

**A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DA
ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO**

Alberto Shinji Higa*

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo propor reflexões acerca do fomento público, com base no exame da construção do conceito da atividade administrativa de fomento. A escolha do tema pode ser justificada pelas seguintes razões: 1. contemplação de campo fértil pela Constituição Federal para o desenvolvimento da função administrativa de fomento; e 2. lacuna no campo da ciência jurídica, posto que ainda é tímida a atenção dada pelos cientistas do direito pátrio ao referido tema. Para alcançar os objetivos fixados, foram inicialmente colacionados conceitos elaborados por doutrinadores estrangeiros e pelos doutrinários pátrios. De posse de todos esses elementos, assentaram-se os pontos divergentes e convergentes, bem como as respectivas conclusões.

Palavras-chave: atividade administrativa; fomento; Estado.

1 Introdução

A adoção de técnicas de fomento pelo Estado, como meio de incentivar, promover ou proteger determinados comportamentos ou atividades dos particulares que, ao mesmo tempo, atendam a interesses públicos, não é recente.

De fato, como registra José Luis Villar Palasí (1954, p. 9-10), em seu artigo “Las técnicas administrativas del fomento y del apoio al precio político”, já em 1336, em Zaragoza e Castilha, eram adotadas as subvenções diretas e indiretas para a construção de obras públicas.

* Mestre em Direito do Estado e especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), especialista em Direito Empresarial e bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Ex-assessor da subprocuradoria-geral da República, procurador do município de Jundiaí e professor do Centro Universitário Padre Anchieta (Unianchieta).

No período absolutista, por sua vez, anota Delacroix (1990, p. 20) a existência de prêmios e vantagens honoríficos concedidos pelo rei com o objetivo de direcionar as condutas dos nobres para auxiliá-lo na consecução dos “interesses públicos”, embora, naquele período, não raras vezes estes se confundissem com os interesses do próprio monarca.

No século XVIII, a polícia, de acordo com Baena del Alcázar (1967, p. 54-55), compreendia toda a atividade que competia ao príncipe. Daí por que a concepção primitiva de fomento público estava relacionada ao poder de polícia do Estado, o qual podia ser subdividido em: poder de polícia da ordem e poder de polícia do bem-estar ou da prosperidade (nesta última, estava inserida a ideia de fomento).

O fomento, até o referido período, apresentava-se como uma finalidade do Estado, carecendo o conceito de um valor técnico, razão pela qual não o utilizava como elemento de construção jurídica.

Deveras, a ação fomentadora, como espécie (uma das formas) da atividade administrativa, somente pode ser considerada a partir do momento em que o Estado passou a se submeter à ordem jurídica, ou seja, com o advento do Estado de Direito e o surgimento da Administração Pública e do Direito Administrativo.

A sistematização do instituto, por seu turno, apenas ocorreu em 1949, com a publicação de um ensaio acerca dessa modalidade de intervenção estatal, elaborado pelo professor espanhol Luis Jordana de Pozas (1949), cujas ideias centrais contribuíram para a formação da atual concepção da atividade administrativa de fomento.

Tal fato justifica o início do exame da atividade administrativa de fomento, a partir da valiosa contribuição doutrinária de Jordana de Pozas (1949) – a qual destacou a ação promocional como uma das formas da atividade administrativa e não como um fim em si mesmo do Estado, conforme antes considerada, seguindo com os estudos de outros doutrinadores estrangeiros e nacionais que se debruçaram sobre o tema.

Ressaltemos, por oportuno, que, no presente artigo, será analisada tão somente a construção doutrinária do conceito da atividade administrativa de fomento, destacando-se as suas notas distintivas com relação ao poder de polícia e ao serviço público e a classificação quanto aos seus meios ou formas.

2 A atividade administrativa de fomento na doutrina estrangeira

2.1 O pensamento de Jordana de Pozas

Jordana de Pozas (1949) inicia o ensaio aduzindo que a atividade administrativa tem como finalidade geral a satisfação das necessidades públicas, entendendo por necessidade todo desejo ou utilidade que, acaso não satisfeito, produz graves males.

Anota o autor que as necessidades públicas variam muito em seu número e classe, embora um número reduzido seja universal e constante. Em um Estado totalitário, todas as necessidades comuns a um grupo ou de caráter geral seriam

públicas, e, pelo contrário, em Estados que aceitam a ordem individualista, somente seriam públicas aquelas necessidades que as pessoas não pudessem satisfazer livremente por si sós.

Adverte que o limite que separa o campo das necessidades privadas do campo das necessidades públicas varia constantemente, considerando, pois, uma das mais importantes das funções políticas aquela capaz de discernir o quanto antes quais necessidades se converteram em públicas e quais perderam esse caráter.

Considera que toda a intervenção do Estado na esfera de liberdade do indivíduo requer uma justificativa baseada na vontade da própria pessoa ou no bem comum, devendo observar uma suave graduação nos meios empregados, ou seja, aqueles que consigam atingir o fim perseguido no momento adequado e com o mínimo grau de coação.

Dentre esses meios, destaca: a *legislação*, entendida como emanação de normas obrigatórias e execução normal a cargo dos particulares, a *polícia*, o *fomento* e o *serviço público*, estes três últimos sempre de caráter administrativo.

Haja vista que a polícia e o serviço público têm sido objeto de múltiplos e profundos estudos, ao contrário da atividade administrativa de fomento, a qual é examinada “de passagem”, sem se atentar para as suas características, pretende Jordana de Pozas (1949) distinguir o fomento desses dois outros institutos.

Assim, após retratar as mudanças ocorridas no conceito de polícia desde a antiga Grécia, acaba por acolher a conhecida definição de Santi Romano: “chama-se polícia a atividade administrativa que, por meio de limitações eventualmente coercitivas da atividade privada, se dirige a prevenir os danos sociais os quais desta última podem derivar-se” (JORDANA DE POZAS, 1949, p. 44).

No que toca ao serviço público, aduz: “é uma modalidade de ação administrativa que consiste em satisfazer a necessidade pública de maneira direta, por órgãos da própria Administração criados para esse fim e com exclusividade ou em concorrência com os particulares” (JORDANA DE POZAS, 1949, p. 44).

Relativamente ao fomento público, conceitua-o como:

[...] 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 (JORDANA DE POZAS, 1949, p. 46).

Por conseguinte, conclui o autor que o fomento se distingue da polícia, uma vez que esta “previne e reprime” e aquele “protege e promove”, sem usar, no entanto, a coação.

De igual modo não se confunde com o serviço público, no qual a Administração realiza diretamente e com os seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que na atividade de fomento se limita a estimular os particulares para que estes, por sua vontade própria, desenvolvam determinadas atividades, as quais cumpram indiretamente o fim perseguido pela Administração.

Relata que essa ação de estímulo pelo Poder Público sobre o ânimo dos governados, sem o uso da força, para alcançar o que o governante considera bom, é encontrada em todas as épocas, trazendo, para tanto, referências do século XVI, embora esses meios indiretos de satisfação de necessidades públicas tenham adquirido maior atenção a partir do século XVIII.

Para Jordana de Pozas (1949), a polícia é a modalidade administrativa mais própria do Antigo Regime; o fomento é a mais adequada para o Estado Liberal, e o serviço público é o modo predileto do Estado intervencionista, embora se trate do predomínio de um sobre o outro sistema, sem a exclusão dos demais.

Retomando a atenção para a Administração Fomentadora, observa que é impossível estabelecer um catálogo de formas que possa revestir essa atividade específica e que a opção por esta ou aquela forma é política.

Classifica os meios de fomento da seguinte forma:

- *Positivos*: que outorgam prestações, bens ou vantagens.
- *Negativos*: que impõem obstáculos ou cargas para dificultar, por meios indiretos, as atividades contrárias àquelas que os governantes desejam fomentar.

Sobre outro prisma, classifica os meios de fomento em: honoríficos, econômicos e jurídicos.

