

A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO: DEBATENDO AS POSSIBILIDADES DE CONTROLE

Albano Busato Teixeira¹

Caroline Müller Bitencourt²

Resumo: O presente artigo propõe demonstrar a necessidade de superar a dicotomia clássica entre ato vinculado e ato discricionário, a fim de propiciar a controlabilidade da atividade administrativa de fomento. A superação deste paradigma pela teoria dos diferentes graus de vinculação à juridicidade, bem como a submissão ao regime jurídico administrativo propiciam um fértil campo teórico para propiciar um efetivo controle social nas atividades de fomento quando prestadas pela Administração Pública. Para chegar a tal conclusão, expõe-se, em um primeiro momento, a necessidade de superação da clássica concepção dicotômica dos atos discricionários e vinculados. Posteriormente é abordada a compreensão de que toda atividade administrativa deve estar sujeita a mecanismos de controle, em um Estado Democrático de Direito, com ênfase no controle social. Por fim, expõe-se as características dogmáticas da atividade administrativa de fomento, como ato discricionário, vinculado ao regime jurídico administrativo sujeito a mecanismos de controle, inclusive o social. A problemática de pesquisa busca responder o seguinte questionamento: O fomento, como atividade

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Processual Civil pela IMED. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogado.

² Pós Doutora pela PUC Paraná (2019). Doutora em Direito (2012). Mestre em Direito (2009). Professora da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculada ao PPGD em Direito-Mestrado e Doutorado-UNISC.

administrativa, deve ser sujeitado a mecanismos de controle? O método utilizado é o dedutivo e o método de procedimento é o bibliográfico. Confirma-se que o fomento, como atividade administrativa, deve ser sujeitado a mecanismos de controle.

Palavras-Chave: Atividade administrativa de fomento. Ato discricionário. Controle. Regime jurídico administrativo.

THE ADMINISTRATIVE ACTIVITY OF FOMENTATION: DEBATING THE CONTROL POSSIBILITIES

Abstract: This article proposes to demonstrate the need to overcome the classic dichotomy between a linked act and a discretionary act, in order to provide the controllability of the administrative activity of fomentation. The overcoming of this paradigm by the theory of the different degrees of binding to the legality, as well as the submission to the administrative legal regime provide a fertile theoretical field to provide an effective social control in fomentation activities when provided by the Public Administration. To reach this conclusion, the need to overcome the classic dichotomous conception of discretionary and linked acts is exposed, at first. Subsequently, it is addressed the understanding that all administrative activity must be subject to control mechanisms, in a Democratic State of Law, with an emphasis on social control. The research problem seeks to answer the following question: Should promotion, as an administrative activity, be subject to control mechanisms? The method used is the deductive and the method of procedure is the bibliographic. It is confirmed that the promotion, as an administrative activity, must be subject to control mechanisms.

Keywords: Administrative fomentation activity. Administrative legal regime. Control. Discretionary act.

INTRODUÇÃO



atividade administrativa de fomento, merece maior atenção dos pesquisadores, pois no Brasil, a pesquisa do Direito Administrativo focou-se na produção intelectual com relação aos temas do serviço público e o poder de polícia. O fomento, como um meio de intervenção na ordem econômica, pode ser um importante instrumento para o desenvolvimento e para a realização de interesses públicos, ao lançar-se de incentivos públicos para entidades privadas.

A problemática de pesquisa busca responder o seguinte questionamento: O fomento, como atividade administrativa, deve ser submetido a mecanismos de controle? Para responder tal pergunta o método utilizado é dedutivo e o método de procedimento é o bibliográfico.

Conforme será demonstrado no desenvolvimento deste artigo, tal atividade da administração pública vem sendo enquadrada dogmaticamente como ato discricionário, o que dificulta muito a ação de qualquer atividade de controle sobre seus atos.

Em um primeiro momento o presente ensaio será focado em demonstrar a necessidade de se superar o paradigma da divisão clássica entre atos vinculados e atos discricionários. Após, vislumbrando a possibilidade da superação deste paradigma, será exposto que todos os atos administrativos estão sujeitos a um determinado grau de juridicidade e conseqüentemente, sujeitos a mecanismos de controle em diferentes graus de intensidade.

