

POLÍTICAS PÚBLICAS DE FOMENTO: ENTRE INTERESSES PÚBLICOS E INTERESSES PRIVADOS*

Eduardo Carlos Pottumati.^{**}

Felipe Furtado Ferreira.^{***}

RESUMO:

Este artigo tem por objetivo apresentar reflexões acerca do real papel pelas políticas públicas de fomento. A análise de aspectos conceituais é necessária para entendermos a finalidade da atividade promocional e sua aplicação dentro do cenário econômico e jurídico. Tendo em vista a submissão da atividade de fomento ao regime jurídico administrativo, é imprescindível sua obediência aos princípios gerais do direito administrativo. Os exemplos apresentados denotam que em algumas ocasiões os interesses privados são mesclados aos interesses públicos. Além disso, os exemplos trazidos no presente artigo demonstram que, em várias situações, as políticas públicas de fomento privilegiam os interesses privados.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas – Fomento – Interesses

ABSTRACT:

This article aims to present reflections about the real role for public policies for development. For that, we used bibliographic research methodology and deductive evaluation method. The analysis of conceptual issues is necessary to understand the purpose of promotional activity and its application within the economic and legal scenario. Considering the development activity subjection to the administrative law regime, it is imperative their obedience to the general principles of administrative law. The examples presented denote that sometimes private interests are merged to public interests. Beyond that, the examples presented in this article denote that, in many occasions, public policies for development aim private interests.

KEYWORDS: Public policies – Development – Interests

* Artigo recebido em: 11/11/2013.

Artigo aceito em: 23/12/2013.

^{**} Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1990). Pós-graduado em Direito Individual do Trabalho pelo Instituto dos Advogados do Paraná (1996). Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental (PUC/PR) na linha de pesquisa: Sociedades, Meio Ambiente e Estado.

^{***} Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2006), com especialização em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná (2007) e em Direito Processual Civil Contemporâneo pela PUCPR (2008/2009). Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, na linha de pesquisa Sociedades e Direito. Advogado, com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Empresarial.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Atividade de fomento
 - 2.1. Intervenção do Estado na Ordem Econômica
 - 2.2. Submissão ao regime jurídico administrativo
 - 2.3. Conceito
 - 2.4. Características
 - 2.5. Modalidades e relação jurídica
3. Interesses públicos e interesses privados
 - 3.1. Políticas de internacionalização de grandes empresas brasileiras
 - 3.2. BNDES e a fusão de grandes empresas brasileiras
 - 3.3. BNDES e a fusão Pão de Açúcar – Carrefour
 - 3.4. Transporte público urbano e o incentivo ao transporte individual
4. Conclusão
5. Referências

1. Introdução

Em que pese a relevância do estudo da atividade de fomento, a doutrina não tem dado a devida atenção a essa forma de intervenção estatal na ordem econômica, o que causa certo espanto, em razão da sua importância na economia e larga utilização pela Administração Pública.

O presente estudo tem por objetivo uma breve exposição das peculiaridades que envolvem o fomento, com ênfase nos interesses que dizem respeito a ele.

Para tanto, é necessária a abordagem dos principais aspectos da atividade de fomento, mais precisamente, conceito, características, modalidades, regime jurídico, meios de atuação e relação jurídica.

Além disso, para a abordagem dos interesses que envolvem as políticas de fomento, também se faz necessário o estudo de conceitos ligados ao que é público e ao que é privado.

Por fim, são examinados exemplos de interesses particulares mesclados a interesses públicos, que demonstram o desvio da finalidade pública da atividade promocional.

2. Atividade de fomento

2.1. Intervenção do estado na ordem econômica

Para Eros Grau, a intervenção do Estado na ordem econômica se dá de três maneiras: “intervenção por absorção ou participação (a), intervenção por direção (b) e intervenção por indução (c)”¹.

A intervenção por absorção ocorre quando o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção, atuando em regime de

¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 143.

monopólio. Já na intervenção por participação, o Estado assume parcialmente o controle dos meios de produção, competindo com a iniciativa privada.

Na intervenção por direção, o Estado pressiona a economia, através de mecanismos e normas de comportamento compulsório. Por indução, a intervenção ocorre quando o Estado “manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados”².

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a interferência do Estado na ordem econômica se dá de três formas. A primeira através do seu poder de polícia, ou seja, “mediante leis e atos administrativos expedidos para executá-las”³ como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme previsto no art. 174 da Constituição brasileira.

A segunda forma de interferência estatal ocorre quando o Estado atua diretamente na economia, mediante a criação de pessoas com o objetivo de exercer a atividade empresarial. A terceira se dá “mediante incentivos à iniciativa privada”, por intermédio de “favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido”⁴.

