos administrativos³⁷⁴. Acerca desse controle, Juarez FREITAS afirma:

A democracia representativa é vital. A direta também. Bem por isso, eis um dos mais complexos e fascinantes desafios em matéria de controle: fazer complementares os instrumentos da democracia direta e os da democracia representativa. Impõe-se, para tanto, sobrepassar o formalismo da legitimação pelo procedimento, característico da tradicional e antiga democracia representativa, especialmente tendo em conta, no caso brasileiro, as prescrições da Lei de Responsabilidade Fiscal e o Estatuto da Cidade, que merecem (a despeito de dispositivos censuráveis) o reconhecimento de que, em termos potenciais, robusteceram, em sintonia com a

³⁷⁰ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. Op. Cit.

³⁷¹ Idem.

³⁷² Art. 49, inciso X - É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...]

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

³⁷³ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**....

³⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**.... p. 864 e ss.

Constituição, o controle social indispensável à hierarquização consistente das prioridades comunitárias.³⁷⁵

O controle social encontra amparo constitucional na abertura da Constituição em seu artigo 1.º ao tratar da ordem social, delegando ao povo o poder do Estado em uma flagrante demarcação da democracia e de autorização para que o cidadão participe do controle dos atos administrativos. Igualmente o controle social foi objeto de constitucionalização por meio do artigo 74, parágrafo 2.º³⁷⁶, que tornou os cidadãos responsáveis pela coisa pública e autorizou que à sociedade civil competência para denunciar irregularidades e/ou ilegalidades perante os Tribunais de Contas³⁷⁷.

Assim o controle social, pelo seu caráter democrático, é eficaz e pautado no princípio da moralidade³⁷⁸.

Já o controle externo realizado pelo Poder Judiciário é aquele realizado por meio da provocação a este Poder, para fiscalização de legalidade, legitimidade e finalidade do ato administrativo. Cumpre destacar que o Direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, isto é, sistema no qual o Poder Judiciário possui o monopólio da função jurisdicional, do poder de apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direitos³⁷⁹.

Em relação ao sistema de jurisdição una e da ameaça e lesão a direito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “o fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais”³⁸⁰.

³⁷⁵ FREITAS, Juárez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 89.

³⁷⁶ Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...]

§ 2.º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

³⁷⁷ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. Op. Cit.

³⁷⁸ DI PIETRO. **Direito administrativo**. 18. ed., p. 636.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 827.

³⁸⁰ *Idem*.

Tem-se, portanto, que o artigo 5.º, inciso XXXV da Constituição da República, prevê expressamente a impossibilidade de exclusão da apreciação do Judiciário questões relativas à ameaça ou lesão à direito³⁸¹.

Observa-se que o controle judicial dos atos administrativos não se restringe exclusivamente à análise da legalidade, sendo importante e levado ao crivo judicial a verificação da violação dos princípios constitucionais orientadores da conduta da administração pública³⁸².

Assim percebe-se que o poder judiciário pode realizar o controle dos atos administrativos, contudo somente vai se manifestar quando provocado. Para tanto a provocação se dá pelas seguintes modalidades: a) mandado de segurança individual e coletivo; b) *habeas data*; c) mandado de injunção; d) ação civil pública; e) ação popular³⁸³.

Por derradeiro o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas é entendido como um ato emanado da Constituição para que esse Tribunal, dentre outras funções, realize a fiscalização dos atos administrativos, bem como atue de forma opinativa, corretiva e orientadora, o que pode ser visto no bojo do artigo 71 da Carta Magna³⁸⁴.

³⁸¹ Art. 5.º da Constituição da República: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

³⁸² FAGUNDES, Op. Cit., p. 159.

³⁸³ CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública**: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa. Op. Cit.

³⁸⁴ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento; II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório; IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II; V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo; VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município; VII - prestar as

Ao Tribunal de Contas tem-se a responsabilidade pela fiscalização dos agentes públicos, em especial no que diz respeito ao uso do erário, em um auxílio ao controle realizado de forma interna.

Portanto observa-se que incumbe ao Tribunal de Contas não o exercício judicante ou o exercício legislativo, mas uma atuação de auxílio ao Legislativo, sendo um órgão independente e desvinculado da estrutura dos Três Poderes e atuante como fiscalizador e controlador dos atos administrativos.

Após as breves considerações sobre o controle dos atos administrativos, passa-se ao estudo do controle efetivo do fomento, em especial analisando o controle da discricionariedade dos atos de fomento.

3.2. O NECESSÁRIO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE NA CONCESSÃO DAS MEDIDAS DE FOMENTO

No tópico anterior foram identificadas as formas de controle dos atos administrativos, o que permitiu verificar que o controle se dá em dois momentos: o primeiro, por um controle direto realizado por uma autotutela da administração pública; o segundo, em que se tem o controle externo que é realizado por terceiros alheios à administração que expediu o ato.

No decorrer deste trabalho também houve a possibilidade de analisar a estrutura do fomento e a sua importância para o desenvolvimento do Estado brasileiro e, em consequência, auxiliando na concretização dos objetivos da República e possibilitando a concretização de direitos fundamentais.

Porém é perceptível que as políticas públicas destinadas ao fomento são pautadas em atos discricionários da administração pública, o que torna importante

informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas; VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário; IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade; X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal; XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

analisar as consequências dessa liberdade da administração a partir da análise da discricionariedade para, em seguida, verificar o controle do fomento.

Adentrando o tema proposto e com base no princípio do interesse público sobre o privado e em uma conexão com os objetivos constitucionais, a administração pública tem um norte claro e objetivo da finalidade que se busca alcançar, a qual não pode ser diversa do desenvolvimento nacional e da proteção da coletividade, questão que denota que o ato administrativo está intimamente ligado com os regramentos e as estipulações legais³⁸⁵. Assim tem-se a aplicação do princípio da legalidade, definidor da determinação de que o Estado só pode realizar seus atos com sucedâneo na lei³⁸⁶. Entretanto as leis podem apresentar falhas e lacunas abrindo diversas possibilidades de interpretações, abrindo a possibilidade de aplicação da conveniência e da oportunidade sob o argumento de que tal atitude privilegiaria a aplicação do interesse público sobre o privado³⁸⁷, momento em que se verifica a discricionariedade da administração pública.

É cediço que a administração pública pode adotar posturas vinculadas ou discricionárias, as quais se diferem e norteiam a prática de diversos atos, o que necessita de uma análise detalhada a fim de verificar posteriormente a discricionariedade do ato de fomento.

Acerca dos atos vinculados tem-se que são todos aqueles cuja prática deve ser praticada de acordo com as determinações legais, ou seja, a lei estabelece os requisitos e as condições de sua realização³⁸⁸. Ou seja, a lei estabelece requisitos e condições da realização de determinado, não havendo qualquer liberalidade ao administrador.

Portanto os atos administrativos vinculados não possibilitam ao administrador a prática de uma liberdade, devendo seguir estritamente aquilo que está descrito no ato legislativo. Diferentemente dos atos vinculados existem os atos discricionários, os quais

³⁸⁵ MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade administrativa e seus limites na administração pública.** Disponível em <www.revista.ajes.edu.br/index.php/RCA/article/download/133/52>. Acesso em: 25 jan. 2017.

³⁸⁶ Idem.

³⁸⁷ Idem.

³⁸⁸ Idem.

são objeto deste estudo, em especial no que concerne ao ato praticado pelas políticas de fomento.

Destarte tem-se que o ato da administração pública agir de forma discricionária não significa que age de forma arbitrária, uma vez que mesmo utilizando de critérios de conveniência e oportunidade deve agir no estrito cumprimento da lei, salvo contrário agiria de forma arbitrária e, portanto, ilegal³⁸⁹.

Nesse contexto, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO afirma que:

[...] casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei a refira, entretanto, ao fazê-lo, frequentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza”, “ordem pública” (portanto, suscetíveis de interpretações ou inteleccões variadas) ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador. Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz “pode”, ao invés de “deve”), ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicada [...].³⁹⁰

Dessa forma a administração pública pratica atos que são denominados discricionários, que são identificados pela interferência de um juízo subjetivo do administrador acerca da aplicação ou não da situação contemplada na norma, decidindo pelo agir ou não agir, escolhendo o momento adequado para a prática do ato, a forma pela qual praticará o ato ou a qual será a medida tida por idônea para atender à situação de fato³⁹¹.

Maria Sylvania Zanella DI PIETRO conceitua a discricionariedade:

[...] pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar no caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.³⁹²

³⁸⁹ Ibidem.

³⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 17.

³⁹¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 93-94.

³⁹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40.

A natureza jurídica da discricionariedade não garante uma alforria à Administração Pública para que esta realize o que bem entende. Ao contrário, o ato administrativo, mesmo discricionário, emana de uma decisão legislativa que estabelece regras a serem seguidas com o objetivo de atrelar a sua atuação ao atendimento do interesse público tutelado. Ou seja, a administração pública deve seguir critérios subjetivos a fim de cumprir seu objetivo constitucional³⁹³. Contudo existem outras normas em que não se faz possível adotar critérios objetivos, pautados na lei, as quais pudessem atender ao interesse público pretendido, fato que se verifica em razão da variedade de possibilidades possíveis para determinados fatos, o que configura uma impossibilidade na previsão legislativa³⁹⁴.

Portanto existem atos administrativos que são impossíveis de materializar em provimentos legislativos, o que não autoriza o administrador a adotar a solução que simplesmente reputar ser a mais adequada³⁹⁵.

Assim pode-se afirmar que a discricionariedade importa no não engessamento da atividade administrativa, permitindo que o administrador assuma uma postura a partir do fundamento da boa administração perante determinado fato, vez que este não pode ser previsto em lei. Dessa forma a discricionariedade possibilita que sejam adotadas medidas não prevista de forma rígida na norma, desde que se tenha como objetivo a busca pelo atendimento da finalidade da lei e, por conseguinte, o interesse público³⁹⁶.

Novamente invocando os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de MELLO, cita-se que:

Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção não significa que todas estas soluções sejam iguais e indiferentemente adequadas para todos os

³⁹³ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 37-48.

³⁹⁴ Idem.

³⁹⁵ Idem.

³⁹⁶ Idem.

casos de sua aplicação. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.³⁹⁷

Dessa feita é possível entender que a discricionariedade é a competência delegada à administração pública, possibilitando a integração, no decorrer da execução das funções, da expressão da lei e a vinculação ao atendimento da finalidade pública que possibilita o surgimento do ato administrativo³⁹⁸.

