

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

MARIA TEREZA FONSECA DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

ROBERTO CORREIA DA SILVA GOMES CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização

CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia da

Silva Gomes Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-082-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Administração pública.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :

Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC

www.conpedi.org.br

XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I

Apresentação

Os trabalhos apresentados no grupo "DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I" foram organizados em cinco grupos de discussão, que abrangeram as seguintes temáticas: princípios e fundamentos teórico-jurídicos do direito administrativo; ato e processo administrativo; prestação de serviços públicos; improbidade administrativa e contratação pública. Além destes temas, seguiram-se discussões acerca da organização administrativa, da responsabilidade civil do Estado e da revisão do mérito do ato administrativo. Quanto às questões principiológicas e da fundamentação teórica concernentes ao GT, destacamos os assuntos que fizeram parte das discussões apresentadas, entre as quais, as que se relacionam com as recentes reformas administrativas e um suposto "neoliberalismo" na organização administrativa brasileira; afirma-se este suposto "neoliberalismo" tendo em vista a necessidade de se aprofundar as influências ideológicas e doutrinárias que fizeram (e ainda fazem parte) das transformações da gestão administrativa brasileira. Neste contexto, temas como os da governança pública e da necessidade de efetivação da participação popular e social na administração para a consolidação do processo democrático brasileiro foram aventadas como possíveis instrumentos de aprimoramento do setor público rumo aos anseios e valores do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ainda na primeira temática, foram discutidos diversos trabalhos que buscaram a aplicação dos princípios da administração pública aos diversos setores da atuação estatal. As discussões mostraram que é necessário sair do campo meramente conceitual destes princípios, para buscar sua concretude na intersecção entre direito e gestão pública. Assim, foram tratados dos princípios da "boa administração" como direito fundamental material do cidadão, com o escopo de concretizar e operacionalizar direitos subjetivos referentes a prestações materiais e vinculantes da atuação estatal. O princípio da eficiência - em que pese ainda necessitar de densificação conceitual para operar raciocínios jurídicos necessários a compreensão do fenômeno jurídico-administrativo - foi utilizado como critério para refletir sobre os problemas da corrupção no Brasil e do processo licitatório, neste último caso para o alcance da noção da vantajosidade das contratações públicas. No âmbito da temática do ato e processo administrativo, questões clássicas desta área de estudos foram promovidas quanto ao controle de constitucionalidade no processo administrativo e de revisão do ato administrativo discricionário frente aos princípios constitucionais. Este último trabalho reforça a tese da ampliação do controle dos atos administrativos discricionários, adentrando, inclusive, no seu mérito. Quanto à temática da prestação de serviços públicos - que ocuparam grande parte das discussões do grupo de

trabalho - destacam-se as abordagens afetas às questões prestacionais envolvendo direitos dos cidadãos, tais como a promessa de prestação universalizada do serviço de saúde, promovida com intervenção do Poder Judiciário e o direito a educação face aos benefícios fiscais concedidos nos últimos anos. A própria noção de serviço público foi colocada em xeque, ao se discutir se estamos em período de crise do conceito ou evolução conceitual. Além disto, ainda quanto aos serviços públicos, foram discutidos os limites da função sancionatória das agências reguladoras de serviços públicos, no sentido de que, ao mesmo tempo que esta função deve ser exercida, não podem ser prejudicados os direitos fundamentais dos cidadãos às prestações materiais destes serviços e nem mesmo das concessionárias de serviços públicos. Quanto à gestão pública dos serviços foram apresentados os aspectos positivos e negativos da adequação do modelo inglês de gestão de medicamentos - denominado Nice - ao modelo brasileiro do Sistema Único de Saúde. O tema da improbidade administrativa foi o que tomou maior parte e tempo das discussões do GT. Além da análise histórica e crítica da implantação da LIA no ordenamento jurídico, foram analisadas as questões mais pontuais desta legislação no que concerne a relação da improbidade administrativa por violação ao princípio da juridicidade e o abuso de poder político eleitoral e seus reflexos na LIA. Ainda que não conectado diretamente a improbidade administrativa, o trabalho que analisou caso concreto de pregão presencial para aquisição de veículos luxuosos no Estado de São Paulo, concluiu que o mesmo é incompatível com a Constituição da República de 1988. A temática da contratação pública - tratada de maneira ampla - explorou a rica temática dos acordos de cooperação celebrados entre administração e entidades com fins lucrativos - concluindo-se pela sua legalidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico - e o marco legal das OSCIPS nas legislações estadual e municipal de Pernambuco e Recife. Neste último caso, concluiu-se pela necessidade de avaliar a nova legislação que trata das parcerias da Administração Pública com as OSCs, para verificar sua compatibilidade com as legislações dos demais entes federativos. No tema da interferência do estado na propriedade privada, três trabalhos foram discutidos: o da justa indenização na desapropriação, para além do "valor de mercado" do bem expropriado; o problema da desapropriação de bens públicos no âmbito das competências federativas. Neste último caso, a teoria dos princípios foi utilizada para ressignificar o conteúdo do Decreto-Lei nº 3365/1941. Ainda nesta temática, os desafios contemporâneos da gestão do patrimônio cultural imaterial foram tratados a partir dos instrumentos do poder de polícia. Eles seriam suficientes e necessários para a salvaguarda desta espécie de patrimônio cultural? No âmbito da organização administrativa, o papel da CAPES, como "estranha autarquia" foi tratado no trabalho que mostra que diversas dos regulamentos que edita sobre a pós-graduação, repercutem e promovem a desagregação do regime jurídico constitucional universitário, sobretudo nas universidades federais brasileiras. Além disto, como nó górdico da questão discutida, levantou-se a questão de como uma autarquia pode determinar regras para outras autarquias federais de mesmo nível hierárquico.