De maneira sintética, Rafael Munhoz de Mello esclarece que a intervenção do Estado na ordem econômica pode ocorrer de três maneiras: “(i) por meio de atuação direta do Estado na prestação de serviços ou produção de bens; (ii) por meio de edição de normas jurídicas que disciplinem e limitem a atuação econômica dos particulares, sejam elas gerais ou abstratas, sejam

² Ibidem, p. 143.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 802.

⁴ Ibidem, p. 802

individuais e concretas; (iii) por meio de atividades de fomento, através da qual o ente estatal procura incentivar o comportamento dos particulares oferecendo-lhes estímulos”⁵.

As classificações apresentadas pela doutrina representam o tratamento dado pela Constituição a intervenção do Estado na ordem econômica, que excepcionalmente autoriza o Estado a atuar diretamente na atividade econômica (art. 173), bem como permitem que a atuação estatal se dê como agente normativo e regulador da atividade econômica, através do desempenho das funções de fiscalização, incentivo e planejamento (art. 174), sendo que na segunda hipótese está demonstrada a clara intenção de influenciar o comportamento da iniciativa privada.

Assim, tanto a atividade reguladora quanto a atividade de fomento, são formas de intervenção indireta na ordem econômica, onde o papel do agente econômico ativo é reservado ao particular, enquanto o Estado se restringe a regular e incentivar a atividade econômica.

Eros Grau⁶ salienta que quando o Estado atua diretamente (intervenção por absorção ou participação), a intervenção se dá no domínio econômico, uma vez que desenvolve ação como agente econômico. Já quando as intervenções ocorrem por indução ou direção, o Estado intervém sobre o domínio, desenvolvendo ação de regulador da atividade econômica.

Em razão do aumento da intervenção indireta do Estado na ordem econômica ocorrida nas duas últimas décadas do século XX, com a consequente diminuição da intervenção direta, a atividade de fomento foi

⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello* / Coordenadoras: Priscilia Sparapani; Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 264.

⁶ GRAU, 2011, p. 143.

redescoberta⁷, servindo como “um terreno de eleição para detectar o especial caráter da actividade administrativa do Estado Social intervencionista dos nossos dias”⁸, que é marcada pela iniciativa privada.

2.2. Submissão ao regime jurídico administrativo

Como é uma manifestação da função administrativa, a atividade de fomento se sujeita ao regime jurídico administrativo. Desta forma, a atividade administrativa de fomento é dirigida pelos princípios gerais do direito administrativo, quais sejam, legalidade, impessoalidade ou isonomia, moralidade, eficiência, motivação, devido processo legal e ampla defesa, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade, dentre outros⁹.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da legalidade é o “princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo”¹⁰, além do que, é a “consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”¹¹.

A Administração Pública só pode agir quando for expressamente autorizada pela lei formal. Assim, a atividade de fomento não pode ser usada de acordo com os caprichos do administrador público, pois deve ser embasada na lei, caso contrário não seria atividade administrativa. A título exemplificativo,

⁷ MELLO, 2010, p. 267

⁸ MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito econômico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed.. 2003, p. 494.

⁹ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 95-126.

¹⁰ Ibidem, p. 99.

¹¹ Ibidem, p. 100.

podemos citar o § 6º do art. 150 da Constituição, que exige lei específica para a concessão de qualquer subsídio ou isenção.

O princípio da impessoalidade visa garantir que no repasse de recursos públicos sejam oferecidas oportunidades de participação iguais a todos os interessados. O fomento não pode ser exercido com a finalidade de beneficiar os amigos e prejudicar os inimigos dos titulares da competência¹².

Nas atividades de fomento, o princípio da motivação se mostra muito relevante, já que permite aos administrados tomarem conhecimento dos motivos que levaram a Administração Pública a incentivar determinado segmento da economia, bem como possibilita exercer o controle sobre o ato administrativo que concedeu determinado benefício decorrente da atividade promocional. Além disso, é através do princípio da motivação que se analisará se os pressupostos do ato administrativo foram observados.

Além de motivar os atos administrativos das atividades de fomento, também é necessário dar publicidade a eles, a fim de que possam ser levados ao crivo dos órgãos que exercem o controle.

A observância ao princípio da moralidade administrativa é fundamental na atividade de fomento, pois os princípios éticos devem direcionar essa atividade estatal, sendo que não raras vezes, este princípio é desrespeitado através da concessão de subvenções a particulares que não gozam de qualquer idoneidade.

André Luiz Freire salienta que o fomento decorre do princípio da subsidiariedade e de acordo “com esse princípio, cabe ao Estado não intervir em setores que possam ser adequadamente desenvolvidos pelos entes

¹² MELLO, 2010, p. 274.

privados, auxiliá-los quando eles não tem condições de executar a contento as atividades sem tal ajuda, bem como encorajar condutas socialmente desejáveis”¹³.

