

ATIVIDADES ADMINISTRATIVAS: ORDENATÓRIA/ LIMITATIVA; PRESTACIONAL/EXPLORATÓRIA; E REGULATÓRIA (INDICATIVA, INCITATIVA E IMPERATIVA)

ANDRÉ SADDY

Introdução

É certo que a Administração Pública possui um leque enorme de atividades, o que torna as tentativas de enumerar todas, parcialmente, fútil, pois não se conseguirá enumerar completamente as possibilidades de atuação existentes.¹

A atividade realizada pela Administração Pública é orientada para um fim que não é ela que determina. E, por isso, referir-se à função, pois a Administração atua em assunto alheio em benefício de terceiros, no caso, dos administrados. Quem administra não persegue seus próprios fins, mas tem por função própria a prossecução dos interesses públicos.

Trata-se de uma atividade auxiliar porque não cria por si a vida social, mas se limita a tornar possível e a facilitar a conservação e a melhoria da ordem existente. A Administração Pública contribui, assim, para o bom funcionamento da vida pública. Dessa forma, a Administração Pública serve o bem comum e age no interesse público.

Essa função administrativa é, também, descrita como o dever-poder, visto que a função produz uma *subordinação passiva* no sentido de que o sujeito tem deveres a cumprir. Além da subordinação passiva, tem-se a situação *ativa*, que é relacionada ao sujeito que tem poderes aos quais os integrantes da sociedade devem sujeitar-se.

Aqui, é bom recordar que o Direito regula atividades comuns (exercidas em nome próprio na defesa de interesses próprio) e funcionais (desempenhadas em nome próprio na defesa de interesses de terceiro). Logo, função é toda atividade exercida por alguém na defesa de interesse alheio, e é essa a atividade exercida pelos mais diversos sujeitos da Administração, estatais ou não.

¹ Discutem-se muito, no âmbito da ciência da administração, as missões da Administração, vide: CAUPERS, João. *Introdução à ciência da Administração Pública*. Lisboa: Âncora, 2002.

Desse modo, diferentemente de outros poderes do Estado, todas as prerrogativas conferidas à Administração Pública possuem natureza funcional, isto é, outorgam-se e exercitam-se em interesse alheio; neste caso, em atenção aos interesses públicos.

Os poderes, as faculdades ou as prerrogativas da Administração Pública sempre são, pois, fiduciários, visto que os titulares formais do exercício (para a Administração) e beneficiário último deste (a coletividade ou os interesses públicos) aparecem dissociados.

Desse modo, a Administração Pública nunca poderá ser titular de situações jurídicas exclusivamente ativas. Ela se encontrará imersa em situações jurídicas mistas de dever-poder, de meios e fins, que conformam a função legal assignada.

Assim, são consideradas como Administração Pública todas as atividades que servem o público e que a ele são relativas. Atividades essas transferidas do povo para o Estado por meio da Constituição ou das leis. São elas: atividade ordenatória/limitativa; atividade prestacional/exploratória; e atividade regulatória (indicativa, incitativa e imperativa).

Os diversos poderes, faculdades ou prerrogativas da Administração enquadrar-se-ão em uma ou outra atividade administrativa. No entanto vale mencionar que um mesmo poder, faculdade ou prerrogativa pode enquadrar-se, dependendo da perspectiva dada, em várias atividades administrativas. Ademais, ao colocar em prática uma ação, diversas atividades podem estar presentes.

1 Manifestações ou formas de atuação administrativa clássicas

A doutrina clássica costuma estabelecer que são manifestações ou formas de atuação administrativas uma das seguintes categorias: *polícia, serviço público e fomento*. É fato, entretanto, que essa trilogia não esgota todas as ações administrativas, afinal, haverá situações em que não será possível o enquadramento em nenhuma dessas categorias.

Inclusive, é essa dificuldade de enquadramento a razão pela qual surgiram, ao longo dos últimos anos, outras categorias classificatórias, tais como a atividade de gestão industrial ou econômica,² atividade de planificação,³ atividade arbitral,⁴ entre outras.

A ideia, ao delimitar as manifestações e formas de atuação administrativa, era facilitar a compreensão da matéria afeta à ciência da Administração, no caso, a ciência do Direito Administrativo. Essas categorias (polícia, serviço público e fomento) permitem uma aproximação, nem que seja parcial, ao que a Administração faz e como faz.

Qualquer conduta (comissiva ou omissiva) da Administração pode, a princípio, ser enquadrada em alguma dessas três categorias, mesmo que a linha entre elas, muitas vezes, seja tênue.