Os honoríficos compreendem as distinções e recompensas que se outorgam como reconhecimento público ou proclamação de um ato ou de uma conduta exemplar. Embora possam ser, em determinadas ocasiões, consideradas também vantagens econômicas ou jurídicas, estas se mostram acessórias, uma vez que o principal é o enaltecimento social do beneficiado. Cita como principais meios: condecorações, tratamentos, títulos, uso de emblemas ou símbolos determinados, troféus, diplomas etc.

Os econômicos são todos aqueles que de um modo direto determinam uma percepção de quantidade ou a dispensa de um pagamento obrigatório. Nessa categoria, estão as subvenções, os prêmios em dinheiro e as isenções e demais privilégios de caráter fiscal. Por fim, os meios jurídicos, os quais se caracterizam pela outorga de uma condição privilegiada, que, de modo indireto, representa vantagens econômicas.

2.2 O pensamento de Mariano Baena del Alcázar

Mariano Baena del Alcázar (1967), em denso artigo denominado “Sobre el concepto de fomento”, propõe-se a revisar a teoria do fomento, oportunidade na qual registra o posicionamento de inúmeros doutrinadores que se debruçaram sobre o tema.

Inicia o trabalho com o exame da acepção atual do termo *fomento* proposta por Jordana de Pozas (1949), assentada nas ideias de que se trata de uma atividade persuasiva, por meio da qual se obtém a satisfação de necessidades públicas. É dizer, a satisfação das necessidades públicas pela via indireta da persuasão. Ressalta

ainda que o fomento recai sobre atividades, estabelecimentos ou riquezas e que por meio dela não se emprega a coação nem se criam serviços públicos.

Passa, então, a examinar como se posiciona a doutrina espanhola em face do conceito e da sistematização de Jordana de Pozas (1949), analisando o entendimento de Garrido Falla, Entrena Cuesta e Pellise sobre o instituto.

De acordo com Alcázar (1967), embora Garrido Falla tenha considerado insuficiente o conceito de “poder de polícia”, pois este não explica uma série de prestações forçadas pelos particulares, sejam reais, sejam pessoais, e também não tenha aceitado o “serviço público” como último elemento da classificação de Jordana de Pozas (1949), haja vista a necessidade de incluir outras prestações por parte da Administração aos administrados, como a chamada gestão econômica, aceita integralmente o conceito de fomento, seguindo, em linhas gerais, a definição de Pozas.

Para Garrido Falla (1966, p. 266 apud ALCÁZAR, 1967, p. 47), o fomento é

[...] aquela atividade administrativa que se dirige a satisfazer indiretamente certas necessidades consideradas de ordem pública, protegendo ou promovendo, sem emprego da coação, as atividades dos particulares ou de outros entes públicos que diretamente as satisfaçam.

Observa, então, que Garrido Falla ampliou o conceito de Jordana de Pozas (1949) para o fim de incluir, entre os destinatários da atividade de fomento, outros entes públicos menores.

Prossegue Alcázar (1967) relatando que posicionamento semelhante adotou Entrena Cuesta, mediante a adoção de uma *ideia negativa* – por meio do fomento, a Administração persegue fins públicos sem o emprego da coação e sem a realização de prestações – e de uma *ideia positiva* – a atividade administrativa com o fim de proteger ou promover aquelas atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares ou de outros entes públicos que satisfaçam necessidades públicas ou se estimam de utilidade geral, sem usar de coação nem criar serviços públicos.

Por fim, cita a formulação de Pellise, que destaca como nota essencial da atividade administrativa de fomento a existência de um estímulo sem o emprego da coação.

Alcázar (1967) conclui então que, embora com matizes distintos, os doutrinadores espanhóis mantêm, em essência, a formulação construída por Jordana de Pozas (1949) acerca do fomento.

Assim como o conceito de fomento, anota Alcázar (1967) que, em linhas gerais, os meios de fomentos apontados por Jordana de Pozas (1949) também foram mantidos pela doutrina espanhola, embora com algumas pequenas diferenças.

Após expor as duas classes propostas pelo citado doutrinador – *fomentos positivos/negativos e fomentos honoríficos/econômicos/jurídicos* –, Alcázar (1967) observa que Garrido Falla entende inadequado, dentro dessa atividade administrativa, o fomento jurídico e que Pellise acrescenta ainda os meios psicológicos, citando como exemplo principal a propaganda levada a cabo pelos organismos oficiais.

Traz ainda outros doutrinadores adeptos à referida classificação, além daqueles já mencionados, citando Alvarez Gendin, Clavero, Villar Palasí e Moncada, Gascón Hernández e García Oviedo-Martinez Useros, embora alguns deles tenham tecido críticas ao conceito de fomento, a exemplo de Villar Palasí e Moncada.

Entretanto, ressalta que o mais importante não é a adesão da doutrina espanhola à classificação proposta por Jordana de Pozas (1949), mas sim ao valor confuso que se atribui ao fomento. De qualquer modo, conclui que o Direito Administrativo espanhol aceitou tal classificação, citando como exemplos mais relevantes: o “Princípio X de la Ley Reguladora de los Principios Fundamentales del Movimiento Nacional” e o “Regulamento de Serviços das Corporações Locais”.

Não se furta, no entanto, em analisar as críticas formuladas em face do instituto, apontando a sua origem naquela formulada por Villar Palasí (apud ALCÁZAR, 1967, p. 51), para quem

[...] a atividade de fomento resulta indefinida dentro de uma pura lógica jurídica... Quem sabe fosse mais frutífero, para efeito da sistematização jurídica do ato administrativo, inserir a atividade de fomento em um quadro geral da Administração Indireta do Estado, e especificamente na colaboração privada dos fins da Administração.

Logo acolhida por Marqués Careó, Moncada e Martín Retortillo, por entenderem ser pouco definido o conceito de fomento. Registra, por fim, as críticas de Pérez Olea e Albi (apud ALCÁZAR, 1967, p. 52):

[...] Por sua vez, Pérez Olea afirma, ao se referir ao fomento, que se trata de uma fórmula desvaída e sem contornos, que carece de toda precisão científica e que ocupa papel secundário no Direito Administrativo comparado. Em termos mais duros se expressa Albi que, ao se referir ao fomento e de maneira direta à formulação de Jordana de Pozas, afirma que carece de sentido no momento atual e responde a uma concepção já caducada, posto que o intervencionismo constitui uma situação normal; a distinção entre formas diretas e indiretas, um puro convencionalismo intrascendente; e a colaboração entre os particulares e a Administração; uma fórmula normal que se expressa em diversas modalidades.

Entende Alcázar (1967) que tais posturas limitam-se às críticas iniciais e não totalmente desenvolvidas e são uma mostra de que existe uma sensação de insuficiência atual da classificação e com ela do conceito de fomento. Ao se referir à posição de Entrena Cuesta, que refuta as críticas de Albi, no que toca à subvenção, sob o argumento do perigo de haver confusão entre o fomento e o serviço público, Alcázar (1967) questiona se a subvenção, sob outra ótica, não poderia se aproximar de uma forma de gestão de serviço público, provocando uma confusão entre ambos os conceitos.

Propõe, então, o exame crítico da teoria do fomento.

Para o mestre espanhol, de fato, as críticas respondem a uma realidade, qual seja, que a atividade de fomento é, efetivamente, fluida e sem contornos. Porém,

entende que não basta tal afirmação, esta deve ser provada. Assim, reputa necessário examinar: 1. as diversas acepções do termo fomento; 2. a sua delimitação em confronto com a função administrativa de polícia e de serviço público; 3. as imprecisões que existem a respeito do conceito em si mesmo; e, por fim, 4. o que a doutrina considera normalmente como meios de fomento.