O tema da responsabilidade civil do Estado foi rediscutido e ressemantizado a partir da noção de "dano injusto", como elemento capaz de explicar e fundamentar as hipóteses de responsabilidade civil do Estado por atos lícitos e no caso de responsabilidade por omissão - temas com enorme repercussão na jurisprudência e ainda pouca discussão teórica que consiga sanar as questões levantadas. Apresentados todos os trabalhos e feitas as considerações pelos participantes e pelos coordenadores do GT, concluiu-se, em linhas gerais, que os trabalhos deste GT deverão, no futuro, enfrentar melhor a eficácia e efetividade das normas de direito público, para não se tornarem questões meramente abstratas, sem espelhar a realidade vivenciada na administração pública brasileira.

**ATIVIDADE DE FOMENTO E OS ACORDOS DE COOPERAÇÃO CELEBRADOS
ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ENTIDADES PRIVADAS COM FINS
LUCRATIVOS**

**PUBLIC FOMENTATION AND PARTNERSHIPS BETWEEN PUBLIC
ADMINISTRATION AND PRIVATE ENTITIES NON PROFIT**

**Rafhael Frattari
Bruna Rodrigues Colombaroli**

Resumo

O presente artigo analisa a possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos de fomento com entidades de direito privado com fins lucrativos no âmbito do direito brasileiro e sua natureza, em que pese a inexistência de marco legal. O trabalho também analisa a atividade pública de fomento e a natureza jurídica contratual das relações jurídicas de fomento firmadas entre os particulares e a Administração Pública. O trabalho conclui que para fomentar o interesse público, a Administração Pública pode celebrar módulos contratuais com entidades privadas com ou sem fins lucrativos e independentemente da existência de marco regulatório específico, desde que as cláusulas contratuais estejam baseadas em normas válidas e respeitem as sujeições impostas pelo regime jurídico administrativo.

Palavras-chave: Contratos, Administração pública, Fomento, Pessoas jurídicas de direito privado

Abstract/Resumen/Résumé

The present article investigates the if Public Administration is allowed to celebrate public agreements with private entities (businesses) to encourage certain public interests, even considering the inexistence of legal prevision. The study also analyses the fomentation developed for Public Administration its formal concept and nature of the relationships settled between public and private entities. It shows that public interest can be encourage by partnerships between Public Administration and businesses or no profit private entities and the legitimacy of those agreements does not presuppose a specific legal framework if its clauses are based on legal valid rules and observe public duties.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contracts, Public administration, Fomentation (encouragement), Entity of private law

1 Delimitação do tema

É comum, no Direito Administrativo nacional, a associação da atividade administrativa de fomento às entidades sem fins lucrativos, que compõem o chamado Terceiro Setor.¹ Tal fato contribuiu para a consolidação do entendimento de que os acordos ligados à atividade de fomento devem, necessariamente, ser celebrados entre poder público e pessoas jurídicas privadas sem fins lucrativos.

Tais acordos são conceituados como instrumentos de índole associativa, por meio dos quais a Administração Pública realiza atividade de fomento, aliando-se às entidades privadas sem fins lucrativos, que compõem o chamado Terceiro Setor. Pela celebração de tais ajustes o poder público busca, sobretudo, estimular a atuação dos particulares no campo de atividades estatais não exclusivas, pela concessão de benefícios.

Celso Antônio Bandeira de Mello é um dos expoentes da doutrina que vincula os convênios públicos às entidades privadas sem fins lucrativos:

Segundo entendemos, só podem ser firmados convênios com entidades privadas se estas forem sem fins lucrativos. Com efeito, se a contra parte tivesse objetivos lucrativos, sua presença na relação jurídica não teria as mesmas finalidades do sujeito público. Pelo contrário, seriam reconhecidos objetos contrapostos, pois, independentemente da caracterização dos seus fins sociais, seu objetivo no vínculo seria a obtenção de um pagamento (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 667).

Na mesma linha, diversos diplomas normativos apontam que os ajuste de fomento necessariamente devem ter como parte (ou partícipe) pessoas privadas sem fins lucrativos. É o que registra o conteúdo do art. 1º, § 1º, I do Decreto nº 6.170/07, com redação dada pelo Decreto nº 8.180, de 2013, a saber:

¹ O direito positivo nacional não oferece conceituação da noção de terceiro setor. Trata-se de categoria em construção e cujo conceito desperta dissensos doutrinários. Desse modo, no presente trabalho considera-se Terceiro Setor como conjunto das pessoas jurídicas de interesse social sem fins lucrativos, constituídas à luz da lei civil, que realizam atividades de interesse coletivo. Essa denominação dada à chamada sociedade civil organizada vem em contraposição ao Primeiro e ao Segundo Setores. O Primeiro Setor é composto conjunto dos poderes constituídos Executivo, Legislativo e Judiciário. No Segundo Setor, estão as organizações do mercado (pessoas físicas ou jurídicas de direito privado) encarregadas de produção e comercialização de bens e serviços, tendo como fim o lucro. Sobre o tema, conferir: DIAS, Maria Tereza Fonseca. Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de execução descentralizada celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas **ou privadas sem fins lucrativos**, para a execução de programas, projetos e atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União.

§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, **ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação**; [...].
(grifamos)

Seguindo essa concepção, que restringe a celebração de acordos de fomento entre Administração Pública e entidades particulares sem fins lucrativos, o art. 1º da Lei nº 9.790/99 fixa que apenas entidades sem fins lucrativos podem ser qualificadas como organização da sociedade civil de interesse público, para futura celebração, com Administração Pública, de termo de parceria, espécie de convênio de fomento.²⁻³ Na mesma trilha, o art. 3º da Lei nº 14.870/2003 prevê que somente entidades privadas sem fins lucrativos podem ser qualificadas, no âmbito estadual, como organização da sociedade civil de interesse público.⁴

² Art. 1º Podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.