Num segundo momento, o trabalho traz bases teóricas sobre o controle das atividades administrativas como pressuposto de um Estado Democrático de Direito, expondo que qualquer atividade da Administração Pública, independentemente da sua classificação dogmática, deve estar sujeita a mecanismos de controle

No terceiro item, se traz uma conceituação para a atividade administrativa de fomento, demonstrando que na concepção clássica conceitua-se como ato discricionário, contudo, reforça-se a ideia da consolabilidade destes atos administrativos, pois além de estarem sujeitos a um determinado grau de juridicidade, também estão sujeitos ao regime jurídico administrativo, que pressupõe a aplicabilidade de mecanismos de controles em seus atos.

A conclusão é de que o fomento, como atividade administrativa discricionária, é sujeito ao regime jurídico administrativo e consequentemente a mecanismos de controle, pois os atos discricionários também possuem critérios de juridicidade a serem observados.

ATO VINCULADO VERSUS ATO DISCRICIONÁRIO E A TEORIA DOS DIFERENTES GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

A Administração Pública, para exercer o seu múnus, dispõe de um arcabouço de mecanismos, sendo que os seus atos são classicamente divididos entre vinculados ou discricionários, paradigma que se pretende vencer ao longo desta exposição.

Quando se trata de Administração Pública, é bom sempre lembrar do conceito clássico do princípio da legalidade que é assim descrito por Hely Lopes Meireles: “Na Administração não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, 1995, p. 82-83).

Entretanto, a Administração Pública não é tão complexa que não pode ser reduzida à simples aplicação da lei, sabe-se que existem amplos espaços de discricionariedade deixados pelo legislador que podem ser preenchidos pelo administrador, o que por si só já evidencia o comprometimento da visão que a

Administração Pública apenas aplica a vontade prevista pelo legislador, sem qualquer ação por vontade própria (BINENBOJM, 2014, p. 34).

A Administração Pública para desempenhar as suas funções dispõe de poderes que lhe asseguram uma posição de supremacia sobre o particular, para que possa atingir os seus fins, encontrando como postulado básico o princípio da legalidade que visa impedir arbitrariedades e abusos, em outras palavras, os poderes da Administração Pública são regrados por um sistema jurídico, contudo, esse regramento pode atingir diversos aspectos, podendo se tratar de poder vinculado ou discricionário (DI PIETRO, 2014, p. 221).

Antes de buscarmos a distinção clássica entre atos vinculados e atos discricionários se mostra necessário expor o conceito de ato administrativo e os seus elementos, mesmo que de forma breve.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto assim descreve ato administrativo: [...] a manifestação de vontade da administração pública que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes” (2014, p. 150).

Os elementos do ato administrativo são cinco: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A competência é o elemento caracterizador do sujeito ativo, que determina a capacidade do agente. A finalidade está imbricada com a ideia de legitimidade, ou seja, o ato será legítimo se obedecer à destinação já prevista em lei ao definir um determinado interesse público.

A forma é entendida como a exteriorização material do ato administrativo, pela qual a vontade manifestada é expressada e assim permanece e se comprova juridicamente. O motivo é o que possibilita visualizar a intenção do ato. O objeto é o que exprime a eficácia jurídica do ato, é o resultado que o ato visa, que será a constituição, declaração, confirmação, alteração ou

desconstituição de uma relação jurídica (MOREIRA NETO, 2014, p. 151-155).

A breve demonstração de cada elemento do ato administrativo se mostra pertinente para o presente trabalho, pois será demonstrando, nas próximas linhas que a controlabilidade dos atos administrativos discricionários vem sendo aceita pelos Tribunais brasileiros e pela doutrina, contudo, limita-se em muitos casos aos três primeiros elementos (que são compreendidos como atos vinculados), não sendo possível a consolabilidade dos dois últimos elementos (que são compreendidos como atos discricionários).

A distinção clássica entre atos vinculados e atos discricionários reza na seguinte ideia: nos atos vinculados há requisitos e condições preestabelecidos em lei, deixando para o órgão da Administração nenhuma liberdade de decisão, sendo que por sua vez, os atos discricionários, são concebidos como atos em que a Administração possui liberdade para escolher seu conteúdo, destinatário, oportunidade, conveniência, bem como o modo de sua realização (MEIRELLES, 1995, p.143).

Discricionariedade tem origem no Estado europeu antigo compreendido nos séculos XVI a XVIII e era compreendida como a expressão do próprio absolutismo. Somente após o século XIX, com a noção de Estado de direito é que se passou a ideia de imposição de limites jurídicos às atividades dos órgãos estatais. Mesmo com a necessidade de balizamentos jurídicos nos atos discricionários, esta compreensão de alguns atos administrativos continuava a ser considerada imprescindível para a eficiência da Administração Pública.