2.2.1 As diversas acepções do termo fomento

Alcázar (1967) aponta três acepções distintas para o fomento: a manejada primitivamente na primeira metade do século XIX; a atual, produto do trabalho de Jordana de Pozas (1949); e uma postura peculiar mantida por Guaita.

2.2.2 A ideia primitiva de fomento

No século XVIII, o “poder de polícia” abrangia toda a atividade que competia ao príncipe. Distinguiu-se uma espécie de “polícia” propriamente dita, denominada “polícia da ordem” e outra chamada de “polícia do bem-estar ou da prosperidade”.

Na primeira metade do século XIX, com o prestígio do sistema liberal, identifica-se uma mudança de situação. O termo fomento passa a designar as atividades antes inseridas na “polícia do bem-estar ou da prosperidade”. Duas são as razões: *a mentalidade liberal repulsa o emprego do termo “polícia” por se associar a uma ideia de restrição advinda do período precedente e o desejo de impulsionar o progresso econômico por meios indiretos, ainda que se guardasse, à época, antipatia pela intervenção estatal.*

Ressalta, nesse sentido, que o fomento era tido como um fim em si mesmo da atividade administrativa, a obra a ser realizada pela Administração empregando as diversas técnicas conhecidas e não desde logo como uma forma por meio da qual se manifestava essa atividade. De acordo com Alcázar (1967, p. 57):

Estamos, pois, ante o que chama Pellise (57) acepção genérica. O fomento é a melhora material e moral do nível de vida de um país, independentemente da forma ou da técnica que se utilize para conseguir esse fim, sendo certo que, na primeira metade do século XIX, a mentalidade liberal imperante fez que se realizasse sobre todos por meios indiretos.

2.2.3 A formulação de Jordana de Pozas

O mestre espanhol Alcázar atribui a Jordana de Pozas a virtude e a originalidade de resgatar a ideia de fomento e a de transformar o seu significado, que passa de um fim da atividade administrativa para uma forma desta.

Antes da sistematização de Pozas, o termo carecia de rigor técnico-científico e não era empregado como elemento de uma construção jurídica, razão pela qual deixou de ser adotado pela doutrina espanhola mais antiga, o que demonstra um repasse em Colmeiro, Santamaria de Paredes e Posada.

Anota que, na geração encabeçada por Gascón e Marín, o conceito de fomento tampouco apresenta um papel especial, o que se extrai do exame das obras de Gascón, Royo Villanova, Fernández de Velasco, García Oviedo e Alvarez Gendín. Na doutrina estrangeira, de igual modo, do exame das obras gerais, sem sair da bibliografia mais comum, ou se desconhece o conceito de fomento ou se atribui muito pouco valor a ele, embora na França, na Itália e na Alemanha não se desconheçam a subvenção e as diversas ajudas aos particulares.

2.2.4 A peculiar posição de Guaita

Identifica-se ainda a necessidade de examinar a teoria do fomento elaborada por Guaita, uma vez que se aparta daquela proposta por Jordana de Pozas (1949).

De acordo com Guaita, a Administração Fomentadora é a mais rica e a mais heterogênea de todas, razão pela qual rechaça uma distinção dessa atividade pela via residual, pois a considera a mais importante de todas.

Conforme observa Alcázar (1967), a postura de Guaita é marcada por um matiz teleológico, o que sobressai na sua definição primitiva: “a palavra fomento envolve a atividade que tem por fim o aperfeiçoamento, progresso e bem-estar da sociedade”.

Todavia, entende que tal concepção, em virtude da indefinição de “fim” e “atividade”, compromete o intento de alcançar uma maior precisão para o conceito de fomento.

Após assentar as três acepções do conceito de fomento, Alcázar (1967) passa a delimitá-lo em face dos conceitos de poder de polícia e de serviço público.

2.2.5 A delimitação em face do conceito do poder de polícia

O mestre espanhol aduz que as fronteiras do poder de polícia e do fomento nunca foram bem delimitadas. Se se conceber o fomento como um fim, na acepção primitiva, este deve ser incluído na ideia ampla de “poder de polícia”.

Ressalta, no entanto, que a ideia de “fim” continua a contagiar a atual acepção de fomento, o que tem provocado uma confusão, levando Entrena Cuesta a afirmar que, às vezes, se perseguem fins de fomento mediante o emprego de técnicas de polícia e vice-versa e anunciar o *princípio da intercambialidade das técnicas administrativas* empregadas em cada uma das formas de atividade.

Por sua vez, Villar Palasí anota que, junto ao “fim”, vai predominando a ideia de restrição ou ampliação da esfera do particular. No contexto desse processo, destaca que Garrido Falla contesta tal princípio, ao eleger o critério do *modus operandi* para a definição da atividade administrativa e não a sua finalidade.

Conclui Garrido Falla que o fomento considerado como “fim” deve ser compreendido como atividade relativa ao exercício do poder de polícia em sentido amplo. Sob outro prisma, admitindo a ideia de “fim” em concorrência com a de “coação” ou “persuasão”, há uma possível confusão entre a atividade relacionada ao poder de polícia e aquela voltada ao fomento.

2.2.6 A delimitação em face do conceito de serviço público

No que toca ao serviço público, aponta Alcázar (1967) que a distinção entre este e o fomento reside no fato de que, no primeiro, a Administração atua diretamente para satisfazer necessidades e, no segundo, esta se dá de forma indireta. A questão que se coloca, no entanto, é saber qual o limite entre a atuação estatal direta e a indireta, suscitando, nesse ponto, opiniões variadas.

Registra que, a par daqueles que aceitam tal distinção, existem outros autores que enquadram o fomento na órbita do serviço público, a exemplo de Albi, que afirma ser a subvenção um modo de gestão de serviço público, e Martin-Retortillo, que recorda a doutrina alemã no sentido de acolher grande parte das subvenções dentro da atuação direta da Administração, o que reforça, assim como ocorre no tocante ao poder de polícia, a possibilidade de confusão entre fomento e serviço público.

2.3 O pensamento de Héctor Jorge Escola

A atividade administrativa, como observa Héctor Jorge Escola (1990, p. 857), é uma *atividade teleológica*, vale dizer, visa alcançar uma finalidade, a *satisfação das necessidades coletivas*.

Esse fim pode ser alcançado de *modo direto e imediato* mediante o agir da própria Administração ou de *forma indireta e mediata*, quando esta incentiva, promove e protege determinadas atividades dos particulares que satisfaçam as necessidades coletivas ou consideradas de utilidade pública, sem a utilização de coação nem a criação de serviços públicos. Eis nesta última modalidade o que se denomina *atividade administrativa de fomento*.

Escola (1990) observa, com apoio em Villar Palasí (1954), que as técnicas administrativas de fomento não são atuais, invocando, para tanto, antecedentes verificados durante a Idade Média, no que se refere à construção de obras públicas.

No entanto, ressalta que a valorização e o auge dessa atividade administrativa, como uma das modalidades operativas que se colocam para a Administração para o alcance das finalidades públicas, estão agregados à aparição do Estado Social de Direito, que, além de assegurar a ordem pública, procura atender a uma série de necessidades e exigências da comunidade, que são de interesse público e que podem ser adequadamente alcançadas por meio de certas atividades dos particulares, as quais, por essa razão, são protegidas e estimuladas pela Administração Pública.

Daí dizer que a atividade administrativa de fomento pode ser caracterizada a partir dos seguintes elementos:

1. é uma *atividade administrativa* e como tal deve ser realizada pela Administração Pública, com o propósito de alcançar determinadas finalidades próprias;
2. tais finalidades são de *interesse público* e visam à *satisfação das necessidades coletivas* e à *realização dos fins do Estado*;

3. a atividade administrativa de fomento não se propõe a alcançar essas finalidades de modo direto e imediato, mas que sejam realizadas pela atividade dos particulares, ou seja, o fim é alcançado *de forma indireta e mediata*;
4. para tanto, dedica-se à proteção ou promoção dessas atividades particulares, utilizando-se de diferentes meios, exceto a coação;
5. essas atividades dos particulares são prestadas por decisão destes, que agem, assim, como colaboradores da Administração Pública nesse intento.

