

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

LAILA NADER MENDES MASSA

**EMPRESAS PRIVADAS E O PODER PÚBLICO:
POSSIBILIDADES DE COLABORAÇÃO PARA A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS**

POUSO ALEGRE-MG

2019

LAILA NADER MENDES MASSA

**EMPRESAS PRIVADAS E O PODER PÚBLICO:
POSSIBILIDADES DE COLABORAÇÃO PARA A
EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a
obtenção do Título de Mestra em Direito no Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.
Orientador: Prof. Dr. Elias Kallás Filho

LAILA NADER MENDES MASSA

EMPRESAS PRIVADAS E O PODER PÚBLICO: POSSIBILIDADES DE
COLABORAÇÃO PARA A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS
SOCIAIS

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação: 24/09/2019

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Elias Kallás Filho

Orientador

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Régis Willyan da Silva Andrade

Centro Regional Universitário Espírito Santo do Pinhal

Prof. Dr. Cristiano Thadeu e Silva Elias

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre - MG

2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, pela oportunidade de realizar o Mestrado e pela força e saúde que me possibilitaram concluí-lo.

Aos meus avós, por desbravarem os caminhos para que o acesso à educação fosse possível; especialmente – *in memoriam* - ao meu avô Paulo Jorge Nader, por descortinar a janela do Direito e ser tamanha referência nela, como pessoa e profissional.

Aos meus pais, Maurílio e Adriana, pela vida que me foi dada, pelos sacrifícios e por todo apoio e incentivo à educação.

Ao meu marido, Rubens, pela enorme paciência, companheirismo e amor ao longo desta trajetória; àquele que nunca deixou de acreditar em mim, mesmo quando nem eu mais acreditava, e que me lembra a todo instante que o que importa é caminhar adiante, juntos.

Ao meu professor orientador, Dr. Elias Kallás Filho, pela honra em ser sua orientanda, por iluminar o caminho a ser percorrido e pela generosidade em transmitir seus conhecimentos.

A todos os professores que contribuíram para minha formação, desde o ensino básico e médio, passando pela graduação e pós-graduação, até o curso de mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, por toda contribuição à minha formação pessoal, profissional e acadêmica.

A todos os colaboradores da Faculdade de Direito do Sul de Minas, especialmente aos funcionários do núcleo de pós-graduação, que contribuem quotidianamente com o sucesso da instituição e com o nosso.

A todos os colegas do curso de Mestrado da Faculdade Direito do Sul de Minas, que tornaram esta jornada mais leve; especialmente às colegas Bárbara, Claudete, Daniela, Heroana, Luísa, Rosana e Thaís, pela amizade construída.

À equipe de nosso escritório de advocacia, Nader Sociedade de Advogados, pela compreensão e essencial suporte nas minhas ausências.

A todos que de alguma forma, direta ou indireta, contribuíram para que esta dissertação fosse concluída, meu sincero obrigada.

“Tem fé no Direito, como o melhor instrumento para a convivência humana; na Justiça, como destino normal do Direito; na paz, como substituto bondoso da Justiça; e, sobretudo, tem fé na Liberdade, sem a qual não há Direito, nem Justiça, nem Paz”.

Eduardo Couture

RESUMO

Massa, Laila Nader Mendes. Empresas privadas e o poder público: possibilidades de colaboração para a efetividade dos direitos fundamentais sociais. 2019. 136f. **Dissertação de Mestrado** – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2019.

A presente dissertação busca analisar as possibilidades e a legitimidade da realização de ações colaborativas por empresas privadas para o poder público, especialmente com os municípios, diante da ineficiência do Estado em efetivar direitos fundamentais sociais. O objetivo do trabalho é analisar os motivos que ensejam a dificuldade do poder público, especialmente dos municípios, em efetivar os direitos fundamentais sociais, bem como entender como e porque as empresas privadas podem contribuir com a efetivação destes direitos através de doações, comodatos ou prestações de serviços não onerosas e, ao fim, traçar os limites materiais e formais para que tal relação colaborativa ocorra. A pesquisa é desenvolvida por meio da metodologia analítica, com estudo da bibliografia pertinente ao tema, transitando entre as searas do direito público, administrativo, econômico e empresarial. Aborda o conceito atual de empresa como ente dinâmico necessário ao desenvolvimento do Estado e sua função social, destrinchando os vieses desta atuação quando da realização de doações, comodatos ou serviços não onerosos aos municípios, com vistas à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Analisa-se a legitimidade destas parcerias, a necessidade de transparência e a observância aos princípios administrativos e sistematiza-se o conhecimento existente sobre o tema para que soluções possam ser encontradas para entender como a empresa pode cooperar com o poder público e quais os limites materiais e formais para que esta colaboração aconteça, especialmente com os municípios, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais. Ao final, conclui-se que a colaboração das empresas com o poder público é um meio legítimo de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais sociais e propõe-se a adoção de uma regulamentação específica que estabeleça a forma pelas quais estas ações colaborativas possam ser realizadas.

Palavras chave: Empresas privadas; poder público; direitos fundamentais sociais; ações colaborativas; doações.

ABSTRACT

Massa, Laila Nader Mendes. *Private companies and Public Power: collaboration possibilities for the effectiveness of social fundamental rights*. 136p. **Masters dissertation** – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2019.