³ No voto expedido pelo Ministro Luiz Fux, em sede da ADI 1923 (pendente de julgamento), ficou registrado os chamados contratos de gestão, firmados entre poder público e organizações sociais, encerram natureza de convênio administrativo ligado à atividade administrativa de fomento: *a figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados*. Na mesma oportunidade, fixou-se o entendimento que às OSCIP deve-se dispensar o mesmo tratamento jurídico atribuído às OS's, por integrarem o chamado Terceiro Setor. Nesses termos, sendo o termo de parceria o instrumento que formaliza a relação jurídica firmada entre Administração e as OSCIP's, tais instrumentos também devem ser considerados como convênios administrativos de fomento.

⁴ Art. 3º Pode qualificar-se como OSCIP a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, nos termos da lei civil, em atividade, cujos objetivos sociais e normas estatutárias atendam ao disposto nesta Lei. Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, participações ou parcelas de

Recentemente, foi publicada a Lei nº 13.019/2015, que disciplina o regime jurídico das parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público.

O novo diploma legal conceitua organização da sociedade civil como pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva.

Além disso, a Lei nº 13.019/2015 consagra dois instrumentos para a formalização da relação jurídica de fomento entre o poder público e as entidades do Terceiro Setor: (a) termo de colaboração e (b) termo de fomento. Segundo a dicção legal, o termo de colaboração é o instrumento pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pela administração pública, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria.⁵ O termo de fomento é o ajuste pelo qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela administração pública com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, para a consecução de finalidades de interesse público propostas pelas organizações da sociedade civil, sem prejuízo das definições atinentes ao contrato de gestão e ao termo de parceria.⁶

Conforme é possível notar, conformou-se, no Brasil, visão restritiva dos ajustes de fomento, na medida em que concebe que, em tais acordos, a Administração Pública

seu patrimônio auferidos mediante o exercício de suas atividades e que os aplica integralmente na consecução de seu objetivo social.

⁵ Art. 16. O termo de colaboração deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pela administração pública, em regime de mútua cooperação com organizações da sociedade civil, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei. Parágrafo único. Os conselhos de políticas públicas poderão apresentar propostas à administração pública para celebração de termo de colaboração com organizações da sociedade civil.

⁶ Art. 17. O termo de fomento deve ser adotado pela administração pública em caso de transferências voluntárias de recursos para consecução de planos de trabalho propostos pelas organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação com a administração pública, selecionadas por meio de chamamento público, ressalvadas as exceções previstas nesta Lei.

apenas poderá ter como parceiros entidades privadas sem fins lucrativos, excluindo-se, assim, as pessoas jurídicas privadas como finalidade lucrativa. Ademais, tal posição acaba sendo reforçada em razão da ausência de previsão normativa específica, no direito positivo, de modelo contratual a ser firmado entre o poder público e entidades privadas com fins lucrativos para formalização de relação jurídica de fomento.

Diante de tal contexto, o presente ensaio analisará se é, juridicamente, adequado o entendimento que concebe como traço essencial para configuração dos acordos de fomento que a entidade beneficiada não tenha fins lucrativos. Em outras palavras, busca-se demonstrar as premissas teóricas e normativas que fundamentam a possibilidade de o poder público celebrar módulos contratuais de fomento com pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos.

Para tanto, o presente artigo será estruturado em três tópicos principais. Inicialmente, dedica-se à conceituação de atividade administrativa de fomento e suas principais formas de manifestação. Na sequência, é analisada a natureza jurídica da relação jurídica de fomento que vincula o poder público ao particular beneficiado. Por fim, são abordados os contratos de fomento celebrados entre o poder público e pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos.

2 A atividade de fomento da Administração Pública brasileira – elementos, conceito, instrumentos e natureza jurídica da relação jurídica firmada entre poder público e sujeito fomentado

Conforme advertem Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández o tripé clássico da atuação administrativa envolve a prestação de serviços públicos, o exercício de poder de polícia e a atividade de fomento, sendo que na última seara a Administração Pública age sem, que ao menos formalmente, apareça o menor indício de poder (ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2006, p. 466-467).

A atividade administrativa de fomento é pouco explorada pela doutrina e, praticamente, inexistem manifestações jurisprudenciais sobre o tema. No âmbito doutrinário, a maioria dos estudos volta-se para a atividade de fomento relacionada com as entidades do Terceiro Setor.

Além disso, é preciso destacar que a noção de fomento comporta múltiplos significados e compreende atividades multifacetadas que se manifestam por meio de diversos instrumentos.

Com a passagem para o Estado Social, a Administração Pública assumiu a tarefa de desenvolver e promover uma série de políticas públicas de caráter prestacional, com o objetivo de concretizar a igualdade material. A assunção dessas novas tarefas importou aumento da máquina administrativa e agregou complexidade às suas formas de atuação. Nessa época, verificou-se o desenvolvimento do emprego de formas de intervenção estatal no domínio privado, tanto no âmbito econômico, quanto âmbito social.

É justamente nesse período que a atividade administrativa de fomento ganha força, desenvolvendo-se como atividade voltada para a satisfação das necessidades públicas sem acarretar prejuízos à liberdade dos cidadãos, que estimulados passam a cooperar voluntariamente com o poder público (MELLO, 2003, p. 26).

Todavia, o agigantamento desmesurado da estrutura estatal somado à ineficiência e aos altos custos da máquina administrativa levou ao esgotamento do modelo do Estado Social. Nesse contexto, são implementadas reformas administrativas com o escopo de racionalizar e tornar mais eficiente a máquina estatal, que têm a elas subjacente a doutrina do Estado Subsidiário (ESTORNINHO, 1999, p. 67).

