

A ATIVIDADE DE FOMENTO ADMINISTRATIVO NO BRASIL NO CONTEXTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

THE ADMINISTRATIVE FOMENTATION IN BRAZIL IN THE CONTEXT OF THE SOCIAL ADMINISTRATIVE LAW

Albano Busato Teixeira

Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Mestre em Direito das Autarquias Locais pela Universidade do Minho. Professor de Direito na Faculdades João Paulo II - Passo Fundo. Advogado

Caroline Müller Bitencourt

Estágio Pós Doutoral 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. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do Grupo de pesquisa controle social e administrativo de políticas públicas e serviço público, vinculado ao Cnpq. Advogada.

Submetido em: 26/04/2021

Aprovado em: 03/11/2021

Resumo: O presente artigo propõe demonstrar a necessidade de compreensão do fomento pela lente do Direito Administrativo social e do interesse público ao desenvolvimento. Expõe-se, em um primeiro momento, uma contextualização dogmática do fomento, trazendo conceitos dessa atividade e a distinguindo das outras formas de atuação da Administração Pública, tais como o poder de polícia e o serviço público. Posteriormente é abordada a ideia do princípio da subsidiariedade como ideia autorizadora da intervenção do Estado na economia por meio da atividade administrativa de fomento. Por fim, em contraponto ao princípio da subsidiariedade, a atividade administrativa de fomento é abordada pela perspectiva do Direito Administrativo social, o qual é pautado por uma ideia que possibilita a intervenção do Estado na economia para a efetivação de interesses públicos. Assim, confirma-se a hipótese de que a leitura da atividade administrativa de fomento pela lente do princípio da subsidiariedade não coaduna com os ideais previstos na Constituição Federal, devendo realizar a sua interpretação diante do Direito Administrativo social que permite a intervenção do Estado na economia para a efetivação de interesses públicos. O método utilizado é o hipotético-dedutivo e no desenvolvimento o procedimento bibliográfico.

Palavras-chave: Fomento; Subsidiariedade; Direito administrativo social.

Abstract: *The present article proposes to demonstrate the need to comprehend fomentation in the scope of the social administrative law and the public interest to development. At first it is brought a dogmatic contextualization of fomentation, bringing concepts of this activity and distinguishing it from other forms of action of the Public Administration, such as public service and police power. After it is approached the idea of the subsidiarity principle as an idea that authorizes the intervention of the State in the economy through the fomentation activity. Lastly, in opposition of the subsidiarity principle, fomentation is approached through the perspective of the social administrative law, which is ruled by the idea that enables the State to intervene in the economy to effectuate public interests. Therefore, it is confirmed the hypotheses that the fomentation when is observed through the scope of the subsidiarity principle does not match with the ideals foreseen in the Federal Constitution, obliging a new interpretation through the social administrative law that enables the intervention of the State in the economy to effectuate public interests. The method utilized is the hypothetical-deductive and in the development the bibliographic procedure.*

Keywords: *Fomentation; Subsidiarity; Social administrative law.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Caracterização da atividade administrativa de fomento no caso brasileiro. 1.1. Conceito da atividade administrativa de fomento e sua diferença com os outros tipos de atividades administrativas. 1.2. Os meios de fomento. 2. A atividade de fomento sob o olhar do princípio da subsidiariedade e do Direito Administrativo social. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A atividade administrativa de fomento, até a presente data não teve a atenção devida dos pesquisadores, diferente do serviço público e do poder de polícia, possuidores de vasta bibliografia.

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.

O fomento, como atividade da administração pública diferencia-se do serviço público e do poder de polícia, pois a atividade administrativa de fomento sempre pressupõe um ente privado ou do terceiro setor como receptor do incentivo, bem como, possui caráter de voluntariedade.

A primeira parte deste trabalho se ocupará em tecer um campo dogmático acerca da atividade administrativa de fomento, esclarecendo ao leitor pontos fundamentais sobre a sua aplicação no direito brasileiro.

A segunda parte deste ensaio focará em explanar o contexto constitucional da aplicação da atividade de fomento administrativo no Brasil, expondo a ideia de que a permissão da intervenção na ordem econômica, em detrimento da livre concorrência, é calcada na ideia do princípio da subsidiariedade, após traz-se em contraposição ao modelo da subsidiariedade a noção do Direito Administrativo

social, demonstrando a sua convergência com os Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988.

A hipótese que se pretende confirmar é que a intervenção na ordem econômica do Estado, por meio da atividade de fomento administrativo, deveria ser pensada sob a ótica do Direito Administrativo social, pois melhor se compatibiliza com o paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como com os princípios constitucionais e os objetivos da república federativa. Para tanto será utilizado o método hipotético-dedutivo e no desenvolvimento o procedimento bibliográfico.

1. CARACTERIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO NO CASO BRASILEIRO

A atividade de fomento, se corretamente utilizada, pode ser um importante instrumento para alcançar os objetivos previstos na Constituição Federal de 1988, tais como a redução de desigualdades, bem como o desenvolvimento nacional sustentável. Para melhor compreensão sobre o tema, será exposto nos próximos parágrafos conceitos dogmáticos sobre o tema.

Será exposto ao leitor as seguintes ideias: 1) conceito da atividade administrativa de fomento e sua diferenciação com as demais atividades administrativas e; 2) meios de fomento.

1.1. CONCEITO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE FOMENTO E SUA DIFERENÇA COM OS OUTROS TIPOS DE ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS

O conceito de fomento e a sua abrangência possui pequenas divergências, conforme será visto adiante. Na doutrina estrangeira¹, verifica-se que Luis Jordana de Pozas define o fomento no direito administrativo como a ação da Administração Pública “[...] encaminhada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar de la coacción ni crear servicios públicos” (POZAS, 1949, p. 46).

Como se pode observar, as ideias predominantes da definição de Jordana de Pozas é de que o fomento se trata de uma atividade persuasiva e que mediante ela se satisfazem necessidades públicas.

Ainda na doutrina estrangeira, Fernando Garrido Falla ampliou o conceito de Jordana de Pozas, incluindo entes públicos na sua definição, tendo a descrito

¹ É relevante mencionar que o estudo deste presente artigo é focado no estudo da atividade administrativa de fomento no Brasil, sendo que não há pretensão em estender o estudo a outros países, portanto, os exemplos acima citados servem apenas como um breve comparativo com a conceituação criada na doutrina brasileira.

como a atividade administrativa que: “[...] se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de orden público, protegiendo o promoviendo, sin emplear la coacción, las actividades de los particulares o de otros entres públicos que directamente las satisfacen” (1966, p. 266).

Com esta brevíssima exposição de conceitos, já se pode verificar que há pontos de divergência e convergência com relação a atividade de fomento. Há divergência no que tange os destinatários da atividade administrativa de fomento, pois Jordana de Pozas entende que o destinatário da atividade de fomento administrativo é sempre um ente privado, contudo, Garrido Falla, entende que outros entres públicos podem ser destinatários da atividade de fomento administrativo. Por outro lado, os autores convergem no sentido de ambos compreenderem que a atividade de fomento deve visar a satisfação de necessidades públicas, bem como não comporta o emprego de coações. A incompatibilidade da atividade de fomento com a ideia de coação é de extrema relevância, pois conforme será visto, a coação deve ser voltada para a atividade administrativa de polícia, figura diversa da atividade administrativa de fomento.

Na doutrina estrangeira Héctor Jorge Escola é enfático ao explanar que o conceito da atividade de fomento administrativa não se pode incluir, como pretendem alguns autores, a possibilidade de fomento para certos órgãos ou entes administrativos, pois a atividade que estes devem perseguir já está delimitada pela competência normativa que lhes foi assignada e cujo cumprimento e exercício constituem não só uma atribuição, mas também um dever (ESCOLA, 1990, p. 859).

Na doutrina brasileira, Adriana Schier define fomento 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 e que deve sempre ser dirigida para a busca do desenvolvimento nacional sustentável (2019, p. 141).

A autora foca a sua ideia de compreensão de fomento como uma atividade indutora, ou seja, a atividade de fomento visa incentivar a iniciativa privada a pautar as suas atividades de forma que possibilite a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e conseqüentemente o desenvolvimento nacional sustentável.

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).

O autor, em outras palavras, também compreende que a atividade de fomento sempre deve satisfazer interesses públicos e consequentemente, direitos fundamentais.

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).

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).

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). Fica claro que a atividade de fomento é uma atividade que induz o comportamento da iniciativa privada, inclusive, para o autor, com incentivos positivos ou negativos².

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um dos primeiros administrativistas a dedicar-se a pesquisar o fomento de forma sistematizada, a conceituou desta forma:

[...] a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam direta, imediata e concretamente a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para que desempenhem atividades que a lei haja enfatizado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso das pessoas em sociedade. (MOREIRA NETO, p. 578, 2014).

Como se vê, a doutrina nacional traz diversas divergências com relação a atividade de fomento, assim como a doutrina estrangeira, como por exemplo, no tocante aos destinatários da atividade de fomento, onde não se fica clara a ideia de que se a atividade de fomento pode, ou não, ter como destinatário outros entes públicos, ou deve ser restrita a entes privados.