This dissertation aims to analyze the possibilities and the legitimacy of collaborative actions by private companies to the Public Power, especially to the municipalities, due to the inefficiency of the State in giving effectiveness to fundamental social rights. The objective of this study is to analyze the reasons that lead to the difficulty of the Public Power, especially municipalities, to implement fundamental social rights, as well as to understand how and why private companies can contribute to the effectiveness of these rights through donations, lending or offers of non-onerous services, and, finally, to establish the material and formal limits for such collaborative relationship. This research is developed through an analytical methodology, with study of the bibliography pertinent to the subject, passing through the public, administrative, economic and business areas. It addresses the current concept of the company as a dynamic entity necessary for the development of the State and its social function, unraveling the biases of this action when making donations, lending or offers of non-onerous services to municipalities, with a view to the effectiveness of fundamental social rights. The legitimacy of these partnerships, the need for transparency and compliance and observance of the administrative principles will be examined. In this way, it systematizes the existing knowledge about the subject to understand how companies can cooperate with the public power, especially with municipalities, and what are the material and formal limits for this collaboration to occur, to achieve the objective of effectiveness of fundamental social rights. In the end, it is concluded that the collaboration of companies with the public power is a legitimate way of giving effectiveness to fundamental social rights and it is proposed the adoption of a specific regulation that establishes the way in which these collaborative actions can be performed.

Key-words: *Private companies; public power; fundamental social rights; collaborative actions; donations.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- Art. – artigo
- FIRJAN – Federação das Indústrias do Rio de Janeiro
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- ICMS – Imposto sobre circulação de mercadorias e serviços
- IPTU – Imposto sobre a propriedade territorial urbana
- ISS – Imposto sobre serviços
- ITBI – Imposto de transmissão de bens imóveis

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. DEMANDAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ESTADO FEDERATIVO BRASILEIRO	8
1.1 Demandas e eficácia dos direitos fundamentais sociais no Brasil	8
1.2 Pacto Federativo brasileiro	18
1.3 Limitações à efetividade dos direitos fundamentais pelos municípios	28
2. EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL	36
2.1 Do direito comercial ao direito de empresa.....	39
2.2 Atividade empresarial na ordem constitucional econômica	46
2.3 Função social da empresa	53
2.4 Responsabilidade social da empresa	61
3. COOPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS E MUNICÍPIOS	68
3.1. Empresas privadas e o poder público: uma colaboração possível?	70
3.2. Pressupostos gerais	77
3.3. Formas e instrumentos (doações, comodatos e termos de cooperação)	84
CONCLUSÃO	94
BIBLIOGRAFIA	98
Anexos.....	110

INTRODUÇÃO

A proteção aos direitos fundamentais sociais pelo Estado é de suma importância para a consolidação da democracia¹. Atenta a isso, a Constituição do Brasil de 1988² tratou de incluir em seu “Título II”, que versa sobre os direitos fundamentais, os direitos sociais e de repetir alguns destes direitos sociais no *caput* de seu artigo 170, incluído no “Título VII”, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, o que evidencia o ideário da Constituição³.

O Estado, ao efetivar direitos fundamentais sociais, traz equilíbrio às relações sociais e confere um grau de igualdade a estas relações e, assim, proporciona condições de desenvolvimento e maior liberdade ao seu povo. Entretanto, embora a efetivação dos direitos fundamentais sociais seja uma das finalidades e principais obrigações do Estado, devendo ser prioridade em termos de escolha pública, muitas vezes o Estado não tem condições de atender às demandas pela efetivação de direitos fundamentais sociais, deixando de atender à sua população e, assim, atingindo a dignidade daqueles por quem deveria zelar.

A efetivação dos direitos fundamentais pelos municípios, os quais possuem relevante papel no pacto federativo brasileiro, encontra maiores óbices do que pelas demais unidades federadas. Os entraves se apresentam sob diferentes espectros, na questão arrecadatória, na gestão dos recursos, na forma de distribuição de recursos pela União, na submissão a políticas adotadas em nível nacional, e, sobretudo, na enorme demanda por direitos fundamentais que é direcionada a eles, o que se deve especialmente ao fato de que, embora o município tenha competência concorrente para efetivar direitos fundamentais, é o município o ente federado que se encontra mais próximo à população, motivo pelo qual esta tende a socorrer-se primeiro a ele e somente depois ao Estado, e, se for o caso, à União, para ver seus pleitos atendidos.

¹ MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP), p. 719.

² Adota-se a denominação “Constituição do Brasil” seguindo o pensamento de Eros Roberto Grau na obra “A ordem econômica na Constituição de 1988”, ed. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, pg. 354, que assim sugere: “(...) podemos dizer que não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. Pois o que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora está sendo interpretada/aplicada.”

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 540.

A Constituição do Brasil de 1988 prevê uma vasta gama de direitos sociais e ao mesmo tempo protege os direitos individuais, dando margem ao governo em exercício para que escolha politicamente qual deles tem maior interesse em proteger e um Estado que não consegue efetivá-los tanto quanto seria necessário, deixando sempre alguma parcela da população em situação que afronta os direitos que lhe são constitucionalmente assegurados. À livre iniciativa foi conferido relevante papel no cenário da ordem econômica brasileira⁴, cuja manutenção é condição essencial para que os princípios sociais sejam preservados, uma vez que a empresa é geradora de empregos, contribuinte e fomentadora da economia de mercado, o que por si só compõe sua função social⁵.