A doutrina do Estado Subsidiário, cujas origens são frequentemente associadas à Encíclica Papal *Rerum Novarum*, busca impor limites à intervenção estatal no domínio das relações privadas, em defesa da liberdade dos indivíduos e da coletividade. Defende que o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos. Desse modo, compete ao Estado o dever de fomentar, coordenar, fiscalizar, estimular a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos.

Com efeito, a concepção de Estado subsidiário tem como pressuposto a ideia de que o interesse público não se resume à esfera estatal. A proteção do interesse público deixa de ser uma prerrogativa exclusivamente do poder público, uma vez que o Estado não encerra condições de assumir todas as atividades de interesse público. Diante desse quadro, surge a necessidade de ampliar a atividade administrativa de fomento, sobretudo, em relação às atividades não exclusivas do Estado. Além disso, Moreira Neto expõe que o princípio da subsidiariedade permite que a sociedade *retome*

espaço decisório e assuma papel protagônico na escolha do seu próprio destino, recolocando, no processo, o Estado como seu instrumento, principalmente para atingir sucessivos níveis de competitividade (MOREIRA NETO, 2012, p.122).

Nesse contexto, devem ficar a cargo do poder público as atividades indelegáveis ao particular – segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação política. Por outro lado, ficam regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais e financeiras). O Estado apenas deve exercer as primeiras atividades em caráter supletivo, ou seja, apenas quando a iniciativa privada for deficiente e as últimas, conforme dispõe o artigo 173 do texto constitucional, nas hipóteses de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse público.

Desse modo, atividade administrativa de fomento é refundada à luz do princípio da subsidiariedade: o Estado deve ajudar, estimular, criar condições para que vários grupos de interesse, representados por entidades particulares, busquem seus objetivos.

Feitas essas breves considerações sobre a evolução da noção de fomento, torna-se necessário precisar o conceito de fomento.

No direito espanhol, o fomento é definido como atividade administrativa que orienta a atuação dos particulares para concretização de finalidades de interesse geral mediante a concessão de benefícios diversos – honoríficos, jurídicos ou econômicos (BOLADO, 2010, 226).

Célia Cunha Mello, ao identificar os aspectos nucleares dessa atividade administrativa, oferece valiosa contribuição para conceituação e sistematização da atividade de fomento, no âmbito do direito administrativo brasileiro. Segundo a autora, a administração fomentadora é composta pelos seguintes caracteres fundamentais: (a) trata-se de exercício de função administrativa; (b) está voltada à proteção e/ou promoção de seu objeto; (c) há ausência de compulsoriedade; (d) visa à satisfação indireta das necessidades públicas (MELLO, 2003, p. 26-27).

Conforme visto, a atividade de fomento constitui modalidade de função administrativa, ou seja, trata-se de típica atividade administrativa ao lado do exercício do poder de polícia da prestação de serviços públicos, mas com elas não se confundindo.

O exercício do poder de polícia, fundado no poder geral do Estado, constitui toda atividade estatal que condiciona, limita ou frena o exercício de direitos individuais

em nome do interesse público. Manifesta-se, na maioria das vezes, pela expedição de atos unilaterais de prevenção, fiscalização ou sanção, dotados dos atributos de coercibilidade e imperatividade. Diferentemente, no desempenho da atividade de fomento, a Administração promove, tutela ou estimula determinados bens jurídicos sem emprego da coerção, ou seja, sem compulsoriedade. Assim, fala-se que, na seara do fomento, o interesse público é concretizado indiretamente (MELLO, 2003, p. 29-31).

Ademais, no exercício da atividade de fomento, o poder público não limita o exercício das liberdades individuais dos particulares. A Administração fomentadora não impõe, coercitivamente, ao particular qualquer tipo de condicionamento na fruição de seus direitos, tampouco cria unilateralmente obrigação para o particular. Nesse ponto, Célia Cunha Mello explicita que, diversamente, a conformação da relação jurídica de fomento, do ponto de vista do cidadão beneficiado, é facultativa, ou seja, dependendo da sua anuência (vontade). A autora explica a imprescindibilidade da manifestação de vontade do particular para formalização da relação jurídica de fomento:

O administrado analisa as vontades oferecidas e, caso se sinta atraído por elas, adere, voluntariamente, aos propósitos do Estado.

De fato, o particular é livre para aderir ou não aos propósitos do Estado, mas, a partir do momento em que manifesta sua vontade de assumir a posição de agente fomentado, obriga-se a atender a todas condições impostas pelo Estado, ficando inteiramente vinculado aos fins públicos pretendidos, pois são eles os responsáveis pelos privilégios e vantagens que lhe foram outorgados (MELLO, 2003, p. 29-30).

Atividade de fomento também não se confunde com a prestação de serviços públicos. Seguindo as lições de Bandeira de Mello, serviço público é toda atividade material que o ordenamento jurídico atribui ao Estado, para que ele ou quem lhe faça as vezes (delegatários) preste à coletividade, que traduz comodidades ou utilidades, fruíveis singularmente pelos cidadãos, subordinada ao regime jurídico total ou parcialmente público (BANDEIRA DE MELLO, 2006). Além disso, a prestação de serviços públicos encontra-se sujeita aos princípios específicos - regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, previstos no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.789/95. Diferentemente da atividade de fomento, os serviços públicos são necessariamente realizados por meio de prestações materiais direcionadas aos cidadãos, gerando a concretização direta do interesse público. Já o fomento pode ser realizado por comportamentos matérias ou por

abstenções estatais, contribuindo para concretização indireta do interesse público (JORDANA DE POZAS, 1949, p. 46).