Com base nessas notas características, Héctor Jorge Escola (1990, p. 859) conceitua a atividade administrativa de fomento como

[...] aquela atividade da Administração Pública que pretende a satisfação de necessidades coletivas e que atendam aos fins do Estado de maneira indireta e mediata, mediante a participação voluntária dos particulares, que desenvolvem por si mesmos atividades tendentes a esse objeto, as quais são, por isso, protegidas e estimuladas pela Administração por diversos meios, dos quais está excluída toda a forma de coação.

Depreende-se do conceito de Escola que o autor não admite uma atividade administrativa de fomento voltada a outros órgãos ou entes administrativos, sob o fundamento de que, estando delimitada a atividade destes por normas de competência, cujo exercício e observância constituem não apenas uma atribuição, mas também um dever, não se poderia admitir, doutrinariamente, o fomento. Tratar-se-ia de uma coparticipação interadministrativa para a obtenção de finalidades comuns.

O autor também acolhe as duas classes proposta por Jordana de Pozas (1949) para classificar a atividade fomentadora, quais sejam: pelo critério de atuação sobre a vontade do particular – *fomentos positivos e negativos* – e pelo critério de vantagens outorgadas aos particulares – *fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos*.

2.4 O pensamento de Roberto Dromi

Roberto Dromi (1995, p. 655), no mesmo sentido, anota que, mediante o fomento, a Administração persegue os fins públicos sem o emprego da coação e sem a realização *per se* de prestações públicas. O fim do fomento é a satisfação indireta das necessidades públicas.

A ideia predominante é a de uma atividade persuasiva ou de estímulo e a finalidade perseguida é sempre a mesma: convencer alguém a fazer algo ou a deixar de fazê-lo. Por meio do fomento, a Administração trata de ajudar, estimular e orientar a iniciativa privada quando esta se mostra insuficiente.

O autor não compartilha do entendimento de Héctor Jorge Escola (1990) de que tal atividade não pode ter como destinatário outro órgão ou ente estatal, ou seja, admite a ação fomentadora de um ente público voltada para outros órgãos ou entes públicos.

No que toca às classes da atividade de fomento, Dromi (1995) também acolhe os critérios eleitos por Jordana de Pozas (1949), quais sejam: atuação sobre a

vontade do particular – *fomentos positivos e negativos* – e vantagens outorgadas aos particulares – *fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos*.

2.5 O pensamento de Ramón Parada

Ramón Parada (2004, p. 20), em sua obra *Derecho administrativo*, ao tratar das formas da atividade administrativa, examina-as por meio de cinco grandes capítulos: 1. atividade administrativa de polícia ou de limitação; 2. *atividade administrativa de fomento*; 3. atividade administrativa prestacional ou de serviço público; 4. atividade administrativa sancionadora; e 5. atividade administrativa arbitral.

Para o ilustre professor de Direito Administrativo, por atividade de fomento se entende “aquela modalidade de intervenção administrativa que consiste em dirigir a ação dos particulares de acordo com os fins de interesse público mediante a outorga de incentivos diversos”, acolhendo, para tanto, as lições de Jordana de Pozas e Martín Retortillo (PARADA, 2004, p. 392).

Relata que o incentivo de atividades privadas é conhecido desde os primeiros tempos da civilização, porém é no período do Absolutismo do século XVIII que esse modo de intervenção é concebido de modo mais consciente como uma modalidade de ação pública, a exemplo do emprego de técnicas incentivadoras econômicas e honoríficas em França pelo ministro Colbert e dos planos de promoção industrial por Fernando VI, tais como as fábricas de seda e de vidro, dentre outras.

No século XIX, a política econômica situa a ação de fomento no centro do intervencionismo administrativo, dando nome ao mais importante ministério, o de Fomento, e com esse mesmo nome se designaram os representantes do governo nas províncias, os subdelegados de fomento, depois denominados governadores civis, a quem, em 1833, dirigirá Javier de Burgos a sua famosa instrução.

Nesse contexto, observa a importância da criação de um sistema ferroviário com as ajudas econômicas do Estado a favor das companhias ferroviárias concessionárias, embora a política de subvenções tenha trazido também a corrupção e falseado a livre concorrência empresarial, o que motivou a reação dos liberais em desqualificar o fomento econômico.

No século XX, as ajudas econômicas se estendem a todos os setores produtivos e se racionalizam com a Lei n. 152/63 (ESPANHA, 1963). O incentivo às empresas, por meio de polos de desenvolvimento, polígonos industriais e zonas de localização preferenciais, prolonga-se até os dias de hoje na Lei n. 27/84 (ESPANHA, 1984). Por sua vez, a atividade incentivadora foi estendida a todos os setores econômicos (agricultura, extração de minérios, construção naval etc.), chegando à cultura (cinema, teatros) e à ação social, por meio das organizações não governamentais (ONGs) que praticamente vivem das subvenções públicas.

Cita inúmeras leis que disciplinam a atividade de fomento e destaca a sua extraordinária significação na atualidade, que coincide com o retrocesso da atividade prestacional. Conclui, ao final da evolução histórica traçada, a legitimidade

dessa forma de intervenção, apontando na Constituição numerosos dispositivos que prestigiam a ação promocional, tais como o dever do Poder Público de fomentar a educação sanitária, a educação física (artigo 43.3), as organizações dos consumidores (artigo 51.2), as sociedades cooperativas (artigo 129.2) etc.

O autor, assim como Baena del Alcázar (1967), Héctor Jorge Escola (1990) e Roberto Dromi (1995), adota a classificação proposta por Jordana de Pozas (1949), ao anotar que o fomento pode consistir em medidas honoríficas, econômicas e jurídicas. Ressalta que, na atualidade, os meios econômicos oferecem maior estímulo do que os honoríficos.

3 A atividade administrativa de fomento na doutrina pátria

3.1 Breves considerações

A atividade administrativa de fomento não é nova no ordenamento jurídico pátrio. Há tempos a Administração Pública exerce-a mediante diplomas legais esparsos, como a outorga de títulos de utilidade pública regulada pela Lei n. 91/35 (BRASIL, 1935) e de benefícios fiscais disciplinados em leis editadas pelos Poderes Legislativos da União, dos Estados e dos municípios ou, ainda, a Lei n. 4.320/64 (BRASIL, 1964), que disciplina a concessão de auxílios e subvenções às entidades privadas sem fins lucrativos.

Entretanto, essa espécie de função administrativa, pelo contexto jurídico, político econômico e social, acabou ofuscada pelas demais funções administrativas, de prestador de serviços públicos, de polícia e do ordenamento econômico-social, ocupando-se a doutrina nacional com estas últimas de forma predominante.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e o processo de redemocratização do país, observa-se o crescimento dos modelos de colaboração entre o Poder Público e os administrados para a consecução dos interesses considerados relevantes para a coletividade.

Nesse cenário de ampliação das relações jurídicas mantidas entre o ente estatal e o particular, ocupam posição de destaque, dada a sua importância, aquelas travadas, no âmbito do domínio social, entre a Administração Pública e as entidades que integram o denominado *Terceiro Setor*, que visam à consecução, em modelos de parceria, dos interesses públicos na área dos direitos sociais.

É justamente nesse contexto, com o inegável desenvolvimento, a partir da década de 1990, das referidas *entidades paraestatais*, fruto da realidade socioeconômica do país, do crescente aumento das demandas sociais e da impossibilidade do Estado de atender a elas integralmente, que se identificam a “redescoberta” da atividade administrativa de fomento, predominantemente no domínio social, e a sua importância como instrumento eficaz para a realização dos já mencionados interesses de relevância social.

Cabe, pois, trazer a lume o pensamento de doutrinadores pátrios que se debruçaram sobre esse instituto.