As demandas por efetivação de direitos fundamentais por parte do Estado são infindáveis e sua capacidade de absorção de tais demandas é deficitária. Neste contexto, a atuação da empresa privada como colaboradora do Estado surge como uma opção a fim de maximizar a efetividade dos direitos fundamentais sociais. O que se analisará é o papel social da empresa como instrumento direto de efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da cooperação de empresas com o poder público, especialmente com os municípios, através de doações, comodatos ou prestações de serviços não onerosas, e como tais ações colaborativas podem ser operacionalizadas.

A empresa possui deveres para com o Estado, tais como pagar impostos, respeitar a legislação trabalhista, não causar danos ao meio ambiente, os quais direta ou indiretamente estão a efetivar direitos fundamentais sociais. Entretanto, a fim de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais sociais, a questão trazida é que a empresa pode atuar de forma mais contundente, efetuando doações, comodatos ou prestações de serviços não onerosas aos entes federativos, especialmente aos municípios, situação na qual se torna necessária a análise da legalidade e moralidade de tal atuação na esfera administrativa, de modo que se assegure à comunidade

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II* – 2.ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65.

⁵ CARVAHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 237.

justas vantagens, sem propiciar vantagens desproporcionais aos cofres públicos ou aos particulares⁶.

A possibilidade de aquisição de bens pelo município através de doações faz parte do desempenho normal da administração municipal⁷. Entretanto, tal instituto, assim como a celebração de comodatos ou termos de cooperação, acaba sendo pouco explorado pelos gestores públicos. Com a implementação de tais ações, muitos questionamentos sobre a observância dos critérios administrativos surgem, além de indagações sobre o real caráter solidário da atuação empresarial em colaboração com o poder público, questionando-se se em verdade não se trata de ações visando apenas o lucro e autopromoção das empresas e/ou lucro e autopromoção do gestor público.

Desta forma, busca-se sistematizar o conhecimento existente sobre o tema para que soluções possam ser encontradas quando a seguinte pergunta emerge: como a empresa pode cooperar com o poder público e quais os limites materiais e formais para que esta colaboração aconteça, especialmente com os municípios, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais sociais?

O tema é atual, pois, recentemente, tais ações colaborativas vêm sendo sistematicamente implementadas pelas empresas em parceria com o poder público, especialmente com os municípios⁸, e sua abordagem pode contribuir para o melhor entendimento deste entrosamento colaborativo entre empresa e Estado. Isto a fim de se traçar o liame entre a moralidade administrativa e regular exercício da função social da empresa para se efetivar direitos fundamentais sociais em colaboração com o Estado.

Para tanto, no capítulo um, a pesquisa abordará a demanda por direitos fundamentais e a forma pela qual o Estado brasileiro se organiza, através do pacto federativo, para efetivá-los e conferir-lhes eficácia, analisando quais os pontos positivos e quais as falhas organizacionais na implementação dos direitos fundamentais sociais que ocorrem em razão do modelo federativo adotado pelo país.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11^a ed. São Paulo: Ed. RT, p. 203.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 7^a ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 254.

⁸ FERRAZ, Adriana. Projetos de Doria viram modelo para outros prefeitos. *Estadão*, 01^o de maio de 2017 Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,projetos-de-doria-viram-modelo-para-outros-prefeitos,70001758915>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

Serão analisadas, especialmente, as demandas por direitos fundamentais direcionadas aos municípios e os motivos que ensejam maiores dificuldades destas unidades federadas em efetivá-los.

Após, no capítulo dois, será analisada a evolução do conceito de empresa, desde seus primórdios, quando era entendida exclusivamente como um instituto autônomo do direito privado, e sua evolução temporal, chegando-se ao direito econômico e passando-se ao conceito atual de empresa, como ente dinâmico, necessário ao desenvolvimento do Estado, atuante junto à sociedade por meio de função social e de sua responsabilidade social.

Por fim, no capítulo três, serão analisados os vieses da atuação empresarial em colaboração com o poder público, quando da realização de doações, comodatos ou serviços não onerosos ao poder público e, especialmente, aos municípios, com vistas à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Irá se analisar a legitimidade destas parcerias, a necessidade de transparência e a observância aos princípios administrativos.

A pesquisa será desenvolvida por meio da metodologia analítica, com estudo da doutrina e da legislação pertinentes ao tema. Abordará o conceito atual de empresa como ente dinâmico necessário ao desenvolvimento do Estado e sua função social, destrinchando os vieses desta atuação quando da realização de doações, comodatos ou serviços não onerosos aos municípios, com vistas à efetividade dos direitos fundamentais sociais. Irá se analisar a legitimidade destas parcerias, a necessidade de transparência e a observância aos princípios administrativos.

Desta forma, busca-se sistematizar o conhecimento existente sobre o tema, transitando da seara do direito público para o privado e vice-versa, em uma relação inafastável, pelo fato de a empresa ser um ente privado necessário para manutenção Estado contemporâneo, traçando-se os liames possíveis da relação colaborativa entre empresas privadas e o poder público, para o fim de efetivar direitos fundamentais sociais.