² A diferença entre incentivos positivos e negativos será melhor abordada no próximo item, inclusive, menciona-se, desde já, que a ideia negativa de fomento é rechaçada por alguns doutrinadores, pois entendem que esta se confunde com o poder de polícia.

É importante estabelecer que a atividade administrativa de fomento é dirigida somente aos particulares, sendo que um dos sujeitos desta atividade deve ser inerentemente de direito privado, não sendo possível se admitir fomento de sujeitos de direito público, pois estes têm o dever perseguir a finalidade pública, portanto, não há necessidade de que estes sejam encorajados ou estimulados para cumprir com as suas atribuições (VALIM, 2015, p. 52).

Portanto, a posição aqui adotada é que a atividade administrativa de fomento deve necessariamente ter um ente privado ou do terceiro setor, como sujeito passivo, não podendo se admitir fomento para entes públicos.

Há inúmeros tipos de atividades administrativas, sendo que a concepção tricotômica³ é a mais comum entre as formas de sua divisão

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 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).

Mariano Baena Del Alcázar explica que a diferença entre o serviço público e o fomento é que no fomento há uma atuação indireta da Administração Pública e no serviço público há uma atuação direta (1967, p. 63-64).

Outra diferença importante a ser referida entre fomento e serviço público é com relação a titularidade (MARQUES NETO, 2014, p. 426), no serviço público a titularidade sempre será do Estado, mesmo quando concedida a um ente privado para executá-la, a titularidade do serviço público nunca é de ordem privada.

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).

³ A concepção tricotômica entende que existem três principais tipos de atividade administrativa: fomento, polícia administrativa e serviço público.

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 consequentemente 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 dos 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, 2016).

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 (SCHIER, 2019, p. 160).

Qualquer ótica que permita compreender o fomento administrativo como um campo aberto para discricionariedades da Administração Pública, avesso ao regime jurídico administrativo deve ser entendido como avesso aos ideais promulgados na Constituição Federal de 1988.

1.2 OS MEIOS DE FOMENTO

O fomento pode se apresentar em diversos meios, assim, os próximos parágrafos serão dedicados a distingui-los.

Com relação aos meios de fomento, estes podem ser divididos em duas formas diferentes: a) positivo e negativos e; b) honoríficos, econômicos, jurídicos e psicológicos (BAENA DE ALCÁZAR, 1967, p. 48).

Com relação a primeira forma de divisão, entende-se que a atividade de fomento será positiva sempre que for outorgado prestações, bens ou vantagens e será negativa sempre que significar algum obstáculo ou encargos criados para dificultar por meios indiretos as atividades contrárias as que se quer fomentar (BAENA DE ALCÁZAR, 1967, p. 48-49).

Adriana Schier rechaça a ideia de compreensão negativa de fomento, uma vez que estas medidas devem ser compreendidas dogmaticamente como poder de polícia e não como atividade fomento administrativo (SCHIER, 2019, p. 149).

É importante referir que o poder de polícia e o fomento são atividades que podem ter pontos de coincidência, sempre quando uma medida restritiva for imposta visando direcionar comportamentos, direcionando-os para o alcance de determinados fins, entretanto, há um ponto fulcral que distingue a atividade de fomento que é a contraposição entre a consensualidade e a coercitividade, ou seja, na função do poder de polícia sempre haverá uma coerção, já no fomento há uma medida consensual (MARQUES NETO, 2014, p. 424).

De qualquer sorte, é importante referir que a concepção negativa de fomento não passa ilesa de críticas, pois conforme visto, converge em muitos pontos com o poder de polícia que é um tipo diferente de atuação estatal.

Com relação a segunda forma de divisão, entende-se que são meios honoríficos de fomento aqueles que constituem na outorga de recompensas e distinções, tais como condecorações e títulos (BAENA DE ALCÁZAR, 1967, p. 48-49).

Por sua vez, os meios econômicos de fomento, reconhecido como o meio mais importante desta classificação, compreende como todas as vantagens econômicas concedidas para as atividades que se pretende fomentar, podendo ser dividida em duas modalidades: i) auxílio direto e; ii) auxílio indireto. O auxílio direto ocorre quando há um desembolso efetivo de valores por parte da Administração Pública em favor do sujeito fomentado. Já o auxílio indireto, não impõe para a Administração Pública um desembolso de valores de forma imediata, mas pode promover uma redução na receita pública (MELLO, 2003, p. 99).