Ao longo dos séculos XIX e XX, a atuação administrativa se canalizou no que Leon Duguit⁵ denominava “mandar ou servir”, ou seja, polícia e serviço público. Para esse autor, todo problema da atividade do Estado se resolvia por meio dessa antítese.

² VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, año 1, n. 3, p. 53-129, set./dic. 1950.

³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado*, Gestión Pública, Regulación Económica. Granada: Comares, 1999.

⁴ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo: (Parte general)*. Madrid: Marcial Pons, 1989.

⁵ DUGUIT, Leon. *Traité de Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).

Essa classificação dual entre “*activité de police*” e “*activité de service public*”, para os franceses, assim como “*Ordnungsverwaltung*” (administração ordenadora) e “*Leistungsverwaltung*” (administração prestacional), para os alemães, perdurou até metade do século XX, quando Luis Jordana De Pozas⁶ incluiu um terceiro termo criando uma divisão tripartida, distinguindo-as entre: (i) atividade de polícia (ou atividade dirigida à manutenção da ordem pública mediante a limitação das atividades privadas); (ii) atividade de serviço público (ou atividade de satisfação de uma necessidade pública pelos órgãos da própria Administração); e (iii) atividade de fomento (ou ação de promoção de atividades privadas que satisfaçam necessidades públicas ou de utilidade geral).

1.1 Atividade de polícia

Tradicionalmente, essa atividade é vista como aquela que engloba atuações administrativas que implicam limitações ou restrições de direitos dos particulares, por meio de carácter imperativo e coativo que obriga terceiros a observarem determinadas condutas.

Apesar de ser muito utilizada a terminologia atividade de polícia, outras são empregadas pela doutrina, tais como atividade de ordenação e limitação, atividade de coação, atividade que incide de forma negativa sobre a esfera jurídica dos particulares, atividade limitativa, atividade constritiva, atividade de ordenação e controle, entre outras. Todas refletem substancialmente uma mesma realidade.

Aqui, adota-se um conceito mais amplo do que atividade de polícia, no caso, a concepção de *administração ordenatória ou limitativa*. Essa tem por finalidade possibilitar uma convivência social ordeira e valiosa, cuidando da boa ordem da sociedade ao limitar, restringir ou condicionar o exercício de outros interesses para a realização dos interesses públicos, da boa administração e da administração de resultado, de forma que compatibilize direitos e deveres existentes, assim, disciplinando o exercício da autonomia privada e, excepcionalmente, daquela pública (criando obrigações de não fazer e de fazer) por meio de ações de comando, consentimento, fiscalização e sanção.

Trata-se, em essência, de ingerência na vida alheia, em geral de particulares, que interfere na autonomia de vontade das pessoas. Consiste, portanto, em ações ablatórias, que levam a privações e sacrifícios de liberdades e propriedades.

Há de se levar em consideração que a regra é a liberdade e a propriedade. A liberdade individual é limitada, restringida ou condicionada pela *polícia de costumes* e seus respectivos códigos de postura. A liberdade de manifestação do pensamento e seus corolários e as liberdades de consciência e de crença são limitadas, restringidas ou condicionadas pela *polícia da comunicação*. As liberdades de alimentação, de cuidar da saúde, de escolha de tratamento, entre outras, são limitadas, restringidas ou condicionadas pela *polícia sanitária* (higiênica, bromatológica, médico-farmacêutica, fitossanitária, entre outras). A liberdade de locomoção limita-se, restringue-se ou se condiciona pela *polícia de viação*; e assim segue.⁷ Já a propriedade é limitada, restringida

⁶ JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, año 9, n. 48, p. 41-54, nov./dic. 1949; El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, año 2, n. 4, p. 11-28, ene./abr. 1951.

⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo de. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 446 e ss.

ou condicionada pelas distintas formas de intervenção do Estado na propriedade, quais sejam, a desapropriação, a requisição, o tombamento, a servidão administrativa, a ocupação temporária, entre outras.

1.2 Atividade de serviço público

Essa atividade se refere, em seu sentido clássico, às prestações que as Administrações Públicas organizam e oferecem a terceiros, seja direta (por meio de seus entes e órgãos) ou indiretamente (utilizando a colaboração e a cooperação de pessoas privadas). Diz respeito a uma obrigação transferida da sociedade para a Administração. Essa transferência de reserva costuma-se denominar *publicatio*, isto é, a titularidade pública da atividade em questão e a subsequente exclusão da livre-iniciativa.