Igualmente é importante reafirmar que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade e nem pode, pois o administrador não pode utilizar de sua posição e de seu cargo para atingir vontades próprias alheias às vontades da coletividade, o que configura desvio de finalidade, sendo considerada uma conduta ilegal.

Sobre o tema, BANDEIRA DE MELLO observa que “não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente”³⁹⁹.

Com esse entendimento o Superior Tribunal de Justiça, por meio de decisão do Ministro Sergio Kukina, rejeitando a arbitrariedade e a diferenciando do poder discricionário, assim se posicionou:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA OMISSÃO DO MINISTRO DA DEFESA E ATO COMISSIVO DO COMANDANTE DA AERONÁUTICA. IMPROCEDÊNCIA. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. Não pode ser imputada omissão ao Ministro de Estado da Defesa que, julgando-se incompetente para decidir requerimento administrativo com conteúdo sobre o qual não lhe é dado deliberar, encaminha o feito à autoridade competente, dando disso ciência ao requerente. Tal agir está em consonância com os princípios da limitação da competência e de atuação da administração pública, insertos no artigo 37, caput, da Constituição Federal e nos arts. 11 e 47 da Lei n.º 9.784/1999. 2. A motivação, a teor do que requer o art. 50 da Lei n.º 9.784/1999, consiste na indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que autorizam a produção do ato administrativo. 3. Ao negar a pretensão, o Comandante da Aeronáutica, no estrito cumprimento da norma legal (art. 50, I, da Lei n.º 9.784/1999), cuidou de apontar os fatos e os fundamentos jurídicos que impunham o indeferimento do pedido. Descabe, por isso, falar em decisão não fundamentada. 4. Entre os militares, o critério de antiguidade para promoção de graduados (praças) deve levar em conta o respectivo quadro. Descabe, por isso, alegar violação do direito de precedência tomando como paradigma a promoção de integrantes de quadro diverso. 5. A promoção de militar é, em regra, ato administrativo discricionário, como se pode inferir de seu próprio conceito e, como tal, sujeita-se à avaliação - até certo ponto subjetiva - da autoridade competente, que decidirá sobre a conveniência e oportunidade de sua efetivação. Se, por um lado, isto não significa que o

³⁹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Op. Cit. p. 812.

³⁹⁸ WINCKLER, JOSÉ ALEXANDRE. **Motivação do Ato Administrativo Discricionário**.

³⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. p. 401.

comandante possa promover qualquer pessoa a qualquer tempo, sem observância dos critérios e limites regulamentares (pois discricionariedade não se confunde com arbitrariedade), é igualmente certo, de outra mão, que o militar que atenda às exigências para ser promovido não tem, só por isso, direito líquido e certo à desejada promoção, até porque sujeita-se, no mínimo, à existência de vaga. Precedentes. 6 - Segurança denegada.⁴⁰⁰

Portanto para que a administração pública não cometa abusos é necessário que sejam estipulados limites ao seu poder discricionário, sendo que, de forma inaugural, deve ser garantida atenção ao interesse público, o qual deve ser perseguido na prática dos atos administrativos. O interesse público denota-se como um limite interno da atuação do Estado, imposto pela sociedade, cujo descumprimento enseja a ilegitimidade do ato, marcando a má administração⁴⁰¹.

Destarte ressalta-se que a discricionariedade tem um sentido político envolvido por políticas de oportunidade e conveniência, em regra na busca pelo interesse público.

Ainda sobre a discricionariedade destaca-se que:

Ao se compor os conceitos oferecidos, agora sob essa óptica instrumental, pode-se apresentar a discricionariedade como uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e de conveniência que possa a vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade. Em outros termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado.⁴⁰²

Sobre a oportunidade, esta relaciona-se diretamente como a motivação do ato administrativo, o qual precisa ser valorado pela administração pública. Igualmente é necessário que o ato seja conveniente, uma vez que a conveniência tem relação com a integração do objeto a ser eleito pela administração pública, devendo estar pautado nos limites legais. Em suma a conveniência na discricionariedade está vinculada à satisfação do interesse público, ao passo que a oportunidade se encontra quando o ato é praticado no exato momento da satisfação do interesse público⁴⁰³.

⁴⁰⁰ Superior Tribunal de Justiça. MS 19084 DF 2012/0179183-9. Rel. Min. Sérgio Kukina, 13/11/2013, S1 – Primeira Seção, DJe 20/11/2013. Acesso em 25 de janeiro de 2017.

⁴⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 815.

⁴⁰² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 46-47.

⁴⁰³ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 97.

Assim tem-se que a prática do ato administrativo deve ser vinculada com a eficiência e a oportunidade sob pena de, na falta de qualquer dessas, o ato ser considerado nulo em razão da existência de vício de finalidade⁴⁰⁴.

Para além verifica-se que o ato administrativo precisa ser motivado. A motivação da administração pública na prática do exercício administrativo é pautada em dois princípios: da realidade e da razoabilidade⁴⁰⁵.

A razoabilidade é posta de forma a atender o interesse público, ou seja, a prática do ato administrativo deve sempre respeitar a razoabilidade quando da eleição dos critérios de conveniência e oportunidade, atuando de forma a limitar a atividade administrativa a fim de que seja compatível com a finalidade pública e que o objeto também se adeque a essa⁴⁰⁶. Ainda a aplicação do princípio da razoabilidade implica que o motivo do ato deve ser adequado à realidade e às leis vigentes, em especial no que concerne à natureza jurídica do ato, seja ele de qualquer categoria, devendo ser compatível com objeto buscado pela administração pública⁴⁰⁷. Por derradeiro a motivação que deve ser razoável também deve implicar em uma relação com a proporcionalidade aplicada em uma relação entre os fins que busca e os meios que emprega⁴⁰⁸.

Igualmente a prática do ato administrativo discricionário deve utilizar como base o princípio da razoabilidade que, segundo afirma Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “Na adequabilidade examina-se a pertinência categorial dos motivos com todo o ato; na compatibilidade, a relação específica dos motivos com o objeto do ato”⁴⁰⁹. Assim, precisa que o ato seja pertinente e compatível com a realidade do Estado e da coletividade.

No que concerne ao princípio da realidade, este se fundamenta no fato de que o motivo adotado pela administração deve ser existente, seja em âmbito jurídico, seja em termos de realidade. Igualmente o motivo que norteia o ato jurídico deve ser suficiente, ou seja, não se escorando em mentira ou que seja incompleto e duvidoso, não

⁴⁰⁴ Ibidem, p. 48.

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 49-58.

⁴⁰⁶ Idem.

⁴⁰⁷ Idem.

⁴⁰⁸ Idem.

⁴⁰⁹ Ibidem, p. 68.

podendo o agente administrativo suplementá-lo quando não for suficiente a prática dos atos⁴¹⁰.

Por fim a atuação do administrador público deve estar ligada à eficiência, atendendo aos anseios da coletividade de forma suficiente ao interesse público.

Dessa forma a limitação da discricionariedade se baseia na oportunidade e na conveniência, a qual fundamenta a eleição do objeto, cuja escolha é norteadada pelos princípios da realidade e da razoabilidade, sendo que o objeto deve ser possível e deve estar de acordo com o fim pretendido, pautado no interesse público, sendo que qualquer coisa que vá além é considerada inválida.

Ainda destaca que a limitação da discricionariedade está pautada nos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cumprindo os mandamentos constitucionais.

A discricionariedade nesse turno é prerrogativa da administração pública que pode, em ausência de determinação legal ou insuficiência dessa, adotar posturas necessárias para o atingimento do interesse público e por consequência para a concretização dos objetivos constitucionais e dos direitos fundamentais.

Na análise da atividade do fomento, por se tratar de uma atividade administrativa emanada pela administração pública, não está distante de que as decisões sejam pautadas em ato discricionário, não havendo uma vedação legal que impeça a prática de tal ato. Contudo, imperioso questionar se a aplicação desse fato não vai desnaturalizar a característica do instituto do fomento.

No decorrer deste trabalho verificou-se que o fomento é um ato administrativo que vincula a administração e o particular com o objetivo de praticar direitos afetos à coletividade e eleitos constitucionalmente como fundamentais para o desenvolvimento do Estado, porém a prática desses atos não pode ser feita de forma indiscriminada e sem a proteção de preceitos legais, o que se faz importante questionar a discricionariedade da atividade de fomento.

Destaca-se que o fomento, como todos os atos administrativos, fundamenta-se em princípios do regime jurídico da administração pública identificados à luz do artigo

⁴¹⁰ Idem.

37 da Constituição Federal, os quais são norteadores da sua existência, dos seus objetivos e da sua finalidade.

Dos princípios do regime jurídico administrativo e aplicados ao fomento é importante destacar a isonomia e a moralidade, as quais na relação jurídica de parceria com a iniciativa privada devem estar presentes a fim de que o interesse público seja preservado, merecendo assim uma análise mais detalhada.

O princípio da moralidade administrativa tem como função determinar que o administrador atue com moral, ética, em busca da boa administração⁴¹¹. Maria Sylvia DI PIETRO afirma que:

[...] em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.⁴¹²

A moralidade é fundamental para determinar a atuação do administrador, o qual deve “obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos”⁴¹³. Assim, descumprindo esse mandamento o administrador é responsabilizado⁴¹⁴.

Na prática da atividade de fomento, no momento da concessão do benefício o administrador não pode se afastar da aplicação do princípio da moralidade, sendo imperioso que o gestor pratica essa atividade considerando que os preceitos éticos, de forma honesta, sem desvios e sempre em busca da realização da boa administração, fato que deveria ser rotina em nosso ordenamento jurídico.

Além disso, a aplicação da moralidade na atividade de fomento é necessária para que a relação entre o particular e o público seja efetiva e realizada nos exatos termos dos objetivos descritos, possibilitando o desenvolvimento do Estado.

⁴¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo...**, p. 79.

⁴¹² Idem.

⁴¹³ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 9.

⁴¹⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio Constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993. p. 157.

No que concerne ao princípio da isonomia tem-se como princípio fundamental o descrito no artigo 5.º da Constituição Federal⁴¹⁵, em que se positiva que a administração não pode tratar iguais de maneira diferente, o que configura que é vedado a prática de discriminação daqueles que pretendem contratar, ou seja, a aplicação desse princípio garante a todos o direito de utilizar dos benefícios e das funções do Estado.