O princípio da repartição de riscos também deve ser considerado específico para a atividade promocional, já que “impede considerar a atividade de fomento como mero ato de liberalidade administrativa, que exonere o beneficiário de todo o risco ou da obrigatoriedade de aportar recursos próprios para a atividade fomentada. Logo, a atividade promocional empreendida pela Administração Pública não pode prescindir do investimento de recursos pelos particulares em favor da atividade que se quer incentivar”¹⁴.

Infelizmente, o cotidiano mostra que o regime jurídico administrativo tem sido pouco observado na atividade de fomento, e isso é explicado pelo desrespeito a essa atividade, que é colocada em um plano de menor importância em comparação a prestação de serviços públicos. Ademais, a violação ao princípio da isonomia tem sido usual na atividade de fomento¹⁵.

2.3 Conceito

Fomentar significa *promover o desenvolvimento, estimular, facilitar*¹⁶. A origem etimológica da referida expressão vem do latim *fomentum*, contração de *fovimentum*, que quer dizer abrigar, acalentar¹⁷.

¹³ FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. In *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello* / Coordenadoras: Priscilia Sparapani; Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 169.

¹⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Terceiro setor. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33

¹⁵ MELLO, 2010, p. 274-275.

¹⁶ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 796.

Neste estudo será tratado, tão somente, do fomento público, ou seja, aquele desenvolvido por entidades integrantes da Administração Pública, mesmo que dotados de personalidade jurídica de direito privado, com vistas a promover o exercício e desenvolvimento de uma atividade privada, através de recursos públicos e desde que haja interesse público¹⁸.

A técnica de encorajamento de comportamentos, seja pela facilitação ou do prêmio (sanção positiva, recompensa), tem sido frequentemente adotada em ordenamentos jurídicos com função promocional¹⁹⁻²⁰.

No direito administrativo a “função promocional do direito se revela de forma marcante na atividade administrativa de fomento (ou promocional)”²¹. Na atividade de fomento, o Estado busca incentivar a prática de comportamentos da iniciativa privada, com o objetivo de realizar fins públicos, utilizando-se da facilitação de condutas e das sanções positivas.

Como já exposto, a atividade promocional se trata de uma forma de intervenção indireta na ordem econômica, ou seja, a atividade tida por relevante para o interesse público é desenvolvida por particulares, que são incentivados a exercê-la pela oferta de benefícios. A Administração Pública não

¹⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. Revista de Direito da Procuradoria Geral – Estado do Rio de Janeiro, v. 65, 2010, p.116-117.

¹⁸ Ibidem, p.118.

¹⁹ FREIRE, 2010, p. 162.

²⁰ Segundo Norberto Bobbio as técnicas de encorajamento de condutas têm sido largamente utilizadas nos Estados contemporâneos. Elas proporcionam que o ordenamento jurídico seja visto com função promocional, ao invés de protetor-repressivo. Cf. BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 13.

²¹ FREIRE, 2010, p. 162.

obriga o particular a seguir determinada conduta, mas apenas, estimula a sua adoção.

A atividade de fomento é caracterizada pelo incentivo a comportamentos que estão presentes na esfera privada e que não são de titularidade estatal, porém, com relevância pública. A finalidade pública é atingida através da atuação do particular, que é encorajada pelo Estado.

Rafael Munhoz de Mello conceitua fomento como a “atividade administrativa que busca influenciar o comportamento dos particulares mediante a oferta de benefícios e estímulos e não através de imposições, de modo a induzi-los a desempenharem atividades tidas como necessárias ao atendimento do interesse público”²².

Desta forma, fica claro que o que caracteriza e distingue a atividade promocional das outras atividades administrativas é a adoção da técnica do encorajamento de condutas, pois a Administração Pública facilita ou premia comportamentos, com o objetivo de atingir o fim público sem utilizar-se de coação para formação da relação jurídico-administrativa²³.

2.4. Características

José Vicente Santos de Mendonça enumera seis características para a atividade promocional. Como a primeira característica, temos que a atividade de fomento se utiliza de técnicas indutivas e persuasivas para a consecução de seus fins²⁴. Trata-se de uma atividade administrativa em que é empregada a técnica do encorajamento de condutas, ou seja, nesta atividade o Estado facilita e premia a prática de comportamentos socialmente desejáveis,

²² MELLO, 2010, p. 267.

²³ FREIRE, 2010, p. 163.

²⁴ MENDONÇA, 2010, p.136.

como no caso do direito de preferência as micro e pequenas empresas no âmbito das licitações públicas (arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006)²⁵.

Em segundo lugar, a atividade de fomento é voluntária, sendo esse o seu traço principal, ou seja, o particular aceita o convite se quiser. O Estado não poderá coagir o particular a formar a relação jurídica de fomento. Contudo, a partir do momento em que ele anui com os termos do aporte público, estará vinculado à execução da atividade que pactuou, quando incidirá o “regime jurídico de direito público, atribuindo às partes posições ativas e passivas”²⁶.