Além desses serviços públicos reservados à Administração, em que se confere titularidade a ela, tem-se serviços públicos cuja transferência não estabelece reserva/titularidade, pelo contrário, existe uma dubiedade de titularidade pela qual particulares e Administração concorrem, compartilham-na, ainda que a atividade deva estar, em todo momento, garantida pela Administração.

Aqui, prefere-se utilizar um termo mais genérico: *administração prestacional*, por entender que a Administração não apenas presta serviços públicos, mas também executa atividades econômicas em sentido estrito.

Essa atividade cuida das possibilidades de vida e da melhoria das condições de vida dos membros da sociedade, na medida em que apoia diretamente, por meio de garantias, a prossecução dos interesses públicos. Ela também amplia a posição jurídica dos particulares ao disponibilizar serviços. Apoia-se no não desejo, na incapacidade natural ou na impossibilidade dos sujeitos privados, por não possuírem condições ou interesse ou não desejar ou se mostrar incapaz, por seus próprios meios, para levar a cabo determinadas funções de especial relevância coletiva, o que torna necessária sua realização direta pela Administração, ou, quando menos, uma gestão privada, dirigida e controlada pela Administração. Essa atividade visa à satisfação das necessidades coletivas de modo direto e imediato, ou seja, os fins são alcançados por meio de um agir próprio dos mais diversos sujeitos administrativos.

A atividade prestacional tem direta relação com a noção de serviço público e as atividades econômicas em sentido estrito. Inclusive, existe a dificuldade de conceituar o serviço público pelo fato de que a noção de serviço público não é estática. Ela muda conforme aspectos sociais, temporais, entre outros.⁸ Ninguém contesta a função de prestação dessa forma de atuação. Enrique Sayagués Laso⁹ analisou a dificuldade conceitual do tema e a repercussão de tal crise sobre a Jurisprudência do Conselho de Estado francês e afirma:

⁸ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 638. O autor adverte: “[...] não há um conceito apriorístico de serviço público, elastecendo-se o seu âmbito na medida em que se expande a presença do Estado nos domínios da vida social contemporânea. Não há, na matéria, um sentido estático, refletindo-se, nas perspectivas da legislação cambiante, as transações de ordem política que modificam a missão administrativa do Estado”.

⁹ SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Depalma, 1952, tomo I, p. 59-60.

No obstante, en el momento actual enfrentan en su propio país de origen una aguda crisis, cuyo resultado final no puede vaticinarse. [...] La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha evolucionado de tal modo en los últimos años, que las ideas predominantes acerca de la noción de servicio público están quedando en completo divorcio con aquélla. Esa evolución ha seguido dos caminos: a) Por un lado, la jurisprudencia admite en número cada vez mayor la existencia de servicios públicos industriales y comerciales regulados, por el derecho público – como correspondería según doctrinas prevalentes – sino por el derecho privado. b) Por otro lado, el Consejo de Estado ha admitido que en ciertos casos puede haber servicios públicos a cargo de particulares [...], orientación en la que ha insistido más recientemente.¹⁰

É possível inferir que os diversos autores que tratam do assunto podem ser enquadrados essencialmente em três correntes distintas, adotando um critério subjetivo,¹¹ ou de acordo com um caráter material,¹² ou admitindo uma aceção formal.¹³ Portanto os critérios apontados, considerados isoladamente, não atendiam à noção global de serviço público, o que explica, aliadamente às mudanças das funções estatais e à ampliação dos níveis de conscientização dos cidadãos, a constante crise da noção de serviço público.¹⁴ À parte disso, três são as doutrinas que cuidam da legitimidade

¹⁰ RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 491. Jean Rivero também afirmava que: “Na jurisprudência e na doutrina, sabe-se da importância desta noção, durante muito tempo considerada simultaneamente fundamento de todas as particularidades do direito administrativo e critério de competência. Sabe-se igualmente que incertezas a noção suscita, e isto no próprio momento em que a jurisprudência tende para lhe restituir o seu papel anterior: de onde a necessidade de precisar a sua definição antes de deduzir o seu alcance jurídico”.

¹¹ Em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal.

¹² Ao passar a admitir a prestação de serviço público por entes ou pessoas privadas, procurou-se formular uma nova noção de serviço público, tendo em conta a própria atividade desempenhada. De acordo com esse critério, o que define serviço público é a índole da necessidade pública.

¹³ Essa aceção traria o serviço público como aquele prestado sob o regime de direito público derogatório e exorbitante do Direito comum.