Como exemplo de auxílio direto podemos exemplificar os programas de transferência de renda em favor de pessoas em vulnerabilidade social, ou até mesmo as bolsas de pesquisa CAPES/CNPQ que visam garantir um auxílio direto ao pesquisador para garantir o direito fundamental da educação. Por sua vez, a ideia de auxílio indireto está mais presente sempre em ideias de isenções de

pagamentos de valores à administração pública, onde nestes casos não há um efetivo desembolso, mas há uma redução da receita pública.

No que toca os meios jurídicos, estes são identificados quando se outorga uma posição privilegiada e de forma indireta representa uma vantagem econômica ou de segurança, tendo este grupo uma variedade muito grande, como exemplo dos estatutos privilegiados de classe, concessão de prerrogativas de caráter público, entre outros (JORDANA DE POZAS, 1949, p. 53).

Por fim, no que concerne os meios psicológicos, compreende-se este meio de fomento como formas que o Estado emprega para induzir, suggestionar, persuadir opiniões, atitudes e valores, tais como campanhas publicitárias que visam convencer a população a adotar comportamentos concernentes ao atendimento do interesse público (MELLO, 2003, p. 87). Um exemplo claro e atual deste meio de fomento são as postagens em redes sociais que o Governo do Estado do Rio Grande do Sul realiza, incentivando mães e bebês a se vacinar contra a gripe H1N1⁴.

Ainda com relação às classificações de meios, é relevante referir que o fomento tem natureza jurídica de função administrativa, passível, inclusive de uma pluralidade de espécies e medidas reconhecidas, portanto, a atividade legislativa que possa ter como finalidade o estímulo de um sujeito particular a realizar atividades de interesse público, não pode ser compreendida neste gênero de atividade. Não se nega a existência de meios de atividade legislativa fomentadora, tais como a função parafiscal dos tributos, as hipóteses legislativas que criam vantagens para micro e pequenas empresas, o Prouni, entre outros (SCHIER, 2019, p.146-148).

Importante referir que o fomento aqui considerado deve sempre partir de iniciativa do poder executivo, no exercício da Administração Pública, por tal motivo, o fomento legislativo não se enquadra na sistematização pretendida.

Com base nas premissas expostas ao longo desse item é possível se ter as seguintes conclusões preliminares sobre a atividade de fomento: a) é um tipo de atividade que visa a consensualidade não comporta o uso de coação, e por estes motivos se distingue do poder de polícia; b) se difere do serviço público, pois este é uma atividade própria do Estado, sendo ele sempre o seu titular, mesmo em casos de concessões e permissões; c) o fomento deve visar a satisfação de direitos coletivos.

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

⁴ Vide link: <https://www.instagram.com/p/CN-NHalARzc/?igshid=z5l2sa3mpacd>.

ção dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal do Brasil de 1988.

O próximo item será dedicado a demonstrar a compreensão do Estado Moderno em que a atividade administrativa de fomento está inserida.

2. A ATIVIDADE DE FOMENTO SOB O OLHAR DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

O que se pretende analisar neste item é o contexto da atividade de fomento, baseado na interpretação da Constituição Federal do Brasil de 1988 e a sua relação com o Direito Administrativo social.

O estudo da evolução da Administração Pública tem como ponto de partida o Estado de Direito Liberal, mesmo que se possa admitir organizações administrativas antes mesmo da concepção do Estado moderno. Com a revolução francesa o direito administrativo passou por diversas mudanças, especialmente com a consagração do Estado de Direito, sendo que no seu primeiro estágio (Estado Liberal de Direito) por conta da grande desconfiança e do medo da sociedade do período que o antecedeu, se viu um Estado eminentemente abstencionista, tendo como marca a liberdade dos indivíduos e a ausência de interferência na ordem econômica e social. A evolução do Estado demonstrou a necessidade de uma maior intervenção estatal nas relações sociais e econômicas, assim, após a II Guerra Mundial, surgiu o Estado Social de Direito, ocorrendo uma hipertrofia do aparato estatal, marcado pela ampliação dos serviços públicos e a minimização de algumas das mazelas do período liberal (OLIVEIRA, 2011, p.7-9).

No Brasil, após a ruptura do regime militar de que teve início em 1964, no final da década de noventa, iniciou uma mudança de paradigmas da administração pública, a qual criticava radicalmente as estruturas do Estado, e visou buscar mudanças baseadas premissas neoliberais, prevendo diversos ajustes. Tal movimento deu início a um processo de ampliação da atuação de particulares na atividade econômica (ROSA, 2008, p.77).