Assim, tendo em vista que a normatização de forma exaustiva sempre foi exceção, bem como dentro dos espaços de liberdade deixados pelo legislador não havia a possibilidade de qualquer tipo de controle, conclui-se que a sujeição da Administração Pública à lei era mínima nesta época (BINENBOJM, 2014, p. 207-209).

Esta liberdade que é conferida pelo legislador ao Administrador decorre do fato de que este está mais próximo da realidade social, assim, no desempenho de suas competências o Administrador deve saber o que é melhor para o interesse da coletividade, por este motivo, a lei confere-lhe poder para escolher a alternativa que melhor irá atender o interesse público (FARIA, 2007, p. 286).

A concepção clássica do ato vinculado é pautada na premissa de ausência de liberdade de escolha por parte da Administração Pública, já os atos discricionários são concebidos numa ideia de ampla liberdade pelo Administrador. Contudo, como será visto, a superação desta concepção dogmática deve ser superada, a fim de propiciar ampla possibilidade de controle a todos os atos da administração pública, conforme preconiza os ideais da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Sobre a temática da distinção dos cinco elementos do ato administrativo, parte da doutrina expõe que considerando analiticamente apenas três dos cinco elementos são necessariamente vinculados (a competência, a finalidade e a forma), e um ou dois deles, são considerados discricionários (o motivo e o objeto), em que pese a doutrina moderna insistir que na prática, não há puramente estas espécies de atos, ou seja, na verdade, há atos que são mais vinculados que outros e atos que são mais discricionários. Tal ideia guarda congruência na ideia de flexibilização como ideal da Administração Pública, o que sob critério da juridicidade faz muito sentido, pois serial apenas uma classificação gradativa das escolhas públicas. (MOREIRA NETO, 2014, p. 162).

Para parte da doutrina, os atos discricionários apenas são parte vinculados e parte discricionários, sendo que são vinculados nos elementos da competência, finalidade e forma e são discricionários no motivo e objeto. Em que pese tal ideia parecer ser uma evolução da concepção dicotômica clássica, ainda se mostra necessária uma evolução na compreensão desta temática.

Este paradigma concebido acima está em vias de ser superado, tendo em vista a necessidade de revisão da noção de atos administrativos discricionários não como um campo de escolhas totalmente subjetivas, mas sim de fundamentação dos atos e das políticas públicas adotadas dentro de parâmetros constitucionais e legais (BINENBOJM, 2014, p. 39).

A juridicização da discricionariedade administrava sucede-se em quatro etapas: a) a teoria dos elementos do ato, possibilitando a controlabilidade dos elementos vinculados do ato discricionário; b) o desenvolvimento de teorias de controle com base em parâmetros implícitos na lei; c) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e; d) a ideia da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2014, p. 211).

Não se pode mais defender uma efetiva existência de uma dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, deve-se abrir espaço para um novo paradigma que compreende diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade, pois a discricionariedade não pode ser compreendida como um campo de liberdade decisória avessa ao direito e consequentemente ao controle jurisdicional (BINENBOJM, 2014, p. 39).

O que se defende neste ensaio é a posição de que efetivamente deve-se vencer a ideia dicotômica entre ato vinculado e ato discricionário sendo que nenhum ato é puramente discricionário ou puramente vinculado, há apenas diferentes graus de vinculação à juridicidade, sendo que toda e qualquer atividade da administração pública deve ser traçada a partir dos ideais constitucionais, especialmente baseado no sistema de direitos fundamentais e normas do sistema democrático (BINENBOJM, 2014, p. 38).

Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independentemente ou

para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro na ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2014, p. 38).

Portanto, não se pretende tornar toda a atividade jurídica da Administração Pública vinculada a regras estritas, mas sim estabelecer parâmetros constitucionais de aplicação de atos considerados discricionários, estreitando a margem de legitimação destes atos, sempre com base nos direitos fundamentais e bases do Estado democrático de direito.

Pretende-se expor no próximo item bases teóricas que permitam concluir que toda e qualquer atividade da Administração Pública está sujeita à juridicidade, logo, esta atividade deve sempre estar sujeita a mecanismos de controle.

FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA A POSSIBILIDADE DE CONTROLE SOCIAL EM QUAISQUER ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como visto no item anterior, o paradigma entre ato vinculado e discricionário está em vias de ser ultrapassado, permitindo a compreensão de que toda e qualquer atividade da Administração Pública está vinculada à juridicidade. Se pretende expor nos próximos parágrafos bases teóricas que permitam concluir a possibilidade do exercício do controle social em atividades antes reconhecidas como discricionárias.