¹⁴ O conceito e as características sofreram, com a reforma do Estado, uma flexibilização com o tempo, razão pela qual alguns autores chegaram a falar em crise da noção de serviço público. (JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 226). Mônica Spezia Justen conclui seu trabalho com a seguinte afirmação: “Alude-se com frequência à crise do conceito de serviço público. Porém, é uma consideração quase que de caráter tautológico, já que desde a sua primeira aparição como conceito jurídico, mais passou por crises do que por períodos de estabilidade. Não se ignore, no entanto, que o momento atual difere dos anteriores que ocorreram sempre em tempos do Estado de Bem-estar. Possivelmente, a atual crise pode ser considerada mais intensa porque o rompimento com esse modelo de Estado é bem mais marcante e submete a noção de serviço público a uma profunda redefinição”.

(MARTÍN REBOLLO, Luis. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, p. 2471-2542, ene./dic. 1993, p. 2511). Luis Martín Rebollo ao tratar da crise da noção de serviço público afirma: “Es el final de toda una época. Pero cuando digo que se trata del final de una época no me refiero solo al final de una etapa en los intentos sistemáticos de explicación de un fenómeno jurídico. Es algo más, y, sin duda, más trascendente. Es el final pero paradójicamente también el inicio de lo que Duguit había previsto ya a principio de siglo. En la medida en que el Derecho responde a la realidad, en la medida en que el Derecho administrativo está influido y apegado más que ningún otro a la realidad no podría sino reflejar esos cambios”.

(MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mito y realidad del servicio público*. Palestra proferida en la Universidad Complutense — España, marzo de 2000). Diogo de Figueiredo Moreira Neto, depois de apresentar quatro fases evolutivas e cronologicamente distintas do conceito de serviço público (a clássica, a escola de *Bordeaux*, do bem-estar social e a atual), associa a mencionada crise à própria crise do conceito de Estado, ao afirma que: “las llamadas crisis del concepto de servicio público siempre fueron, y posiblemente seguirán siendo en adelante, reflejos de las sucesivas crisis del propio concepto del Estado”.

para a instituição do serviço público¹⁵ (correntes constitucionalista,¹⁶ essencialista¹⁷ e convencionalista-legalista¹⁸).

A noção de serviço público se diferencia das atividades econômicas em sentido estrito que se definem por exclusão, ou seja, o que não é serviço público é atividade econômica em sentido estrito.¹⁹

Convém deixar claro que o fato de determinada atividade configurar em determinado âmbito como atividade econômica em sentido estrito não a exclui de, em outro, a configurar como serviço público. Com o desmembramento de atividades complementares ou ligadas a uma mesma cadeia produtiva, bem como o estabelecimento de concorrência em diferentes fases das atividades, o que se observa atualmente é a diversidade em uma mesma atividade de naturezas jurídicas de determinados segmentos desta. Não se pode mais falar que determinado setor é ou não um serviço público, deve-se estudar seus segmentos separadamente para só então defini-los ou não como tal.

Independente disso, hoje, assim como no início do século XX, o grande elemento caracterizador do serviço público é a obrigação de assegurar o acesso generalizado de todas as pessoas a determinadas prestações essenciais, de qualidade e a um preço razoável, o que evidencia uma aproximação do sistema afrancesado, e não o seu desaparecimento, visto que a clássica noção de serviço público apontava como uma obrigação dos governantes, a qual deveria regular, assegurar e controlar.

1.3 Atividade de fomento

O fomento recorre a medidas não imperativas ou coativas buscando, por meio de incentivos e vantagens oferecidas aos particulares, o desenvolvimento econômico e social. O fomento pode ser positivo ou negativo, considerando-se positivos aqueles que outorgam prestações, bens e vantagens a favor de quem realizará a atividade que se trata de estimular; enquanto, pelo contrário, serão negativos os obstáculos ou as cargas que se criam, precisamente, para dificultar determinadas atividades contrárias ou opostas àquelas que a Administração deseja fomentar.

¹⁵ “Restaria perguntar: Pode o Estado qualificar – subentende-se, por via legislativa, como é obvio – qualquer atividade que deseje como serviço público, assumindo-a e submetendo-a ao ‘regime de direito público’? Ou é preciso que a atividade em tela possua uma ‘natureza’, uma ‘substância íntima de serviço público?’”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20. É por meio desse questionamento que se enquadram essas doutrinas.