A igualdade, para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, entende que:

[...] não se pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com obediência ao princípio da impessoalidade. [...] O princípio da isonomia da administração não necessita para seu fundamento, da invocação de cânones de ordem moral. Juridicamente se estriba na convincente razão de que os bens manipulados pelos órgãos administrativos e os benefícios que os serviços públicos podem propiciar são bens de toda comunidade, embora por ela geridos, e benefícios a que todos igualmente fazem jus, uma vez que os Poderes Públicos, no Estado de Direito, são simples órgãos representantes de todos os cidadãos.⁴¹⁶

Nas lições de GASPARINI com fundamento na isonomia ou igualdade:

[...] todos devem ser tratados por ela igualmente tanto quando concede benefícios, confere isenções ou outorga vantagens como quando prescreve sacrifícios, multas, sanções, agravos. Todos os iguais em face da lei também o são perante à administração. Todos, portanto, têm o direito de receber da administração o mesmo tratamento, se iguais. Se iguais nada pode discriminá-los. Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É o princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da administração direta e indireta. É, assim, um dos direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica.⁴¹⁷

Portanto tem-se que o princípio da isonomia ou igualdade é entendido como sendo o dever do Estado de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de acordo com a sua desigualdade⁴¹⁸. Contudo o tratamento aos desiguais precisa de limite, uma vez que para que esse exista é necessário que determine um critério diferencial, que na sua ausência “corresponderia ou à imposição de um gravame incidente sobre um só

⁴¹⁵ Constituição Federal. Art. 5.º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

⁴¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Op. Cit., p. 73-74.

⁴¹⁷ GASPARINI. Op. Cit.

⁴¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo...**, p. 185.

indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa”⁴¹⁹. Ainda, conforme ensina Rafael Munhoz de MELLO, “o critério diferencial deve ser inerente à pessoa, à coisa ou à situação a que se pretende dar um tratamento diferenciado, ou seja, “elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes”, pois “não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”⁴²⁰.

Dessa forma, para que o tratamento desigual seja aplicável ao princípio da isonomia é necessário que exista uma decorrência lógica do fator de diferenciação escolhido e que promova valores protegidos pelo texto constitucional⁴²¹.

Assim o princípio da isonomia precisa de uma releitura a partir da estrutura de fomento. Nesse sentido é que se baseia este estudo, vez que é necessário questionar-se sobre os limites da discricionariedade da administração pública frente ao instituto do fomento.

Invoca novamente a empresa, pessoa jurídica de direito privado, para entender que a igualdade de condições ao empresariado deve sempre ser mantida, sob pena de violação do princípio constitucional da livre concorrência. O que se suscita é o fato de que as empresa, em regra, estão em pé de igualdade entre si, não podendo receber qualquer tratamento diferenciado.

Óbvio que o constituinte apresentou uma excludente à regra acima exposta, que é um tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte e para as microempresas, sendo, portanto, as únicas autorizadas a ter um regime diverso das demais.

Por certo que o fomento aplicado à atividade empresarial deve sempre respeitar o regime jurídico administrativo, sob na ausência de tal respeito configurar irregularidades e ilicitudes, o que não pode ser admitido.

Nessa esteira tem-se que, então, é necessário que a administração pública no decorrer da concessão da atividade de fomento esteja pautada no princípio da

⁴¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade...**, p. 11.

⁴²⁰ DE MELLO, Rafael Munhoz. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

⁴²¹ Idem.

isonomia e da moralidade, agindo assim de forma ética e igual para atingir todos os que queiram receber os benefícios de tal atividade.

De outra forma verifica-se que a administração pública possui a prerrogativa da discricionariedade, a qual emana de vontades políticas, e não pode ter objetos e motivações diversas das eleitas legislativamente, bem como a sua finalidade não pode ser diversa da pretendida ao Estado pela Constituição Federal, em especial para que seja garantido e possibilitado o desenvolvimento da coletividade e a concretização de direitos fundamentais, tais como a livre-iniciativa e a dignidade da pessoa humana, presentes no decorrer da ordem constitucional.

Assim a atividade de fomento destinada ao setor empresarial, diga-se fundamental para o desenvolvimento do Estado, não pode ser realizada de qualquer forma e sob a vontade aleatória do administrador, devendo ser a sua discricionariedade limitada, considerando a aplicação dos princípios regentes do regime jurídico administrativo, em especial a moralidade e a isonomia e possibilitando a proteção da livre concorrência e dos demais mandamentos da ordem econômica.

Portanto as políticas de fomento, configuradas por serem atos discricionários da administração pública, pautadas nos critérios de oportunidade e conveniência devem ser controladas em seu nascedouro, a fim de que sejam atendidos os interesses públicos e os objetivos constitucionais, em especial no que se refere ao desenvolvimento dos direitos sociais em prol da coletividade.

Após analisar a discricionariedade na atividade de fomento, passa-se ao estudo do controle da finalidade da atividade de fomento.

3.3. DO CONTROLE DE FINALIDADE DO FOMENTO: UMA FORMA DE GARANTIR O DESENVOLVIMENTO DO ESTADO E A CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS DA REPÚBLICA

Verificou-se que os atos administrativos passam pelo controle por meio de diferentes formas, podendo passar pelo controle interno e também externo, momento em que se opera o controle social, legislativo, judiciário e do Tribunal de Contas, sendo

que tal atitude é fundamental para que exista um efetivo controle do cumprimento da finalidade dos atos da administração pública.

Igualmente foi possível verificar que o fomento possui como razão de existir o fato de que a sua finalidade deve ser pautada no interesse público, bem como em uma busca do desenvolvimento da coletividade, não podendo afastar-se da concepção de Estado descrita no bojo da Constituição, qual seja o de Estado Social Democrático. Assim a colaboração do particular com o Estado via fomento somente é possível se a administração pública fundamentar e motivar seu ato a partir dos objetivos constitucionais e na concretização de direitos fundamentais.

Ato contínuo foi analisado o instituto do fomento, o qual denota-se por ser um ato administrativo vinculado à legalidade, bem como ao regime jurídico administrativo. Igualmente foi identificado que o fomento é uma colaboração entre Estado e particular em um ato conjunto em prol da realização do interesse público.

Fato é que a atividade de fomento não pode ser realizada de qualquer jeito, sem cuidado e tampouco sem a devida análise da sua razão de existir, o que torna necessário o seu efetivo controle⁴²².

O objeto deste trabalho é o fomento econômico, ou seja, aquele que vai interferir diretamente na ordem econômica, sendo a entrega de um benefício para a iniciativa privada, empresa detentora da livre-iniciativa e que busca pelo lucro, em contrapartida esta deve praticar atividades consideradas de interesse público. O que se propõe é que o reconhecimento de que o Estado não consegue concretizar todos os seus deveres constitucionalmente previstos, bem como a empresa não reúne condições de isoladamente enfrentar o mercado, precisando de auxílios e incentivos do Estado. Ou seja, Estado e empresa precisam ou do outro, o que é benéfico para a coletividade.

A vinculação ora debatida não tem por objetivo alegar que o Estado é falido e não reúne condições de concretizar os direitos propostos, tampouco tem por escopo defender que o Estado intervenha no mercado rompendo com a livre-iniciativa. O que se busca é apresentar a necessidade de colaboração entre empresa e administração

⁴²² VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro...**, p. 50.

pública como fato determinante para a concretização da justiça social prevista como fundamento da República.

Frente à importância dessa vinculação é que se entende que todo o ato administrativo, e não seria diferente com o fomento, deve ser controlado, seja de forma interna pelo próprio ente ou subsidiária a aquele que praticou o benefício e a convocatória ao particular, seja por um controle externo, legislativo, social e em especial do Judiciário e do Tribunal de Contas.

Assim tem-se que controlar a finalidade do fomento é controlar a razão da sua existência e garantir que o Estado alcance seus objetivos de modo a garantir que os direitos sociais e de desenvolvimento sejam garantidos, agindo de forma ética e em busca de uma boa administração.

Com a proposta de analisar o fomento a partir de benefícios concedidos à empresa, propõe a análise, em um primeiro momento de benefícios cedidos mediante empréstimos bancários. Assim cumpre ressaltar o BNDES e as agências de fomento as quais se destacam nessa prática realizando empréstimos em condições favorecidas para que seja possibilitado o desenvolvimento social.

Sobre o BNDES sua função como atividade de fomento é verificada por seus objetivos encontrados em seu sítio, que apresenta:

Para isso, apoia empreendedores de todos os portes, inclusive pessoas físicas, na realização de seus planos de modernização, de expansão e na concretização de novos negócios, tendo sempre em vista o potencial de geração de empregos, renda e de inclusão social para o País. O apoio do BNDES ocorre por meio de financiamento a investimentos, subscrição de valores mobiliários, prestação de garantia e concessão de recursos não reembolsáveis a projetos de caráter social, cultural e tecnológico. O Banco atua por meio de produtos, programas e fundos, conforme a modalidade e a característica das operações. Por ser uma empresa pública e não um banco comercial, o BNDES avalia a concessão do apoio com foco no impacto socioambiental e econômico no Brasil. Incentivar a inovação, o desenvolvimento regional e o desenvolvimento socioambiental são prioridades para a instituição. [...] ⁴²³

Já as agências de fomento seguem o mesmo objetivo e definição em seu objetivo. Assim se posicionam a Fomento Paraná e a Fomento Santa Catarina.

⁴²³Sítio BNDES. Disponível em <<http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

E seguindo a linha de atuação do Governo do Paraná, a Fomento Paraná trabalha em seu Planejamento Estratégico o conceito de gestão por resultado, por meio de um contrato de gestão, firmado entre o quadro diretivo e seus colaboradores, no qual são pactuados os objetivos, as metas, os indicadores e os produtos previstos no Plano Plurianual.

