ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R DAE | Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 25 – fevereiro/março/abril - 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

ATIVIDADE DE FOMENTO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Rafael Munhoz de Mello

Mestre e Doutorando em Direito do Estado pela PUC/SP. Advogado.

Palavras-chave: Intervenção na ordem econômica. Atividade de fomento. Empresas estatais. Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. Regime jurídico administrativo. Princípio da isonomia.

Sumário: 1. Introdução – 2. A atividade de fomento e seu regime jurídico: 2.1. Intervenção estatal na ordem econômica; 2.2. Conceito da atividade de fomento; 2.3. Meios; 2.4. Submissão ao regime jurídico administrativo; 2.5. Ainda o regime jurídico: atividade de fomento exercida por empresas estatais – 3. Isonomia como limite jurídico à atividade de fomento: 3.1. O princípio da igualdade na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello; 3.2. Atividade de fomento e o risco à isonomia; 3.3. Formas de defender o princípio da isonomia – 4. Conclusão – Referências bibliográficas.

1. Introdução

Entre os modos de intervenção estatal na ordem econômica, o fomento é o que recebe menos atenção da doutrina, circunstância que causa alguma perplexidade, dada a importância econômica do instituto e a sua ampla utilização nas mais variadas esferas da Administração Pública. Com efeito, recursos públicos de grande expressão são transferidos para particulares por força do exercício da atividade de fomento por Municípios, Estados, Distrito Federal e União, sem que haja, curiosamente, maiores preocupações doutrinárias a respeito do assunto – desinteresse que tem reflexo na jurisprudência, que registra pouquíssimos casos em que o tema foi enfrentado com profundidade.

É possível especular que a atividade de fomento não desperte maiores atenções por conta da carga positiva que a acompanha, eis que é fonte de incentivos e benefícios, jamais de limitações e sanções. Tal marca da atividade de fomento pode afastar as preocupações acerca dos limites jurídicos para seu

exercício pela Administração Pública, como se dele não pudessem advir conseqüências negativas para a coletividade ou para indivíduos determinados. Não é assim, contudo: certos incentivos podem beneficiar alguns em detrimento da sociedade ou de particulares não contemplados pela medida de fomento, sendo juridicamente relevante analisar se o tratamento discriminatório é ou não justificado no caso concreto.

Com tal preocupação em foco, o objetivo do presente estudo é traçar um panorama da atividade de fomento, dando ênfase a dois temas caros ao Professor Doutor Celso Antônio Bandeira de Mello: a necessária observância do regime jurídico administrativo, cuja feição no direito brasileiro se deve à sua obra, tendo sido por ele delineada desde seus primeiros escritos,[1] e a sujeição ao princípio da isonomia, a respeito do qual é dele o livro mais festejado da doutrina nacional.[2]

Enfim, trata-se de aplicar algumas das incontáveis lições do mestre da PUC/SP ao tema da atividade administrativa de fomento, modo de render-lhe uma singela mas sincera homenagem.

2. A atividade de fomento e seu regime jurídico

2.1. Intervenção estatal na ordem econômica

A intervenção estatal na ordem econômica pode se dar de três maneiras distintas: i) através da atuação direta do Estado na prestação de serviços ou produção de bens; ii) através da edição de normas jurídicas que disciplinem e limitem a atuação econômica dos particulares, sejam elas gerais e abstratas, sejam individuais e concretas; iii) através da atividade de fomento, por meio da qual o ente estatal procura incentivar o comportamento dos particulares, oferecendo-lhes estímulos. Trata-se de concepção bastante difundida em nossa doutrina, sem grandes variações terminológicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, ao tratar da intervenção estatal no domínio econômico, refere-se ao poder de polícia – "atividade reguladora da ordem econômica" –, aos incentivos à iniciativa privada, "estimulando-a com favores fiscais ou financiamentos, até mesmo a fundo perdido", e à atuação empresarial do Estado, em que "o Poder Público propõe-se a agir como protagonista da exploração econômica".[3] Em outras palavras do mesmo autor, "o Estado pode interferir com a atividade econômica a) 'disciplinando-a' (...); b) 'fomentando-a' (...); c) 'assumindo-a'".[4]

Em sentido semelhante é a doutrina de Luís Roberto Barroso, para quem "é possível identificar três mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico: a atuação direta, o fomento e a disciplina".[5]

Mesmo utilizando terminologia distinta, Eros Roberto Grau adota posição similar, identificando também três formas de intervenção estatal na ordem

---

[1] A referência é ao clássico artigo O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico (*Revista de Direito Público*, v. 2, p. 44), publicado em 1967, em que as linhas gerais do pensamento do autor foram definidas.
[2] *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3.ed., São Paulo, Malheiros, 1993.
[3] *Curso de direito administrativo*, 26. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 789.
[4] O Estado e a ordem econômica, in *Revista de Direito Público*, v. 62, p. 34.
[5] A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, in *Temas de direito constitucional*, 2. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 67.

econômica: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução. No primeiro caso, o Estado atua diretamente na produção de bens e prestação de serviços, o que pode ocorrer em regime de monopólio (intervenção por absorção) ou em regime de competição (intervenção por participação); no segundo, a atuação estatal consiste na edição de normas cogentes, de observância obrigatória por todos os agentes que exerçam certa atividade econômica; já com a intervenção por indução o Estado atua por meio de incentivos aos particulares – atividade de fomento, portanto.[6]

Tais concepções não são semelhantes por acaso: elas refletem o tratamento que a Constituição Federal dá à intervenção estatal no domínio econômico, autorizando de um lado a atuação direta, excepcional, em que o Estado age como empresário (art. 173), e de outro a atuação indireta, em que o ente estatal atua como "agente normativo e regulador", exercendo as "funções de fiscalização, incentivo e planejamento" (art. 174), assim pretendendo influenciar o comportamento dos particulares.