¹⁶ A corrente constitucionalista entende que serviço público é aquele tido como inerente do Estado, ou seja, os que envolvem função estatal típica. São, portanto, aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados. Por esta razão só devem ser prestados por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares. Daí, também dispensa a previsão legal, pois decorre da própria existência do Estado. Também são aqueles serviços por opção político-constitucional, entendidos como aqueles que o constituinte, ao criar a Constituição, os define como tal, havendo, portanto, a necessidade de se ter previsão constitucional. Ou seja, é aquele conteúdo no corpo da Constituição, somente sendo possível instituí-lo mediante emenda constitucional. Sendo um dos dois, o serviço pode ser considerado como público.

¹⁷ A corrente essencialista prefere ver o serviço público onde existe uma necessidade relevante da população, que não possa ser atendida satisfatoriamente pela iniciativa privada. Entende, na verdade, que o conceito de serviço público é estipulado pela necessidade social.

¹⁸ A corrente convencionalista-legalista entende que o conceito de serviço público depende de disposições constitucionais e/ou legais.

¹⁹ Para mais esclarecimentos sobre o tema, vide: SADDY, André. *Forma de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Chama-se essa atividade de *administração estimulativa*. Como se terá oportunidade de aprofundar, ela existe para a melhoria das estruturas dos diferentes domínios da vida com respectivos objetivos maiores. Entende-se que essa atividade nada mais é que uma atividade intervencionista, positiva ou negativa, que visa, de modo não coercitivo, induzir, instigar, provocar, promover, proteger, propulsar, incentivar, abrigar, dirigir, impulsionar ou fomentar, direta, imediata e concretamente, a iniciativa privada e, até mesmo, outros entes ou órgãos administrativos, para tomadas de decisões de setores específicos que tenham como objetivo que determinados interesses públicos sejam atendidos por meio de atividades em favor de toda a coletividade; com isso, desafogando a estrutura daquele que a realiza e almejando o desenvolvimento ou progresso econômico ou social, suprimindo eventuais deficiências existentes de forma temporária e transitória, com o escopo de alcançar objetivos previstos na Constituição e efetivar direitos fundamentais.

Trata-se, na verdade, de um mecanismo ou uma técnica interventiva da atividade regulatória, assim como a atividade de planejamento. Defende-se, dessa forma, que a atividade de fomento não possui autonomia e, atualmente, deve ser substituída por uma atividade mais ampla, denominada regulatória.

A atividade de promoção, estímulo, orientação ou fomento se caracteriza como um incentivo não coercitivo aos particulares para o desenvolvimento de atividades de interesses públicos, dispensando que o Estado crie uma estrutura administrativa para tanto.²⁰ O fomento remete a uma sorte de ações promotoras, persuasivas, dissuasórias e tendentes à satisfação de necessidades públicas pelos particulares, por meio do desenvolvimento de comportamentos influenciados pela Administração sem se utilizar de nenhuma forma de coação.²¹

²⁰ (JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, año 9, n. 48, p. 41-54, nov./dic. 1949; El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, año 2, n. 4, p. 11-28, ene./abr. 1951), Luis Jordana De Pozas, sobre a classificação das formas da atividade de fomento, a divide em honoríficos, jurídicos e econômicos, divisão que atende, segundo o autor, aos três estímulos psicológicos principais da ação humana: a honra, o direito e o proveito.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 131) entende que fomento é uma das funções administrativas; e, para Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em Debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 35), nada mais é que um mecanismo ou uma técnica que o ordenamento econômico e social possuem. De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (*Idem*. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 347): “A expressão ‘estímulos positivos’ ao exercício da atividade econômica privada é bem mais ampla que a de ‘fomento’, nela abrangida. Enquanto o fomento é um incentivo ao desempenho de determinada função de interesse do agente fomentador, o ‘estímulo positivo’ envolve a criação de um cenário favorável aos investimentos”.

²¹ Distintas das outras duas atividades, a atividade promocional, de estímulo ou de fomento não se apoiam sobre a desconfiança e amenidade. A ordenação se apoia nos possíveis riscos que determinada conduta privada pode ocasionar nos interesses públicos; e a prestacional se apoia no não desejo, na impossibilidade ou na incapacidade natural dos sujeitos privados para levar a cabo determinadas funções de especial relevância coletiva, que faz necessária sua realização direta pela Administração, ou quando menos, uma gestão privada, dirigida e controlada pela Administração. A atividade promocional é atividade cuja realização é desejável desde o ponto de vista do Estado, mas que este, por razões muito diversas, não pode ou não deseja empreender por si mesmo, limitando-se a estimular os sujeitos privados a desenvolvê-las.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 578) conceitua fomento público como: “a função administrativa através da qual o Estado ou seus delegados incentivam direta, imediata e concretamente a iniciativa dos administrados ou de entidades públicas e privadas, para que desempenhem atividades que a lei haja enfatizado como de especial interesse público para o desenvolvimento integral e harmonioso das pessoas em sociedade”.