1 DEMANDAS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NO ESTADO FEDERATIVO BRASILEIRO

A Constituição do Brasil de 1988⁹ elenca um vasto rol de direitos fundamentais sociais nos quais os indivíduos têm direito de suplicar ao Estado e este tem o dever de fornecê-los e/ou garanti-los, a fim de promover a igualdade entre os cidadãos, a justiça social e o bem-estar social. Embora seja dever do Estado criar condições para que os direitos fundamentais sociais sejam plenamente garantidos à toda a população, em razão das especificidades do Brasil, tais como a amplitude geográfica do país, a grande concentração da renda, a forma de distribuição de recursos entre os entes federados, a organização do pacto federativo e as falhas da administração pública, muitas vezes o Estado é ineficiente e não consegue efetivar os direitos fundamentais sociais à população, ferindo, assim, a sua dignidade.

Os municípios, em específico, são unidades federativas muito demandadas pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, pois são a face do Estado que se encontra administrativamente mais próxima à população. Entretanto, são os municípios, também, especialmente os de pequeno porte, as unidades federativas que mais entraves administrativos e financeiros encontram para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, em razão da forma pela qual se estabeleceu o pacto federativo no país e a forma de distribuição de recursos. Por esta razão, o que se analisará no presente capítulo são as demandas por direitos fundamentais no Brasil, a forma de organização do pacto federativo brasileiro e como ela impacta na efetividade do Estado em relação à garantia de direitos fundamentais sociais, especialmente em relação aos municípios.

1.1 Demandas e eficácia dos direitos fundamentais sociais no Brasil

Os direitos fundamentais sociais, nas palavras de José Afonso da Silva, são “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais

fracos”¹⁰. São ditos fundamentais, pois são direitos humanos que se encontram positivados na Constituição e assim reconhecidos¹¹, e também são sociais, pois são direitos que o indivíduo suplica ao Estado quando por si só não tem condições materiais de provê-los a si próprio; são, portanto, uma “densificação da justiça social”¹², um instrumento de promoção de igualdade e bem-estar social. Constituem-se um dever do Estado para com o indivíduo, motivo pelo qual tais direitos se consubstanciam, segundo Robert Alexy, em direitos a “prestações em sentido estrito” do cidadão face ao Estado¹³. Portanto, têm um forte cunho positivo.

Desta forma, o Estado, ao efetivar direitos fundamentais sociais, traz equilíbrio às relações sociais e confere um grau de igualdade a estas relações e, assim, proporciona condições de desenvolvimento e maior liberdade ao seu povo. Entretanto, também é possível falar-se em direitos sociais como prestações de caráter subjetivo negativo, defensivos, quando se trata da proteção contra abusos por parte de órgãos públicos ou entidades privadas, como é o exemplo do direito de greve, de livre associação sindical, de proibição de tratamento desigual entre os empregados. Portanto, pode-se falar em direitos sociais que têm por objeto uma determinada prestação e direitos sociais que têm por objeto a vedação de determinada conduta¹⁴.

O influxo normativo dos direitos sociais no Brasil aconteceu a partir de 1934, com a Constituição promulgada naquele ano, a qual despendeu maior atenção a direitos e princípios de caráter social que começaram a ser abarcados pela norma

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 286.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 29.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 48.

¹³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 499.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <https://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>. Acesso em 15/04/2019. - *O presente texto constitui versão revista, atualizada e parcialmente reformulada de trabalho redigido anteriormente sobre o tema, que, todavia, enfatizava, de um modo geral, o problema das resistências aos direitos sociais, e que, além de remetido para publicação em coletâneas (Editoras Forense e Saraiva) versando sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, foi objeto de veiculação na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206.*

constitucional, com inspiração na Constituição mexicana de 1917 e por forte influência da Constituição alemã de Weimar e, posteriormente, com influência da Lei Fundamental de Bonn (1949). A partir daí, passa-se a dar maior guarida constitucional ao cidadão enquanto pessoa, em uma tentativa de reconciliação do Estado para com a população¹⁵. Em especial, esta reconciliação se consolida na Constituição do Brasil de 1988, a qual trata com maior atenção os direitos fundamentais, dando-lhes papel de destaque, o que é uma das consequências do processo de redemocratização do país, após o término da ditadura militar. O destaque conferido aos direitos fundamentais se demonstra desde o seu posicionamento no texto constitucional, sequencialmente ao preâmbulo e aos princípios fundamentais, conferindo maior rigor lógico e hermenêutico ao texto e aclarando ao intérprete quais são os valores constitucionais superiores a serem observados.

Os direitos sociais migram, com a Constituição do Brasil de 1988, da posição de direitos contidos apenas no capítulo dedicado à ordem econômica e social para o espaço reservado aos direitos fundamentais, de forma que estes direitos deixam de ter somente um conteúdo programático¹⁶. Há um ganho de força e forma para os direitos sociais, que passam a ser fundamentais com a norma constitucional promulgada em 1988, o que demonstra um intuito de realização de uma real transformação socioeconômica no país, a fim de implementar modificações estruturais na sociedade, rompendo com as relações estagnadoras que até então mantinham o *status quo* e impediam o efetivo desenvolvimento social e econômico do Brasil¹⁷. A partir de então, embora os direitos fundamentais sociais passem a ser abarcados pela norma constitucional positivada, de forma a trazer alguma objetividade a seu conteúdo, ainda mantêm consigo forte carga de moralidade, tanto em relação ao seu claro intuito progressista e igualitário, quanto em torno da guarida conferida à pessoa

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 375-376.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 67.