A atividade promocional não se trata de uma liberalidade pública, isto é, não é uma doação de Direito Público, e por corolário, está ausente um traço marcante das doações que é o *animums donandi*. Em verdade, o Estado não doa um recurso público para o particular, mas “entrega certo bem em prol de determinada e específica atividade”, que “acredita que possa ser útil ao interesse público”²⁷, sendo esta a terceira característica do fomento.

A seletividade é a quarta característica da atividade de fomento, assim, a Administração Pública não concede auxílio econômico de forma generalizada, mas, sim, concentra tal atividade em setores ou perfis específicos.

A quinta característica do fomento é revelada na sua unilateralidade, ou seja, não existe qualquer sujeito ativo para postular a execução da atividade fomentada, mas, tão somente, para exercer o controle do uso de determinada verba pública. José Vicente dos Santos de Mendonça aduz que:

²⁵ FREIRE, 2010, p. 167.

²⁶ Ibidem, p. 166.

²⁷ MENDONÇA, 2010, p. 137-138.

Há uma obrigação por parte da Administração – prover o dinheiro ou a ajuda -, e, por parte do administrado, um dever genérico de desenvolver a atividade fomentada dentro dos parâmetros estabelecidos no ato de fomento; mas o Poder Público não poderá exigir o cumprimento específico do ato fomentado dentro dos moldes então acordados, muito menos pedir indenização pelo “deixar de fazer” (ou pelo fazer de modo contrário ao que foi combinado). A Administração Pública fiscaliza e controla a atividade fomentada, recupera o seu valor se o desempenho não existiu ou não foi a contento e, se isso estiver dentro do plano de fomento, até implica alguma multa ou medida administrativa, porém, repita-se, não impõe diretamente o exercício da atividade ao particular, nem pode pleitear genericamente uma indenização porque a atividade não se realizou.²⁸

A transitoriedade é sexta e última característica do fomento. Se o fundamento da atividade de fomento é o auxílio ao desenvolvimento da iniciativa privada, não há como se admitir que o ele se eternize. O fomento deve durar por determinado período e depois cessar, pois, se determinada atividade privada só existir em razão de tal atividade, “não é em princípio, atividade privada em sentido próprio, seara do livre empreendedorismo (ainda que publicamente regulado) e da busca pelo lucro”²⁹, uma vez que o Estado não foi criado para garantir a lucratividade e sustentabilidade dos particulares.

2.5 Modalidades e relação jurídica

Os meios utilizados pela Administração Pública no exercício da atividade de fomento, podem ser classificados em honoríficos, jurídicos, econômicos e psicológicos.

Através dos meios honoríficos, o Estado procura incentivar a prática de condutas relevantes para a sociedade por meio da concessão de títulos, prêmios e condecorações, incentivando assim, a atuação dos particulares, contudo, é difícil vislumbrar que tais meios possam ser considerados atividades

²⁸ Ibidem, p. 143.

²⁹ Ibidem, p. 145.

de fomento, pois se tratam de “puros atos de reconhecimento, cujo fundamento está muito mais em demonstrar apreço a determinados modelos pessoais, culturais ou empresariais do que em estimular atividades. Além disso, é um pouco artificial a construção segundo a qual tais honrarias seriam atos de fomento desde que as ações premiadas fossem, em alguma medida, condicionadas por sua concessão; muito mais comum é a hipótese em que os prêmios são concedidos de forma absolutamente desvinculada ao momento em que tais atos ou obras foram realizados”³⁰.

Os meios jurídicos de fomento são aqueles em que o Estado concede uma posição jurídica privilegiada a determinados indivíduos ou categorias de particulares, com a finalidade de protegê-los ou incentivá-los.

Tudo aquilo que evidencie a atribuição de um *status* legal diferenciado, sem a entrega de valores ou realização de operações financeiras, é considerado um meio jurídico de fomento³¹.

Via de regra, o fomento jurídico “é um mecanismo para a obtenção de benefícios financeiros, como, por exemplo, a concessão de isenções”³². O tratamento diferenciado concedido a micro e pequena empresa (Lei Complementar nº 123/2006) também pode ser considerado um meio jurídico de fomento.

Por intermédio dos meios econômicos são concedidas vantagens de natureza patrimonial aos particulares que executem atividades que a Administração Pública quer fomentar. Significam o aporte imediato de recursos e são os meios de fomento mais importantes e comuns.

³⁰ Ibidem, p. 146-147.

³¹ Ibidem, p. 147.

³² FREIRE, 2010, p. 171.