A ideia é vincular os incentivos a objetivos maiores, nos quais a renúncia a uma receita irá proporcionar benefícios generalizados, por meio dos quais a perda de receita será neutralizada e até superada por novas arrecadações em um futuro programado. Logo, a atividade promocional se destina à busca, no setor privado, de consecuições de objetivos de interesses públicos fixados em lei, no lugar dos incentivos nela previstos, notoriamente por meio de benefícios, sempre vinculados a objetivos maiores, nos quais a atribuição de uma renda está voltada a proporcionar proveitos generalizados, não perdendo de vista os interesses públicos, a boa administração e a administração de resultado.

A atividade de fomento é daquelas que não estão constitucionalmente reservadas à Administração, se não que tocam a interesses públicos compartilháveis, que tanto podem ser promovidos pelo Estado como pela sociedade. A decisão de fomentar, portanto, é política, no entanto, sua instrumentalização passa por critérios técnicos, muitas vezes, resolvidos por órgãos específicos da Administração por meio da descentralização.²²

Desse modo, como as demais funções da Administração que não exijam o uso do poder de império estatal, o fomento pode comportar uma condução por estruturas privadas, gestionando, inclusive, fundos públicos.²³ Ademais, não se pode esquecer que o fomento deve possuir uma característica especial que se refira à adesão do administrado em troca dele. Trata-se de uma faculdade, pois o Estado intervém apenas de maneira incitativa, mas, a partir da adesão do particular, fica ele obrigado a cumprir com os prognósticos do planejamento cuja execução foi incentivada. Surge uma relação jurídica especial porque, uma vez estabelecida a adesão no plano, o Estado poderá obrigar ao particular a cumprir aquilo que voluntariamente se comprometeu. Ao Estado, por sua vez, fica vedado, por comissão ou omissão, prejudicar, de qualquer forma, tais atividades.²⁴

O vínculo de parceria estabelecido em uma relação de fomento público é, tipicamente, um daqueles que necessita do fortalecimento da confiança e da segurança,

De acordo com Gaspar Ariño Ortiz (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999, p. 290): “[...] la actividad de fomento se configura como una actividad de estímulo y presión, realizada de modo no coactivo, sobre los ciudadanos y grupos sociales, para imprimir un determinado sentido a su actuación. El Estado actúa mediante estímulos de carácter económico, tales como las subvenciones, las exenciones fiscales, los créditos, etc. De este modo, el Estado no manda ni impone, sino que ofrece y necesita de la colaboración Del particular para que la actividad fomentada se lleva a cabo”.

Segundo José Ramón Parada Vázquez (PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1989, p. 457): “Por actividad de fomento se entiende aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos”.

²² Distingue-se do fomento a mera transferência de recursos, ou seja, da atividade distributiva do Estado. Essa se caracteriza como uma função alocativa, que é realizada por meio de duas funções distributivas: uma externa (ou política), por meio de políticas sociais desenvolvidas para segmentos assistidos; e outra interna (ou administrativa), que se executa por meio de pressuposto público na distribuição de meios financeiros entre entes e órgãos.

²³ No tocante à discussão sobre a possibilidade ou não da gestão privada de fundos públicos, vide: SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 39-56, a favor; e AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 236, que se contrapõe à gestão privada de fundos públicos. Parece que a gestão privada do fomento atende, ao mesmo tempo, os princípios da livre-iniciativa e da economicidade.

²⁴ Gaspar Ariño Ortiz (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2001, p. 303-305) explica que, com a outorga de meios econômicos de fomento, surge uma relação especial, porque o beneficiário se compromete com a realização da atividade promovida e a Administração goza de amplas potestades de controle.

projetadas no direito público como os princípios da confiança legítima e da segurança jurídica.²⁵ Com efeito, o particular que acolhe a convocação do Estado, para com ele se associar em determinada atuação de interesse público que este pretenda estimular, só o faz porque confia na observância das regras e, por certo, na segurança dessa relação, da qual passa a participar por adesão.

Muitos são os tipos existentes de fomentos e as classificações existentes,²⁶ no entanto duas são as principais formas: o fomento econômico e o social, como instrumentos, respectivamente, do ordenamento econômico e do ordenamento social.²⁷ Logo, o fomento público pode ser definido como a colocação de instrumentos para o desenvolvimento econômico e de progresso sociocultural.²⁸

2 Substituição da atividade de fomento pela administração regulatória

A *administração regulatória* é aquela que busca a restrição intencional da eleição de terceiros mediante atos imperativos, incitativos ou indicativos para realizar finalidades públicas, isto é, resultados que possam beneficiar toda a coletividade.