Como não poderia deixar de ser, a atividade de fomento, por ser manifestação da função administrativa, encontra-se adstrita ao princípio legalidade e vinculada à concretização do interesse público, sob pena de desvio de finalidade.

A Constituição da República de 1988 consagra atividade de administrativa de fomento, sobretudo, na norma do seu art.174, que assim dispõe: *como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

Além disso, em diversas passagens, o texto constitucional determina que o Estado promova do desenvolvimento sócio-econômico, disciplina alguns instrumento de atribuição de benefícios tributários, bem como elenca algumas atividades e bens jurídicos que devem ser incentivados – cultura, lazer, assistência social, desenvolvimento regional, etc.

Célia Cunha Mello demonstra que o poder público pode fomentar determinada atividade ou bem jurídico empregando-se meios psicológicos, meios honoríficos, meios econômicos (MELLO, 2003, p. 91-94).

Pelos meios psicológicos o poder público busca persuadir, suggestionar e induzir opiniões, comportamentos e hábitos, valendo-se, na maioria das vezes, dos meios de comunicação em massa. Logo, a propaganda veicula em televisão, rádio, internet e redes sociais são mecanismos para buscar estimular comportamento da coletividade alinhado aos interesses eleitos pelo Estado. Nesse quadro, é possível citar, como exemplo, propagandas que defendem o emprego de meios de transportes não poluentes ou o consumo de produtos nacionais.

O Estado pode buscar induzir comportamentos por meio da concessão de títulos honoríficos aos particulares que realizarem determinadas atividades.

Célia Cunha Mello registra a existência de críticas ao emprego dessa modalidade de fomento por ser atentatória aos princípios da isonomia e da impessoalidade (MELLO, 2003, p. 92-94). Todavia, não é possível concordar com esse entendimento. Modernamente, as chamadas sanções premiais revelam-se instrumentos eficazes no processo de induzimento da adoção determinados comportamentos e posturas. É salutar, por exemplo, que o Estado conceda títulos aos particulares cujas ações adequaram-se aos parâmetros e condições estipuladas pelo poder público. Dessa

forma, não há ofensa alguma na concessão de uma medalha a uma empresa de engenharia civil que adotou em seus empreendimentos técnicas construtivas inovadoras que melhor tutelam o meio ambiente. Igualmente, nada impede que o poder público remunere de forma mais expressiva o particular contratado pela Administração que execute o objeto contratual de modo a otimizar os padrões de sustentabilidade.

O poder público também pode implementar o fomento mediante concessão de vantagens patrimoniais favoráveis ao sujeito fomentado, comportando, nesse caso, o empregos de auxílios em dinheiro ou auxílios de outra natureza.

Os mecanismos de fomento consistem, na maioria das vezes, em prestações econômicas estatais, reais ou financeiras, que têm o escopo de estimular e incentivar certas atividades consideradas com de interesse do poder público. O beneficiado pela atividade de fomento não deve compensar economicamente o benefício recebido, ou deve o fazê-lo em termos mínimos ou não proporcionais. Todavia, o sujeito beneficiado poderá ter que cumprir certas obrigações vinculadas ao desenvolvimento de determinadas atividades tidas como relevantes pelo poder público.

Tradicionalmente, os meios econômicos de fomento são classificados em vantagens de caráter real e vantagens de caráter financeiro.

As vantagens econômicas de natureza real não pressupõem destinação efetiva de dinheiro público para o particular beneficiado, mas mesmo assim traduzem benefício capaz de ser dimensionado economicamente. Podem ser externadas de diversas formas – disponibilização de bens, estabelecimentos, ferramentas ou serviços de caráter técnico ao sujeito fomentado, de modo gratuito ou a preços inferiores aos praticados no mercado (MELLO, 2003, p. 94-98).

Por sua vez, as vantagens econômicas podem ser classificadas como auxílios diretos ou auxílios indiretos. No primeiro caso, há o desembolso efetivo de recursos públicos em prol do particular fomentado. Já no segundo, não há desembolso imediato de dinheiro público, mas provocam diminuição da receita pública, pois o Estado deixa de receber aquilo que, a princípio, faria jus (MELLO, 2003, p. 99).

3 A natureza jurídica da relação jurídica de fomento que vincula o poder público ao particular beneficiado

Discute-se, sobretudo na literatura estrangeira, a natureza jurídica do vínculo entre as partes da relação jurídica de fomento, ou seja, entre o sujeito beneficiado e o poder público.

Carlos F. Balbín identifica que o debate sobre o tema é caracterizado pela conformação de duas correntes. A primeira defende a natureza unilateral do vínculo e a segunda advoga a favor da natureza bilateral da relação jurídica (contratual). O autor argentino sublinha que a identificação da natureza desse vínculo é relevante, sobretudo, para definição da possibilidade de incidência do poder de revogação do Estado e de questões alusivas à indenização (BALBÍN, XX, p. 1051).

A identificação da natureza do vínculo travado entre particular-beneficiado e poder público pressupõe análise da concepção contemporânea de contrato.

A transição do Estado Liberal para o Estado social importou profundas mudanças no campo do Direito, entre elas destacando-se a alteração da concepção de contrato.

No Estado Liberal, os contratos se caracterizavam pelo fato de instituírem lei entre as partes, que deveriam ser invariavelmente cumpridas. Sob a égide das ideias do liberalismo puro, tinha-se como dogmas a igualdade dos contratantes e a liberdade de contratar. Entendia-se, em razão de uma leitura formal dos princípios da igualdade e da liberdade, que os contratantes, indivíduos livres e iguais, poderiam contratar tudo aquilo que desejassem e nos termos que melhor lhes conviessem, desde que o teor das disposições pactuadas que não estivessem proibidas por lei. Eis o primado da autonomia da vontade, caracterizado pela presunção de que *“os interessados em contratar precediam o contrato, qualquer que fosse, de livre discussão, na qual seus interesses divergentes encontravam, afinal, denominador comum”* (GOMES, 2002, p. 26).