3.2 O pensamento de Sílvio Luís Ferreira da Rocha

Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003) observou com precisão a redescoberta da atividade administrativa de fomento no Brasil com a reforma do Estado implementada na década de 1990.

Um dos trabalhos pioneiros sobre o tema relativo à Administração Fomentadora, preocupado com a inadequada e imprópria invocação desta como fundamento para legitimar a transferência de bens e serviços de titularidade do Estado a organizações de direito privado sem fins lucrativos, por intermédio de um processo denominado de “publicização”, deixou o eminente professor consignado: “O Estado não poderá, a nosso ver, substituir completamente a prestação de serviços por atividade de fomento, por isto implicar uma renúncia às funções que lhe foram acometidas pelo Texto Constitucional” (ROCHA, 2003, p. 32).

A advertência é de singular procedência, na medida em que a reforma do Estado, iniciada no governo Collor e levada adiante no governo de Fernando Henrique, foi marcada por fortes traços do neoliberalismo, que recorre à desestatização, à privatização e à desregulamentação para reduzir sensivelmente a participação do Estado na atividade econômica e, sobretudo, na prestação de serviços públicos.

Deveras, o denominado plano diretor da reforma do Estado aloca as funções estatais (de governo, administrativa, legislativa e judiciária) em quatro grupos com base em critérios retirados da ciência da administração e não da ciência do direito:

- *Núcleo estratégico*: corresponde às funções dos Poderes Legislativo, Judiciário, Executivo e do Ministério Público. É no núcleo estratégico que as leis e as políticas públicas são definidas.
- *Atividades exclusivas*: correspondem ao grupo de atividades no qual são prestados serviços exclusivos do Estado, que só este pode realizar, como o poder de regulamentar, fiscalizar e fomentar.
- *Serviços não exclusivos*: correspondem ao grupo de atividades que o Estado exerce simultaneamente com outras organizações públicas não estatais e privadas, dada a relevância dessas atividades, via de regra relacionadas a direitos humanos fundamentais, como educação e saúde.
- *Grupo de produção de bens e serviços para o mercado*: corresponde à área de atuação das empresas estatais do segmento produtivo ou do mercado financeiro. É caracterizado pelo desempenho de atividades econômicas pelo Estado que podem ser exercidas normalmente pela iniciativa privada.

A proposta do referido plano contempla, ao lado da propriedade estatal e da propriedade privada, a denominada *propriedade pública não estatal de bens e serviços*, a ser titularizada pelas organizações sem fins lucrativos. Ao setor de serviços não exclusivos de atuação do Estado deve corresponder a propriedade pública não estatal; e, por essa razão, bens e serviços de titularidade do Estado são transferidos a organizações sem fins lucrativos e de direito privado, por intermédio do já citado processo de “publicização”.

No plano normativo, constatam-se os esforços para a implementação desse programa, tendo como exemplo a Emenda Constitucional n. 19/98 (BRASIL, 1998a) e a Lei n. 9.637/98 (BRASIL, 1998b), que criou e disciplinou as organizações sociais (OS), as quais têm sido objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923, que, atualmente, aguarda julgamento na Egrégia Corte Suprema.

Daí por que, de igual modo, afigura-se pertinente a sua observação no sentido de que a atividade de fomento, como espécie de atividade administrativa, deve se submeter ao regime jurídico-administrativo, que no Brasil decorre diretamente da Constituição Federal, devendo ser submetida aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da motivação, da igualdade e da finalidade, dentre outros.

Com efeito, na medida em que, no país, a legislação que rege a atividade administrativa de fomento, mesmo com os novos diplomas legais acerca da matéria, ainda é deficiente, contendo lacunas, omissões e até vícios de inconstitucionalidade, que serão estudados adiante, colaborando para o exercício dessa função em descompasso com os referidos princípios, como a ausência de previsão legal no tocante à exigência de licitação para a escolha das entidades a serem fomentadas pelo Estado, é que se deve adotar uma postura que não se descure das normas constitucionais e da realidade socioeconômica do Brasil.

É dizer, a atividade administrativa de fomento, ainda que autorizada pela Carta Magna, deve ser exercida nos limites impostos pela Lei Maior e pela legislação infraconstitucional, desde que esta última seja compatível com aquela. De modo que não pode o Estado brasileiro, a pretexto de exercer a atividade administrativa de fomento, ter a pretensão de transferir o seu dever constitucional de garantir a efetivação dos direitos sociais albergados na Carta Magna, mediante a transferência da prestação de serviços públicos, executada sob regime de direito público, para entidades privadas, com a respectiva alteração do regime jurídico aplicável, como se pretende com a Lei das Organizações Sociais.

Para ser mais claro: do exame dos dispositivos constitucionais que atribuem à sociedade civil a participação e a colaboração com o Estado para o alcance e a efetivação de direitos sociais considerados de relevante interesse público, vale dizer, que admitem a incidência da atividade administrativa de fomento, não há autorização para a substituição do Poder Público pela iniciativa privada nessas áreas, mas apenas uma atuação complementar desta última.

Daí, as conclusões de Rocha (2003), eminente professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), que invoca as lições de Escola (1990) e Dromi (1995) acerca do conceito da atividade de fomento:

- A atividade administrativa de fomento é uma atividade teleológica, com vistas à satisfação das necessidades coletivas, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, com o propósito de proteger ou promover as atividades dos particulares.

- Essa atividade visa promover ou estimular atividades dos particulares que tendem a favorecer o bem-estar geral. Se a finalidade do bem-estar geral não é detectável com clareza, a atividade de fomento apresenta-se como ilegítima, injustificável e discriminatória.
- Distingue-se da prestação de serviços públicos, haja vista que a satisfação das necessidades coletivas se dá de modo indireto e mediato, ou seja, os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos administrativos, mas por intermédio do agir dos particulares que assim são incentivados pelo Poder Público. Diferencia-se do poder de polícia pela ausência de coação, uma vez que os particulares desenvolvem essas atividades por decisão própria.
- Como espécie da atividade administrativa, está subordinada ao regime jurídico-administrativo e aos princípios que o informam, tais como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, além da motivação, da igualdade e da finalidade, dentre outros.
- O Estado não poderá substituir completamente a prestação de serviços públicos por atividade de fomento, por isso implicar uma renúncia às funções que lhe foram cometidas pelo Texto Constitucional.

3.3 O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 800-804), em seu prestigiado *Curso de direito administrativo*, ensina que a intervenção do Estado no domínio social

[...] tanto se faz pela prestação dos serviços públicos desta natureza (educação, saúde, previdência e assistência social) como pelo fomento da atividade privada mediante trespasse a particulares de recursos a serem aplicados em fins sociais.

Antes, porém, adverte que a Carta Magna, ao disciplinar a ordem social, fixa como objetivo primordial a realização da justiça social, o que autoriza a afirmar que a prioridade “não é a satisfação dos interesses do capital, mas os interesses do trabalho”, apontando, para tanto, inúmeros dispositivos constitucionais nesse sentido, a exemplo do artigo 173 da Lei Maior, que adota como um dos fundamentos da ordem econômica a valorização do trabalho (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 801).

Daí concluir que

[...] a caracterização da ordem econômica e da ordem social nos termos indicados representa simples expressão de alguns dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil que, nesta qualidade, foram apresentados já no pórtico da Constituição; a saber: “construir uma sociedade justa e solidária, ademais de livre” (inciso I), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III), objetivos estes últimos, aliás, repetidos também no precitado art. 170, inciso VII, ao ser indicada a “redução das desigualdades regionais e sociais” entre os princípios da ordem econômica (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 801).

Desse modo, afasta qualquer tentativa de acolher postura neoliberal ou de absenteísmo estatal ante a função do Estado de protagonista necessário da implementação desses bens jurídicos, nos termos da Constituição da República.