¹⁷ TAVARES, André Ramos. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.598.

humana, a qual passa a ser reconhecida pela norma constitucional, o que agrega maior força para que sejam exigidos¹⁸.

Atualmente, a Constituição do Brasil de 1988 elenca em seu artigo 6º os direitos sociais que o Estado brasileiro deve garantir à sua população. São eles a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados¹⁹. A Constituição segue, nos artigos 7º a 11, elencando especificamente direitos sociais relativos ao trabalhador, referentes à garantia ao salário mínimo, limitação de jornada, férias, associação sindical, dentre outros. Além disso, os parágrafos 2º e 3º, do artigo 5º da Constituição do Brasil, também possibilitam a inclusão de novos direitos fundamentais que venham a ser reconhecidos por meio de tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, desde que haja aprovação, em dois turnos, por quórum de três quintos do Congresso Nacional.

Fica, evidente, portanto, que a Constituição estabelece a promoção e a manutenção de tais direitos como deveres do Estado, criando assim uma obrigação positiva de efetivá-los. Ademais, além dos direitos fundamentais sociais expressos, acima citados, há também direitos fundamentais sociais que derivam de uma interpretação normativa mais completa do ordenamento, que carregam consigo uma carga moral; assim entendidos, por exemplo, os direitos constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade, sendo estes, talvez, uma supraclasse dos direitos fundamentais sociais objetivamente expressos, da qual derivam diversos outros direitos, também constituídos em “prestações em sentido estrito”²⁰ ou em deveres de abstenção ou não intervenção.

A previsão constitucional dos direitos fundamentais os torna parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos, nas palavras de Gilmar Ferreira

¹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2017. p.30.

¹⁹ Constituição do Brasil de 1988, Art. 6º.: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 500.

Mendes²¹, que explica também que a ação do poder Executivo que não observa os direitos fundamentais padece de nulidade, sendo que não só este como todos os demais poderes devem agir no sentido de proteger e promover os direitos fundamentais sociais. Embora todas as esferas do poder público estejam vinculadas à observância dos direitos fundamentais, muitas das vezes o Judiciário acaba exercendo este papel com maior prevalência e de forma responsiva, quando, por exemplo, concede judicialmente um tratamento hospitalar de alto custo o que acaba cominando ao Executivo que cumpra a decisão judicial. Ou quando determina o ingresso de uma criança em escola municipal antes rejeitada por alegação de ausência de vagas, conferindo, assim, respetivamente, eficácia aos direitos fundamentais à educação, à saúde e, por consequência, promovendo a igualdade, a dignidade e justiça social para os jurisdicionados.

Em que pese o caráter finalístico dos direitos fundamentais, que lhes impõe ser prioridade em termos de escolha pública, uma vez que para serem implementados implicam em distribuição de prestações materiais efetivas, muitas das vezes o Estado não tem condições de atender às demandas pela efetivação de direitos fundamentais sociais, deixando de atender à sua população e, assim, atingindo a dignidade daqueles por quem deveria zelar. Há uma “crise de autoridade do Estado”, que se encontra impossibilitado de governar plenamente devido à perda de confiança da população quanto à sua capacidade de atender às demandas sociais²². A fim de esquivar do dever de promover os direitos fundamentais sociais, o Estado se ampara, na maioria das vezes equivocadamente, na “teoria da reserva do possível”, segundo a qual a efetividade dos direitos sociais estaria condicionada à possibilidade financeira do Estado, dentro dos limites da razoabilidade entre a demanda pelos direitos fundamentais e a possibilidade do Estado dispor de recursos financeiros para tanto²³.

²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. 11ª edição, p. 145 – 146.

²² FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 83.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <https://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf>. Acesso em 15/04/2019.

Não se pode olvidar que estes direitos a efetivas prestações materiais vinculam não só ao Estado e aos seus entes federados, de acordo com suas competências, mas também ao particular, que é obrigado a observá-los, respeitá-los e efetivá-los, com o intuito de distribuir riquezas na sociedade, a fim de compensar desigualdades e fomentar o desenvolvimento social e econômico²⁴, quando então falamos em eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Há, portanto, uma ideia de política de regulação quando da instituição dos direitos fundamentais sociais, a qual visa estabelecer os propósitos buscados pelo Estado e as finalidades a serem atingidas em prol da população como um todo, vinculando assim todas as esferas de governo e os particulares²⁵.

Inicialmente, ao tipo de Estado que visa conferir justiça social à sua população e garante a efetividade dos direitos fundamentais sociais de forma maximizada, conferindo o direito à população à renda mínima, moradia, saúde, educação, dentre outros, chamamos de *Welfare State* ou Estado de bem-estar social. Embora vejamos que o Estado brasileiro traga consigo esta intenção e a Constituição do Brasil de 1988 delegue primordialmente ao Estado estas funções, vê-se uma grande dificuldade em enquadrar o Brasil como um Estado de bem-estar social puro, o que se deve sobretudo às peculiaridades do desenvolvimento do país, que tem como característica o desenvolvimento tardio do capitalismo e a localização periférica em relação aos estados onde o modelo de bem-estar social nasceu e se desenvolveu, como nos Estados Unidos da América ou na França. Dadas as dimensões continentais do país e os desafios de desenvolvimento aqui enfrentados, o Estado, por si só, enfrenta dificuldades exponenciais para conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais, as quais não ocorrem em países menores e/ou que já apresentam um grau de desenvolvimento humano e econômico muito mais avançado e consolidado. Nas palavras de Lenio Luiz Streck, o que justifica a situação do Brasil, sob a perspectiva histórica, é o atraso do país em alcançar a modernidade, enquanto Estado periférico e colonizado, circunstâncias que criaram condições históricas peculiares que acabaram por propiciar um desvirtuamento do escopo da função social do Estado:

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016. 11ª edição, p. 159.