Neste contexto, se entendia que as funções do Estado deveriam ser limitadas para gestão e regulamentação, mesmo que se mantivesse inalterada a tripartição clássica entre fomento, política e serviço público. Assim, o equilíbrio entre estas atividades levou a necessidade de reaver o papel do direito administrativo (BUCCI, 2006, p. 2-3).

Irene Patrícia Nohara faz uma dura crítica com relação a redefinição do papel do Estado proposta pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, a autora alega que para que houvesse uma redefinição do papel do Estado, seria

necessário mais do que uma simples reforma, mas sim um novo pacto constituinte, pois no seu entendimento, os papéis do Estado já se encontravam previamente expressa na Constituição Federal (2012, p.122).

A crítica é extremamente pertinente, pois a Constituição Federal prevê um Estado social e provedor de direitos e serviços sociais, ao mudar esse ideal, por meio de uma simples reforma, deve ser compreendido como uma deturpação da intenção dos constituintes.

Os principais focos da reforma, tiveram sua inspiração no Consenso de Washington. Tal política é conhecida por se opor e recusar o Estado como promotor de serviços e de intervir no mercado por meio de empresas públicas, assim eventual falha nos serviços estatais surgem como argumento para refutar a eficiência do aparelho estatal, tornando-o grande vilão dos problemas políticos e sociais. Assim gerou-se, uma ideia equivocada de que a privatização de tornam os serviços mais eficientes (ROSA, 2008, p. 83).

Tal reorganização foi justificada diante da necessidade de redução dos custos do Estado e para imprimir maior eficiência nos serviços prestados, partindo do pressuposto de que o mercado possui maior aptidão para desenvolver as atividades relacionadas ao terceiro setor, no caso os serviços não exclusivos (SCHIER, 2019, p. 109).

Jessé Souza diverge deste ponto de vista explanando que o mercado é visto como uma divindade pela mera oposição com o Estado que é definido como corrupto, esquecendo a verdadeira elite corrupta que se domina o mercado (2017, p.33). As ideias de que a política e o Estado são corruptos, servem para que se entregue empresas estatais e as riquezas em geral a baixo custo para nacionais e estrangeiros que se apropriam de forma privada da riqueza que deveria pertencer a todo o povo brasileiro. O autor explica que o “imbecil perfeito” é o cidadão desapoderado que passa a apoiar a venda a baixo custo destes recursos para o mercado criando a falsa impressão de que está evitando a corrupção estatal. Isso se deve a falta interpretação dominante que nega a escravidão como semente societária brasileira a qual foi silenciada e substituída por uma interpretação científica falsa e conservadora que criou um paradigma cultural que entende que tudo que é norte-americano e europeu é superior ao latino-americano, pois estes são menos honestos e são mais corruptos (2017, p. 12-18).

Assim, de tempos em tempos, a subsidiariedade aparece como a solução para todos os problemas da sociedade. Sua origem e significado remontam a menções de Aristóteles, no pensamento cristão, na doutrina social da Igreja e nas Encíclicas. Importante referir que o Projeto de Emenda Constitucional n. 32 tem como um dos objetivos adicionar o princípio da subsidiariedade no art. 37

da Constituição Federal, o que busca legitimar um plano de governo que defende um Estado próximo ao mínimo, colocando em xeque a opção pelo modelo de Estado Social adotado e conseqüentemente as suas conquistas (BITENCOURT; GABARDO, 2021, no prelo).

No cenário atual protagonizam dois diferentes discursos: 1) Defensores da ampliação da presença do Estado, pois a Constituição Federal prevê as políticas públicas como forma de concretizar o modelo de Estado social e as conquistas humanitárias do século XXI, acreditam que o Estado não está falido, mas pelo contrário, teve sucesso na construção e ordenação de ações que são capazes de orientar tanto entes públicos quanto privados para resultados relevantes. 2) De outro lado, estão os defensores do Estado próximo ao mínimo, que pautam seu discurso na crise do Estado por conta da concretização do Estado social, taxando o Estado como moroso, caro, burocrático e responsável pelo atraso no desenvolvimento do país, assim, lutam pela diminuição do tamanho do Estado, preferindo privilegiar espaços privados como protagonistas na prestação de serviços públicos (BITENCOURT; GABARDO, 2021, no prelo).