A partir do século XVIII as atividades da Administração Pública passam a ser objeto de controle. Para desenvolver as atividades de gestão da coisa pública surgem procedimentos e mecanismos de operacionalização regulados por regras, nesse sentido, se sustenta que a atividade de administrar os interesses públicos somente nasceu com o Estado de Direito que: a) visa evitar e conter o abuso do poder; b) regula a conduta do Estado para

mantê-lo afivelado às disposições legais (LEAL, 2006, p. 37-38).

A democracia realiza-se por meio da Constituição com base na função de legitimação e na função de controle. A função de legitimação destaca que a soberania popular é a única maneira de fundamentar as decisões tomadas pelo poder público, por outro lado, a função de controle tem como característica a criação de amparos para práticas de desvio do poder dos administradores da coisa pública (PEREIRA, 2010, p. 221).

A formação do Estado de Direito e a separação dos poderes veio acompanhado da ideia de controle da Administração Pública, sendo que este controle é compreendido pelo conjunto de mecanismos que propiciam a vigilância, a orientação e a correção da atuação da Administração Pública. A vigilância e a fiscalização da atuação dos gestores públicos, por sua vez a orientação consiste direcionar a atuação da administração da coisa pública nas conformidades do ordenamento jurídico e, por fim, a correção envolve a revisão de condutas que não estejam de acordo com os princípios e do ordenamento jurídico. O controle pode ser compreendido como interno e externo, sendo que o primeiro possui relação com a autotutela administrativa, ou seja, pode ser feito pela própria Administração Pública, já o controle externo, via de regra é exercido pelos outros poderes (MAXIMINIANO; NOHARA, 2017, p. 221).

Se o agente que realiza a fiscalização da decisão pública é o próprio poder público, trata-se de controle administrativo ou jurisdicional, mas não de controle social, ou seja, para que esteja diante de controle social, deve haver, necessariamente, a participação de um ator que não seja integrante do poder público (BITENCOURT; BEBER, 2015, p. 245-246).

O controle popular, também conhecido como controle social, é decorrência da própria democracia, pois todo poder emana do povo, que pode exercê-lo diretamente ou por seus representantes (MAXIMINIANO; NOHARA, 2017, p. 228).

A expressão controle social pode ser aplicada de duas maneiras, a primeira, na compreensão de que o controle social é levado em conta como o controle que alguma autoridade, ou um líder do governo, exerce sobre o tecido social, e a segunda, na qual se compreende o controle social como o poder que o tecido social exerce sobre o poder público (BITENCOURT; BEBER, 2015, p. 2016). As classificações expostas são semanticamente opostas, sendo que para o presente trabalho será focado em abordar a segunda hipótese, qual seja, o controle que a sociedade exerce sobre o Estado.

É importante salientar que a participação social e o controle social são muitas vezes confundidos, embora o controle social necessite da participação social, são conceitos que se diferem. Assim, depreende-se que o controle social prescinde de uma decisão da Administração Pública já constituída, sobre a qual poderá incidir, ou não, uma nova decisão. Por sua vez, a participação social diferencia-se do controle judicial, pois no controle a decisão ainda não foi formada, e na participação já houve uma decisão, na a qual a sociedade poderá exercer a possibilidade de modificação (BITENCOURT; BEBER, 2015, p. 246). “Salienta-se que o controle social é elemento vinculado ao direito político de cidadania. [...]. Não se pode veicular controle social, sem participação social o que requer um processo democrático, onde a pluralidade é condição fundamental” (STEDILE; FERRI; OLIVEIRA, 2017, p. 66).

Da afirmação acima justifica-se a importância do tema abordado e da necessidade da efetivação da participação e do controle social nas atividades da Administração Pública, inclusive na atividade administrativa de fomento, pois somente com participação social fortemente sustentada, o controle social pode ser garantido, e somente com a possibilidade de um amplo controle social, as bases do Estado Democrático de Direito estarão sendo respeitadas.

O controle, na perspectiva pragmático-sistêmica,

consiste na substituição de uma decisão por outra, sendo que no sistema jurídico encontram-se diversas decisões interconectadas, que formam a autopoieses do sistema. As estruturas (regimes jurídicos, autoridades, órgãos) que se encontram dentro do sistema jurídico são especializadas em revisar as suas decisões e possuem a possibilidade de substituir uma decisão por outra (BI-TENCOURT; RECK, 2017, p. 130).