O declínio do Estado Liberal resultou no surgimento do Estado Social, comprometido com a concretização de direitos fundamentais de índole material. O forte abuso da liberdade contratual inspirou medidas legislativas tendentes a limitá-la. Houve, assim, radical modificação do pensamento jurídico que passou a reconhecer que *entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta*.

Desenvolveu-se, nesse quadro, o dirigismo contratual, que traduz a ideia de que o contrato tornou-se uma operação dirigida, seja pelo poder público, legislador ou juiz,

seja por um só dos contratantes, que impõe sua fórmula e suas condições ao outro (GOMES, 2002, p. 26). Vários contratos passaram a se formar pela adesão inevitável de uma das partes às cláusulas impostas pela outra e que, por outro lado, o conteúdo de tais contratos passou a ser regulado por preceitos legais imperativos.

Tais mudanças operadas, no âmbito do Direito Privado, não importaram o fim do contrato. Pelo contrário, promoveram a ressemantização do contrato e de sua estrutura, marcada pela redução da liberdade de contratar em benefício do princípio da ordem pública.

Eros Roberto Grau afirma que essa *mudança de capítulo* não importou a eliminação da autonomia da vontade. O autor conceitua o contrato clássico como aquele cujo conteúdo, de onde é extraída a norma por intermédio da interpretação, não se encontra no Direito posto pelo Estado, mas no direito posto pelas partes do contrato. E menciona que os contratos caracterizados pela padronização de normas gerais, o texto é previamente definido pelo Direito posto pelo Estado. Grau explica, assim, que em ambos os casos, os particulares exercitam livremente suas vontades, mas o fazem nos limites do Direito posto (GRAU, 2011, p. 128).

Deve-se, ainda, sublinhar que a atual concepção de contrato incorpora a ideia da mutação contratual, por meio da consagração da teoria da imprevisão. Rompe-se, assim, com o absolutismo do princípio da força obrigatória dos contratos consubstanciado na clássica regra do *pacta sunt servanda*. Torna-se plenamente admissível que a execução do contrato seja alterada em face da mutação das condições externas nas quais a avença foi originariamente estabelecida, desde que tal fato importe onerosidade excessiva para uma das partes.

Desse modo, na atualidade, prevalece concepção elasticada de contrato. Considera-se contrato como todo negócio jurídico, bilateral ou plurilateral, baseado em duas ou mais declarações, que visa criar, modificar ou extinguir relações jurídicas (KIRKIBY, 2011, p. 194-195).

Tal conceito gera impactos no Direito Administrativo. Por meio dele, pode-se considerar que a contratualidade administrativa compreende os vários instrumentos consensuais, empregados pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, para criação, modificação ou extinção de relações jurídicas.

Diante de tais premissas, considera-se que as relações de fomento, especialmente, aquelas em que o poder público compromete-se a repassar vantagem econômica por meio diretos ou indiretos, têm natureza jurídica contratual, uma vez que

seu aperfeiçoamento pressupõe manifestação de vontade do poder público e do particular beneficiado.

Tal conclusão é relevante para firmar o reconhecimento do direito subjetivo público ao equilíbrio-econômico do particular fomentado, bem como reafirmar a sujeição às vinculações jurídico-administrativas – dever de motivação, dever de publicação do contrato, incidência dos mecanismos públicos de controle, etc.

Conforme sustenta Magalhães, a manutenção do equilíbrio econômico financeiro não é incompatível com relações jurídicas em que o particular não aufera lucro (conveniais). Nos termos da dicção do art. 37, XXI, da Constituição, o dever da Administração é de *manter as condições efetivas da proposta*, isto é, de manter a equivalência entre a prestação e a contraprestação instituídas quando da celebração da avença (MAGALHÃES, 2012, p. 217-218).

Afinal, nas relações jurídicas de fomento travadas entre o sujeito beneficiado e o poder público, em que pese inexistir remuneração direta que assegure lucro ao particular, existem, na maioria das vezes, atribuições bem definidas para cada uma das partes, sendo possível extrair relação de equivalência entre suas obrigações. Logo, qualquer modificação no objeto dessa relação que altere essa equação inicial acarreta, o direito do particular de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial. Do contrário, o sujeito beneficiado estaria sendo compelido, por vias oblíquas, a contribuir mais do que se dispôs no momento da apresentação da sua proposta (MAGALHÃES, 2012, p. 218).

4 Pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos como beneficiárias da atividade estatal de fomento no direito positivo brasileiro

À luz do exposto nos tópicos antecedentes, verifica-se que a atividade administrativa de fomento é voltada para realização determinadas finalidades de interesse público ligadas à satisfação das necessidades coletivas e à obtenção de fins eleitos pelo Estado. Entretanto, no fomento, essas finalidades não são efetivadas de modo direto ou imediato, o Estado adota determinadas medidas estimuladoras para que os próprios particulares as concretizem, excluindo qualquer modalidade de atuação coativa ou impositiva. A atuação dos particulares fomentados parte de decisões

voluntárias e não impostas unilateralmente pelo poder público. Esse último fator revela o caráter contratual da relação jurídica estabelecida entre Administração Pública e o sujeito fomentado.

Conforme visto, em momento algum, a atividade administrativa de fomento teve como único e exclusivo destinatário as entidades privadas sem fins lucrativos. Pelo contrário, é muito comum que atuação estatal fomentadora volte-se para pessoas jurídicas privadas com finalidade de lucro.