Trabalhando em sintonia com a política estadual de desenvolvimento regional, a Fomento Paraná tem por finalidade fornecer apoio financeiro para iniciativas de modernização e ampliação das atividades de pequenas e médias empresas e micro e pequenos empreendedores, do campo ou da cidade, de forma a estimular a geração de emprego e renda no estado. A empresa busca também impulsionar o desenvolvimento de negócios na área de inovação e tecnologia, concedendo crédito a empresas de base tecnológica, inclusive as que passam por incubadoras. [...] ⁴²⁴

A Agência de Fomento do Estado de Santa Catarina S.A. - Badesco - sociedade de economia mista, de capital autorizado, criada pela Lei n.º 4.950, de 11/11/1973, e instalada oficialmente em 26/08/1975, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social do Estado de Santa Catarina, mediante a prática da aplicação de recursos financeiros no âmbito de sua competência, definida pela Legislação Federal pertinente. ⁴²⁵

Verifica-se que o objetivo de todas as agências de fomento e do BNDES é o desenvolvimento do Estado, a partir de políticas públicas adotadas, com base no preceituado no decorrer da Constituição e das leis infraconstitucionais. Assim tem-se que a finalidade é deveras delimitada, devendo ser cumprida sob pena de invalidade do negócio jurídico.

Portanto o controle da finalidade se faz fundamental.

Nessa seara é importante que seja verificado se os empréstimos realizados cumpriram com os seus objetivos, fato que ocorre internamente pelo próprio banco, bem como pode ter um controle externo, em especial da Controladoria Geral da União e do Tribunal de Contas ⁴²⁶. No que se refere ao controle externo tem-se também, e de fato com grande veemência, o controle judicial.

⁴²⁴ Sítio Fomento Paraná. Disponível em: <<http://www.fomento.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴²⁵ Sítio Fomento Santa Catarina. Disponível em: <http://www.badesco.gov.br/quem_somos.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴²⁶ Sítio Fomento Paraná. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/etica-integridade/conformidade/gestao-de-riscos-e-controles-internos/controlado_interno/!ut/p/z1/xVRNc5swEP0tOXCUJb5s6l14qF2D6zqum8DFg0GAWiNhSTbtv_aJTNpPpZDLlwmj1dt--xy44xXc45dmRVZlmgmc7OCfpcBP7UTh1FiT2VIZlgnh9s_JmQ5PYDr49A8gLT0Bw-jCfWKFPajcaxYzf7kkBH_DKU5zrltd42TLC6o2jCwN9CE_d2CQWjTUIPsDbZASjVAGoZrIGWJc00qylivgOhe8FLLpTxVV0hOooEgyIQuf4FpLsaPqnCX5qcp9bNOHTo20OStwYnmW7ROHotlffCjJhw7yaTIEmpuVp pn7ueW4vALzqSXfbk98T2sMPny-SN4s7wmk9Axo8h6DFh8soFiOo5dJ4zMiW_3gAskCTQ5erlJUHfktMNRdt7B1179owfT1xhmzhsZXlwm95-13LX5M3lp_9PR9PRx2C133f79MAVgymnf7U-O7_7hh0ZMn5eF6B0EzXAC0h-AQGyqqd2P75AQV8a3uQIGIJZWDg4RwrXX7wSAG6bpucNY0qMRxsJUQaYG5FVKflCmm6XP6AAxMGQeR9->

Dessa forma cumpre apresentar alguns julgados tanto do Tribunal de Contas quanto do Judiciário a fim de confirmar a existência do controle e a sua necessidade de existência.

Acerca do controle realizado pelo Tribunal de Contas é importante destacar que a função desempenhada é de auxílio ao Poder Legislativo, sendo possível atuar em funções próprias ou privativas⁴²⁷. A essa corte é garantido o direito de apreciar condutas e atos administrativos de sua competência, conforme definido em lei. Nessa esteira leciona Ellen GRACIE:

Convém desde logo ter presente o espírito da legislação de regência do Tribunal, a Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, conhecida como Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Consoante seus termos, para o elenco de suas competências o TCU dispõe de jurisdição própria e privativa (art. 4.º), o que significa dizer que é somente sua a competência para apreciar os atos e as condutas administrativas ali referidas, embora, reitera-se, sem prejuízo, como também se declara, do reexame judicial.⁴²⁸

Nessa toada, Carlos Ayres BRITTO entende que a Corte de Contas é essencial em razão do papel institucional que cumpre. Veja-se:

Por este modo de ver as coisas, avulta a indispensabilidade ou a rigorosa essencialidade do papel institucional das Cortes de Contas. De uma parte, não é o Tribunal de Contas da União um aparelho que se acantone na intimidade estrutural do Congresso Nacional. De outra banda, não opera essa mesma Corte de Contas como órgão meramente auxiliar do Congresso Nacional. Sua atuação jurídica se dá a latedo do Congresso, junto dele, mas não do lado de dentro.⁴²⁹

Assim identifica-se que o controle realizado pela Corte de Contas é fundamental para o cumprimento dos objetivos constitucionais, em especial no que se refere ao controle dos numerários cedidos para a iniciativa privada por meio de subsídios (fomentos). Além do mais ao Tribunal de Contas recai a função importante de proteção do erário público e das decisões da administração pública, apontando erros, desvios e

wGeY6tFgpce8yC22bdePYv9OPG676WddVs5qHt9q_dMS7n2k2Cq6vfpFY73w!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em: 31 jan. 2017.

⁴²⁷ AFFONSO, Sebastião Baptista. Tribunais de contas no contexto do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 74, 1997, p. 109-120.

⁴²⁸ GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 110, Brasília, 2007, p. 7-14.

⁴²⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**. Porto Alegre, n. 13, 2002, p. 181.

utilização do bem público, ao que se faz necessária a análise de algumas decisões desta corte.

Do controle pelo Tribunal de Contas destaca a discussão no que se refere ao empréstimo feito à CAP S/A, empresa com propósito definido, criada para a construção do Estádio Arena da Baixada, em Curitiba, pela ocasião da Copa do Mundo Fifa 2014. A construção desse estádio foi dita como de interesse público, bem como fundou-se no desenvolvimento da sociedade a partir do aumento de renda da população, da possibilidade de aumento das ofertas de emprego, além de propiciar o desenvolvimento da cidade de Curitiba.

Contudo a discussão que apresentou foi além, pois passou-se a questionar se de fato a construção de um estádio precisaria da volúpia financeira realizada e se de fato haveria uma retorno para a coletividade, conforme pretendido.

Destaca-se que as discussões acerca do atingimento dessa finalidade encontram-se em debate tanto no Tribunal de Contas quanto em provimentos judiciais. Entretanto já existe um posicionamento do Tribunal de Contas da União de que inexistem irregularidades e que, portanto, os empréstimos feitos cumprem a sua finalidade. Vejamos:

COPA DO MUNDO DE 2014. ACOMPANHAMENTO DA OPERAÇÃO DE CRÉDITO RELATIVA À REFORMA E AMPLIAÇÃO DO ESTÁDIO ARENA DA BAIXADA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PACTUADO COM O GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. TRIANGULAÇÃO FINANCEIRA ENTRE O BNDES, O GOVERNO DO ESTADO (POR MEIO DO FUNDO DE DESENVOLVIMENTO DO ESTADO) E O CLUBE ATLÉTICO PARANAENSE. SPE CONSTITUÍDA PARA O RECEBIMENTO DOS RECURSOS PROVINDOS DO EMPRÉSTIMO. OBRA INICIALMENTE ORÇADA EM R\$ 184,6 MILHÕES. ÚLTIMA PROJEÇÃO DE CUSTOS DE R\$ 262,4 MILHÕES. AUSÊNCIA DE FONTES DE RECURSOS DECLARADA PARA CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO. ATRASO NA EXECUÇÃO DA OBRA. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE CURITIBA COMO CIDADE-SEDE DA COPA. AUSÊNCIA DE OUTRAS IRREGULARIDADES NA EXECUÇÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO. DETERMINAÇÕES AO BNDES. PROVIDÊNCIAS INTERNAS. COMUNICAÇÕES. CONTINUIDADE DO ACOMPANHAMENTO. ARQUIVAMENTO.⁴³⁰

Da decisão supracitada destaca que o Tribunal de Contas passou por analisar duas questões importantes: a do interesse público aplicado, a qual motivou o empréstimo via fomento, bem como o fato de que o numerário utilizado foi aplicado

⁴³⁰ TCU 02936620135, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 05/02/2014

com o único propósito de cumprir com as objetivos de sua motivação. Por tal razão o ato de fomento foi devidamente cumprido, de acordo decisão exarada.

Em se tratando de Copa do Munda FIFA 2014 muitas foram as discussões, vez que foi o momento em que ficou evidenciada a colaboração entre Estado e particular, bem como que se questionou sobre o atingimento da finalidade.

Em razão disso, novamente o Tribunal de Contas da União foi instado a se manifestar acerca do atingimento da finalidade referente ao empréstimo realizado e novamente posicionou-se pela não existência de desvio.

COPA DO MUNDO DE FUTEBOL DE 2014. ACOMPANHAMENTO DA OPERAÇÃO DE CRÉDITO RELATIVA AO PROJETO ARENA DAS DUNAS, EM NATAL/RN. PARCERIA PÚBLICO PRIVADA. VALOR TOTAL DO EMPREENDIMENTO NÃO MODIFICADO NO DECORRER DA EXECUÇÃO CONTRATUAL (R\$ 528 MILHÕES). CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM O BNDES NO VALOR DE R\$ 396,5 MILHÕES. 97% DOS DESEMBOLSOS REALIZADOS. OBRA JÁ INAUGURADA. DOIS TERMOS ADITIVOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO. VALOR GLOBAL DO EMPREENDIMENTO NÃO ALTERADO. CONDIÇÕES ESPECIAIS PARA A LIBERAÇÃO DE CRÉDITO DEVIDAMENTE ATENDIDAS. BENEFÍCIOS TRIBUTÁRIOS JÁ INCLUÍDOS NO ORÇAMENTO ORIGINAL DO EMPREENDIMENTO. DESNECESSIDADE DE MODIFICAR O VALOR DA PPP EM RAZÃO DO RECOPIA. MATRIZ DE RESPONSABILIDADES E SITE DE TRANSPARÊNCIA DA COPA ATUALIZADOS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO TCE/RN SOBRE IRREGULARIDADE COM POTENCIAL DE PARALISAR O FLUXO FINANCEIRO DO FINANCIAMENTO, NOS TERMOS DO ACÓRDÃO 3.270/2011-PLENÁRIO. PROVIDÊNCIAS INTERNAS. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO.⁴³¹

Novamente por meio desse julgado o Tribunal de Contas passou a realizar um controle posterior do ato de fomento, analisando se o interesse público foi atingido. Para além disso também observou o emprego do dinheiro público e sua destinação, o que no caso em comento ficou devidamente configurando que não foi caso de desvio, verificando-se a importância do controle do Tribunal de Contas no caso concreto.