Controlar significa promover a juridicamente o que foi estabelecido no ato constituinte, pois a constituição é o local da razão, estabilidade e segurança. A constituição é, portanto, a guardiã de um estado idealizado com liberdade e autonomia diante de um quadro político instável e ameaçador, sendo que a fonte desta compreensão se encontra no contexto do surgimento do constitucionalismo moderno, em outras palavras, encontra-se na passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito. Trata-se, portanto, de um objeto de controle do poder do Estado (PEREIRA, 2010, p. 37-41). O administrador público deve ter como centro de referência normativa e constitucional que é condição de validade para sua própria existência e agir, estar veiculado por meio de procedimentos e processos democráticos (LEAL, 2013, p.55).

Os controles, com relação a sua iniciativa, podem ser elencados como popular não-institucionalizado, popular institucionalizado, administrativo e judicial. O primeiro trata do controle exercício por uma pessoa que não encontra dever institucionalizado de colaborar com a Administração Pública, podendo ser exercido pelo direito de ação ou petição. O segundo trata do controle exercício por uma pessoa que não faz parte da Administração Pública, contudo, está em um espaço formal de controle, como por exemplo os conselhos. O terceiro é realizado por mecanismos administrativos, tais como o controle interno ou externo. O quarto é exercido por meio de órgãos especializados na guarda de direito difusos e coletivos, tais como Ministério Público por meio do ajuizamento de ações judiciais de controle

(BITENCOURT; RECK, 2017, p. 139-140).

Rodolfo Viana Pereira classifica os tipos de controle em quatro formas: a) quanto à natureza; b) quanto aos agentes; c) quanto ao momento; e d) quanto aos efeitos. O primeiro encontra a divisão clássica, entre institucionalizado e não institucionalizado, sendo que a classificação tradicional traz a subdivisão em controles jurídicos, políticos e sociais, importante ressaltar que tal classificação merece uma crítica, eis que todo tipo de controle necessita de uma institucionalização para a sua aplicação efetiva; a tipologia mais adequada, sustentada pelo autor, nesta primeira divisão é a que se refere de controles de natureza objetiva de um lado e controles de caráter subjetivo e de exercício voluntário. O segundo tipo deve ser os mais diversos possíveis, sendo que alguns encontram um imperativo funcional (Ministério Público, Partidos Políticos, comissões parlamentares) e outros fora da esfera institucional, mesmo de forma precária, tais como associações civis, entidades de classe e sindicatos.

O terceiro tipo pode ser subdividido em prévios, concomitantes ou posteriores, sendo que os prévios ocorrem nos estágios preparatórios da atividade principal e possibilitam que o controle tenha oportunidade de influir antes das decisões serem tomadas; o controle concomitante ocorre em tempo real e de forma simultânea a atividade controlada e; por fim, o controle posterior ocorre após a constatação de irregularidades. O quarto e último tipo são divididos em constritivos e promotores, sendo que os constritivos visam corrigir alguma ação, visando a sua paralisação e limitação, já o controle promotor, visa a corrigir situações de omissão, casos de negligência (2010, p. 237-242).

A ideia fundamental da legitimidade democrática é de que o poder estatal deve surgir de decisões dos membros da sociedade, sendo que a legitimidade das decisões somente surge após discussões dos membros da sociedade. Contudo, existem questões de difícil consenso, especialmente quando não existe moral ou religião compartilhada por uma sociedade. Cohen

propõe que devemos compreender que em uma sociedade democrática os cidadãos devem ser compreendidos como livres e iguais, que possuem concepções de valor distintas e incompatíveis, cada uma razoável, o autor chama este fenômeno de pluralismo razoável. O pluralismo razoável pode ser entendido como uma divergência persistente de valores da escolha e autodeterminação sobre diversos assuntos, sendo exatamente isso este fato que permite conceber os cidadãos como pessoas livres e aptas para participar na discussão em torno de como será exercido o poder (COHEN, 2007).

Para Habermas, “[...] a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação [...]” (2003, p. 09). A opinião pública, quando transformada em poder comunicativo, por meio de processos democráticos, pode de certa forma direcionar o uso do poder administrativo (HABERMAS, 2003, p.23).

Contudo, as fontes de participação para comunicações políticas são usualmente escassas, sendo que a teoria social do pluralismo parte do pressuposto de que todos os atores possuem condições iguais de influenciar os processos de decisão relevantes (HABERMAS, 2003, p. 54 - 59).