É dizer, tanto a atividade reguladora como a atividade de fomento são formas de intervenção indireta na ordem econômica, em que o "Estado limita-se a condicionar, a partir de fora, a actividade económica privada, sem que assuma a posição de sujeito económico activo",[7] papel reservado aos particulares. Tal forma de agir difere da intervenção direta, na medida em que aqui o ente estatal atua como "agente produtivo",[8] exercendo ele mesmo certa atividade econômica, sozinho ou ao lado de outros particulares, seja prestando serviços, seja produzindo bens. Daí a observação de Eros Grau: a intervenção indireta se dá *sobre* o domínio econômico, enquanto a direta se dá *no* domínio econômico.[9]

A intervenção indireta na ordem econômica ganhou importância nas duas últimas décadas do século XX, ao mesmo tempo em que a intervenção direta perdeu espaço. Por conta de uma série de fatores, mormente econômicos,[10] o Estado abandonou a atuação empresarial que vinha até então sendo por ele desempenhada com largueza, deixando de ser o responsável direto pela prestação de serviços e pela produção de bens, atividades que foram transferidas quase integralmente aos particulares. Mas tal mudança não alterou o caráter intervencionista que marca o Estado Social:[11] o que mudou foi

---

[6] *A ordem econômica na Constituição de 1988*, 13. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 147-148.
[7] Luís S. Cabral de Moncada, *Direito económico*, 4. ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 43.
[8] Idem, p. 42.
[9] *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 147.
[10] "A multiplicação da população e a redução da eficiência das atividades desempenhadas diretamente pelo Estado contribuíram decisivamente para o fenômeno denominado 'crise fiscal'. A expressão passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos. (...) A crise fiscal do Estado do Bem-Estar conduziu a perspectivas de redução das dimensões do Estado e de sua intervenção direta no âmbito econômico" (Marçal Justen Filho, *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 19-20).
[11] "O processo de reconfiguração do papel do Estado e o trânsito para uma nova etapa, de uma acção mais modesta, não significa um *retour* ao liberalismo desregulado do século XIX:

o modo de intervenção estatal na ordem econômica, que deixou de ser preponderantemente direta e passou a ser mais freqüentemente indireta, contando com uma maior participação dos particulares na busca do bem comum.[12] E nem poderia ser diferente à luz do nosso ordenamento constitucional, como bem anota Clèmerson Merlin Clève ao tratar de tal mudança na forma de agir do Estado brasileiro:

> Ainda que tenha restado bem mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absenteísmo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e ao desafio da soberania nacional.[13]

Foi em tal contexto de redução da intervenção estatal direta no domínio econômico que a atividade de fomento foi redescoberta,[14] servindo como "um terreno de eleição para detectar o especial carácter da actividade administrativa do Estado Social intervencionista dos nossos dias", marcada pelo "concurso do empresário privado", como ensina Luís Cabral de Moncada.[15]

2.2. Conceito da atividade de fomento

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

Como se viu logo acima, trata-se de uma forma de intervenção indireta do Estado na ordem econômica, o que significa dizer que a atividade tida como relevante para o interesse público é desempenhada não diretamente pelo ente estatal mas sim pelos particulares, que são estimulados a exercê-la pela oferta de benefícios. Daí afirmar Garrido Falla que o fomento é atividade

---

mantém-se presente um 'Estado socialmente activo' e comprometido com a regulação da sociedade" (Pedro Gonçalves, Direito administrativo da regulação, in *Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 11). Do mesmo modo, Marçal Justen Filho afirma que a redução da intervenção direta do Estado na ordem econômica "não significa negar a responsabilidade estatal pela promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado do Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental" (ob. cit., p. 21).

[12] "A tendência é, portanto, para a substituição da intervenção directa do Estado por formas de intervenção indirecta ou 'reguladora', à frente descritas, no pressuposto da bondade da actividade privada para o desempenho total ou parcial das funções sociais do Estado" (Luís S. Cabral de Moncada, ob. cit., p. 45).

[13] Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto, in *Regulação portuária e concorrência – pareceres jurídicos e econômicos*, Rio de Janeiro, Abratec, 2009, p. 211.

[14] Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 32.

[15] *Direito económico*, p. 494.

administrativa que "se dirige a satisfacer indirectamente ciertas necesidades consideradas de carácter publico".[16]

Os particulares são livres para decidir se vão ou não assumir a tarefa desejada pelo Estado: se aceitarem desempenhá-la, serão beneficiados pela medida de fomento oferecida pela Administração Pública; se não aceitarem, nenhuma sanção lhes será imposta, eis que não terão agido ilicitamente. Isso porque através do fomento o Estado não impõe o dever de observar certa conduta, mas apenas estimula sua adoção.[17] "A adesão ao comportamento sugerido constitui mera opção dos agentes econômicos que se beneficiariam com os mecanismos de fomento criados em lei", como explica Luís Roberto Barroso.[18] Por essa razão a doutrina afasta da atividade de fomento qualquer sinal de coação.[19]

Mas aqui cabe um alerta: se o particular, em troca de um benefício, assume a obrigação de exercer a atividade desejada pela Administração Pública, sofrerá ele as conseqüências eventualmente previstas para o caso de inadimplemento de tal obrigação, que poderão ser impostas com recurso à coação. Dito de outro modo: o particular é livre para aceitar ou não o papel que lhe oferece o Estado; aceitando, contudo, ele cria um vínculo com a Administração, cujo rompimento pode sujeitá-lo às sanções cabíveis. Ou ainda, nas palavras de Eros Grau: "ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão".[20]

Outro ponto do conceito merece ainda destaque, mesmo que óbvio: a medida de fomento é instrumental, prestando-se à satisfação de um interesse público. De fato, o benefício oferecido aos particulares tem por finalidade única induzi-los a exercer atividade que é reputada como essencial ao atendimento de uma necessidade coletiva, pois do contrário nada justificaria a atuação da Administração Pública.[21] Afinal, "toda actuación administrativa supone en cierta manera una forma de intervención estatal para asegurar la satisfacción de las

---

[16] *Tratado de derecho administrativo*, 12. ed., Madri, Tecnos, 2006, vol. II, p. 379.