Essa atividade deve substituir a atividade de fomento, do contrário, ter-se-ia de incluir outras atividades às três clássicas existentes. Por exemplo, poder-se-ia incluir a atividade de planejamento, a atividade intervencionista, a atividade fiscalizatória, entre outras. Todas essas propostas incluem categorias singulares, adjacentes e complementárias do tríptico defendido aqui.

Entende-se que a substituição da atividade de fomento pela atividade regulatória amplia a possibilidade do uso desta categoria, com isso, mantendo em apenas três

²⁵ Quando se fala de confiança, há de recordar de Alain Peyrefitte (PEYREFITTE, Alain. *La Société de Confiance*. Essai sur es origines du developpement. Paris: Odile Jacob, 1995), que a considera o cimento da civilização do direito – por ser a disciplina central do processo civilizador.

²⁶ Apenas para citar algumas, o fomento pode ser: econômico, quando o Estado passa a ser impulsor da iniciativa (fomento econômico); promotor de oportunidade de trabalho (fomento laboral); incentivador de investimentos (fomento financeiro); e desbravador de novas alternativas econômicas (fomento científico-tecnológico). Além de existir fomento da educação, da cultura, lazer e do desporto, à saúde, do meio ambiente, do turismo, entre outros.

²⁷ Sobre essa classificação vide: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 577.

²⁸ Segundo Luis S. Cabral de Moncada (MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 426), o fomento econômico consiste em uma atividade administrativa de satisfação das necessidades de caráter público, protegendo ou promovendo atividades de sujeitos privados ou outros que direta ou indiretamente as satisfaçam. Dita também que o objeto da atividade fomentadora do Estado consiste no apoio prestado às empresas privadas, representado em estímulos positivos e dinâmicos, sendo certo que poderão ser de ordem social e cultural.

De acordo com Marcos Juruena Villela Souto (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 349), os incentivos poderão ser setoriais ou regionais. Os setoriais se destinam a desenvolver as atividades seletivas. Os incentivos regionais servem para ajudar o desenvolvimento de zonas que sofrem condições climáticas adversas a criar novos empregos e proporcionar a elevação da renda per capita, buscam o aproveitamento das riquezas regionais em zonas onde há falta de recursos humanos e financeiros, muitas vezes, ocasionada pela preferência por regiões mais desenvolvidas.

E mais, como observam Ramón Martín Mateo e Francisco Sosa Wagner (MATEO, Ramón Martín; WAGNER Francisco Sosa. *Derecho administrativo económico*. 2. ed. Madrid: Pirâmide, 1977. p. 171-172), os fins perseguidos com a utilização dos estímulos podem ser conjunturais ou estáveis. Os fins conjunturais são os que se propõem a remediar uma situação transitória, tratando de mudar o signo da marcha espontânea da economia em seu conjunto ou em determinado setor. Destacam que as medidas estimuladoras, que deveriam ser transitórias, tendem a se tornar permanentes e, então, o protecionismo indefinido é, teoricamente, descartável, até para não deixar as indústrias do país num estágio de permanente menoridade (que as impeça de enfrentar, em pé de igualdade, seus competidores).

as categorias existentes (atividade ordenatória/limitativa; atividade prestacional/exploratória; e atividade regulatória).

Tal posição, como já visto, não é aceita por muitos. Apenas para citar mais um exemplo, Pedro Gonçalves²⁹ entende ser a regulação uma atividade operativa, de execução da função ou atividade administrativa. Logo, “embora reconhecendo as muitas especificidades inovatórias, entende-se que não há razão para não reconduzir a função de regulação à noção material de administração pública e, do mesmo modo, ao conceito tradicional de função administrativa”.³⁰

Conclusão

Não se pode confundir as atividades administrativas defendidas (atividade ordenatória/limitativa; atividade prestacional/exploratória; e atividade regulatória). Quiçá essa trilogia de atividades não esgote todas as formas possíveis da atuação administrativa, visto que existem circunstâncias nas quais não se questiona o enquadramento em alguma delas, razão pela qual se diverge muito sobre o tema, por conseguinte, acrescentando outras atividades.