De igual forma, há necessidade de se existir um mínimo de condições objetivas e subjetivas dos interlocutores, para que as falas não sejam coatas, por questões tais como a insuficiência de formação ou discernimento ao cidadão comum, associado com o grau elevado de burocracia e profissionalismo da Administração Pública (LEAL, 2006, p. 63).

É óbvio que a ausência de igualdade material no âmbito não só do acesso da informação e dos instrumentos de participação, mas também das condições de operar com estes dados (cidadãos que não têm condições cognitivas, intelectuais, de saúde, alimentares, de discernimento para participar efetivamente do debate público e sobre ele manifestar sua vontade autônoma), gera relações interlocutivas coatas, configuradas por

monólogos autoritários e manipuladores (LEAL, 2011, p.36).

Em alguns momentos a sociedade civil pode ter opiniões públicas próprias a ponto de obrigar o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. (HABERMAS, 2003, p.107). Daí a importância da ampliação da participação social efetiva.

Assim, para que a participação social efetiva, a linguagem e o acesso à informação, especialmente no âmbito da atividade administrativa de fomento, que é o objeto desse trabalho, deve ser facilitado para evitar a comunicação coartada, que pode ser compreendida como um entrave para o efetivo exercício do controle social.

O FOMENTO COMO ATO DISCRICIONÁRIO SUJEITO AO REGIME DE DIREITO ADMINISTRATIVO E DE CONTROLE

A atividade administrativa de fomento é um ato administrativo que dentro da concepção dicotômica entre ato vinculado e discricionário, é considerado como ato discricionário, portanto, tem a possibilidade de controle mitigada. Contudo, tal premissa deve ser revista, pois conforme visto no primeiro item, independentemente da classificação adotada, todo e qualquer ato administrativo está sujeito à juridicidade e consequentemente a mecanismos de controle.

O fomento pode ser definido como uma atuação administrativa na qual o Estado promove, incentiva ou induz a iniciativa privada a exercer atividades de interesse público, sempre voltada para a concretização de direitos fundamentais dirigida para a busca do desenvolvimento nacional sustentável (SCHIER, 2019, p.141).

Rafael Valim, por sua vez, classifica a atividade de fomento como “a transferência de bens e direitos em favor de particulares, sem contraprestação ou com contraprestação em condições facilitadas, em ordem à satisfação direta ou indireta de

interesses públicos” (p.56, 2015).

Floriano de Azevedo Marques Neto define fomento como “atividade estatal de incentivo positivo ou negativo a outra atividade desenvolvida por um ou vários particulares, de forma a condicionar o comportamento privado” (2010, p. 58).

O fomento por ser concebido dogmaticamente como um exercício da função administrativa, não pode ser visto como uma liberalidade, pois em qualquer atividade pública deve ser dotada do interesse público, logo não pode ser entregue à vontade do administrador, especialmente pelo reconhecimento do princípio da indisponibilidade do interesse público como uma das bases do Direito Administrativo (VALIM, 2015).

Com base nos conceitos acima descritos, pode-se afirmar que a atividade administrativa de fomento é uma função administrativa que visa promover, por meio de mecanismos de indução, comportamentos da iniciativa privada, que visem exercer atividades de interesse público e que promovam a concretização de direitos fundamentais, podendo para tanto, transferir bens e direitos, com ou sem contraprestação.

Ainda, diante do exposto, pode-se afirmar que o a atividade administrativa de fomento não decorre de uma liberalidade da Administração Pública, ou seja, em que pese ser classificada dogmaticamente como ato discricionário, a atividade está adstrita ao princípio da indisponibilidade e dos princípios norteadores do Estado social democrático de direito, estando, portanto, vinculada sempre à satisfação de interesses públicos previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Os limites, fundamentos e objetivos do fomento estão positivados no art. 170 da Constituição Federal do Brasil de 1988. O fomento tem como base a efetivação da ordem econômica, em conjunto com os fins coletivos das políticas públicas, assim, a efetivação destes objetivos, é claramente o fim a ser perseguido pela a atividade de fomento, nesse sentido, a atividade de fomento somente é justificada para o alcance do

interesse público (MARQUES NETO, 2014, p. 408-409).

A Administração Pública desempenha as atividades de serviço público, polícia administrativa e o serviço público, sendo que alguns doutrinadores acrescentam a intervenção como quarta modalidade e outros a compreendem como uma forma de fomento (DI PIETRO, 2014, p. 55).