Ainda sobre a Copa do Mundo FIFA 2014 o Tribunal de Contas da União foi instado a se manifestar sobre os atrasos nas obras de mobilidade urbana na cidade sede Cuiabá-MT. Importante destacar que as obras realizadas foram, em sua grande maioria, concessões procedidas de empréstimos públicos vinculados à correta realização do evento.

⁴³¹ TCU 02936820138, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 12/03/2014.

SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. CONHECIMENTO. REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE FISCALIZAÇÃO SOBRE A REGULARIDADE DA APLICAÇÃO DE RECURSOS FEDERAIS SOB A FORMA DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO PARA OBRAS DA ARENA PANTANAL E PARA OBRAS DE MOBILIDADE URBANA NA CIDADE DE CUIABÁ/MT VINCULADAS À COPA DO MUNDO FIFA 2014. CONHECIMENTO. ATENDIMENTO DO PEDIDO ANTE AS FISCALIZAÇÕES JÁ REALIZADAS PELO TCU. INFORMAÇÃO AO REQUERENTE. ENCERRAMENTO DOS AUTOS.⁴³²

Percebe-se que o Tribunal de Contas da União tomou providência a fim de verificar a destinação do dinheiro público, em especial no que tange ao cumprimento dos objetivos ao que foram destinados. Destaca-se que o dinheiro público, objeto dos empréstimos, tinha como destinação as obras de mobilidade urbana, verificadas na reforma do aeroporto, na construção da Arena Cuiabá e na construção de corredores viários, as quais estavam atrasadas, desviando de forma clara o cumprimento do interesse público, o que gerou o pedido de investigação a qual foi deferida e concluiu que diversas destinações não foram atingidas de acordo com o planejamento.

Também realizando sua função de controle, o Tribunal de Contas da União procedeu com julgamento acerca do contrato de concessão para a duplicação da rodovia em Petrópolis, procedendo com a análise das formalidades e motivações desse ato:

RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. CONTRATO DE CONCESSÃO DA BR-040/MG-RJ DUPLICAÇÃO DA NOVA SUBIDA DA SERRA DE PETRÓPOLIS. SIGNIFICATIVA AMPLIAÇÃO DE INVESTIMENTOS QUE SE ENCONTRAVAM SUBAVALIADOS NO PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DA RODOVIA (PER). AUTORIZAÇÃO PARA INÍCIO DAS OBRAS SEM QUE ESTIVESSEM ASSEGURADOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS À CONTA DA UNIÃO PARA SUA CONTINUIDADE. CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO PARA REEQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO, MEDIANTE APORTE DE RECURSOS PÚBLICOS, OU PRORROGAÇÃO DO PRAZO DE CONCESSÃO, A CRITÉRIO DA UNIÃO. PRORROGAÇÃO NÃO PREVISTA NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E NO CONTRATO DE CONCESSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A PRORROGAÇÃO É A SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDE O INTERESSE PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. AUDIÊNCIA DOS RESPONSÁVEIS. ACOLHIMENTO DAS JUSTIFICATIVAS. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA EXATO CUMPRIMENTO DA LEI, POR PARTE DA AGÊNCIA REGULADORA, NO SENTIDO DE EXCLUIR DA CLÁUSULA DO TERMO ADITIVO QUE AUTORIZA PRORROGAÇÃO.

⁴³² Tribunal de Contas da União. Autos n.º 011.763/2015-9. Relator Dr. Walton Alencar Rodrigues. Julgamento. 16.11.16. Disponível em: <
<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/emprestimos%2520bndes/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/14> >.

AUTUAÇÃO PROCESSO APARTADO PARA DISCUTIR A NULIDADE DO 12.º TERMO ADITIVO. DETERMINAÇÃO PARA INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO PARA VERIFICAR A SITUAÇÃO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATADA, CORREÇÃO DAS IRREGULARIDADES E, CASO NÃO ELIDIDAS, DECLARAÇÃO DE CADUCIDADE DA CONCESSÃO. DETERMINAÇÕES PARA EVITAR OCORRÊNCIAS SEMELHANTES. IMPORTÂNCIA DA OBRA. RECOMENDAÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS PARA SUA CONTINUIDADE. AUTUAÇÃO DE APENSO PARA OITIVAS A RESPEITO DA NULIDADE DO TERMO ADITIVO 12.⁴³³

Do julgado citado acima é possível verificar que trata-se de uma concessão de serviço público para a construção/duplicação de rodovia. Nesse ato passou-se a verificar se a empresa concessionária do serviço reunia condições de dar cumprimento ao contrato de concessão, contudo também passou-se a analisar se o contrato cumpria com a sua finalidade, bem como se a empresa tinha condições de adquirir empréstimos via BNDES, sendo que nesse caso em comento não foram apresentadas garantias de que o interesse público seria respeitado, sendo determinados procedimentos para verificar as atitudes da concessionária.

Portanto aos Tribunais de Contas fica a incumbência, no que se refere aos incentivos de fomento, de controlar sua finalidade a fim de evitar o desvio do interesse público, restando claro que as suas decisões têm força normativa a fim de declarar atos nulos, anuláveis ou inválidos.

Na esteira do controle tem-se também o controle judicial, o qual igualmente ganha força, em especial quando se discute o controle de finalidade. Sobre o controle judicial cumpre destacar que o Direito Brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, isto é, sistema no qual o Poder Judiciário possui o monopólio da função jurisdicional, do poder de apreciar a lesão ou ameaça de lesão a direitos⁴³⁴.

Em relação ao sistema de jurisdição una e da ameaça e lesão a direito, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma⁴³⁵.

O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o artigo 5, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação

⁴³³ Tribunal de Contas da União. Autos n.º 014.689/2014-6. Relator Dr. Walton Alencar Rodrigues. Julgamento. 12.04.17. Disponível em: <

⁴³⁴ DI PIETRO, Op. Cit., p. 827.

⁴³⁵ Idem.

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o Poder Público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.

Tem-se, portanto, que o artigo 5.º da Constituição da República prevê expressamente a impossibilidade de exclusão da apreciação do Judiciário de questões relativas à ameaça ou lesão a direito⁴³⁶, possibilitando igualmente que o Judiciário aprecie e avalie a finalidade dos atos administrativos praticados, em especial no que se refere às políticas públicas de fomento.

Ademais o controle Judiciário é frequente, sendo possível que sua decisão seja vinculante e aplicada de imediato a fim de sanar vícios, nulidade e abusos que infelizmente acontecem no uso da máquina pública.

Analisando o controle judicial é necessário demonstrar que este é de fato efetivo, sendo um meio importante de repressão de abusos, de acompanhamento acerca do atingimento da finalidade buscada pela administração pública e de legitimação do ato jurídico.

O controle judicial pode ser visto a partir dos acórdãos a seguir apresentados, em que o Poder Judiciário, após ser invocado, passou a analisar o atingimento da finalidade na prática das atividades de fomento:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. RESCISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO. BNDES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. 1. A ação popular, na feição atual, mais abrangente, consagrada pela Constituição de 88 (art. 5.º, inciso LXXIII), possibilita ao cidadão exercer, mediante tutela desconstitutiva e complementarmente, quando couber, tutela ressarcitória, o controle da legalidade dos atos da administração pública que sejam lesivos não apenas ao patrimônio público, mas também à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 2. O binômio ilegalidade e lesividade dos bens, valores e interesses difusos acima mencionados constituem a causa de pedir da ação popular no sistema constitucional em vigor. 3. O cerne da questão se restringe aos possíveis danos ao erário causados pelo contrato de financiamento firmado entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e CABELTE - Indústrias do Brasil S/A, com intermediação do Banco Santos S/A, diante da fixação de condições excepcionais e juros ínfimos, pela instituição financeira, bem como da posterior concordata da empresa CABELTE. 4. Os documentos acostados aos autos, corroborados pelo teor da contestação do BNDES, demonstram que os débitos do financiamento em questão foram devidamente liquidados pelo agente repassador, Banco Santos S/A, tendo sido pagos o valor principal e demais acréscimos em 15/11/2003, inexistindo, destarte qualquer prejuízo ao BNDES. 5. As alegações formuladas

⁴³⁶Art. 5.º da Constituição da República: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

pelo autor, no sentido da fixação de condições excepcionais e juros ínfimos no referido contrato, são genéricas e não foram comprovadas nos presentes autos. 6. Remessa oficial improvida.⁴³⁷ APELAÇÃO CÍVEL EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. FOMENTO AGRÍCOLA COMPROVADO. AQUISIÇÃO DE MAQUINÁRIO RELATIVO À AGRICULTURA. SUPOSTA UTILIZAÇÃO PARA ADIMPLEMENTO DE DÍVIDA PRETÉRITA. DESVIO DE FINALIDADE. INOCORRÊNCIA. Além de comprovada a aquisição de maquinário agrícola, não é nula a cédula de crédito rural emitida para saldar dívidas do favorecido, porquanto o empréstimo permanece com o objetivo fomentar o capital de giro e, por conseguinte, conservar a sua higidez econômico-financeira. AUSÊNCIA DE CÁLCULO EVOLUTIVO DO DÉBITO. EXTRATO CONSOLIDADO NO QUAL CONSTA TODOS OS ENCARGOS INCIDENTES NA DÍVIDA ATÉ A PROPOSITURA DA DEMANDA. REQUISITO SUPRIDO. PAGAMENTO PARCIAL. PROVA INEXISTENTE. DEPOIMENTO QUE CONFIRMA O ADIMPLEMENTO DE DÍVIDA DIVERSA DA ORA EXECUTADA. RECURSO DESPROVIDO.⁴³⁸

No julgado o Poder Judiciário foi instado a se manifestar, por meio de uma ação popular, sobre danos causados ao erário em razão de empréstimos feitos pelo BNDES ao banco Santos S/A. Alegaram os autores da ação popular que foram praticados juros ínfimos e que a instituição financeira havia encerrado suas atividades e que por tal razão precisava da manifestação do Estado para evitar prejuízos. Deste caso destaca que o BNDES realizou empréstimo com objetivo de possibilitar que a instituição realizasse repasse para uma terceira empresa, possibilitando que esta realizasse atividades importantes ao desenvolvimento do Estado, fato que ocorreu. Igualmente, os juros ínfimos fazem parte do juízo de conveniência da administração pública, conforme já visto, que pode ser considerado normal, desde que não prejudique o erário, fato não identificado em tela. Dessa forma, considerando esses fatores o recurso foi negado. A par do resultado do julgado é possível verificar que coube ao Poder Judiciário o controle da finalidade dos atos administrativos de fomento, verificando seu alcance e o cumprimento da finalidade.