Magalhães questiona as premissas do entendimento sedimentado, na doutrina do direito administrativo brasileiro, que vincula a celebração de ajustes de fomento tão-somente às pessoas jurídicas de direito privado com fins lucrativos. Para o citado autor, é possível que entidades privadas com fins lucrativos atuem em parceria com Estado de modo desinteressado, isto é, sem esperar qualquer tipo de contrapartida. Desse modo, defende que entidades de tal natureza também podem também figurar como parte (ou partícipe) em acordos de atividade de fomento. Além disso, Magalhães assevera que para os beneficiados diretos das atividades sociais é irrelevante a finalidade lucrativa que conta no contrato social, sendo igualmente irrelevante para o poder público se o partícipe do acordo pode celebrar ou não outros negócios jurídicos visando obtenção de lucro (MAGALHÃES, 2012, p. 69-72).

É oportuna a transcrição das lições do citado autor:

Ocorre que, sob a ótica do interesse público a ser alcançado, não importa se o partícipe do convênio atua em todas as suas relações jurídicas sem auferir lucro. O que é relevante para o Estado é se naquele convênio específico o ente colaborador atua desinteressadamente, sem exigir qualquer contrapartida para realização da atividade de interesse coletivo (MAGALHÃES, 2012, 70).

Com efeito, poder público pode celebrar convênios com entidades com finalidade lucrativa ou sem finalidade lucrativa, devendo observar, caso a caso, se o parceiro privado está atuando de forma desinteressada, isto é, sem exigir contrapartidas para realização da atividade de interesse público. Com fulcro em tais premissas, Magalhães mostra que irrelevante se o convênio será firmado com o HSBC S/A ou com Fundação HSBC.⁷

A possibilidade de celebração de módulos contratuais de fomento entre o poder público e entidades privadas com fins lucrativos está prevista, muitas vezes, em marcos

⁷ O autor mostra que as entidades privadas com fins lucrativos, ao celebrar de convênios para promoção de atividades sociais junto ao poder público, concretiza aquilo que se chama no ambiente corporativo de responsabilidade social ou marketing social (MAGALHÃES, 2012, p. 70).

normativos específicos. É possível citar, a título de exemplo, as várias relações jurídicas que podem ser estabelecidas entre poder público federal e particulares (com ou sem fins lucrativos), com fulcro na Lei nº 8.313/91 - Lei Rouanet, que institui programas de fomento à cultura e à arte⁸.

Também é possível citar os ajustes firmados entre Tribunais de Justiça e concessionárias de serviços de telecomunicações para formalizar a implementação de mecanismos prevenção de conflitos e mutirões para resolução de demandas consumeristas.

Nesse quadro, também se destacam os chamados contratos fiscais cujas raízes advém dos “*agréments fiscaux*”, do direito francês. Casalta Nabalis conceitua os contratos fiscais como ajustes que formalizam “*desagravamento total ou parcial dos impostos de um contribuinte que se comprometa a prosseguir determinados objectivos ou a realizar investimentos que sejam reconhecidos conformes com os objectivos e recomendações do plano*” (NABAIS, 1994, p. 179).

Com efeito, o autor sustenta que as obrigações pactuadas no bojo dos contratos fiscais transcendem o direito tributário, uma vez que muitas delas constituem obrigações de outra natureza, tais como, doação de bens móveis e imóveis, compartilhamento de *know how*, criação de empregos, desenvolvimento de técnicas produtivas sustentáveis.

Nabais explica a dimensão fomentadora dos contratos fiscais:

[...] o conjunto de normas jurídicas que regula a utilização dos instrumentos fiscais, isto é, dos impostos e dos benefícios fiscais, com o principal objectivo de obter resultados extrafiscais, mormente em sede de política económica e social. Ou, por outras palavras, a disciplina jurídica da extrafiscalidade (NABAIS, 2005, p. 401).

⁸ Dentre as várias modelagens de parcerias, a Lei Rouanet prevê a possibilidade de a União, por meio do Ministério da Cultura, “financiar” parte de um produto cultural (show, peça teatral, livro, musical, etc), desde que o projeto seja aprovado por comissão técnica e algumas contrapartidas sejam observadas pelo parceiro privado. A título ilustrativo, seguem algumas das contrapartidas impostas: medidas que garantam o acesso de pessoas com deficiência e pessoas idosas em locais onde se realizam atividades culturais ou espetáculos artísticos, sem prejuízo de outras garantias previstas em legislação específica (art. 26); se houver público pagante, plano de distribuição deve destinar: (a) mínimo de 10% para distribuição gratuita à população de baixa renda; (b) até 10% por cento para distribuição gratuita promocional pelos patrocinadores; e (c) até 10% para distribuição gratuita promocional em ações de divulgação do projeto (art. 28); se houver público pagante, o custo unitário dos ingressos deve observar os seguintes critérios: a) mínimo de 20% para comercialização a preços populares e que não ultrapassem o teto do vale-cultura; b) até 50% para comercialização a critério do proponente, sendo que o custo unitário referido no inciso II estará sujeito à aprovação do Ministério da Cultura, com vistas a assegurar a democratização do acesso (art. 28).

Marçal Justen Filho (2010, p.402), por sua vez, qualifica os contratos fiscais como módulos convencionais para a criação de situação jurídica, com sentido de fomento, que consistem em ajustes em que o particular se obriga a observar certas práticas no âmbito empresarial, com contrapartida da obtenção de vantagens perante o Estado.

De antemão, já é possível perceber que a legislação em momento algum restringe a concessão do benefício às entidades privadas sem fins lucrativos, abrindo oportunidade, portanto, indistintamente às pessoas jurídicas de direito privados com ou sem finalidade de lucro.

É importante sublinhar que a ausência de marco legal específico para disciplinar, por meio de normas gerais, os contratos de fomento celebrados entre o poder público e entidades privadas com fins lucrativos não significa óbice jurídico à formalização de tal espécie contratual.