A atividade administrativa de fomento em que pese ser considerada atividade administrativa, não pode ser confundida com serviço público e nem com o poder de polícia. A atividade de fomento se diferencia do poder de polícia, pois no fomento o poder público não exerce nenhum tipo de coerção, além disso, a atividade de fomento também se diferencia do serviço público, pois no fomento o Estado não realiza nenhuma atividade prestacional (SCHIER, 2019, p.141).

A consensualidade é uma importante característica para diferenciar o fomento e o poder de polícia, sendo a principal diferença a contraposição entre consensualidade e coercitividade, pois a função do poder de polícia incide de forma coercitiva para todos que se enquadrem em uma determinada situação, por outro lado, quando se trata de atividade de fomento a submissão do administrado é sempre mediante uma medida consensual. No que tange a diferenciação entre fomento e serviço público, em que pese haver convergência de objetivos, as funções são diferenciadas principalmente pela titularidade da atividade, que no caso do serviço público pertence ao Estado (MARQUES NETO, 2014, p. 424-426).

Entretanto, é importante registrar que a doutrina do direito administrativo brasileiro não se ocupou de forma profunda em sistematizar as atividades administrativas, podendo inclusive classificar até oito diferentes atividades: a) serviço público; b) atividade de polícia administrativa; c) atividade ablatória; d) atividade sancionatória; e) atividade econômica; f) atividade de gestão dos bens públicos; g) atividade verificadora; h) atividade de fomento (VALIM, 2015).

A atividade de *serviço público* oferece comodidades e utilidades, próprias do Estado, que podem ser fruídas de forma singular pelos cidadãos e podem ser prestada diretamente pelo Estado ou de forma patrocinada. A atividade de *polícia administrativa* compreende limitações impostas pela Administração Pública à liberdade e à propriedade. A *atividade administrativa ablatória* enquadram-se técnicas de sacrifícios de direitos, tais como as desapropriações, tombamento entre outros.

A *atividade sancionatória* é conceituada como ações da Administração Pública preordenadas visando a apuração de infrações e conseqüentemente a aplicação de sanções, pressupondo, neste caso um ilícito administrativo. A *atividade econômica* é quando o Estado participa diretamente no domínio econômico, seja participando ou absorvendo o mercado, por meio de empresas públicas ou sociedades de economia mista. A *atividade de gestão de bens públicos* é toda atividade voltada para a alienação, utilização e aquisição de bens do domínio público.

Na *atividade verificadora*, enquadram-se os atos notariais e de registro, trata-se de atividade voltada à apuração ou documentação de uma situação de direito ou de fato. Por fim, a *atividade de fomento*, refere-se às técnicas de transferências de bens e direitos em prol de sujeitos de direito privado, podendo haver contraprestação ou não, sempre em condições facilitadas e visando a satisfação indireta ou direta de interesses públicos (VALIM, 2015).

Independentemente da forma de divisão a ser adotada é importante registrar que todas elas compreendem a atividade de fomento como atividade administrativa, portanto, assim como toda atividade administrativa, o fomento deve obedecer a todos os regramentos aplicáveis ao direito administrativo, ou seja, deve ser submetida ao regime jurídico administrativo.

Conforme visto, o fomento é uma função da administração pública, onde o poder público estimula o setor privado a realizar atividades que visem a consecução dos direitos

fundamentais previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988.

A atividade administrativa de fomento se apresenta como um valioso instrumento do Estado Social de Direito brasileiro para consecução de suas finalidades. Não se trata de uma atividade subsidiária, incidente sobre deficiências do mercado, mas de uma atuação planejada do Estado destinada à efetivação de interesses públicos (VALIM, 2020, p. 66).

Assim, o fomento, como atividade administrativa deverá sempre ser pautado pelo regime jurídico administrativo e todo o conjunto de princípios que norteiam as ações da Administração Pública, ocorre que os atos de fomento administrativo, em sua grande maioria são atos administrativos discricionários, o que permitiu que tradicionalmente o fomento fosse interpretado como um espaço para ampla liberdade, dificultando, inclusive as diversas formas de controle, entretanto, é importante referir que o reconhecimento do fomento como ato discricionário não retira a necessidade de vinculação aos princípios do regime de direito administrativo (SCHIER, 2019, 155-160).

A discricionariedade administrativa, não pode ser considerada como uma liberdade decisória alheia ao direito, nem mesmo imune aos sistemas de controle, é equivocada a ideia de que os atos discricionários são um campo de escolhas puramente subjetivas, especialmente diante da afirmação da vinculação direta da Administração à Constituição (BINENBOJM, 2014, p.39).