Retomando a questão relativa à intervenção do Estado no domínio social, anota o dever do Estado na prestação de serviços de saúde (artigos 196-198), previdência social (artigo 201), educação (artigos 205, 208, 211 e 213) e assistência social (artigos 203 e 204) (BRASIL, 1998). No que toca à atividade de fomento, Bandeira Mello (2008) acolhe a definição do professor Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2003), destacando as contribuições, os auxílios e as subvenções como atividade de fomento direta, além das formas de fomento surgidas com a “reforma administrativa”, as quais são objeto de estudo em apartado.

3.4 O pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006) dedicou um capítulo para tratar do tema fomento público em sua obra *Curso de direito administrativo*. Para Moreira Neto (2006, p. 401), o

[...] Estado contemporâneo não se esgota como garantidor da convivência harmoniosa, como prestador de serviços públicos e como preservador de valores econômicos e culturais. Cabe-lhe, ainda, além dessas funções, já estudadas, estimular a sociedade a desenvolver-se, o que vale dizer, auxiliar cada indivíduo e cada uma de suas multiformes expressões gregárias a utilizar plenamente suas potencialidades, em todas as manifestações da vida humana, proporcionando-lhes o acesso a melhores condições e a todos os instrumentos disponíveis para o progresso.

Entende o eminente professor de Direito Administrativo que a Constituição da República adotou essa diretriz em inúmeros dispositivos constitucionais, embora ainda pouco estudados de forma sistemática em prol da real cidadania. Aponta, entre eles, os princípios fundamentais que

[...] declara[m] o Brasil como um Estado Democrático de Direito, e o erige[m] em instrumento para a construção de uma sociedade independente, livre, justa e solidária, que promova o desenvolvimento nacional, não para a exaltação do próprio Estado, mas para o bem de todos (arts. 1º, 2º e 3º) (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Observa, então, o papel dos legisladores infraconstitucionais dos três níveis federativos no sentido de implementar instrumentos adequados à consecução desses objetivos.

Duas importantes notas são apontadas pelo eminente administrativista. A primeira diz respeito à redescoberta pela doutrina contemporânea da

[...] natureza binada da sanção e, com ela, a fecundidade do conceito de premiação pelo adimplemento de uma norma jurídica, como alternativa construtiva à alternativa da punição pelo inadimplemento, abrindo, desse modo, um imenso campo de aplicação

às sanções premiais no Direito Administrativo, particularmente nas atividades, aqui sob exame, de fomento público (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

A segunda refere-se aos princípios do fomento público como

[...] comando primário da sociedade dirigida ao Estado, organizado por ela para ser o seu instrumento de poder, de modo que, ainda que os poderes públicos fracionários venham a se omitir na instituição legal de estímulos e de incentivos, se lhes está vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, quaisquer daquelas atividades, constitucionalmente especificadas para serem objeto prioritário de fomento público (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Daí definir o fomento público como

[...] 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 (MOREIRA NETO, 2006, p. 401).

Note-se que o autor, na sua conceituação de fomento, admite a incidência da atividade fomentadora destinada a outro ente público, assim como o faz Garrido Falla.

3.5 O pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro

A ilustre professora da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, em seu livro *Parcerias na administração pública* (DI PIETRO, 2006), examina as paulatinas alterações do Direito Administrativo no decurso do tempo, com destaque, principalmente, para uma mudança de ideologia, ou seja, a forma de conceber o Estado e a Administração Pública. São suas as palavras:

Fala-se, em toda parte, em reforma do Estado, em reforma da Constituição, em reforma da Administração Pública. E isto tudo traz princípios novos, institutos novos e, especialmente, traz nova terminologia; muitas vezes são apenas vocábulos novos que surgem para designar fórmulas antigas que voltam impregnadas de nova ideologia. Fala-se em transparência na Administração Pública para designar o velho princípio da publicidade e afastar a atuação sigilosa. Fala-se em privatização para designar a transferência de ações de empresas estatais para o setor privado. Fala-se em parceria entre o poder público e iniciativa privada para designar fórmulas antigas, como a concessão e a permissão de serviços públicos. [...] Ora são institutos velhos que renascem com nova força e sob novo impulso, como a concessão de serviço público; ora são institutos velhos que aparecem com nova roupagem (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Para tanto, retrata a evolução do Estado liberal, passando pelo Estado social, até alcançar o Estado Democrático de Direito, no qual se insere a ideia de Estado sob o prisma do princípio da subsidiariedade, e suas respectivas consequências.

De acordo com a autora, “com o crescimento dos chamados direitos sociais e econômicos, postos perante o Estado, este ampliou desmesuradamente o rol de suas atribuições, adotando diferentes atitudes”, dentre elas, 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.) [...] (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Cita, no tocante ao direito brasileiro, as diversas formas de parceria em que se identifica nitidamente a atividade fomento. No âmbito social, destaca os ajustes com entidades do Terceiro Setor (convênios, termos de parceria, contratos de gestão) e no âmbito econômico ressalta a parceria público-privada.

A atividade administrativa de fomento está relacionada ao princípio da subsidiariedade e à ideia de Estado subsidiário. Este último não se confunde com o Estado mínimo;

[...] neste o Estado só exercia atividades essenciais, deixando tudo o mais para a iniciativa privada, dentro da idéia de liberdade individual que era inerente ao período do Estado Liberal; naquele o Estado exerce as atividades essenciais, típicas do Poder Público, e também as atividades sociais e econômicas que o particular não consiga desempenhar a contento no regime da livre iniciativa e livre competição; além disso, com relação a estas últimas, o Estado deve incentivar a iniciativa privada, auxiliando-a pela atividade de fomento, já referida (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Adota o fomento como uma das espécies de parceria, vocábulo empregado pela eminente professora na referida obra, para designar

[...] todas as formas de sociedade em que, sem formar uma nova pessoa jurídica, são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração entre o poder público e a iniciativa privada nos âmbitos econômico e social, para satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive lucro (DI PIETRO, 2006, p. 19-21).

Daí por que, ao lado do fomento, arrolam ainda a delegação da execução de serviços públicos a particulares e a cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização.

3.6 O pensamento de José Roberto Pimenta Oliveira

José Roberto Pimenta Oliveira (2006), em sua obra *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, dedica um capítulo para examinar a razoabilidade e a atividade promocional ou de fomento. Entende o autor que

[...] para cumprir os objetivos constitucionais inerentes à estruturação do Estado Social e Democrático de Direito, desenhado pela Constituição, não há como a função administrativa restringir-se, na atualidade, ao campo ordenador e sancionatório. Postulou-se da Administração uma crescente e cada vez mais complexa intervenção estatal no domínio social e econômico, formalizada, pela ordem jurídica, com a positivação de dever de prestar serviços públicos, nos diversos campos em que o interesse da coletividade demandava uma presença ativa da atividade administrativa, considerados como atividades materiais vinculadas à existência da própria sociedade, passíveis de fruição direta pelos administrados, fornecidos pela Administração, sob regime de direito público (OLIVEIRA, 2006, p. 513-539).

No entanto, observa o eminente professor que

[...] dada a amplitude das finalidades de interesse público então impostas como de realização irrenunciável e a escassez dos recursos humanos, materiais e institucionais da Administração, esta, ao lado de sua atividade prestacional direta, observou que, sem a utilização de seu poder de império e de seu aparelho administrativo, poderia conduzir diretamente a atividade dos particulares a apoiá-la nesse mister, através da criação de incentivos e estímulos que permitissem a canalização dos esforços privados para a consecução dos objetivos públicos visados pela intervenção estatal. Ganha, então, terreno o fomento público (OLIVEIRA, 2006, p. 513-539).