O Direito Administrativo brasileiro, na atualidade, é marcado pelo incremento quantitativo e qualitativo do emprego das formas contratuais pela Administração Pública. Esse fenômeno fundamenta-se na ampliação das atividades assumidas pelo Estado e na busca de um novo método de atuação administrativa, mais caracterizado pela participação dos administrados e fundado em mecanismos consensuais (ESTORNINHO, 1999, p. 42).

A Administração Pública brasileira utiliza instrumentos contratuais para a concretização de diversas finalidades, que transcendem as atividades de provisão de bens e serviços, tradicionalmente instrumentalizadas pela figura do contrato administrativo, regido pela Lei nº 8.666/93.

Para acompanhar o avanço do emprego de módulos contratuais pela Administração, o ordenamento jurídico consagrou marcos legislativos para disciplinar, de modo específico, alguns modelos contratuais, como por exemplo, a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 11.079/2004. Ainda assim muitas espécies contratuais ainda não receberam tratamento legal individualizado.

Todavia, tal fato não pode ser utilizado como argumento para impedir o administrador de celebrar contratos atípicos. A nova concepção de legalidade administrativa (juridicidade), permite que a Administração Pública, por meio da conjugação de normas de direito público e de direito privado, forje a configuração de contratos atípicos, com objetivo de promover a tutela adequada dos interesses públicos almejados (MARUQUES NETO; CUNHA, 2013).

É o que justamente ensina Marçal Justen Filho (2014, p. 677-678):

A Administração não está jungida a pactuar apenas contratos típicos (nominados). Entendimento contrário conduziria a inviabilizar a atividade contratual da Administração Pública. Ainda reconhecendo que o princípio da legalidade apresenta configurações distintas no âmbito da Administração, disso não se segue que os modelos de contratação pública tenham de ser previamente definidos em lei. A lei concede autorização para o Estado contratar, mas não fornece parâmetros exaustivos dos modelos de contratação. Ou seja, a satisfação do interesse público através da via contratual não pode ser reconduzida à via da mais estrita vinculação. O interesse público pode apresentar-se com complexidade similar àquela que se passa no campo privado. Tanto quanto os particulares, o Estado pode encontrar-se na situação da insuficiência dos modelos contratuais preexistentes.

Diante do reconhecimento da existência de uma margem legal a favor da Administração, para formatar, à luz de normas jurídicas válidas, modelos contratuais atípicos para a eficiente contratação do interesse público, pode-se concluir que o poder público está autorizado a elaborar módulos contratuais de fomento passíveis de celebração com parceiros privados com fins lucrativos. Para tanto, o administrador pode valer-se inclusive das diretrizes e comandos consagrados pela Lei nº 13.019/2015.

Por fim, não se pode olvidar que a liberdade de convenção de novos modelos contratuais não libera a Administração da observância das típicas sujeições do regime jurídico administrativo – realização prévia de procedimento seletivo isonômico, pautado em critérios objetivos para seleção do parceiro privado, quando fática e juridicamente possível, aplicação das normas de direito financeiro, publicização e motivação do vínculo contratual, sujeição aos órgãos de controle, etc.

4 Conclusão

Por meio do presente ensaio, foi possível constatar que a atividade administrativa de fomento não está, unicamente, direcionada à formação de parcerias com entidades de direito privado sem fins lucrativos. Aliás, o objetivo social da entidade privada beneficiada é um mero detalhe que não desnatura o objeto da atividade de fomento, nem a natureza contratual do vínculo jurídico estabelecido entre a Administração Pública e o particular beneficiado. Logo, considerando-se que, à luz do conceito de fomento e do direito positivo brasileiro, o poder público poderá firmar

acordos, para fomentar determinada atividade ou bem jurídico, com entidades privadas de direito privado perseguidoras ou não de finalidade lucrativa. Além disso, concluiu-se que a ausência de marco legislativo específico que discipline os contratos de fomento firmados entre a Administração Pública e parceiros privados com fins lucrativos não constitui impedimento à celebração de tais negócios jurídicos. A atual compreensão do princípio da legalidade administrativa (juridicidade) permite que poder público por meio da conjugação de normas jurídicas válidas formate modelos contratuais atípicos para eficiente tutela do interesse público, desde que não se desgare as sujeições jurídico-administrativas.

Referências

- BALBIN, Carlos F. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOLADO, Roberto Bustillo. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. 3 ed. Navarra: Thomson Reuters, 2010.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Terceiro Setor e Estado: legitimidade e regulação*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. V. I. Buenos Aires: Thomson Civitas, La Ley, 2006.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. atual por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONÇALVES, Pedro (org.). *Estudos de Contratação Pública – I*. Coimbra: Editora Coimbra, 2008.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 7. ed. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Um novo paradigma dos contratos?* Crítica Jurídica: revista latinoamericana de política, filosofia y derecho. Curitiba, n. 18, jun. 2001, p. 121-130.

JORDANA DE POZAS, Luis. *Ensayo de una teoria del fomento em el Derecho Administrativo*. Revista de Estudios Políticos, n. 48, 1949, p. 41-54.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Contratos sobre o exercício de poderes públicos: o exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MAGALHÃES. Gustavo Alexandre. Convênios administrativos. Aspectos polêmicos e análise de seu regime jurídico. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini. Locação de ativos. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, mar./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97109>>. Acesso em: 30 jan. 2014.

MELLO, Célia Cunha. O fomento da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Mutações de Direito Administrativo. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NABAIS, José Casalta. Contratos fiscais (reflexões acerca de sua admissibilidade). Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

NABAIS, José Casalta. Direito fiscal. 2ª edição – 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2005.