É de extrema relevância referir que não se pretende que o ente privado se submeta ao regime jurídico administrativo, quando no exercício da atividade fomentada, entretanto, a adesão a estímulos concedidos pela Administração Pública implica a sua submissão a regras que visem assegurar a realização do interesse coletivo que originalmente propiciou e legitimou a concessão do fomento (SCHIER, 2019, p. 162).

Na clássica divisão dicotômica entre ato vinculado e ato discricionário a atividade administrativa de fomento se enquadra

tradicionalmente como ato discricionário, contudo, conforme o exposto, isso não pode ser sinônimo de um campo aberto para arbitrariedades e desvirtuação da atividade de fomento. A atividade administrativa de fomento devendo, assim como qualquer atividade da Administração Pública, deve ser pautada pelos princípios da administração pública, pois sempre será sujeita ao regime jurídico administrativo e a um determinado grau de juridicidade sempre vinculado aos princípios constitucionais que preconizam um Estado de social de direito pautado pela redução das desigualdades, desenvolvimento sustentável e o interesse coletivo.

Portanto, propõe-se a superação da dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários para situar a atividade administrativa de fomento como um ato administrativo sujeito à juridicidade, o qual deve sempre buscar sua legitimidade na interpretação sistematizada a partir dos lineamentos constitucionais, com ênfase no sistema de direitos fundamentais e normas estruturantes do regime democrático, a fim de propiciar e privilegiar mecanismos de controle social para esta atividade.

CONCLUSÃO

Com base no exposto, verifica-se que a concepção dicotômica que distingue os atos da administração pública entre atos vinculados e discricionários deve ser superada, para dar espaço para um novo paradigma que permite uma ideia de que todos os atos da administração são sujeitos à um certo grau de juridicidade e portanto, são passíveis de controlabilidade. Tal concepção converge com a ideia de que todo e qualquer ato administrativo está sujeito aos princípios da Administração Pública e das bases de um Estado social e democrático de direito.

Posteriormente, trouxe-se bases teóricas que permitem concluir que a possibilidade do controle social é um pressuposto de um Estado democrático de direito, devendo sempre a

Administração Pública pautar as suas atividades de forma a privilegiar a participação e o controle social.

Verificou-se, ainda, que a atividade administrativa de fomento, mesmo quando classificada dogmaticamente como ato discricionário, deve ser sempre passível a um determinado grau de juridicidade, ou seja, o fomento deve sempre ser pautado pelos princípios e nortes constitucionais, devendo sempre privilegiar atividades que visem o bem comum. Dessa forma, confirma-se que a atividade administrativa de fomento, por estar sujeita à juridicidade, deve ser passível de mecanismos de controle social aptos a corrigir e evitar o seu uso indevido e em desconformidade com os preceitos constitucionais.



REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITENCOURT, Caroline Müller; BEBER, Augusto Carlos de Menezes. *O controle social a partir do modelo da gestão pública compartilhada: da insuficiência da representação parlamentar à atuação dos conselhos populares como espaços públicos de interação comunicativa*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 6, n. 2, p. 232-253, jul./dez. 2015
- BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. *Democracia deliberativa, teoria da decisão e suas repercussões no controle social das despesas em saúde*. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 121-147, jan./abr. 2017.
- COHEN, Joshua. *Procedimento e substância na democracia*

- deliberativa*. In: WERLE, Denilson Luis e MELO, Rubio Soares. *Democracia Deliberativa*. São Paulo: Singular, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6.ed.rev. e. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013.
- LEAL, Rogério Gesta. *Demarcações conceituais preliminares da democracia: matrizes Habermasianas*. In: *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública [recurso eletrônico] : alguns estudos de casos/Rogério Gesta Leal, organizador*. - 1.ed. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- MAXIMINIANO, Antônio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. *Fomento*. In: Maria Sylvia Zanella di Pietro. (Org). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. 1ed. v.4, p. 405-501. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica*.

- Revista de Direito Público da Economia*. vol 8. n. 32. 57-71. Belo Horizonte: Fórum, out-dez 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Direito Constitucional democrático: controle de participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.
- STEDILE, Nilva Lúcia Rech; FERRI, Caroline; OLIVEIRA; Mara de. *CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS: espaços legítimos de participação social na defesa das políticas públicas*. In: RFMD, Belo Horizonte, v. 20, n. 39, p. 61-90, out./abr. 2017.
- VALIM, Rafael. *A subvenção no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.