O primeiro discurso produziu diversos reflexos no Direito Administrativo, caminhando para uma fuga do regime de Direito Público, todas relacionadas a uma concepção subsidiária do Estado voltadas a fortes tendências privatistas, tal corrente pode-se denominar Direito Administrativo liberal. Em contraposição a esse discurso, tem-se a ideia do Direito Administrativo social, que atribui ao Estado um modelo de bem-estar expressamente atribuído pelos postulados da Constituição de 1988, pois nos países que ainda não alcançaram um estágio político cultural o Estado deve ser muito mais do que um simples árbitro de conflitos de interesses individuais (HACHEM, 2013, p. 136).

A ideia de subsidiariedade realiza o seguinte papel no imaginário social:

I) o Estado (e, particularmente, o Estado Social) é posto como inimigo da sociedade, então torna-se preciso combater a ineficiência das instituições, que cada vez mais caminham rumo ao descrédito, propiciando o abandono do interesse público como valor; II) é promovida a ideia de que Estado é um burocrata que atrasa o processo de avanço econômico da sociedade, enquanto o mercado é eficiente e produz soluções de forma mais rápida; III) fomenta-se a visão do Estado como um organismo corrupto desde sua origem e, assim, as pautas localizam-se no combate à corrupção, mas muitas vezes um combate seletivo (a sonegação de impostos, a isenção a grandes empresas e as ilegalidades cometidas pelas operações anticorrupção, por exemplo, não são vistas pelo senso comum como corrupção); IV) valoriza-se a terceirização das relações de trabalho, inclusive no setor público, o que também contribui para o

processo de apatia social, uma vez que as condições de trabalho estão longe de ser garantidoras da felicidade enquanto objetivo do Estado e da dignidade enquanto condição fundamental (BITENCOURT; GABARDO, 2021, no prelo).

Por outro lado, há autores que sustentam a neutralidade do princípio da subsidiariedade. Alega-se que esta nova concepção de Estado (subsidiário) é fundamentada no princípio da subsidiariedade, que ressurge como justificativa de um Estado subsidiário como alternativa ao Estado de Bem-Estar Social. O princípio da subsidiariedade surge como algo entre a intervenção total do Estado e a supressão da autonomia privada e o Liberalismo clássico e a ideia de intervenção mínima no Estado (BRITTO; BITTENCOURT, 2008, p. 39-41).

Entretanto, a neutralidade sustentada por muitos com relação ao “princípio da subsidiariedade” não é a interpretação que se sustenta neste trabalho, pois há um caráter liberal-individualista que prioriza o desenvolvimento econômico sobre o social nesta interpretação da lei maior. A ideologia informadora da Constituição Federal do Brasil de 1988 é antagônica ao princípio da subsidiariedade, pois ao Estado brasileiro, esperar que a iniciativa privada busque a satisfação de interesses coletivos, não é uma opção. O Estado deve prestar serviços públicos, pois assim a Constituição Federal determina, e não por uma suposta incapacidade dos privados os prestar. É necessária uma leitura do fomento condizente com o Estado Social de Direito, sob a lente de uma atuação planejada do Estado visando a efetivação de interesses públicos (VALIM, 2015, p. 35-39).

Floriano de Azevedo Marques Neto defende a aplicação da subsidiariedade e da proporcionalidade na atividade de fomento. A primeira está relacionada com a ideia de abrangência e a segunda com a intensidade. A sua posição se baseia na ideia de que a intervenção estatal na ordem econômica deve ser compreendida como circunstância excepcional, pois nunca é neutra em relação ao mercado, podendo derrogar a liberdade de iniciativa e a livre-concorrência previstas na Constituição Federal do Brasil de 1988 (MARQUES NETO, 2014, p. 470-473).

Não são poucos os defensores da ideia do princípio da subsidiariedade. O Direito Administrativo é o Direito Constitucional concretizado, ou seja, a edificação de categorias jurídico-administrativas sempre terão como base a Constituição Federal, assim, a generalidade dos estudos brasileiros acerca do fomento o atrelam a luz do chamado “princípio da subsidiariedade” de onde se extrai a ideia de que o Estado deve se limitar a desenvolver atividades de interesse coletivo que a sociedade não é capaz de prover por si só e a estimular a atividade individual e de pequenos grupos (VALIM, 2015, p. 34-36).