Outro julgado que merece destaque refere-se a um empréstimo realizado por meio de cédula de crédito rural, o qual foi debatido se a finalidade desse empréstimo foi atingida. No julgado não fica comprovado o descumprimento da finalidade. Com mais este julgado demonstra-se que, mais uma vez, o Poder Judiciário é provocado a manifestar se a finalidade do ato administrativo foi ou não atingindo, demonstrando a

⁴³⁷ TRF-3 - REO: 2399 SP 0002399-74.2004.4.03.6100, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 18/04/2013, SEXTA TURMA.

⁴³⁸ TJ-SC - AC: 593176 SC 2011.059317-6, Relator: JANICE GOULART GARCIA UBIALLI, Data de Julgamento: 03/11/2011, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Catanduvas.

sua função de proceder com o controle dos atos de fomento como meio de atingir os interesses públicos.

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL EMITIDA PARA QUITAÇÃO DE DÍVIDAS ANTERIORES - SENTENÇA EXTINTIVA DA EXECUCIONAL - ACOLHIMENTO DA TESE DE QUE TERIA HAVIDO DESVIO DE FINALIDADE - RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGAÇÃO DE QUE O RECORRIDO, EM DEMANDA DIVERSA, TERIA RECONHECIDO A OBRIGAÇÃO DE PAGAR O DÉBITO EXEQUENDO - DEFENDIDA A EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA A RESPEITO DO ASSUNTO - TESE ARREDADA - EFEITOS DA SENTENÇA QUE SOMENTE SE IRRADIAM SOBRE AS PARTES LITIGANTES - EXEGESE DO ARTIGO 472, DO CPC - INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO FEZ PARTE DA LIDE EM QUE TAL QUESTÃO FOI DISCUTIDA. DESVIO DE FINALIDADE NÃO VERIFICADO - EMISSÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL QUE, MESMO DIRECIONADA PARA PAGAMENTO DE DÍVIDAS PRETÉRITAS, NÃO CONFIGURA A PRÁTICA MENCIONADA - RENEGOCIAÇÃO DE DÉBITOS QUE TAMBÉM PODE CONFIGURAR FOMENTO À ATIVIDADE ECONÔMICA - PRECEDENTES DESTA CORTE E DO C. STJ - CASSAÇÃO DA DECISÃO A QUO. A cédula de crédito industrial não perde sua finalidade e, tampouco, suas características de título executivo quando utilizada como meio para renegociação de dívida, mormente porque a vinculação ao fomento industrial se mantém, haja vista que a operação proporciona à empresa uma dilação de prazo para quitação de seus débitos, permitindo, desta feita, o prosseguimento das atividades econômicas. APLICABILIDADE DO ART. 515, § 3.º, DO CPC - POSSIBILIDADE - CAUSA MADURA PARA IMEDIATO JULGAMENTO - OBSERVÂNCIA À ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. RECONHECIMENTO DO ENCADEAMENTO NEGOCIAL ENTRE OS CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE, CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL E SEUS ADITAMENTOS - AUSÊNCIA DE NOVAÇÃO - REVISÃO DE TODOS OS PACTOS - INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO DE SÚMULA 286 DO STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO EM CONTA-CORRENTE - VIABILIDADE DA TAXA SUPERIOR A 12% AO ANO - INCIDÊNCIA DOS JUROS NO PATAMAR CONTRATADO DESDE QUE NÃO ULTRAPASSEM A TAXA MÉDIA DE MERCADO À ÉPOCA DO PACTO, DIVULGADO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL - SÚMULA 296 DO STJ, SÚMULA VINCULANTE N.º 7 DO STF E ENUNCIADOS I E IV DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DO TJSC - CONTRATO N.º 94/072 FIRMADO EM DATA ANTERIOR AO DA DIVULGAÇÃO DAS TAXAS MÉDIAS DE MERCADO PELO BACEN - IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR-SE A ABUSIVIDADE - DEMAIS CONTRATOS EM QUE AS TAXAS PACTUADAS NÃO SE CONSUBSTANCIARAM EM ABUSIVAS - MANUTENÇÃO DO CONTRATO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - JUROS REMUNERATÓRIOS LIMITADOS EM 12% AO ANO - LEGISLAÇÃO PRÓPRIA - COMPETÊNCIA DO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL PARA FIXAR AS TAXAS DE JUROS - INÉRCIA QUE IMPLICA NA LIMITAÇÃO PREVISTA NO DECRETO N.º 22.626/1933 - ADITAMENTOS EM QUE A TAXA RESTOU FIXADA NO PATAMAR LEGAL. As cédulas de crédito comercial, rural e industrial possuem legislação própria, cabendo ao Conselho Monetário Nacional limitar os juros remuneratórios. Em não o fazendo, persiste a limitação de juros prevista no Decreto n.º 22.626/1933, segundo pacífico entendimento consagrado no STJ. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - CONTRATOS ANTERIORES À MP N.º 1.963-17/2000, PORÉM COM LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA AUTORIZADORA. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE EM QUE HÁ PREVISÃO DE JUROS SIMPLES - CAPITALIZAÇÃO NÃO CONTEMPLADA - CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL E PRIMEIRO ADITAMENTO EM QUE NÃO SE ENCONTRA EXPRESSA PACTUAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. SEGUNDO ADITAMENTO EM QUE HÁ MENÇÃO AO SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO FRANCÊS (PRICE) - VIABILIDADE DE CAPITALIZAR-SE OS JUROS - SÚMULA 93 DO STJ - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. Conforme entendimento jurisprudencial sedimentado no Superior Tribunal de Justiça, admite-se a capitalização mensal de juros nas cédulas e notas de crédito comercial, rural e industrial,

desde que pactuada. ENCARGOS MORATÓRIOS. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA EXPRESSAMENTE PACTUADA - LEGALIDADE DE SUA COBRANÇA PELA MÉDIA DE MERCADO E LIMITADA À TAXA ESTIPULADA NO CONTRATO, VEDADA A CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS - SÚMULAS 30, 294 E 296 DO STJ - INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N.º III DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL E ADITAMENTOS - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA PACTUADA - AFASTAMENTO. Nas cédulas e notas de crédito é vedada a incidência da comissão de permanência, pois, segundo o art. 5.º, da Lei 6.840/80, c/c art. 5.º, parágrafo único, do Dec.-Lei n. 413/69, durante a inadimplência, incide a taxa de juros remuneratórios constante da cédula, limitada em 12% ao ano, acrescida de 1% ao ano, a título de juros moratórios, multa e correção monetária. CORREÇÃO MONETÁRIA - TR - POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA UMA VEZ QUE EXPRESSAMENTE PACTUADA NA CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL - ENUNCIADO N. VI DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTA CORTE. Enunciado VI - A Taxa Referencial (TR) e a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) podem ser utilizadas como fatores de correção monetária em contratos bancários, desde que expressamente pactuadas. INCIDÊNCIA DA TBF NOS ADITAMENTOS À CÉDULA DE CRÉDITO - VIABILIDADE DESDE QUE RESPEITADO O LIMITE DE 12% AO ANO - NATUREZA REMUNERATÓRIA DA TAXA. Conforme precedentes desta Terceira Câmara de Direito Comercial, a TBF poderá incidir no cálculo das prestações firmadas na cédula de crédito industrial, porém, quando for utilizada para remuneração do capital, em conjunto com juros remuneratórios, deverá limitar-se a 12% ao ano, sob pena de ser considerada abusiva. INSERÇÃO DO NOME DO EMBARGANTE EM ÓRGÃO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO - INVIABILIDADE - ACOLHIMENTO SUBSTANCIAL DOS PEDIDOS INICIAIS E EXISTÊNCIA DE PENHORA SOBRE BEM IMÓVEL. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA NOS TERMOS DO ARTIGO 20, § 4.º, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA CASSAR A SENTENÇA E, APLICANDO-SE O ARTIGO 515, § 3.º, DO CPC, JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS.⁴³⁹

Das decisões supracitadas é possível identificar que o Poder Judiciário foi provocado, por diferentes atores, a fim de que fosse possível responder acerca da existência ou não de desvio da finalidade.

Desta forma verifica-se que o fomento, por mais que seja um conjunto de atos administrativos discricionários, em que prevalecem os critérios de oportunidade e conveniência, deve sempre existir de forma motivada, devendo estar sob crivo de controle interno e externo a fim de evitar prejuízos à coletividade e para o cumprimento do interesse público.

Portanto a atividade de fomento deve respeitar a finalidade proposta sendo controlada desde a sua concepção até o cumprimento efetivo de sua finalidade, possibilitando a prática da boa administração, bem como a concretização da pacificação social descrita no bojo do artigo 3.º da Constituição Federal.

⁴³⁹ TJ-SC - AC: 204558 SC 2006.020455-8, Relator: CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN, Data de Julgamento: 01/06/2010, Terceira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Balneário Piçarras.

Com isso tem-se que o controle da finalidade dos atos administrativos, desde que efetivos, possibilita que o fomento seja um potencial instrumento de colaboração para o desenvolvimento da sociedade, em especial quando vinculado à iniciativa privada, a qual no exercício do seu mister fica igualmente responsável à concretização de direitos fundamentais, ao que destaca os direitos sociais.

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro vive em constante evolução. Essa evolução propicia diversas discussões sobre a sua atuação e forma de gerenciamento de seus deveres frente às demandas da coletividade. Certo que as responsabilidades do Estado são claras e extensas, ao que se pode dizer que até utópicas, em razão do cenário atual.

As responsabilidades atribuídas ao Estado se fundamentam na própria eleição de modelo de Estado realizado quando da promulgação da Constituição Federal, qual seja o modelo de Estado de Bem-Estar Social, cujo cuidado está ancorado na pacificação e justiça social, momento em que se tem a preocupação com a concretização de direitos fundamentais a partir de políticas públicas de desenvolvimento.

Observa-se nesse momento que o Estado não consegue cumprir com seus deveres, em especial devido à extensão territorial do país, bem como pelo excesso de demandas que recai sobre si. Contudo tais fatos não justificam a não prestação de serviços fundamentais aos cidadãos, bem como não podem justificar a omissão em se buscar a realização de atividades que, com fulcro no interesse público, propiciem o desenvolvimento.