Os meios econômicos são classificados³³ em (a) reais – são colocados bens à disposição do sujeito fomentado – ; (b) fiscais – o benefício patrimonial concedido aos particulares é decorrente da renúncia à cobrança de determinados tributos (imunidades, isenções, redução de alíquotas, regimes especiais de pagamento tributário), assim, o Estado deixa de arrecadar tributos, ou pelo menos elastece o prazo para o seu recolhimento – ; (c) creditícios – através das linhas privilegiadas de crédito (juros subsidiados, prazos maiores) e fornecimentos de meios para sua obtenção (aval público para a obtenção de crédito) – ; e (d) econômicos, propriamente ditos, que se trata da transferência de recursos da Administração Pública aos particulares a fundo perdido.

No desempenho da atividade de fomento, o Estado não apenas transfere dinheiro aos particulares a fundo perdido, para que seja empregado em atividades que deseja incentivar, mas também concede financiamentos aos particulares, com o objetivo estimular sua atuação em áreas de relevância pública.

A concessão de empréstimos por entes ligados a Administração Pública também é uma forma direta de fomento, como no caso dos financiamentos oferecido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), onde são concedidos empréstimos com juros subsidiados e linhas de financiamento não ofertadas pelo mercado, que em diversas ocasiões são decisivos para o êxito de um projeto empresarial importante para o desenvolvimento econômico nacional³⁴.

A seguir serão analisados os instrumentos da atividade de fomento.

³³ MENDONÇA, 2010, p. 148-149

³⁴ MELLO, 2010, p. 271.

Os contratos de concessão de empréstimos bancários, desde que efetivados em condições especiais, podem ser considerados instrumentos de fomento econômico creditício.

A subvenção pode ter o seu ato de concessão pactuado através de um documento formal, desde que “nos limites autorizativos da lei”³⁵.

Nas ajudas públicas interadministrativas, também denominadas convênios de repasse, os detalhes operacionais e financeiros devem estar minuciosamente expostos em um ajuste escrito. Os convênios comuns também podem ser considerados instrumentos operacionais da atividade de fomento.

O mais habitual é que o fomento se realize por intermédio de atos concessivos de benefícios.

Apesar da necessidade de celebração de um contrato, a existência deste não decorre de uma liberdade contratual típica para as partes, pois o seu conteúdo será “delimitado pelo espaço de atuação de que a Administração disponha, o qual é decorrente de uma habilitação legal específica”³⁶.

Sendo o fomento uma função administrativa, está submetido ao controle incidente nessa atuação estatal. Logo, o particular está inserido em uma relação jurídica especial, onde se sujeitará a normas jurídicas específicas.

3. Interesses públicos e interesses privados

Em sua obra “As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo”, Albert O. Hirschman trata dos diversos e sucessivos significados que as expressões “interesse” e “interesses”.

³⁵ MENDONÇA, op. cit., p. 150-151.

³⁶ Ibidem, p. 151.

Segundo este autor, os interesses de grupos ou pessoas “eventualmente vêm focalizar a vantagem econômica como seu significado essencial, não apenas na linguagem comum mas também em termos de ciência social”³⁷, tais como “interesses de classe” e “grupos de interesses”, contudo, a significação econômica do termo “interesses” se tornou dominante ao longo da história.

Após esses breves esclarecimentos, é necessário distinguir a definição de interesses públicos e interesses privados.

Tudo aquilo que “é idealizado e produzido pelo estado reflete os interesses mais gerais da sociedade”, ou seja, são os interesses públicos. Já os interesses privados dizem respeito aos projetos individuais, onde se incluem as organizações produtivas, que se encontram “fora dos esquemas de controle direto do estado”³⁸.

Reginaldo S. Santos define como interesse público a manifestação do interesse coletivo “pela demanda de bens e serviços “satisfeita” pelo Estado”, já o interesse privado é entendido “a partir das ações individuais e grupais”, que “visam privilegiá-lo com base em critérios de racionalidade no uso de recursos econômicos definidos pelo mercado (lei da oferta e procura)”³⁹.

A Administração Pública responde pela definição e implantação da política macroeconômica, enquanto que a iniciativa privada se orienta na direção de aspectos microeconômicos.

³⁷ HIRSCHMAN, Albert O. As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. São Paulo : Record, 2002 [1997], p. 53-54.

³⁸ SANTOS, Reginaldo Souza. Interesse público e interesse privado. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. v. 21, n. 1, jan./mar. 1987, p. 54.

³⁹ Ibidem. p. 55.

Assim, tudo aquilo que é fruto de criação da sociedade civil se constituiria em interesse privado, de outra banda, tudo aquilo que o Estado tenha responsabilidade de organizar e produzir, com a utilização de dinheiro público, passou a ser reputado como de interesse público⁴⁰.

Segundo Bandeira de Mello, o interesse público é constituído no interesse do todo, do próprio conjunto social, mas não em sentido contrário ao interesse privado individual⁴¹.

É possível que exista um interesse público em choque com um determinado interesse individual, porém, não poderá ocorrer um interesse público que colida com o interesse de cada membro da sociedade. Desta forma, é possível deduzir que existe uma relação próxima entre interesses privados e os interesses públicos.