Após acolher a definição de Fernando Garrido Falla acerca do fomento, citando, ainda, as lições de Juan Alfonso Santamaría Pastor, Bartolomé A. Fiorini e, no direito brasileiro, de Sílvio Luís Ferreira da Rocha, Célia Cunha Mello e Diogo de Figueiredo Moreira Neto, observa que

[...] as relações jurídico-administrativas surgidas sob a égide da técnica promocional são estruturadas a partir da adesão dos administrados à constituição dos referidos vínculos, teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos. Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e prestacional. Assim, a distinção não está no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no *modus operandi*, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado pela lei (OLIVEIRA, 2006, p. 513-539).

Registra que a disciplina veiculada pelas medidas fomentadoras consignam elementos normativos diferenciais que permitem ou viabilizam a conjugação da vontade dos particulares aos desideratos públicos, sendo o marco normativo uma condição necessária, porém não suficiente, para a implementação do fomento, uma vez que, em face da ausência de compulsoriedade, depende da adesão do administrado.

No que toca à variedade tipológica dos instrumentos de fomento administrativo, descreve a classificação doutrinária: sob o prisma da forma de atuação sobre a

vontade dos administrados: fomentos positivos e negativos; sob a ótica das formas de vantagens outorgadas: fomentos honoríficos, psicológicos, jurídicos e econômicos.

No entanto, acolhe as ponderações de Garrido Falla no sentido de que os meios jurídicos não podem ser considerados técnicas fomentadoras em face do *modus operandi*, e que os meios psicológicos não constituem típica manifestação de fomento, embora o objeto de divulgação possa integrar-se à atividade fomentadora.

3.7 O pensamento de Lucas Rocha Furtado

Lucas Rocha Furtado (2007, p. 706) observa que

[...] o exame do processo de formação das democracias modernas deve considerar a existência de duas vertentes: uma relativa à formação do modelo econômico e outra relativa à incorporação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais. O modelo econômico se fundamenta nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; o modelo social e democrático, na realização de princípios relacionados à função social da propriedade, à defesa do consumidor, à defesa do meio ambiente, à redução das desigualdades regionais e sociais, dentre outros. Diante dessas duas vertentes, em função do modelo constitucional vigente no Brasil, podemos chegar a duas conclusões: 1. Os agentes privados não são capazes de alcançar, por seus próprios meios, os objetivos propugnados pelo modelo democrático e social; 2. Somente com a efetiva participação do Estado, atuando em parceria com os agentes privados, é possível conceber políticas que busquem realizar os objetivos e princípios do Estado democrático e social definidos pela Constituição Federal.

Anota que

[...] com a constatação de que o Estado não é mera estrutura de dominação política, mas instrumento para a realização das necessidades da população, especialmente as relativas aos direitos fundamentais, a ele são atribuídos vários objetivos, muitos dos quais coincidentes com os dos agentes privados (FURTADO, 2007, p. 706).

Ressalta, então, que as atividades de polícia e de serviço público não são adequadas nem suficientes para o desempenho da atividade de promoção e orientação dos agentes privados para que estes desenvolvam suas atividades de maneira a que seus benefícios sejam maximizados e aproveitados por toda a sociedade, exigindo o desempenho da atividade fomentadora.

O autor também distingue a atividade administrativa de fomento das atividades administrativas de polícia e prestacional:

A atividade de fomento não se confunde com a de prestação de serviços públicos. Esta se desenvolve quando a Administração Pública põe à disposição da população utilidades públicas. Se dividirmos as atividades em públicas e privadas, constatamos que a prestação de serviço público consiste em uma atividade pública por meio da qual a Administração Pública põe utilidades à disposição da coletividade, mas sem

interferir no funcionamento das atividades privadas. Por meio da atividade de fomento, ao contrário, o Estado busca interferir nas atividades desenvolvidas pelos particulares por meio de estímulos ou de vantagens concedidas.

Quando comparado com a polícia administrativa, o fomento apresenta aspectos em comum, haja vista ambos serem atividades públicas que buscam interferir no desempenho das atividades desenvolvidas pelos agentes privados. Distinguem-se, todavia, na medida em que a atividade de polícia interfere na esfera privada por meio da imposição de limitações, vedações ou condicionamentos ao exercício de direito e de atividades; ao passo que, no desempenho da atividade de fomento, a Administração Pública se utiliza de técnicas de estímulo e de promoção das atividades privadas. A atividade de polícia, ademais, se vale da coação como instrumento básico para a realização dos seus propósitos, o que pressupõe a estrita observância do princípio da legalidade; enquanto os instrumentos de fomento não são impostos, mas simplesmente postos à disposição dos particulares, que podem querer ou não utilizar a ajuda ou os incentivos fornecidos pela Administração Pública (FURTADO, 2007, p. 706).

3.8 O pensamento de Célia Cunha Mello

Célia Cunha Mello (2003, p. 198), na obra *O fomento da administração pública*, com excelente estudo da doutrina estrangeira e nacional sobre o tema, extrai o seguinte conceito do termo fomento: “função administrativa, voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto, atuando com ausência de compulsoriedade para satisfazer indiretamente necessidades públicas”.

Entende a autora que, para a satisfação indireta de necessidades públicas, a Administração Fomentadora poderá conceder vantagens ou incentivos tanto para os particulares como para outros entes públicos, a fim de proteger ou promover o objeto fomentado, alinhando-se, nesse sentido, com Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006) e Garrido Falla.

Mello (2003) traça as seguintes notas distintivas entre a atuação estatal fomentadora e a de polícia:

- A atuação estatal de polícia “previne e reprime” – com a finalidade de manter e restabelecer a ordem e a segurança pública, empregando meios coativos, sempre que necessário –, ao passo que o fomento “promove e protege” – sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais.
- O poder de polícia caracteriza-se pela restrição coercitiva da liberdade e da propriedade individuais; o fomento público, ao contrário, deixa os indivíduos livres para aderirem ou não aos propósitos do Estado, independentemente de qualquer ação coercitiva. No exercício do poder de polícia, o Estado limita o exercício de direitos individuais em benefício do interesse público, ao contrário do que ocorre quando o Estado recorre a medidas de fomento, posto que atua, ao menos formalmente, sem que apareça o menor indício de supremacia estatal.

- As medidas de polícia, diante de expresse permissivo legal ou em casos de manifesta urgência, são dotadas de autoexecutoriedade, enquanto a atividade administrativa de fomento não dispõe de medidas autoexecutórias, uma vez que a relação jurídica de fomento se perfaz com a adesão voluntária do interessado aos propósitos da Administração Pública.
- Por fim, a atividade de polícia se apresenta como “forma unilateral” de intervenção estatal e a de fomento como “forma bilateral”, pois exige a manifestação de vontade do agente fomentado.

No que diz respeito à diferença entre a atividade fomentadora e o serviço público, anota a autora que a Administração Pública presta um serviço público quando realiza diretamente e com seus próprios meios o fim perseguido, ao passo que, ao empregar medidas de fomento, se limita a estimular outrem a prestar, por sua própria vontade, uma atividade determinada, cumprindo indiretamente o fim que a Administração persegue. O fenômeno distintivo reside na titularidade, posto que, em se tratando de serviço público, a lei confere ao ente público competência para prestá-lo, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão (BRASIL, 1988, art. 175).

Por fim, cabe registrar o seu posicionamento no sentido de que o regime jurídico a ser aplicado a cada uma das funções – polícia, serviço público e fomento – deve ser identificado a partir do *modus operandi* e não da finalidade, que determina a forma de atividade estatal. Assim, se o Poder Público empregar técnicas operativas de fomento visando manter a ordem pública, ainda que a finalidade seja de polícia, aplicar-se-ão as regras que instruem a atividade de fomento.

3.9 O pensamento de Marçal Justen Filho

O Professor Marçal Justen Filho (2005) aponta três tipos de função administrativa. São elas: função conformadora ou ordenadora, prestacional e regulatória. As duas primeiras traduzem-se, de modo especial, nos institutos do poder de polícia e do serviço público, respectivamente (JUSTEN FILHO, 2005, p. 559).