Com essa constatação invoca-se a iniciativa privada, em um reconhecimento de necessidade da presença desta para que em conjunto com o Estado pratiquem atividades consideradas afetas à concretização de objetivos. Nesse momento passa a haver uma colaboração entre Estado e sociedade, em uma notória tentativa de realizar atividades que possam afetar positivamente a sociedade.

Esse chamamento à sociedade, em especial às empresas, não desnatura o modelo de Estado adotado pela Constituição. Contudo tão somente dá uma nova roupagem a este. Com isso, o Estado não só delega a prática de determinada atividade ao particular, mas também exige que este cumpra interesses públicos, que tenham como conotação a prática dos objetivos da República, em especial no que se refere ao desenvolvimento nacional, preceito básico do Estado brasileiro.

Nesse momento convoca-se a empresa, pessoa jurídica de direito privado, que atua diretamente na ordem econômica pautada na livre-iniciativa, a qual reúne plenas

condições de atingir esses objetivos pretendidos pelo Estado, uma vez que possibilita a criação de empregos, circulação de renda, proteção consumerista, dentre outras questões que a elevam como ente possuidor de função social.

Fato é que o Estado tem seus objetivos que não se distanciam da empresa, inclusive os unem. Nesse momento é que se verifica a existência da intervenção do Estado na ordem econômica, atingindo as empresas, determinando que estas pratiquem determinadas atividades. Dessa forma o Estado incentiva e fomenta que a sociedade, em especial a iniciativa privada representada pela empresa, pratique atos considerados de interesse público e fundamental para o Estado.

Nesse momento é que surge o fomento como um instrumento possível para a concretização de tais direitos, pois com ele o Estado e o particular se unem em prol de um único objetivo: o interesse público.

Assim o Estado, por meio de políticas públicas de fomento, incentiva particulares a praticar atividades que sejam importantes para o desenvolvimento da coletividade e, por consequência, concretizar direitos fundamentais.

Contudo o fomento por todo seu caráter fundamental não é um simples ato que não precisa de regras. É um conjunto de atos administrativos que deve atender objetivos muito claros, voltados à coletividade, bem como deve estipular finalidades que condizem com as determinações legais. Por essa razão há que se cuidar com discricionariedade do Estado, em especial na eleição dessa política e a eleição dos destinatários que receberam os benefícios derivados desse ato, sendo importante que exista um controle dessa discricionariedade, em especial com fundamento nos princípios da isonomia e da moralidade.

De outra forma, deve-se ter o cuidado com o desdobramento do benefício do fomento, ao qual deve atingir a finalidade pretendida sob pena de haver desvio que tornem a concessão ilegal e até nula.

Dessa forma pode-se concluir que o fomento é uma atividade de extrema importância para a concretização dos objetivos constitucionais, e com a convocação do empresariado para colaborar com essa concretização a possibilidade de eficiência e adimplemento tornam-se maiores. Ademais tem-se que toda e qualquer atividade de

fomento, em especial os em colaboração com a iniciativa privada, empresa, deve estar sobre intenso controle, possibilitando a proteção do Estado de Bem-Estar Social.

REFERÊNCIAS

AFFONSO, Sebastião Baptista. Tribunais de contas no contexto do Poder Judiciário. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 74, Brasília, 1997, p. 109-120.

ARANTES, Elaine Cristina; et al. **A responsabilidade social corporativa e sua influência na percepção e na decisão de compra do consumidor**. Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades. v. III. São Paulo: Petrópolis, 2004.

ATHAYDE, Augusto de. **Estudos de Direito Econômico e de Direito Bancário**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Agências de Fomento. Disponível no site oficial do BACEN: <http://www.bcb.gov.br/pre/composicao/agencia_fomento.asp>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Col. Curso & Concurso. Coord. Edilson Mougnot Bonfim).

_____. **Direito Administrativo – Coleção Curso e Concurso**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Reflexos da constitucionalização do Direito Administrativo – Pessoa humana, processo e contrato administrativo. **Interesses Públicos**, Belo Horizonte, v. 15, n. 81, set./out. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97904>>. Acesso em: 25 mar. 2016.

_____. **Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público**. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 30, 2007, p. 11-27.

BARACHO, José Alfredo. **O princípio da subsidiariedade**. 1997, Forense.

BARROS, M. P. A. F. **A intervenção estatal no domínio econômico: o atual papel do Estado na constitucionalidade democrática brasileira**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15681-15682-1-PB.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preço. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, 2001. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>>.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**, v. I. n. 6, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, 2004.

BERTOLDI, M. M.; RIBEIRO, M. C. P. **Curso avançado de Direito Comercial**. 7. ed. ver. e atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BINENBOJM, G. Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 77. In: CASTRO, R. P. de. **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**. Curitiba: PUC-PR, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Princípio constitucional da reciprocidade: sua observância pelo particular e pelo Estado como garantia de seu desenvolvimento**. In: HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coords.). **Direito Administrativo e suas transformações atuais: homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Curitiba: Íthala, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRAMBILLA, Raquel Vasconcellos. **Modelos de Estado, controle da administração pública e serviço público**. Disponível em: <<http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/raquel-vasconcellos-brambilla.pdf>>.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**, n. 13, Porto Alegre, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CARVALHOSA, Modesto. **Considerações sobre Direito Econômico**. Tese. São Paulo, p. 197.

CASTRO, Rodrigo Pironti de. **Controle interno da administração pública: uma perspectiva do modelo de gestão administrativa**. Curitiba: PUC-PR, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp024862.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos. **La intervención administrativa**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1994.

ENCI, Ana R; BEDIN, Gabriel de L; FISCHER, Ricardo S. Do liberalismo ao intervencionismo: o Estado como protagonista da (des)regulação econômica. In:_____. Constituição, economia e desenvolvimento. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, n. 4, jan./jun. 2011.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. MACHIAVELLI, Niccoló. **O Príncipe**. São Paulo: Hemus Livraria, 1977.

COMPARATO, Fabio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In:_____. Brasília a. 35, n. 138, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf> >.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo segundo a jurisprudência do STJ e do STF**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. **Terceiro Setor e Estado**: legitimidade e regulação - por um novo marco jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. **O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização**: paradoxos e desafios. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas S.A., 2005.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas S. A., 1996.

_____. 500 anos de Direito Administrativo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador**, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 5, jan.-mar. 2006. Disponível em☺ <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-5-janeiro-2006-maria%20sylvia%20zanella.pdf>Acesso em: 19 dez. 2016.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DROMI, José Roberto. **Derecho administrativo económico**. Tomo 2. Buenos Aires: Ástrea, 1985.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. In: **Philosophy of Law**. Joel Feinberg (Coord.). Belmont: Wadsworth, 1986.

ENTERRÍA; Eduardo García de; FERNANDEZ, Tomás-R. **Curso de Direito Administrativo**. Tradução de Arnaldo Setti. Colaboração de Almudena Marín Lopez e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: RT, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

FERRAZ, Luciano. **Poder Público e Terceiro Setor**: considerações acerca do dever de licitar e anteprojeto de lei da nova organização administrativa brasileira. Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 63, nov./dez. 2010, p. 75-83.

FERREIRA, Daniel. Direito público e direito privado na organização da administração pública brasileira: o caso dos “colaboradores”. In: SILVEIRA, Raquel Dias da; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. (Coords). **Estudos Dirigidos de Gestão Pública na América Latina**. v. 1. Belo Horizonte: Fórum.

FERREIRA, Siddharta Legale. **Estado social e democrático de direito**: história, direitos fundamentais e separação dos poderes. Disponível em: <http://www.uff.br/siddharta_legale/files/2014/07/Concurso-CSPB-monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 5 maio 2016.

FINGER, Ana Claudia. O público e o privado na administração pública. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEIREDO, Marcelo. Serviço público e intervenção do Estado na economia. Conceitos e distinções. Atividade de fomento estatal. Instrumentos para criação, exploração e operação de Zonas de Processamento de Exportação (ZPE). **Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./jun. 2012, p. 247-277. Parecer.

RANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANCO FILHO, Alberto de Magalhães. Breve análise da Ordem Econômica Constitucional brasileira. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 70, nov. 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6649>. Acesso em: ago. 2015.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **O princípio constitucional da moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993. p. 157.

FREITAS, Juarez. O controle das políticas públicas e as prioridades constitucionais vinculantes. In: Constituição, Economia e Desenvolvimento, **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 5, n. 8, Curitiba, jan./jun. 2013, p. 8-26. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista9/controlerJuarez.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

FORGIONE, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 2. ed., 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GABARDO, Emerson. **O jardim e a praça para além do bem e do mal** - uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19053/TESE_Emerson_Gabardo_Correata.pdf?sequence=1>.

GALVÃO, Daniel Ribas. **Agências de fomento – intervenção estatal**. Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31101/DANIEL%20RIBAS%20GALVAO.pdf?sequence=1>>.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIRON, Jerônimo; SILVA, Mateus Lopes da, SCHNEIDER, Vanderlei; STEINER, Vera Lúcia. **Direito, economia, capitalismo, consumo e meio ambiental, relações**. In: **Direito, economia e meio ambiente** [recurso eletrônico]: olhares de diversos pesquisadores. (Org.) Adir Ubaldo Rech, Alindo Butzke; Maria Carolina Gullo – Dados eletrônicos. – Caxias do Sul, RS: EducS, 2012. Acesso em: <https://www.uces.br/site/midia/arquivos/DIREITO_ECONOMICA_MEIO_EDUCS_EBOOK.pdf>.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 110, 2007, p. 7-14.

Grau, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

GUERRA, Evandro Martin. **Os controles externos e internos da administração pública**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facilidade e validade. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. In: _____. **Problemas emergentes da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo Ferreira. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, jul./set. 2011, p. 477.

LAURELL, Asa Cristina. Avançando em direção ao passado: a política social do neoliberalismo. In: _____ (Org.). **Estado e políticas sociais no liberalismo**. Tradução de Rodrigo Leon Contrera. São Paulo: Cortez, 1995.

LIMA NETO, Arnor. **Forma de presença do Estado na economia**. Rev. Trib. Reg. Trab. 9ª R. Curitiba, a. 28, n. 51, p. 181-236, jul./dez. 2003.

MACEDO, Paulo Sérgio Novais de. Democracia participativa na Constituição Brasileira. In: _____. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496910/RIL178.pdf?sequence=1>>

MACIEL, Marcela Albuquerque. **Licitação para a promoção do desenvolvimento sustentável**. Revista de Direito e Política, v. 22, ano XIII, jan./dez., 2015.