Os interesses públicos refletem a dimensão pública dos interesses individuais, uma vez que é o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”⁴².

Necessariamente, não existe coincidência entre os interesses do Estado e os interesses públicos, uma vez que o Estado, por se tratar de uma pessoa jurídica, pode possuir interesses que lhe são particulares, similares aos interesses de qualquer outro sujeito.

Em razão de ter sido concebido para a realização de interesses públicos, o Estado somente “poderá defender seus próprios interesses privados

⁴⁰ Ibidem. p. 57.

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 59.

⁴² Ibidem. p. 61.

quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realidade destes”⁴³.

As distinções e conceituações apresentadas pela doutrina são importantes para melhor entendermos as inter-relações entre os interesses públicos e interesses privados na atividade promocional, pois nem sempre os interesses do Estado ou dos governantes coincidem com o bem geral da coletividade, ou com os reais interesses desta⁴⁴.

3.1 Políticas de internacionalização de grandes empresas brasileiras

Com a finalidade de inserir grandes empresas brasileiras na ordem econômica mundial, o governo brasileiro tem estimulado essa expansão através de financiamentos concedidos pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES)⁴⁵. O setor de construção e infra-estrutura ganhou destaque pelo alto grau de internacionalização das empresas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Odebrecht, dentre outras.

Na América Latina, essas empresas têm sido “beneficiadas por licitações em obras de infra-estrutura, energia, transporte e saneamento com financiamento do BNDES”. Para tanto, tais construtoras foram favorecidas com a linha de crédito BNDES-Exim, que no ano de 2009 totalizou US\$ 8 bilhões⁴⁶.

⁴³ Ibidem. p. 66.

⁴⁴ RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 451.

⁴⁵ GARCIA, Ana S. Políticas públicas e interesses privados: a internacionalização de empresas brasileiras e a atuação internacional do governo Lula. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2001, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais - USP, Disponível em http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC0000000122011000100015&lng=en&nrm=abn>. Acesso em : 06 ago. 2013. p. 5-6.

⁴⁶ Ibidem, p. 6.

Em pesquisa realizada pela Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), as empresas indicaram a necessidade de políticas públicas para a internacionalização de suas atividades. Dentre as políticas relacionadas, estão uma legislação estável e flexível, bem como a necessidade de políticas oficiais de crédito⁴⁷.

O BNDES é atualmente apontado como um dos principais instrumentos para a internacionalização das empresas multinacionais brasileiras, sendo que no período compreendido entre 2005 e 2009, o referido Banco proveu R\$4,5 bilhões em projetos de internacionalização⁴⁸.

Ademais, o BNDES tem sido o principal financiador do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), e as empresas de construção e engenharia foram as principais beneficiadas com os créditos públicos direcionados a grandes obras.

Para Ana S. Garcia, a “lógica que orienta políticas de “desenvolvimento” do Banco acaba sendo voltada para o mercado (com um aumento da competitividade, exportação e integração do país aos fluxos de capital internacional), e não para a melhoria social e ambiental da vida das populações (brasileiras ou não) nos territórios de atuação das empresas”⁴⁹.

Esse exemplo demonstra um complexo processo de atuação internacional do governo brasileiro, o seu entrelaçamento com a iniciativa privada, bem como a mescla entre interesses públicos e interesses privados.

3.2. BNDES e a fusão de grandes empresas brasileiras

⁴⁷ TAVARES, Márcia. Investimento brasileiro no exterior: panorama e considerações sobre políticas públicas. *Serie Desarrollo Productivo* 172. CEPAL. 2006. p. 13, 35-36

⁴⁸ GARCIA, 2011, p. 12.

⁴⁹ *Ibidem*. p. 15.

Nos últimos anos, o BNDES teve importante papel para o financiamento de várias fusões empresariais ocorridas no Brasil⁵⁰.

Na área de alimentação, o BNDES financiou a fusão dos frigoríficos JSB-Friboi e Bertin. Além disso, na fusão da Sadia e Perdigão, que criou o grupo Brasil Foods, o BNDES também teve participação ativa. Na telefonia o BNDES concedeu empréstimos para Oi para a compra da Brasil Telecom.

No seguimento econômico do papel e celulose, ocorreu a fusão entre Votorantin e Aracruz Celulose, com a formação do grupo Fibria. O BNDES também teve papel relevante, pois o financiamento concedido foi fundamental para a concretização desta operação.

Além das fusões e aquisições anteriormente relatadas, o BNDES “se destaca no financiamento de grandes grupos econômicos: doze grupos, entre estatais e privados, somam entre 57 e 72% dos empréstimos”⁵¹.

Entre 2008 e 2010, o “BNDES recebeu R\$ 180 bilhões do Tesouro Nacional, como forma do governo estimular a economia e evitar uma recessão e retração do crescimento”, sendo que o referido banco “concedeu entre R\$168 e 115 bilhões aos doze maiores grupos econômicos do Brasil”⁵².