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2017. p.31.

O intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviu tão somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil. (...) No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade²⁶.

Em que pese estas circunstâncias peculiares ao Brasil, o ideal de um Estado provedor de direitos fundamentais sociais está presente em qualquer Estado que seja democrático, em razão da finalidade maior buscada em um espaço democrático ser a igualdade entre os seus componentes e a justiça social; por este motivo, mesmo com as dificuldades de se enquadrar o Estado brasileiro como um Estado de bem estar social puro, o país carrega consigo esta finalidade em razão de ser um Estado democrático de direito.

A Constituição do Brasil de 1988 tenta romper com o domínio estatal até então predominante, muito em razão do período ditatorial anterior, mas sem quebrar o elo de prevalência do Estado, para não esvair a ordem a segurança nacional²⁷. Desta forma, o que se evidencia no Brasil é uma espécie de sincretismo morno entre um sistema liberal e um sistema de proteção social, onde a norma constitucional oferece forte guarida aos direitos individuais de liberdade e propriedade, mas também visa garantir os direitos fundamentais sociais, dividindo o dever de promover a igualdade entre o Estado e os particulares, de forma difusa²⁸.

Há um grande esforço do Estado para a promoção e manutenção do fornecimento do mínimo necessário ao indivíduo que não tem condições de prover a si próprio as prestações que se constituem em direitos fundamentais sociais. Entretanto, muitas das vezes tal tentativa é frustrada e ineficiente em razão das limitações enfrentadas pelo Estado brasileiro, o qual acaba falhando não só na promoção dos direitos fundamentais sociais objetivamente considerados (moradia,

²⁶ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2019, p.81-84.

²⁷ FÜRST, Henderson; ROSADO, Layli Oliveira. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.59.

²⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2017. p.31.

educação, saúde, segurança, etc), mas também na promoção dos direitos fundamentais de cunho subjetivo, derivados dos princípios de igualdade e liberdade, o que, conseqüentemente, freia o desenvolvimento dos cidadãos, da economia e do país. Nesse sentido, elucida o dizer de Lorenz von Stein, citado por Robert Alexy: “A liberdade é real apenas para aquele que tem as condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação”²⁹. Ou seja, sem garantia e eficácia dos direitos fundamentais sociais, a parcela da população que os demanda não tem plena liberdade, não tem escolha e, portanto, não consegue se desenvolver, o que, como consequência, acarreta a impossibilidade de pleno desenvolvimento do país, afinal, como resume Amartya Sen:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de estados repressivos. Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso à água tratada ou saneamento básico³⁰.

Para atender às obrigações constitucionais então conferidas ao Estado, de prover os direitos sociais e trazer maior dignidade e chances de desenvolvimento à população, seria necessário um Estado forte e consolidado, de alto cunho intervencionista, o que não ocorreu no Brasil em razão de sua modernidade tardia e da corrente política neoliberal aqui estabelecida - também tardiamente - que propaga um Estado menos agigantado. Portanto, o que se tem hoje no Brasil é uma Constituição que prevê uma vasta gama de direitos sociais e que, ao mesmo tempo, protege os direitos individuais, dando margem ao governo em exercício para que escolha politicamente qual deles tem maior interesse em proteger. Além disso, um Estado que não consegue efetivá-los tanto quanto seria necessário, deixando sempre alguma parcela da população em situação que afronta os direitos que lhe são

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 504.

³⁰ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 17.

constitucionalmente assegurados, falhando, assim, no propósito maior de conferir igualdade e justiça social à toda sua população e desenvolvimento ao país.

Há, portanto, uma grande distância, entre o que prevê a Constituição do Brasil de 1988, que propaga um Estado firme e atuante, garantidor de direitos fundamentais sociais, e a realidade do Estado Democrático de Direito que se apresenta no país, o qual, embora, por força de previsão constitucional, envide esforços para tanto, não tem condições de, sozinho, efetivar plenamente à sua vasta população os direitos previstos constitucionalmente, relegando a parcela mais pobre da população a ver sua dignidade afrontada hodiernamente pela falta de direitos básicos, como a saúde, a moradia, a educação, dentre outros. Motivo, pelo qual, o que se propõe é uma atuação conjunta, consciente, das empresas privadas, no sentido de suprir uma parte da demanda não atendida pelo Estado através de ações colaborativas positivas para com o Estado, o que se abordará mais profundamente adiante.