[17] "La actividad de fomento constituye una actividad de estímulo por la que el Estado no impone sino que ofrece a los particulares una ayuda para que éstos realicen actividades de interés público" (Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, 3. ed., Granada, Comares, 2004, p. 343).

[18] A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços, in *Temas de direito constitucional*, p. 69.

[19] "Mediante el fomento, la Administración persigue los fines públicos sin el empleo de la coacción" (Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, 9. ed., Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001, p. 889). Da mesma forma Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, p. 379; Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 345; Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, p. 19.

[20] *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 148-149.

[21] "Ora, a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesses de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce função, instituto que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 98).

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

necesidades públicas", na lição de Garrido Falla, que complementa: no caso do fomento isso se dá "sin merma de la libertad de los administrados, que, estimulados por la Administración, cooperan voluntariamente en la satisfacción de la necesidad pública".[22]

2.3. Meios

Diversos são os meios utilizados pela Administração Pública no exercício da atividade de fomento, que obviamente variam de um ordenamento jurídico para outro. Por mais diversificados que sejam, contudo, é possível dividi-los em três grandes categorias, seguindo classificação corrente na doutrina: i) meios honoríficos, ii) meios jurídicos e iii) meios econômicos.[23]

Os meios honoríficos procuram fomentar atividades tidas como relevantes para a sociedade através da concessão de títulos, prêmios ou condecorações, assim estimulando a atuação dos particulares, diante da reconhecida "tendencia humana hacia la diferenciación y distinción".[24]

Já os meios jurídicos de fomento têm por característica a concessão de um *status* jurídico excepcional e privilegiado a certos indivíduos ou categorias de particulares que o Estado deseja proteger ou incentivar. Tais particulares sujeitam-se a um regime jurídico especial, que lhes outorga algum tipo de vantagem ou privilégio, tal qual "dispensas frente a leyes y reglamentaciones administrativas de carácter prohibitivo", como exemplifica Garrido Falla.[25] É o caso das microempresas e das empresas de pequeno porte, que por ostentarem tal qualificação jurídica ficam sujeitas a um regime jurídico privilegiado em comparação ao que se aplica às demais pessoas jurídicas, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, podendo, por exemplo, receber tratamento diferenciado "nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios" (art. 47).[26] Também podem ser citadas como exemplos as organizações sociais (Lei nº 9.637/1998) e as organizações da sociedade civil de interesse público (Lei nº 9.790/1999), títulos jurídicos que garantem certos privilégios, inserindo "as entidades qualificadas em um regime jurídico específico", na lição de Paulo Modesto.[27]

Por fim, os meios econômicos, de longe os mais relevantes, consistem na outorga de vantagens de natureza patrimonial aos particulares que exerçam

---

[22] *Tratado de derecho administrativo*, p. 158 e 377-378.
[23] Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, p. 383; Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 346-347; Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, p. 890, com acréscimo dos "medios psicológicos"; Sílvio Luís Ferreira da Rocha, *Terceiro setor*, p. 22, com críticas à classificação, ainda assim utilizada.
[24] Fernando Garrido Falla, ob. cit., p. 383.
[25] Idem, p. 396.
[26] Sobre o tema, em especial no campo das licitações, ver Marçal Justen Filho, *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, São Paulo, Dialética, 2007; Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães, *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa - reflexos práticos da LC nº 123/06*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.
[27] Paulo Modesto, Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil, in *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 24, p. 77. Ver também Sílvio Luís Ferreira da Rocha, ob. cit.; Egon Bockmann Moreira, Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus "vínculos contratuais" com o Estado, in *Estudos de direito econômico*, Belo Horizonte, Fórum, p. 259-277, 2004.

as atividades que o Estado deseja fomentar. É possível que tais vantagens patrimoniais sejam reais ou financeiras: no primeiro caso, a Administração Pública cede o uso de bens públicos aos particulares; no segundo, confere-se aos particulares um benefício pecuniário, que pode ser direto ou indireto, conforme haja ou não transferência direta de recursos financeiros do Estado aos particulares atingidos pela medida de fomento.

O benefício pecuniário direto mais utilizado é a subvenção, "la figura típica del fomento", no dizer de Roberto Dromi,[28] por meio da qual o Estado transfere dinheiro aos particulares a fundo perdido, sem qualquer expectativa de reavê-lo.[29] É evidente que o dinheiro é repassado para que os particulares empreguem-no na atividade que o Estado deseja incentivar, razão pela qual Dromi afirma que a subvenção é uma "donación modal de derecho público", ressaltando assim o encargo que recai sobre os beneficiários, pois "sin perjuicio de mantener el carácter de una liberalidad, su otorgamiento se realiza en vista al cumplimiento de una finalidad de interés general, específica y determinada".[30]

A subvenção está disciplinada em nosso ordenamento jurídico, de modo muito superficial, na Lei nº 4.320/1964 e no Decreto nº 93.872/1986, ao lado de outras duas figuras semelhantes, o auxílio e a contribuição. Difere a subvenção do auxílio e da contribuição por conta de sua finalidade: no primeiro caso se trata de uma transferência corrente, realizada para "cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas" (Lei nº 4.320/1964, art. 12, § 3º), enquanto o auxílio e a contribuição são repasses classificados como transferência de capital, devendo ser utilizados "para investimentos ou inversões financeiras" (idem, § 6º). A diferença entre auxílio e contribuição, por sua vez, está na sua autorização legal: o primeiro deve estar previsto na Lei de Orçamento, o segundo em lei especial.

Ainda de acordo com os referidos diplomas legais, a subvenção pode ser classificada como subvenção social, concedida a "instituições públicas ou privadas de caráter social ou cultural, sem finalidade lucrativa", ou como subvenção econômica, destinada "a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril" (Lei nº 4.320/1964, art. 12, § 3º, incisos I e II). A subvenção social pode ser concedida "independentemente de legislação especial", ao contrário da econômica, que depende de "expressa autorização em lei especial" (Decreto nº 93.872/1986, arts. 60 e 61).