Apesar de teoricamente ser possível distinguir tais atividades, materialmente, vem tornando-se difícil tal distinção. Há uma tendência de que todas as atividades administrativas se apresentem de forma complexa por se manifestarem de maneira concomitante. Isso porque os fins do Estado somente podem ser efetivamente realizados mediante atuação integrada, complexa e completa. A linha que separa cada uma dessas três atividades mencionadas é bastante tênue e, muitas vezes, elas parecem se confundir.

A atividade ordenatória/limitativa poderá ter função regulatória, mas não deixará de ser uma atividade autônoma, mesmo exercendo, de forma concomitante, uma atividade regulatória. No entanto ela não se confundirá, de maneira alguma, com a atividade prestacional/executória.

O mesmo ocorre com a atividade prestacional/executória, que, como supramencionado, não se confunde com a atividade ordenatória/limitativa, mas que também terá uma função regulatória, só que neste caso não será uma intervenção regulatória, pois se estará aqui fazendo referência a uma intervenção direta e não indireta no ordenamento econômico ou social. Inclusive, por isso, não se denomina tal atividade de interventiva, mas, sim, de regulatória. No caso da atividade prestacional/executória, o Estado intervirá diretamente na ordem econômica ou social, aqui a intervenção será direta, por isso, a denominação genérica de atividade prestacional/executória, pois a Administração, além de atuar na ordem econômica e social, prestando serviços públicos ou executando atividades econômicas em sentido estrito, intervirá como agente econômico ou social em determinado setor ou região.

Por fim, a atividade regulatória, por ser uma atividade relacionada à interferência pública intencional nas escolhas de terceiros, engloba, em seus atos imperativos, a

²⁹ GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II, p. 535-573.

³⁰ Diferentemente, sobre a função reguladora como uma “nova função”, ver: SILVIA, A.; LUPPI, Frego. *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 135 e ss.

atividade ordenatória/executória; apesar de ela se referir a uma interferência indireta e, por isso, não se confundir com a atividade prestacional/estimulativa. Isso não significa que, ao prestar serviços públicos ou explorar atividades econômicas em sentido estrito, o Estado não intervenha nas escolhas de terceiros. É lógico que o faz, mas, nesse caso, executa uma atividade regulatória por meio do serviço público ou da atividade econômica em sentido estrito que estiver realizando.

Referências

- AGUILLAR, Fernando Herren. *Control social de servicios públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- CAUPERS, João. *Introdução à ciência da Administração Pública*. Lisboa: Âncora, 2002.
- DUGUIT, Leon. *Traité de Droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: Boccard, 1927, tomo I, p. X (1ª ed. de 1911).
- GONÇALVES, Pedro. Direito administrativo da regulação. In: MIRANDA, Jorge (coord.). *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, v. II.
- JORDANA DE POZAS, Luis. El problema de los fines de la actividad administrativa. *Revista de Administración Pública*, Madrid, año 2, n. 4, p. 11-28, ene./abr. 1951.
- JORDANA DE POZAS, Luis. Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Año 9, n. 48, p. 41-54, nov-dic, 1949.
- JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARTÍN MATEO, Ramón; SOSA WAGNER Francisco. *Derecho administrativo económico*. 2. ed. Madrid: Pirámide, 1977.
- MARTÍN REBOLLO, Luis. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. *Revista de Administración Pública*, n. 100-102, p. 2471-2542, ene./dic. 1993.
- MONCADA, Luis S. Cabral de. *Derecho económico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mito y realidad del servicio público*. Palestra proferida en la Universidad Complutense - España, marzo de 2000.
- PARADA VÁZQUEZ, José Ramón. *Derecho administrativo: parte general*. Madrid: Marcial Pons, 1989.
- PEYREFITTE, Alain. *La Société de Confiance*. Essai sur es origines du developpement. Paris: Odile Jacob, 1995.
- RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.
- SADDY, André. *Forma de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SAYAGUES LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Depalma, 1952, tomo I.

SILVIA, A.; LUPPI, Frego. *L'amministrazione regolatrice*. Torino: Giappichelli, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

VILLAR PALASÍ, José Luis. La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, año 1, n. 3, p. 53-129, set./dic. 1950.

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SADDY, André. Atividades administrativas: ordenatória/limitativa; prestacional/exploratória; e regulatória (indicativa, incitativa e imperativa). In: PIRES, Maria Fernanda Veloso; CAVALCANTI, Caio Mário Lana (coord.). *Reflexões de direito administrativo: estudos em homenagem à Professora Cristiana Fortini*. Belo Horizonte: Fórum, 2025. p. 371-382. ISBN 978-85-450-0934-4.