A positivação dos direitos fundamentais sociais na Constituição fez com que o Estado passasse a abarcar a tarefa de efetivá-los, de forma que tais direitos se tornaram finalidades do Estado, o qual fica obrigado de forma vinculante a prestá-los à população, a fim de, em última instância, minorar as desigualdades sociais e conferir dignidade aos cidadãos. Neste contexto, a fim de atingir sua finalidade precípua de realização da dignidade humana, o Estado é um instrumento de realização deste objetivo e, para atingir seu escopo, precisa se aparatar administrativa e economicamente, o que ocorre através da constituição de um Estado fiscal, cujo suporte financeiro vem da arrecadação de tributos³¹, e que se organiza através da divisão administrativa do Estado, que, no caso do Brasil, adota o modelo de federação, pelo qual há distribuição de competências entre a União, os estados e municípios, tanto para a arrecadação e renda quanto para a operacionalização da prestação dos serviços que visam à efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Para que o Estado dê acesso à população aos direitos fundamentais sociais é preciso que possua dinheiro disponível para tanto, pois a sua efetivação é cara. Primordialmente, o Estado obtém seus recursos financeiros por meio do recolhimento de tributos. No Brasil, especificamente, os tributos, em suas diversas formas, incidem

³¹ NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Revista Direito Mackenzie. Ano 3, número 2 – p. 21.

majoritariamente sobre a propriedade privada, a renda ou faturamento e sobre o consumo, além da importação, exportação e circulação de mercadorias, o que deixa claro que a arrecadação do Estado está diretamente ligada, em uma relação de profunda dependência, ao exercício regular da empresa, que precisa estar ativa, produzido, circulando mercadorias, gerando empregos e consumo para ativar a dinâmica do mercado e, assim, cumprir seu papel econômico, sua função social e contribuir para o desenvolvimento do país como um todo.

O Estado, portanto, a partir da receita que obtém de certa parcela da população, transfere direta ou indiretamente aos indivíduos que necessitam do amparo estatal parte da renda auferida através do recolhimento de tributos. Nesta relação, o Estado precisa simultaneamente cuidar da promoção dos direitos fundamentais sociais dos hipossuficientes e se atentar para não ferir os direitos fundamentais da parcela da população que contribui com a geração de renda para o Estado³².

Além disso, com a fragmentação administrativa do Estado, este passa a atuar também por meio de concessões, parcerias público-privadas e contratos administrativos, o que é uma resposta à sua incapacidade de suprir as demandas sociais de forma isolada, socorrendo-se muitas vezes à iniciativa privada para alcançar seu escopo. Há, portanto, uma descentralização da figura do Estado, ou, ao menos, um grau de desconcentração de tais tarefas, que, através de tal fragmentação possibilita maior eficácia à efetivação dos direitos fundamentais sociais³³.

Diante da incontestável incapacidade do Estado de, sozinho, gerir e promover a efetividade dos direitos fundamentais sociais e, em que pese os esforços e avanços já ocorridos no sentido de descentralizar do Estado a gestão e promoção de tais direitos, o clamor pela efetividade dos direitos fundamentais sociais ainda é vultuoso. A concreta descentralização ainda enfrenta desafios diversos, encontrando obstáculos especialmente na burocracia estatal que, muitas vezes, engessa ações privadas que poderiam contribuir para o escopo pretendido, na arrecadação e gestão

³² Nesse sentido, afirma Robert Alexy: "(...) os frequentemente suscitados limites da capacidade de realização do Estado não decorrem apenas dos bens distribuíveis existentes, mas sobretudo daquilo que o Estado, para fins distributivos, pode tomar dos proprietários desses bens sem violar seus direitos fundamentais. In ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 510.

³³ FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22-23.

de recursos financeiros, na corrupção institucionalizada e no preconceito que este cenário obnubilado reflete na população e nos investidores internos e externos, que poderiam contribuir para a mitigação do cenário de falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

1.2 Pacto Federativo brasileiro

O Brasil se tornou um Estado federado em 1891, com a Proclamação da República³⁴, e desde então adota o modelo federativo de Estado, o qual é composto, já nos termos da Constituição do Brasil de 1988, pela União, estados, municípios e Distrito Federal, como estabelece atualmente a Constituição de 1988, no artigo 1º:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político³⁵.

Segundo José Afonso da Silva, a federação ou Estado federal, é um Estado de direito soberano e reconhecido internacionalmente e caracteriza-se pela “união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional”³⁶. Por este modelo, um ente federativo não é hierarquicamente superior ao outro, o que os diferencia é a que a Constituição pátria atribuiu competências específicas para cada um e conferiu “estatalidade” aos entes federados, conferindo a eles poder político e administrativo autônomo³⁷.

O modelo federativo de Estado é uma maneira inteligente de tecer limitações ao governo central, descentralizando o poder das mãos exclusivas da União e distribuindo as demais esferas de governo, evitando, assim, o autoritarismo e as arbitrariedades, como forma de proteger os cidadãos do próprio Estado, possibilitando

³⁴ Constituição da República de 1981. Art. 1º: “A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada em 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em estados Unidos do Brasil.”

³⁵ Constituição do Brasil de 1988. Art. 1º.

³⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 99.

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 146.

escolhas mais adequadas às diversas demandas sociais. “É uma alternativa intermediária entre o Estado unitário, em que apenas um governo exerce a autoridade pública sobre todo o território estatal, e a chamada confederação, que envolve coordenação jurídica de nações independentes”³⁸.