Desta forma, as empresas acabaram sendo subsidiadas com recursos públicos, pois os juros pagos por estas eram inferiores ao que o Tesouro Nacional pagava ao mercado⁵³.

A formação de megacorporações financiadas com dinheiro público necessariamente não traz benefícios para a sociedade, pois a criação de

⁵⁰ Ibidem, p. 5 e 13.

⁵¹ Ibidem, p. 13.

⁵² Ibidem, p. 13.

⁵³ Ibidem, p. 13.

grandes grupos econômicos na área de alimentação, como no caso da Brasil Foods e JBS-Friboi, poderia ocasionar a quebra de pequenos frigoríficos.

De mais a mais, com o dinheiro público recebido do Tesouro Nacional, o BNDES incentivou a formação de grandes oligopólios, o que também pode ser ruim para a competição.

3.3 BNDES e a fusão Pão de Açúcar - Carrefour

No ano de 2011, foram realizadas tratativas para a fusão dos grupos Pão de Açúcar e Carrefour, que não se concretizaram. A fusão se daria com financiamento concedido pelo BNDES, sob a justificativa de que ela possibilitaria a abertura das portas do mercado internacional para o mercado varejista nacional⁵⁴.

Assim, seria utilizado dinheiro público para a fusão de dois grandes grupos varejistas de atuação no Brasil.

O Ministério Público Federal/DF (MPF/DF) procedeu a apuração de possíveis irregularidades na participação do BNDES na possível fusão entre os grupos Pão de Açúcar e Carrefour.

Em razão da não consumação da operação, o MPF/DF passou a “estudar de que forma ocorria o apoio financeiro do BNDES em outras fusões/reorganizações societárias envolvendo grandes grupos econômicos. O objetivo era compreender os critérios usados para determinar prioridades nos investimentos do BNDES e do BNDES Participações S.A. (BNDESPAR) em

⁵⁴ BNDES financiará fusão entre Pão de Açúcar e Carrefour, Isto É – Dinheiro, 29 jun. 2011. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/60391_BNDES+FINANCIARA+FUSAO+ENTRE+PAO+DE+ACUCAR+E+CARREFOUR>. Acesso em: 07 ago. 2013.

diferentes áreas de atuação (indústria, infraestrutura, comércio, desenvolvimento social, agropecuária)”⁵⁵.

Os recursos financeiros utilizados pelo BNDES são de origem pública, deste modo, o MPF/DF entendeu que deveria ter conhecimento de como a instituição financeira aplicava os investimentos. Além disso, para o MPF/DF os “incentivos e vantagens patrimoniais concedidos devem ser transparentes para os órgãos de controle, de forma a possibilitar a verificação de atendimento à finalidade pública”⁵⁶.

O MPF/DF requisitou informações ao BNDES, contudo, o Banco se recusou a responder os questionamentos feitos pelo Ministério Público. Diante da postura adotada pelo BNDES, o MPF/DF ajuizou Ação Civil Pública, que tramita na 20ª Vara Federal do Distrito Federal (autos nº 0060410-24.2012.4.01.3400) com a finalidade de defender o interesse público de acesso à informação.

A possível fusão entre os grupos Pão de Açúcar e Carrefour, poderia possibilitar a formação de um oligopólio, bem como também poderia ser efetivada com o desvio da finalidade pública, que deve ser perseguida pela atividade promocional.

3.4 Transporte público urbano e o incentivo ao transporte individual

Com a finalidade de aquecer o mercado de automóveis novos, o governo federal vem adotado uma série de medidas para a redução de impostos incidentes nestes bens, bem como também tem concedido subsídios à gasolina nos últimos anos.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/13-12-2012-bndes-e-alvo-de-acao-civil-publica-do-mpf-df>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.prdf.mpf.mp.br/imprensa/27-06-2013-mpf-df-recorre-para-garantir-transparencia-a-financiamentos-do-bndes>>. Acesso em: 06 ago. 2013.

Entretanto, se o Estado tivesse investido massivos recursos em transporte público, ao invés de conceder incentivos fiscais para a compra e uso de automóveis particulares, a situação caótica do trânsito das grandes cidades brasileiras poderia ser melhor. A Nota Técnica elaborada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em julho de 2013, confirma a realidade acima exposta:

Alguns estudos têm apontado, ao longo das últimas décadas, a adoção de políticas e investimentos que priorizam o transporte privado em detrimento do transporte público, ocasionando sistemático encarecimento das tarifas praticadas (Vasconcellos, 2005a; Biderman, 2008; Ipea, 2009; Carvalho et al, 2010; Carvalho e Pereira, 2012a). Aliado ao barateamento dos meios de transporte privado (automóveis e motocicletas) e ao aumento de renda da população observado na última década, esse encarecimento do transporte público prejudica a sua competitividade acarretando a perda de passageiros que estão migrando para outros modos de transporte privado (Carvalho e Pereira, 2012b). Conjugados, estes fatores têm contribuído para o rápido aumento da frota de automóveis e do uso do transporte individual, em um círculo vicioso de redução dos passageiros e aumento da tarifa do transporte público.⁵⁷

Além de acarretar efeitos negativos como maior poluição atmosférica, o transporte individual motorizado ocasiona o aumento de congestionamentos, que afetam negativamente a operação do transporte público.