Mas em sua atividade de fomento, a Administração Pública não transfere apenas dinheiro a fundo perdido aos particulares. Com efeito, é também um meio financeiro direto de fomento a concessão de empréstimos por entes ligados ao Estado, bastando lembrar dos financiamentos bilionários concedidos

---

[28] *Derecho administrativo*, p. 894.

[29] Referindo-se ao subsídio no direito português, explica Cabral de Moncada que sua característica principal é "o tratar-se de atribuições pecuniárias unilaterais a favor dos sujeitos económicos sem que estes fiquem constituídos na obrigação de reembolso. É por esta razão que também se chama ao subsídio subvenção, comparticipação, auxílio, prémio etc. É, pois, em atenção ao critério da natureza jurídica da situação do beneficiário, consoante este fique ou não sujeito ao reembolso, que se distingue o subsídio das restantes formas de fomento económico" (*Direito económico*, p. 500-501).

[30] Ob. cit., p. 895.

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, sempre com juros inferiores aos praticados por outras instituições financeiras públicas ou privadas, que muitas vezes são determinantes para o sucesso de projetos empresariais tidos por relevantes para o desenvolvimento econômico nacional. Como regra, utiliza-se aqui um instrumento típico de direito privado, o contrato de mútuo, que impõe ao tomador dos recursos a obrigação de devolvê-los ao mutuante. E que fique claro: nem toda instituição financeira ligada ao Estado desempenha atividade de fomento, pois existem casos de bancos estatais que operam nas mesmas condições dos privados, como o Banco do Brasil ou a Caixa Econômica Federal, que cobram taxas semelhantes ou até superiores às praticadas por seus congêneres privados. A marca da atividade de fomento é o oferecimento de benefícios e estímulos, que no caso dos empréstimos consiste na cobrança de juros subsidiados ou na concessão de linhas de financiamento não oferecidas pelo mercado.

Ao lado dos meios econômicos financeiros diretos, em que o Estado transfere dinheiro para os particulares, a fundo perdido ou não, há também os meios econômicos financeiros indiretos, em que o benefício patrimonial oferecido aos particulares decorre da renúncia à cobrança de determinados tributos, ainda que por um período limitado de tempo. Ou seja, aqui o Estado não repassa dinheiro diretamente aos particulares, como ocorre na subvenção ou no empréstimo, mas sim deixa de arrecadar tributos, ou ao menos posterga o seu pagamento.[31] Servem como exemplo a isenção fiscal e a simples redução de alíquotas de tributos, medidas amplamente utilizadas para incentivar certas atividades econômicas.

2.4. Submissão ao regime jurídico administrativo

A atividade estatal de fomento é uma manifestação da função administrativa, e, como tal, está sujeita a um regime jurídico específico, qual seja, o regime jurídico administrativo,[32] conjunto de normas jurídicas que encontra fundamento em dois princípios basilares, segundo a concepção desenvolvida por Celso Antônio Bandeira de Mello: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público, dos quais decorrem vários outros.[33]

---

[31] "O benefício fiscal consiste na não cobrança por parte do Estado no todo ou em parte a determinados sujeitos de certos tributos a que estariam obrigados face às leis gerais. Tem assim um efeito desagravatório" (Luís S. Cabral de Moncada, *Direito económico*, p. 495).

[32] "Aun cuando la realización del bien común se obtiene de un modo mediato, la actividad concreta de fomento no deja de pertenecer a la función administrativa objetivamente considerada, habida cuenta de que la intervención del Estado tiende a cumplir la función supletoria o subsidiaria que le es propria sobre las bases de las técnicas del Derecho público, como evidentemente son los actos por los cuales se otorgan beneficios a las industrias" (Juan Carlos Cassagne, *La intervención administrativa*, 2. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 99).

[33] Celso Antônio Bandeira de Mello, O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico (*Revista de Direito Público*, v. 2, p. 44) e *Curso de direito administrativo*, p. 54-75 e 96-99. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado vem sendo objeto de crítica, eis que colocaria em segundo plano interesses privados juridicamente relevantes e, pior, direitos fundamentais individuais assegurados pela Constituição Federal (ver a obra coletiva, coordenada por Daniel Sarmento, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris,

A pedra angular do regime jurídico administrativo é o princípio da legalidade, por força do qual a Administração Pública somente pode agir quando expressamente autorizada por lei formal. É de Hely Lopes Meirelles a clássica passagem sobre o tema: "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".[34] Isso significa que a função administrativa é infralegal, subordinada que está à legislativa, como bem notou Renato Alessi.[35]

Além do princípio da legalidade, o mais relevante, outros princípios integram o regime jurídico administrativo, alguns previstos expressamente na Constituição, outros não. São eles, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello: i) princípio da finalidade, ii) princípio da razoabilidade, iii) princípio da proporcionalidade, iv) princípio da motivação, v) princípio da impessoalidade ou isonomia, vi) princípio da publicidade, vii) princípios do devido processo legal e