Com base na ideia equivocada de que tudo que vem do Estado é ruim e de que tudo que vem da iniciativa privada é bom, invoca-se a subsidiariedade como princípio base para a atividade administrativa de fomento, passando incumbências do Estado ao privado. Tal interpretação não coaduna com o que está previsto na Constituição Federal, a intervenção estatal na economia, por meio da atividade de fomento, não possui como norte autorizados o princípio da subsidiariedade e sim a ideia de concretização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

As razões são objetivas para, no atual contexto, refutar-se a velha ideia da subsidiariedade, especialmente porque calcada estrategicamente na mentalidade de que: i) o estado ruim e a iniciativa privada boa; ii) o terceiro setor é uma forma de buscar uma flexibilização do regime de Direito administrativo, havendo necessidade de abrir mão de alguns espaços, a exemplo da inovação – para conseguir executar com mais eficiência algumas tarefas; iii) a sociedade civil é uma forma de oposição ao Estado; iv) as parcerias não se sujeitam à lógica de um regime forte de Direito público; v) não há grande importância na programação e na objetividade quanto ao planejamento das parcerias a médio e longo prazo; vi) os recursos destinados às entidades são obscuros, não submetendo-se à transparência completa (notadamente sujeitando-se aos portais de transparência); vii) a resistência por parte dos estados para maiores investimentos, sempre mantendo o setor público como refém de grandes estruturas e corporações (insere-se nesse contexto a tragédia de Brumadinho e de Mariana para reflexão); viii) a visualização da concretização dos direitos sociais meramente como fator de mercado, em busca de maior lucratividade. (BITENCOURT; GABARDO, 2021, no prelo).

É de extrema relevância esclarecer que a Constituição Federal do Brasil de 1988 não previu a subsidiariedade como princípio e fundamento para a intervenção estatal, a realidade é que o que permite a intervenção estatal na economia é a do interesse público pautado na ideia de desenvolvimento (GABARDO, 2009, p. 225-226). Os motivos para se afirmar isto são diversos: 1) se a subsidiariedade já fosse incorporada na lógica constitucional, não seria necessária uma proposta de emenda para incluí-la expressamente como princípio no art. 37 da Constituição Federal do Brasil de 1988; 2) nada mais é do que a chancela da preponderância do setor privado, servindo o Estado tão apenas para suprir as carências advindas da atuação dos entes privados; 3) atuação estatal viraria uma exceção e deixaria de ser e regra, retirando o protagonismo necessário do Estado baseado nos compromissos constitucionais de 1988; 4) a subsidiariedade defendida era meramente de ordem econômica, a proposta do atual governo propõe a concretização do Estado mínimo fundamentado nas teorias econômicas de Milton Friedman;

5) é a gestão de demandas sociais por meio do setor privado utilizando-se de *vouchers* ou cupons (BERCOVICI, 2020).

Em um contexto de reformas administrativas, pós-modernidade, neoliberalismo e Estado mínimo, o fomento, como principal atividade da Administração Pública que permite o repasse de recursos financeiros aos particulares, encontra diversos defensores, atraídos, especialmente pela atuação indireta do Estado, ao invés da efetivação de serviços públicos. Entretanto, os pressupostos que aqui defendemos, não convergem com esta linha de pensamento, propõe-se uma releitura do fomento, o qual deve ser voltado para o desenvolvimento nacional em um contexto de Estado Social e Democrático de Direito dentro da perspectiva de um Direito Administrativo Social. O que se refuta é o modelo de Estado pautado na subsidiariedade, uma vez que o modelo de Estado adotado pela Constituição Federal do Brasil de 1988 exige que as decisões públicas sejam tomadas com ampla participação social, com atuação direta de particulares na deliberação e decisão política, bem como na execução de atividades (SCHIER, 2019, p. 110-120).

Ainda que a tendência do Direito Administrativo neoliberal tenha vencido várias batalhas, fazendo aprovar alterações de grande importância no sistema normativo brasileiro, a guerra não foi vencida. Contra essa corrente, contrapôs-se o Direito Administrativo social, que visa concretizar o Estado Social Democrático de Direito mediante ações interventivas do Estado nos domínios econômicos e sociais, mediante programas sociais e políticas públicas já foram realizadas significativas transformações sociais (HACHEM, 2013, p. 148).

A subsidiariedade trata-se de um critério antitético ao que deve ser o Direito Administrativo do Estado social, pois atende a princípios do Direito Privado, ou de um modelo de Estado fundamentalmente liberal que não prevê a intervenção estatal na economia visando transformações sociais. Pelo contrário, a ideia de supremacia do interesse público é que se encontra em consonância com o modelo social de Estado (GABARDO, 2017, p. 118).