MANNHEIM, K. **Libertad, poder y planificación democrática**. F.C.E., p. 70.

MAMEDE, Gladson. **Empresa e atuação empresarial**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 32, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bidLogin.aspx?ReturnUrl=%2fbid%2fPDI0006.aspx%3fpdiCntd%3d70679&pdiCntd=70679>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

MATTIETTO, Leonardo. O direito civil constitucional e a nova teoria dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MEDAUR, Odete. Controles internos da administração pública. **Revista USP**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67131/69741>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 779-781.

_____. O Estado e a ordem econômica. **Doutrinas essenciais de Direito Constitucional**, [S.l.], v. 6, maio 2011, p. 271-285.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico. **Revista de Direito Público**, v. 2, p. 44.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-25-abril-2011-rafael-munhoz-de-mello.pdf>>.

MENDONÇA, J. V. S.; SOUZA NETO, C. P. de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. VIII, 2008.

MILDENBERGER, Adriana. **Discricionariedade administrativa e seus limites na administração pública**. Disponível em: <www.revista.ajes.edu.br/index.php/RCA/article/download/133/52>. Acesso em: 25 jan. 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas**: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. In: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-PAULO%20MODESTO.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Racionalidade ecológica e Estado Socioambiental e Democrático de Direito**. Dissertação PUC/RS 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo contemporâneo e a intervenção do Estado na ordem econômica. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 10, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOZOS, José Luís de los. **El derecho de propiedad**: crisis y retorno a la tradición jurídica. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1993.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. O conceito do desenvolvimento no âmbito do Banco Mundial. In: BARRAL, Welber; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Integração regional e desenvolvimento**. Fundação Boiteux: Florianópolis, 2007.

NACLE, Isabella Cristina Costa; DUARTE, Francisco Carlos. Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal. In: **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**. v. 35. n. 68. 2014. p. 91-107. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p91>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

NEGRI, A. del. A política econômica na Constituição de 1988 e os direitos fundamentais.

Revista Jurídica UNIJUS, Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais, v. 8, 2005. – Uberaba, MG: UNIUBE, 2005, p. 119. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_8.pdf>.

NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas**. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, G. H. J. de. Organizações da sociedade civil de interesse público: termo de parceria e licitação. In: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-2-JUNHO-2005-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2017.

OLIVEIRA FILHO, Renato Santos de; HOCHMAN, Bernardo; NAHAS, Fabio; FERREIRA, Lydia Masako. **Fomento à publicação científica e proteção do conhecimento científico**. Acta Cir Bras [periódico na Internet] 2005; 20 Suppl. 2:35-9. Disponível em: <<http://www.scielo.br/acb>>. Acesso em: 21 jan. 2017.

OLIVEIRA, Lourival José. **A função social da empresa privada e a desagregação causada pelo novo modo de produção**.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Princípios de derecho público econômico, modelo de estado, gestión pública, regulacion econômica**. Granada: Comares, 1999.

OTERO, Paulo. Constituição e Legalidade Administrativa. In: In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução**. São Paulo: Método, 2003.

PALASÍ, José Luis Villar. Las técnicas administrativas de fomento y apoio al precio político. **Revista de Administração Pública**. n. 14. Madri, 1954.

PERONDI JUNIOR, Lucilo. **A ampliação da função social da empresa e a Constituição Federal de 1988** - I. Congresso Nacional da FEPODI. (4. : 2015 : São Paulo, SP).

PIETRO, J. H. O. de. **A dimensão constitucional da atividade empresarial**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5f8b73c0d4b1bf60>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

PIOVESAN, Flavia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flavia; SOARES, Inês Virgínia Prado. (Coords). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Forum, 2010,

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **O Estado Social e Democrático e o Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PONTES FILHO, Valmir Pontes. Descaminho institucional. In: GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sergio Servulo da. (Coords.). **Estudos de Direito Constitucional: em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

POZAS, L. Jordana de. **Ensayo de una teoria del fomento en el derecho administrativo**. 1949. Disponível em: .Acesso em: 2 jun. 2008. p. 44.

RIBEIRO NETO, Paulo Antônio. **Revista Desenbahia**, v. 1, n. 1, Salvador, set. 2004.

RIVA, Ignácio M. de. **I alas Ayudas de Estado lustel**. Madri, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Os direitos fundamentais e sociais no constitucionalismo contemporâneo. In:_____. **Princípios constitucionais dos servidores públicos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/134.pdf>>. Acesso em: 27 dez. 2016.

SANTOS JUNIOR, Althair Ferreira dos. Intervenção estatal sobre o domínio econômico: fiscalização, incentivo e planejamento. In: **Revista de Direito Público**, v. 3, n. 3, Londrina, set./dez. 2008, p. 244-264. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/10975/9655>>. Acesso em: 15 dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, I. W.; FENSTERSEIFER, T. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, I. W. (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHIER, Adriana Ricardo da Costa; GOLDENSTEIN, Alberto Israel Barbosa de Amorim. A intervenção do Estado no domínio econômico através das políticas de fomento como forma de manutenção e concretização do Estado de Bem-Estar Social. In: **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I** [Recurso eletrônico *on-line*]. Organização Conpedi/UFMG/Fumec/Dom Helder Câmara; coordenadores: Fabiano Teodoro de Rezende Lara, Gustavo Assed Ferreira, Susana Camargo Vieira – Florianópolis: Conpedi, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ki9ipk3k/z06wRWJZ5qwOps82.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2016.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública**: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Serviço Público: garantia constitucional e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Ithalia. 2016

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional construindo uma nova dogmática jurídica**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1999.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 2009.

SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. **Revista dos Tribunais**, n. 635, 1988, p. 7 e ss.; FRIEDE, Reis. Democracia e Estado de direito. **Revista Forense**, n. 349, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Sítio BNDES. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

Sítio Fomento Paraná. Disponível em: <<http://www.fomento.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

Sítio Fomento Santa Catarina. Disponível em: <http://www.badesc.gov.br/quem_somos.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2017.

Sítio Fomento Paraná. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/quem-somos/etica-integridade/conformidade/gestao-de-riscos-e-controles-internos/controle_interno!/ut/p/z1/xVRNc5swEP0tOXCUIJb5s6l14qF2D6zqum8DFg0GAWiNhSTbtv_aJTNpPpzpZDLlwmj1dt-xy44xXc45dmRVZlmgmc7OCfpcBP7UTh1FiT2VIZlgnh9s_JmQ5PYDr49A8gLT0Bw-jCfWKFPajcajxYzf7kkBH_DKU5zrltd42TLC6o2jCvN9CE_d2CQWjtUIPsDbZASjVAGoZrIGWJc00qyilvgOhe8FLLpTxVVOhOooEgylQuF4FpLsaPqnCX5qcp9bNOHTo20OStwYnmW7ROHotlFfcjJhw7yaTIE npuVppn7ueW4vfALzqSXfbk98T2sMPny-SN4s7wmk9Axo8h6DFh8soFiOo5dJ4zMiW_3gAskCTQ5erlJUHFktMNRdt7B1179owfT1xhmzhsZXilvm95-13LX5M3lp_9PR9PRxC2l33f79MAVgymnf7U-O7_7hh0ZMn5eF6B0EzXAC0h-AQGyqqd2P75AQV8a3uQIGIJJZWDg4RwrXX7wSAG6bpucNY0qMRxsJUQaYG5FVKflCmm6XP6AAxMGQeR9-wGeY6tFgpce8yC22bdePYv9OPG676WddVs5qHt9q_dMS7n2k2Cq6vfpFY73w!!/dz/d5/L2dBISvZ0FBIS9nQSEh/>. Acesso em: 31 jan. 2017.

SOUZA NETO, C. P. de; MENDONÇA, J. V. S. de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre-iniciativa. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. (Coords.). **A constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, W. P. A. de. **Direito Econômico**. São Paulo, 1980.

_____. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TOMAS E VICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. **Revistas dos tribunais**, [S.l.], v. 810, abr. 2013, p. 33-50.

TORRES, Sílvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TCU 02936620135, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 05/02/2014.

TCU 02936820138, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 12/03/2014.

Tribunal de Contas da União. Autos n.º 011.763/2015-9. Relator DR. WALTON ALENCAR RODRIGUES. Julgamento. 16.11.16. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/emprestimos%20bndes/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/14>>.

Tribunal de Contas da União. Autos n.º 014.689/2014-6. Relator DR. WALTON ALENCAR RODRIGUES. JULGAMENTO. 12.04.17. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/emprestimos%20bndes/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/4>>.

TRF-3 - REO: 2399 SP 0002399-74.2004.4.03.6100, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, Data de Julgamento: 18/04/2013, SEXTA TURMA. TJ-SC - AC: 593176 SC 2011.059317-6, Relator: Janice Goulart Garcia Ubialli, Data de Julgamento: 03/11/2011, Primeira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Catanduvas.

TJ-SC - AC: 204558 SC 2006.020455-8, Relator: CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN, Data de Julgamento: 01/06/2010, Terceira Câmara de Direito Comercial, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Balneário Piçarras.

TOURINHO, Rita. Terceiro Setor no ordenamento jurídico brasileiro: constatações e expectativas. In: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, n. 24,. Salvador, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-24-DEZEMBRO-JANEIRO-FEVEREIRO-2011-RITA-TOURINHO.PDF>>.

TRINDADE, José Damião de Lima. **Anotações sobre a história social dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado1.htm>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

UNHTER, Luiz Eduardo; SANTOS, Willians Franklin Lira dos. A encíclica *rerum novarum* e o princípio da subsidiariedade. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; VILLATORE, Marco Antônio Cesar (Coord.). **Rerum novarum**: estudos em homenagem aos 120 anos da encíclica papal. Curitiba: Juruá, 2011.

VALIM, Rafael. A subvenção no Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Contracorrente, 2015. p. 56. In: **Revista de direito da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro**, v. 65, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/995656/DLFE-50823.pdf/Revista65Doutrina_pg_115_a_176.pdf>.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro Setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 228.

VITTADINI, Giorgio. **Liberi di scegliere**. Dal Welfare state alla welfare society. Parma: Etas, 2002. p. 3-4.

WAMBIER, Luciana. **A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista**. Disponível em: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1402934/Rev.42_art.9/8e98c931-a6ee-477c-8464-5f1507fbd86e>.