---

2007). Todavia, não se pode atribuir a Celso Antônio Bandeira de Mello a idéia de que o princípio em comento autorizaria o sacrifício de interesses individuais assegurados pelo texto constitucional, como esclarece o próprio: "é evidente, e de evidência solar, que a proteção do interesse privado nos termos do que estiver disposto na Constituição é, também ela, um interesse público, tal como qualquer outro, a ser fielmente resguardado. Assim, é de interesse público que o sujeito que sofrer dano por obra realizada pelo Estado seja cabalmente indenizado, como previsto no art. 37, § 6º do texto constitucional. É de interesse público que o desapropriado receba prévia e justa indenização, a teor do art. 5º, XXIV do mesmo diploma. E é também evidente que nisto há proteção ao interesse privado de quem sofreu lesão por obra do Estado ou de quem foi por ela desapropriado, de par com a proteção do interesse público abrigado nestas normas" (*Curso de direito administrativo*, p. 68-69). Ou ainda, nas palavras de Luís Roberto Barroso, no prefácio à obra acima referida, *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*: "em um Estado de direito democrático, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. (...) Mesmo quando não esteja em jogo um direito fundamental, o interesse público pode estar em atender adequadamente a pretensão do particular. É o que ocorre, por exemplo, no pagamento de indenização pelos danos causados por viatura da polícia a outro veículo; ou, ainda, no conserto de um buraco de rua que traz desconforto para um único estabelecimento comercial. O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão" (p. xiv-xv). Ainda sobre o tema, vale mencionar que Marçal Justen Filho propõe substituir a supremacia do interesse público pela supremacia dos direitos fundamentais como fundamento do direito administrativo (*Curso de direito administrativo*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 62-64).

[34] *Direito administrativo brasileiro*, 34. ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 89.

[35] *Principi di diritto amministrativo*, 3. ed., Milão, Giuffrè, 1974, vol. I, p. 16. O entendimento é adotado por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem o princípio da legalidade é "a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na edição de comandos complementares à lei" (*Curso de direito administrativo*, p. 100). É também a opinião de Marçal Justen Filho, como se lê: "A atividade administrativa é um conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais que se desenvolve sob a égide do princípio da legalidade. Numa democracia republicana, a atividade administrativa não pode ser compreendida senão como atuação infralegal" (*Curso de direito administrativo*, p. 102).

da ampla defesa, viii) princípio da moralidade administrativa, ix) princípio do controle judicial dos atos administrativos, x) princípio da responsabilidade estatal por atos administrativos, xi) princípio da boa administração e xii) princípio da segurança jurídica.[36]

Tais princípios aplicam-se a toda manifestação da função administrativa, nada justificando que a atividade de fomento seja tratada como exceção.

Assim, as medidas de fomento devem ter suporte legal,[37] e a concessão dos benefícios deve atender à finalidade da norma que as instituiu, com observância da razoabilidade e da proporcionalidade, valendo aqui lembrar as palavras de Roberto Dromi: "su otorgamiento se realiza en vista al cumplimiento de una finalidad de interés general, específica y determinada".[38]

Bem por isso, para demonstrar que a competência que lhe foi outorgada pela lei formal está sendo adequadamente exercida, a Administração Pública deve motivar o ato que aplica a medida de fomento. E não basta motivá-lo, é preciso dar publicidade ao ato, sujeitando-o ao crivo dos órgãos de controle, aí incluído o Poder Judiciário.

A atividade de fomento não pode ser exercida com o propósito de beneficiar os amigos e prejudicar os inimigos dos titulares da competência, devendo observar a impessoalidade que se espera da Administração Pública. E mais: sendo escassos os recursos estatais e representando a medida de fomento um benefício concedido a apenas alguns indivíduos, é preciso que seja ele, como regra, oferecido a todos os potenciais interessados, respeitando-se o princípio da isonomia, como será adiante examinado.

Tampouco pode a atividade administrativa de fomento ser desempenhada ao arrepio dos princípios éticos que devem nortear a atuação da Administração Pública, sob pena de violação à moralidade administrativa, não raramente vilipendiada na concessão de subvenções sociais a organizações sem idoneidade alguma.

E finalmente, a atividade de fomento não pode ignorar o princípio da boa administração – ou eficiência administrativa, tal qual inserido no texto constitucional –, que veda a concessão de benefícios que não sejam aptos ao preciso e adequado atendimento da finalidade legal.

Lamentavelmente, contudo, a realidade demonstra que o regime jurídico administrativo é pouco observado no exercício da atividade de fomento, como adverte Sílvio Luís Ferreira da Rocha:

> A atividade de fomento, como regra, não obedece a esses princípios. A justificativa para isso, até certo ponto, é o desprezo dado a esta atividade administrativa, relegada a um segundo plano e considerada de menor importância se comparada à prestação de serviços públicos. Ocorre que, no momento em que o Estado pretende deixar um pouco de lado a atividade eminentemente prestadora de serviços

---

[36] *Curso de direito administrativo*, p. 95-126.

[37] "Como toda actividad de la Administración, la acción de fomento se halla sometida al principio de legalidad. Sin embargo, históricamente se consideraba una actividad benéfica de los poderes públicos, por lo que no regía el principio de reserva de ley en esta materia. Por el contrario hoy se considera que el otorgamiento de medidas económicas de fomento debe someterse al principio de legalidad (aunque sea difícil en la práctica), con varias peculiaridades" (Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 349).

[38] *Derecho administrativo*, p. 895.

> públicos, há, naturalmente, uma redescoberta da atividade administrativa de fomento, sem que se dê a devida conta de que esta também deve obedecer aos princípios que regem toda atividade administrativa.[39]

Uma das mais freqüentes violações ao regime jurídico administrativo decorre justamente da adoção de medidas de fomento que fazem tábula rasa do princípio da isonomia, grave violação ao nosso ordenamento jurídico, como adiante será visto.

2.5. Ainda o regime jurídico: atividade de fomento exercida por empresas estatais

Cabe aqui um acréscimo: o regime jurídico administrativo também deve ser observado pelas empresas estatais que exercem a atividade administrativa de fomento, como, por exemplo, o já citado Banco de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, empresa pública que é a instituição financeira de fomento de maior destaque no cenário nacional.