No Brasil a escolha já foi feita pelo constituinte, estando consagrada no texto constitucional, com base nessa conclusão ressalta-se a adesão à corrente denominada de “Direito Administrativo Social” que é assim descrita por Daniel Wunder Hachem:

Essa corrente — aqui batizada de Direito Administrativo social — preocupa-se justamente em traçar os contornos de uma Administração Pública inclusiva, afastando-se do Direito Administrativo legalista anterior à Constituição de 1988, por priorizar a concretização dos valores constitucionais sem deixar de respeitar a lei formal (primordialmente quanto

às atividades administrativas restritivas de direitos, que invariavelmente devem obedecer ao princípio da reserva legal). Aparta-se também do Direito Administrativo individualista, por preocupar-se não apenas com a realização dos direitos fundamentais sob o prisma individual, nos moldes liberais atrelados à concepção de direito subjetivo, mas também com a sua efetivação por meio de ações universalizadas da Administração, que alcancem a todos os cidadãos necessitados, e não apenas aos que detêm condições privilegiadas de recorrer ao Judiciário. De outra parte, ela colide com o pensamento vinculado ao Direito Administrativo neoliberal, que propõe a diminuição das incumbências administrativas ligadas à prestação direta de utilidades materiais imprescindíveis à satisfação das necessidades da cidadania, conferindo ao Estado um papel subsidiário (HACHEM, 2013, p. 149).

O que se reconhece é que é responsabilidade de todos, Estado e sociedade civil, pautar-se por atividades que possibilitem a expansão de capacidade para que os cidadãos possam conquistar a sua ampla liberdade. Nessa esteira, o fomento apresenta-se como um mecanismo de grande importância, onde o Estado promove e incentiva o privado a se comprometer com tais ideais (SCHIER, 2019, p. 116).

Impõe-se, portanto, averiguar se é efetivamente possível restringir a ação do Estado ao mínimo existencial (princípio da subsidiariedade), o que se propõe é que diante da ideia desenvolvimentista abraçada pela Constituição Federal de 1988, tal ideia está em dissonância com o texto constitucional. Para tanto, reclama-se a instituição de uma Administração Pública inclusiva, pautada na realização máxima dos direitos fundamentais sociais apta a propiciar de ofício, por meio de políticas públicas voltadas ao alcance de todos o desenvolvimento social e econômico (Direito Administrativo social).

Diante de todo o que foi exposto, é possível compreender que o fomento pode ser utilizado como uma importante ferramenta para induzir o privado a auxiliar o desenvolvimento nacional de forma sustentável.

CONCLUSÃO

A análise dogmática da atividade administrativa de fomento permitiu tomar as seguintes conclusões: a) é um tipo de atividade que visa a consensualidade não comporta o uso de coação, e por estes motivos se distingue do poder de polícia; b) se difere do serviço público, pois este é uma atividade própria do Estado, sendo ele sempre o seu titular, mesmo em casos de concessões e permissões; c) o fomento deve visar a satisfação de direitos coletivos.

Conforme visto, a Constituição Federal não previu o princípio da subsidiariedade no seu texto, portanto, o a atividade administrativa de fomento não pode ser analisada sobre este foco ou seja, a atividade administrativa de fomento deve sempre ser analisado sob o escopo dos ditames da Constituição Federal do Brasil de 1988 que previu o Estado Social de Direito, dessa forma, toda a atividade de fomento administrativo deve ser pautado pelos ditames do Direito Administrativo social, que visa a realização dos interesses públicos e do desenvolvimento nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAENA DE ALCÁZAR, Mariano. Sobre el Concepto de Fomento. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 54, p. 43-86, 1967.

BERCOVICI, Gilberto. Administração pública dos cupons. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 26 abr. 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. O mito da subsidiariedade e as reformas do Estado social: um Brainstorm sobre o Governo e a Administração no Brasil atual. In: SIQUEIRA NETO, José Francisco (Coord.) *Gestão Pública, Infraestrutura e Desenvolvimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021. p. 31-60.

BRITTO, Clóvis Carvalho; BITTENCOURT, Frederico Luis Domingues. O terceiro setor, o princípio da subsidiariedade e ação administrativa de fomento no horizonte de uma nova ordem social. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, v. 32, n. 1, p. 35-45, jan./jun. 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Compêndio de Derecho Administrativo II*. Buenos Aires: Depalma, 1990.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de derecho administrativo II*. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1966.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013.

JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista Estudios Políticos*, Madrid, n. 48, p. 41-54, 1949.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Fomento. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org). *Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4. p. 405-501.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O fomento como instrumento de intervenção estatal na ordem econômica. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, v. 8, n. 32, p. 57-71, out./dez. 2010.

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

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocrática: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Administração Pública, concessões e terceiro setor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Ádima Domingues da. *Agências Reguladoras e Estado no Brasil: reformas e reestruturação neoliberal nos anos 90*. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Fomento: administração pública, direitos fundamentais e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2019.

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