No que toca à função administrativa regulatória, Justen Filho (2005, p. 559) observa que esta

[...] é integrada pelos poderes para disciplinar a conduta individual e coletiva, visando especialmente a promover a modificação do comportamento das pessoas, por meio de incentivos ou desincentivos. O vocábulo “regulatória” vem sendo aplicado, de modo especial, para referir a atuação estatal mais recente, em que o atendimento diretamente pelo Estado das necessidades coletivas (função administrativa prestacional) é substituído pela atuação da iniciativa privada. A regulação consiste no conjunto de providências por meio das quais o Estado tenta influenciar a sociedade civil à assunção de encargos de interesse coletivo e à adoção de condutas reputadas conformes a certos valores.

O autor observa ainda que a regulação econômico-social, como opção do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa, não se confunde com o

dirigismo econômico estatal, que consiste na supressão da autonomia empresarial privada, assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico.

3.10 O pensamento de Silvia Faber Torres

Por fim, cabe trazer a lume o pensamento de Silvia Faber Torres (2001), que se propôs a examinar o princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo.

De acordo a autora, o fomento público é, das funções do Estado, aquela mais afeita ao princípio da subsidiariedade. Torres (2001, p. 164-166) destaca que a

[...] doutrina subsidiária não afasta a intervenção administrativa mas impõe sua realização, preferentemente, sob a modalidade de fomento, conferindo, portanto, total prioridade a essa função como alento ao desenvolvimento do indivíduo e da sociedade.

O Estado já não monopoliza o processo de realização das necessidades de interesse geral, mas o dirige e, sobretudo, o incita, imprimindo, com essa missão, mobilidade à sociedade, à liberdade social e à iniciativa privada, sem absorvê-los, por um lado, e sem abdicar de suas competências, por outro.

Por meio da ação persuasiva e instigadora estatal, a Administração persegue finalidades públicas de emprego da coação e sem realização de prestações públicas, promovendo a atividade dos administrados que satisfazem necessidades públicas ou consideradas de interesse geral. Está em consonância com a administração consensual, por não exigir a compulsoriedade, e subsidiária, por não substituir os administrados nas responsabilidades que lhe são próprias.

Relativamente aos meios de fomento, Torres (2001) cita os meios financeiros, honoríficos e psicológicos, embora reconheça a diversidade de formas que se pode revestir tal atividade, tendo a flexibilidade como a sua característica precípua, cabendo ao legislador aquele mais idôneo para realizar-se a atividade em uma dada circunstância.

4 Conclusão

A par do exame dos doutrinadores estrangeiros e pátrios que se debruçaram sobre o tema da atividade administrativa de fomento, podem ser assentados os seguintes pontos convergentes e divergentes. No que diz respeito aos primeiros, podem-se assentar as seguintes características do instituto:

- A atividade administrativa de fomento é uma atividade teleológica, com vistas à satisfação das necessidades coletivas, sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos, com o propósito de proteger ou promover as atividades dos particulares.
- Distingue-se da prestação de serviços públicos, haja vista que a satisfação das necessidades coletivas se dá de modo indireto e mediato, ou seja, os fins não são alcançados por meio de um agir próprio dos órgãos admi-

nistrativos, mas por intermédio do agir dos particulares, que assim são incentivados pelo Poder Público.

- Diferencia-se do poder de polícia pela ausência de coação, uma vez que os particulares desenvolvem essas atividades por decisão própria. A atuação estatal de polícia “previne e reprime” com a finalidade de manter e restabelecer a ordem e a segurança pública, empregando meios coativos, sempre que necessário, ao passo que o fomento “promove e protege” sem fazer uso da coação, utilizando meios persuasivos e promocionais.

Relativamente aos pontos divergentes, identificam-se ao menos dois aspectos que merecem destaque. São eles: os destinatários da atividade fomentadora e a sua classificação. Confira-se:

- Jordana de Pozas (1949) e Héctor Jorge Escola (1990) não admitem uma atividade administrativa de fomento voltada a outros órgãos ou entes administrativos, sob o fundamento de que, estando delimitada a atividade destes por normas de competência, cujo exercício e observância constituem não apenas uma atribuição, mas também um dever, não se poderia admitir, doutrinariamente, o fomento. Tratar-se-ia de uma coparticipação interadministrativa para a obtenção de finalidades comuns. Por seu turno, em sentido oposto, na doutrina espanhola, Roberto Dromi (1995) e Garrido Falla, e, na doutrina pátria, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2006) e Célia Cunha Mello (2003) admitem a possibilidade de tal atividade ter como destinatário outro órgão ou ente estatal, ou seja, admitem a ação fomentadora de um ente público voltada para outros órgãos ou entes públicos.
- Também é possível identificar divergência doutrinária no tocante às classes da atividade de fomento, com base nos critérios eleitos por Jordana de Pozas (1949), quais sejam: atuação sobre a vontade do particular – *fomentos positivos e negativos* – e vantagens outorgadas aos particulares – *fomentos honoríficos, econômicos e jurídicos*. Garrido Falla, por exemplo, tece críticas no tocante ao fomento jurídico, no que é acompanhado por José Roberto Pimenta Oliveira (2006). Ambos compartilham ainda o entendimento de que o fomento psicológico proposto por Pellise não constitui típica manifestação dessa espécie de atividade administrativa.

THE CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE ACTIVITY PROMOTION

Abstract: This presente work has the purpose of proposing reflections for the outlining of the public foment from the examination of the construction of the concept the administrative activity of foment. The choice of the theme could be justified by the following reasons: 1. the contemplation of the fertile field by the Magna Carta for the development

of said administrative function; and 2. the lacuna in the field of juridical science, seeing the attention given by the scientists of the constitutional law to said theme is still shy. To reach the established objectives set initially were permanently housed foreign concepts developed by scholars and by authors patriotic. In possession all these elements were seated divergent and convergent points, and their conclusions.

Keywords: administrative activity; foment; State.

Referências

- ALCÁZAR, M. B. del. Sobre el concepto de fomento. 1967. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1967_054_043.PDF>. Acesso em: 21 fev. 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. Lei Federal n. 91, de 28 de agosto de 1935.
- _____. Lei Federal n. 4.320, de 17 de março de 1964.
- _____. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988.
- _____. Emenda Constitucional n. 19, de 4 de junho de 1998a.
- _____. Lei Federal n. 9.637, de 15 de maio de 1998b.
- DELACROIX, J. M. B. Actividad administrativa de fomento, concepto. In: AROZTEGUI, C. I. et al. *Regimen administrativo de la actividad privada*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 1990.
- DI PIETRO, M. S. Z. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DROMI, R. *Derecho administrativo*. 4. ed. Buenos Aires: Actualizada, 1995.
- ESCOLA, H. J. *Compendio de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990. v. II.
- ESPANHA. Lei n. 152, de 2 de dezembro de 1963.
- _____. Lei n. 27, de 1984.
- FARIA, E. F. de. *Curso de direito administrativo positivo*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- FURTADO, L. R. *Curso de direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- JORDANA DE POZAS, L. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. 1949. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_048_040.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2008.
- JUSTEN FILHO, M. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MELLO, C. C. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MOREIRA NETO, D. de F. Organizações sociais de colaboração (descentralização social e administração pública não-estatal). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 210, out./dez. 1997.
- _____. *Curso de direito administrativo*. Parte introdutória. Parte geral. Parte especial. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- OLIVEIRA, J. R. P. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PALASÍ, J. L. V. Las técnicas administrativas del fomento y del apoyo al precio político. 1954. Disponível em: <http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1954_014_011.PDF>. Acesso em: 3 mar. 2008.

PARADA, R. *Derecho administrativo I – Parte geral*. 15. ed. Madrid, Barcelona: Marcial Pons Ediciones Jurídicas Y Sociales, 2004.

ROCHA, S. L. F. da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

TORRES, S. F. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. São Paulo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.