Ainda que dotadas de personalidade jurídica de direito privado, as empresas estatais integram a Administração Pública e são voltadas para a consecução de algum interesse público, pois do contrário não haveria justificativa para a sua criação pelo Estado. Afinal, nas palavras de Carlos Ari Sundfeld, "o Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre para implementar políticas públicas (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc)".[40]

Nota-se, assim, que as empresas estatais são instrumentos de que se vale o Estado para melhor exercer a função administrativa, diante da convicção de que o interesse público, em certas circunstâncias, será melhor atendido através da atuação de uma pessoa jurídica de direito privado.[41]

Mas para que o interesse público possa ser bem atendido pelas empresas estatais, o regime jurídico a que elas estão sujeitas não pode ser apenas o regime do direito privado, parece evidente. É preciso que sejam observadas também diversas normas próprias do direito público, estranhas ao campo do direito privado, mas cuja aplicação às empresas estatais é inafastável, seja por seu papel na busca da satisfação do interesse coletivo, seja pela utilização de recursos públicos. Logo, ainda que pessoas jurídicas de direito privado, as empresas públicas e as sociedades de economia mista sujeitam-se também, em maior ou menor escala, ao regime jurídico do direito público. Ou ainda, na lição de Marçal Justen Filho:

> Há um "mínimo" de direito público que é inafastável, decorrente da natureza instrumental da entidade para o cumprimento de função administrativa. Ser dotada de personalidade jurídica de direito privado

---

[39] *Terceiro setor*, p. 32.

[40] A participação privada nas empresas estatais, in *Direito administrativo econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 265.

[41] "Empresas públicas e sociedades de economia mista são, fundamentalmente e acima de tudo, instrumentos de ação do Estado. O traço essencial caracterizador dessas pessoas é o de se constituírem em auxiliares do Poder Público; logo, são entidades voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentes aos meramente privados" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 193).

> não significa ausência de natureza estatal, o que exige instrumentos de controle e vinculação à realização dos valores da democracia republicana. Os recursos econômicos utilizados são, na origem, de titularidade estatal, portanto não podem ser utilizados senão para a realização de interesses coletivos e para a promoção dos direitos fundamentais. A atribuição do poder econômico para aquela entidade é uma manifestação de poder político estatal, o que significa submissão ao controle inerente à tripartição de Poderes.[42]

Semelhante é o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que, ao tratar do regime jurídico a que se sujeitam as empresas estatais, manifesta preocupação de todo pertinente ao objetivo do presente trabalho, como se lê:

> Entidades constituídas à sombra do Estado como auxiliares suas na produção de utilidade coletiva e que manejam recursos captados total ou majoritariamente de fontes públicas têm que estar submetidas a disposições cautelares, defensivas tanto da lisura e propriedade no dispêndio destes recursos quanto dos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica, quando das relações que com elas entretenham.[43]

Tais lições são plenamente aplicáveis às empresas estatais que exercem a atividade de fomento, que não passam de instrumentos do Estado para o adequado exercício da função administrativa, e, não bastasse, manipulam recursos financeiros de origem estatal. Tais razões justificam plenamente a sua submissão ao regime jurídico administrativo, vinculadas que estão as estatais "à realização dos valores da democracia republicana", dentre os quais tem destaque, sem dúvida alguma, a "atuação impessoal e isonômica" dos entes que integram a Administração Pública, Direta ou Indireta.

3. Isonomia como limite jurídico à atividade de fomento

3.1. O princípio da igualdade na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello

Em seu nunca suficientemente elogiado *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Celso Antônio Bandeira de Mello desvelou com precisão o princípio constitucional da isonomia, indo muito além do lugar comum representado pela velha fórmula aristotélica, sem dúvida corretíssima: a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Mas pergunta o mestre da PUC/SP: afinal, "quem são os iguais e quem são os desiguais?"; "qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos?".[44] Ao responder a tais questões, Celso Antônio Bandeira de Mello definiu a linha mestra para a adequada compreensão do princípio da igualdade, de modo até aqui insuperado.

Para o autor, para que seja compatível com o princípio da isonomia, o tratamento desigual deve estar fundado em critério diferencial que não singularize de modo absoluto o indivíduo que será tratado de forma peculiar, pois do contrário "corresponderia ou à imposição de um gravame incidente

---

[42] *Curso de direito administrativo*, p. 185.
[43] *Curso de direito administrativo*, p. 197.
[44] *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 11.

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

sobre um só indivíduo ou à atribuição de um benefício a uma única pessoa",[45] situações incompatíveis com a idéia de igualdade. Ademais, o critério diferencial deve ser inerente à pessoa, à coisa ou à situação a que se pretende dar um tratamento diferenciado, ou seja, "elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes", pois "não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais".[46] Respeitadas tais orientações, qualquer traço diferencial pode ser invocado como razão de ser de um tratamento jurídico desigual, o que não significa, contudo, que tal tratamento desigual seja válido à luz do princípio da isonomia.

Com efeito, para que o tratamento jurídico desigual seja compatível com o princípio da isonomia, é preciso ainda que ele i) seja uma decorrência lógica do fator de diferenciação escolhido e ii) promova valores protegidos pelo texto constitucional.[47]

Assim, entre o elemento eleito como fator de diferenciação e o tratamento jurídico discriminatório a ele correspondente deve existir uma correlação lógica, não sendo consentâneo com o princípio da isonomia que a discriminação seja fortuita ou arbitrária; bem pelo contrário, deve ela ser fundada apenas na razão. Nas palavras do autor: "o critério especificador escolhido pela lei, a fim de circunscrever os atingidos por uma situação jurídica – a dizer: o fator de discriminação – pode ser qualquer elemento radicado neles; todavia, necessita, inarredavelmente, guardar relação de pertinência lógica com a diferenciação que dele resulta".[48]

Mas o tratamento jurídico discriminatório, ainda que guarde relação lógica com o fator de diferenciação eleito, somente será compatível com o princípio da igualdade se promover valores tutelados pela Constituição, que serve assim como parâmetro para aferir a legitimidade do regime jurídico diferenciado. "Sobre existir nexo lógico, é mister que este retrate concretamente um bem – e não um desvalor – absorvido no sistema normativo constitucional", no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello.[49] Bem estabelecidas tais diretrizes, é possível analisar em que medida a atividade de fomento é compatível com o princípio constitucional da isonomia.