O transporte público coletivo urbano traz benefícios para os usuários diretos, bem como para toda a coletividade, uma vez que reduz os aspectos negativos gerados pelo trânsito de veículos.

⁵⁷ IPEA. Tarifação e financiamento do transporte público urbano. Nota técnica. Brasília. Jul. 2013. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/130714_notatecnicadirur02.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013. p. 2-3.

No Brasil, em geral o custeio da operação do transporte público por ônibus é realizada através de receitas arrecadadas nas tarifas cobradas dos usuários do sistema de transporte.

Em poucos casos, os recursos extratarifários participam do financiamento do transporte público, o que diverge da política de transporte adotada em vários países europeus, onde o sistema recebe recursos diretamente do governo, com o objetivo de reduzir o valor da tarifa⁵⁸.

Em tais países, é adotado um sistema de financiamento de transporte público que, geralmente, cobre entre 40% e 50% do seu custo, o que contrasta com o sistema brasileiro, onde as receitas que custeiam são provenientes do pagamento de tarifas⁵⁹.

Os estudos realizados pelo IPEA demonstram que a redução de impostos para a compra de veículos novos e o subsídio à gasolina, são prejudiciais à coletividade, pois se esse dinheiro fosse aplicado de forma mais racional no transporte público urbano, a situação do trânsito nas grandes cidades não seria tão ruim. Também neste exemplo, fica o questionamento se a política de fomento fiscal adotada pelo governo brasileiro prestigia os interesses da coletividade ou os interesses particulares.

4. Conclusão

A atividade promocional é caracterizada pelo estímulo a comportamentos que estão presentes na iniciativa privada e que não são de titularidade estatal, contudo, com relevância pública. A finalidade pública é atingida através da atuação do particular, incentivada pelo Estado.

⁵⁸ Ibidem, p. 10.

⁵⁹ Ibidem, p. 13.

Não sempre, mas em muitas ocasiões, as políticas públicas de fomento colocam os interesses privados em primeiro plano, assim, a concessão de financiamentos com o objetivo de incentivar o particular deve ser pautada, mais por critérios técnicos do que políticos.

Como está sujeita ao regime jurídico administrativo, a atividade de fomento deve ser realizada com total observância aos princípios que regem o direito administrativo.

Por fim, a atividade de fomento deve prestigiar não só os interesses públicos, mas também, os interesses da coletividade.

5. Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BNDES financiará fusão entre Pão de Açúcar e Carrefour, Isto É - Dinheiro, 29 jun. 2011. Disponível em: <http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/60391_BNDES+FINANCIARA+FUSAO+ENTRE+PAO+DE+ACUCAR+E+CARREFOUR>. Acesso em: 07 ago. 2013.

BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

GARCIA, Ana S. Políticas públicas e interesses privados: a internacionalização de empresas brasileiras e a atuação internacional do governo Lula. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais - USP, Disponível em http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSC000000122011000100015&lng=en&nrm=abn>. Acesso em: 06 ago. 2013.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FREIRE, André Luiz. Responsabilidade patrimonial na atividade administrativa de fomento. In Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello / Coordenadoras: Priscília Sparapani; Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum, 2010

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HIRSCHMAN, Albert O. As paixões e os interesses: argumentos políticos a favor do capitalismo antes do seu triunfo. Tradução de Luiz Guilherme B. Chaves e Regina Bhering. São Paulo: Record, 2002 [1997].

IPEA. Tarifação e financiamento do transporte público urbano. Nota técnica. Brasília. Jul. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/130714_notat ecnicadirur02.pdf>. Acesso em: 07 ago. 2013.

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de fomento e o princípio da isonomia. In: Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello / Coordenadoras: Priscilia Sparapani; Renata Porto Adri. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Uma teoria do fomento público: critérios em prol de um fomento público democrático, eficiente e não-paternalista. Revista de Direito da Procuradoria Geral – Estado do Rio de Janeiro, v. 65, 2010.

MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito econômico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

RISTER, Carla Abrantkoski. Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e consequências. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SANTOS, Reginaldo Souza. Interesse público e interesse privado. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro. volume 21, nº 1, jan./mar. 1987.

TAVARES, Márcia. Investimento brasileiro no exterior: panorama e considerações sobre políticas públicas. Serie Desarrollo Productivo 172. CEPAL. 2006.

www.prdf.mpf.mp.br/imprensa