3.2. Atividade de fomento e o risco à isonomia

Não é difícil perceber que a atividade de fomento oferece um vasto campo para que a Administração Pública atue ao arrepio do princípio da isonomia. Afinal, trata-se de uma atividade marcada pela concessão de vantagens e benefícios aos particulares que ajam em conformidade com o desejo estatal, que por conta de sua escolha recebem um tratamento especial,

---

[45] Idem, p. 24.
[46] Idem, p. 35.
[47] "As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correção lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados pelo texto constitucional" (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., p. 17).
[48] *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 38-39.
[49] Idem, p. 42.

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

eventualmente prejudicial aos que não sucumbem aos incentivos oferecidos pelo Estado, como alerta Eros Roberto Grau:

> A sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, *v.g.*), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados.[50]

Enfim, a atividade de fomento é essencialmente discriminatória, pois "supone beneficiar a unos concretos sujetos privados y no a todos",[51] restando saber se o tratamento discriminatório é ou não ofensivo ao princípio da igualdade.

Seguindo as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o fomento, para que seja compatível com a isonomia, deve ser exercido de modo que os benefícios e privilégios sejam distribuídos apenas a quem efetivamente se destacar – e sendo possível, a todos os que se destacarem – pela prática da atividade tida como necessária à satisfação de um certo interesse público, que bem por isso é fomentada pelo Estado; ademais, a concessão dos benefícios e privilégios deve estar voltada para a promoção de valores compatíveis com o texto constitucional, mesmo porque, do contrário, de interesse público não se trataria.

O maior risco à isonomia é que os benefícios e privilégios sejam distribuídos sem qualquer critério racional que justifique o tratamento diferenciado. Em tal situação, os particulares beneficiados são escolhidos não porque se distingam dos demais pela sua atuação numa atividade cuja promoção é do interesse coletivo, tal qual definido em lei, mas sim porque têm meios de exercer maior pressão política ou mesmo pelo simples compadrio. Ninguém ignora que subvenções são concedidas quotidianamente a organizações não-governamentais pela única razão de serem ligadas a grupos políticos que se encontram no exercício do poder estatal, ou que benefícios fiscais são outorgados a setores empresariais não porque sejam os mais necessitados ou os que mais criem empregos, mas sim porque dotados de maior poder de mobilização. E não se trata de problema nacional, diga-se: Ariño Ortiz retrata de modo semelhante a situação no cenário espanhol, apontando que lá, assim como aqui, "las subvenciones generan um nuevo caciquismo, practicado com dinero público". E continua: o exercício da atividade de fomento sem controles jurídicos pode levar a um "Estado de amiguismo", obviamente incompatível com o Estado de Direito.[52]

Pode acontecer também de o tratamento discriminatório em que consiste a medida de fomento ser outorgado com base em critérios lógicos, com fundamento num efetivo traço diferenciado dos particulares beneficiados, mas ainda assim com ofensa ao princípio da isonomia, em razão da promoção de valores incompatíveis com o texto constitucional. Basta pensar na concessão

---

[50] *A ordem econômica na Constituição de 1988*, p. 149.
[51] Gaspar Ariño Ortiz, *Principios de derecho público económico*, p. 350.
[52] *Principios de derecho público económico*, p. 370-371.

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

de benefícios fiscais a empresas que por alguma razão lógica o Estado pretenda proteger, mas que acabem por prejudicar a livre concorrência, princípio constitucional da ordem econômica nacional (art. 170, IV), ou ainda na concessão de empréstimos públicos subsidiados para fomentar operações societárias que redundem em concentração de mercado, prejudicando os consumidores, que também mereceram proteção constitucional (idem, inciso V).

Tanto num caso como noutro a atividade de fomento será ilícita, eis que contrária ao princípio constitucional da igualdade.

3.3. Formas de defender o princípio da isonomia

Dada a ampla margem de discricionariedade de que a Administração Pública em regra dispõe na seara da atividade de fomento, não é fácil aferir se houve ou não observância ao princípio da isonomia. Mas é possível estabelecer algumas diretrizes que, acaso observadas, podem reduzir bastante os riscos acima apontados.

A palavra-chave, aqui, é transparência: o Estado precisa definir os critérios objetivos que deverão ser preenchidos para que os interessados possam ser beneficiados por medidas de fomento. E se a idéia é incentivar o exercício de certas atividades, "en vista al cumplimiento de una finalidad de interés general, específica y determinada",[53] é necessário que tais atividades sejam precisamente identificadas, bem como que a finalidade que se deseja alcançar seja bem definida, algo essencial para que os particulares possam pautar suas condutas. Nas palavras de Sílvio Luís Ferreira da Rocha: "a atividade de fomento juridicamente controlável pressupõe uma disciplina precisa dos critérios de escolha dos possíveis beneficiários, que deve ter como base apenas o específico interesse público perseguido com a ajuda econômica".[54]

Estando bem definidos os critérios objetivos que serão utilizados para a escolha dos beneficiários, o princípio da isonomia exige que todos os que preencham as condições definidas pela Administração sejam contemplados pela medida de fomento. Caso isso não seja possível, em situações em que haja escassez de recursos, a escolha dos beneficiários deve se dar através de um procedimento competitivo, também fundado na objetividade, nos termos defendidos por Ariño Ortiz: "un procedimiento reglado de derecho público, bajo los principios de publicidad, transparencia, objetividad y libre concurrencia. El concurso debe ser la forma habitual en el otorgamiento de subvenciones. La publicidad no debe admitir excepciones".[55]

Cabe aqui dar destaque especial à atuação das instituições financeiras de fomento, empresas estatais que devem observar o regime jurídico administrativo, como acima foi destacado. Tais instituições também precisam definir de modo objetivo os setores econômicos que serão fomentados através da concessão de empréstimos subsidiados, bem como os critérios que

---

[53] Roberto Dromi, *Derecho administrativo*, p. 895.
[54] *Terceiro setor*, p. 31.
[55] *Principios de derecho público económico*, p. 373. No mesmo sentido, Sílvio Luís Ferreira da Rocha, ob. cit., p. 31.

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

nortearão a escolha dos potenciais interessados, que devem, obviamente, ser compatíveis com o princípio da isonomia, tal qual delineado por Celso Antônio Bandeira de Mello: deve haver uma relação lógica entre o fator de discriminação e o tratamento diferenciado, que não pode ser incompatível com os valores protegidos pelo texto constitucional.

Assim sendo, e correndo o risco de dizer o óbvio, as instituições financeiras de fomento ligadas ao Estado não podem escolher caprichosamente os particulares que serão brindados com financiamentos privilegiados. Se certa atividade econômica ou projeto empresarial são considerados como de interesse público, é a atividade e o projeto que devem ser fomentados, não os particulares x ou y. Logo, todos os interessados em exercer a atividade econômica ou desenvolver o projeto tidos por relevantes têm direito à obtenção do financiamento oferecido pela instituição financeira de fomento, desde que, é claro, atendam às exigências próprias de tal tipo de operação de crédito. Não é possível, portanto, que um banco estatal que desempenhe a atividade administrativa de fomento possa escolher ao seu talante, com base em critérios eminentemente subjetivos, o particular que participará deste ou daquele projeto de interesse público, simplesmente negando financiamento aos demais interessados que se encontrem em situação similar. Parece não haver dúvida de que se trata de conduta ofensiva "aos direitos dos administrados a uma atuação impessoal e isonômica" das empresas estatais, recorrendo uma vez mais às palavras sempre autorizadas de Celso Antônio Bandeira de Mello.[56]

E não se olvide da relevância da motivação dos atos administrativos,[57] exigência que pode impedir que a atividade administrativa de fomento seja exercida sem observância ao princípio da isonomia, ao obrigar o agente administrativo a expor as razões de fato e de direito que o levaram a conceder tal e qual benefício a esse ou aquele particular. A exigência de motivação sem dúvida dificulta a concessão de privilégios arbitrários ou fortuitos, que não encontrem amparo na razão. Bem por isso, os atos administrativos que veiculem medidas de fomento devem ser motivados, ainda que sejam ampliativos de direito. Não se tratasse de um princípio que deriva da própria idéia de Estado Democrático de Direito, a motivação em tais casos seria indispensável para impedir que recursos públicos fossem mal utilizados, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello em passagem feita sob medida para o fecho do presente trabalho: "em País no qual a Administração freqüentemente pratica favoritismos ou liberalidades com recursos públicos a motivação é extremamente necessária em atos ampliativos de direito".[58]

---

[56] *Curso de direito administrativo*, p. 197.
[57] Sobre a motivação dos atos administrativos, ver o clássico estudo de Alberto Ramon Real, Fundamentación del acto administrativo (*Revista de Direito Público*, v. 62, p. 5), bem como Carlos Ari Sundfeld, Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados (*Revista de Direito Público*, v. 75, p. 119) e Celso Antônio Bandeira de Mello, Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo, (*Revista de Direito Público*, v. 90, p. 57).
[58] *Curso de direito administrativo*, p. 507.

4. Conclusão

As posições aqui defendidas nada têm de revolucionário. Bem pelo contrário, parece mesmo bastante óbvio afirmar que certa atividade da Administração Pública está sujeita ao regime jurídico administrativo, e, como tal, deve observância ao princípio da isonomia.

Ainda assim, por vezes não é ocioso reafirmar o óbvio, principalmente diante do fato de que a Administração Pública freqüentemente ignora os mais comezinhos princípios do regime jurídico administrativo, mesmo quando atinge a esfera jurídica dos particulares com medidas de cunho negativo. Pois se até em tais casos o regime jurídico administrativo é constantemente desrespeitado, a situação é pior no exercício da atividade de fomento, em que as medidas administrativas geram benefícios e não restrições, o que leva a Administração a agir como se estivesse livre de quaisquer amarras jurídicas, distribuindo favores a quem lhe parecer conveniente, algo de todo incompatível com a idéia de Estado de Direito.

Referências bibliográficas

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 1974, vol. I.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.

_____. O Estado e a ordem econômica. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 34-46, abr./jun. 1982.

_____. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 90, p. 57-69, abr./jun. 1989.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 47-81, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Preceitos constitucionais fundamentais da República Federativa do Brasil, serviço público portuário e autorização para exploração de atividade portuária por meio de terminais privativos de uso misto. In: *Regulação portuária e concorrência – pareceres jurídicos e econômicos*. Rio de Janeiro: Abratec, p. 199-246, 2009.

DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. 9. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.

FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de derecho administrativo*. 12. ed. Madri: Tecnos, 2006, vol. II.

GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: *Regulação, electricidade e telecomunicações – estudos de direito administrativo da regulação*. Coimbra: Coimbra Editora, p. 7-67, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agência reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. In: *Revista trimestral de direito público*. São Paulo: Malheiros, vol. 24, p. 75-86, 1998.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito económico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. Organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e seus “vínculos contratuais” com o Estado. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de direito econômico*. Belo Horizonte: Fórum, p. 259-277, 2004.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. 3. ed. Granada: Comares, 2004.

REAL, Alberto Ramon. Fundamentación del acto administrativo. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 62, p. 5-20, abr./jun.

R DAE Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

1982.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da Rocha. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa - reflexos práticos da LC nº 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SARMENTO, Daniel (coord). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. In: *Revista de direito público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 75, p. 118-127, jul/set. 1985.

_____. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, p. 264-285, 2000.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

MELLO, Rafael Munhoz de. Atividade de Fomento e o Princípio da Isonomia. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, fevereiro/março/abril, 2011. Disponível na Internet: < http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-RAFAEL-MUNHOZ-DE-MELLO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br
4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa / Informações adicionais:

Informação não disponível.