Trata-se de um consenso entre unidades do território que visam finalidades comuns, em que tanto os estados e municípios quanto a União possuem “soberania”, aqueles em relação às demandas locais e a União como representante do país como um todo³⁹. Há uma necessidade de unidade para manter a coesão do Estado e conferir uniformidade às ações, motivo pelo qual a União centraliza decisões de impacto nacional, mas ao mesmo tempo há também um mecanismo que possibilita a redução de desigualdades quanto à implantação de políticas públicas⁴⁰.

Portanto, o que visa a Constituição ao adotar o modelo de Estado federativo é conferir autonomia a cada ente, mas mantendo unidade e coerência entre eles, características que são essenciais para o atendimento das demandas sociais em um país de dimensões continentais como o Brasil, onde seria inviável a total centralização de poder político e administrativo apenas na União, em razão das grandes e específicas demandas de cada região e sub-região do país. A adoção do federalismo, é, desta forma, uma expressão “do desejo de unidade na diversidade”, como afirma Ernani Contipelli⁴¹.

Para que haja esta autonomia, cada entidade federativa deve ter sua competência econômica, social, político-administrativa, financeira e tributária delimitada, sendo que, no Brasil, cabe à União as questões que tenham relevância nacional; aos estados, os assuntos de amplitude regional, e, aos municípios, as demandas de interesse local. Segundo José Afonso da Silva, a nossa Constituição vigente “adota o modelo de enumeração dos poderes da União (artigos 21 e 22), com

³⁸ MAIA, Rodrigo. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.190.

³⁹ COSTA, Jean Mário Araújo; CUNHA, Maria Couto e ARAÚJO, Rosemeire Baraúna M. de Araújo. Federalismo cooperativo brasileiro: implicações na gestão da educação municipal. *Revista Perspectiva em Políticas Públicas*. Belo Horizonte, Vol. III, nº5, p. 4, jan/jul 2010.

⁴⁰ FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 146.

⁴¹ CONTIPELLI, Ernani. *Federalismo brasileiro: origem e dinâmica constitucional*. In: GIOIA, Fúlvia Helena de; PIERDONÁ, Zélia Luiza. (Coord.) *Pacto federativo, tributação e cidadania: homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 160.

poderes remanescentes para os estados (artigo 25, §1º) e poderes definidos indicativamente para os municípios (artigo 30)⁴².

A grande inovação deste modelo federativo trazido pela Constituição do Brasil de 1988 é o fato de os municípios passarem a ser considerados integrantes da federação, e reconhecidos como hierarquicamente iguais aos estados, com poderes Executivo e Legislativo próprios, e assim, podendo se auto-organizar. Esta autonomia e capacidade de auto-organização são positivas para o atendimento das necessidades locais pelos municípios, que podem, a partir de então, se adequar e organizar em razão de sua demanda específica, o que não ocorreria se este poder fosse delegado ao estado a que pertence, pois, no Brasil, as dimensões dos estados membros também são vastas e neles se encontram várias realidades.

Segundo Paulo Bonavides, a autonomia conferida aos municípios se configura como um grande salto constitucional no sentido do progresso do sistema federativo, de forma que o município recebeu um “reforço de juridicalidade” e um “acréscimo de institucionalização”, consubstanciado pela conjunção dos artigos 18, 29 e 30 da Constituição Federal. O primeiro incluiu o município como integrante da organização político-administrativa da República; o segundo determina que o município seja regido autonomamente por lei orgânica com elevado grau de rigidez e o terceiro elenca competências municipais antes nunca abarcadas pelos textos constitucionais pretéritos⁴³.

Entretanto, há autores que discordam quanto à inclusão dos municípios no patamar de entes federados, em razão deles não terem representatividade no Senado Federal, de modo que não participariam diretamente das decisões que os afetam, também em razão de não possuírem poder Judiciário próprio⁴⁴. É o caso da corrente liderada por José Afonso da Silva, para quem “não é uma união de municípios que forma a federação”⁴⁵, contestando fortemente a elevação dos municípios ao patamar de entes federados, pois, para ele, os municípios não compõem essencialmente o

⁴² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 478-479

⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 353 - 354.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 860.

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 475.

conceito de federação, ao contrário dos estados, os quais seriam os únicos que, unidos, poderiam formar uma federação. Em seu entendimento, esta posição se justifica também em razão de os municípios não poderem ser alvos de intervenção federal, o que só caberia a cada estado fazer em relação aos municípios que se encontram dentro de seu limite territorial, o que demonstraria a submissão direta dos municípios aos estados⁴⁶.

Em que pesem os entendimentos contrários, para fins do presente trabalho adotaremos a classificação dos municípios como entes federados dotados de relevante autonomia, e a federação como conjunto formado pela União, estados, municípios e territórios. Entretanto, consideraremos os apontamentos e os reflexos que podem advir da ausência de representatividade direta dos municípios em nível nacional, questão que é bastante relevante em relação à defesa dos interesses destes entes à eliminação de desigualdades locais.

O artigo 24 da Constituição de 1988 estabelece quais são as competências concorrentes de seus entes federados e determina que neste âmbito a função da União deve limitar-se ao estabelecimento de normas gerais, cabendo aos estados membros competência suplementar para legislar sobre a matéria⁴⁷. Assim, como

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 475.

⁴⁷ Constituição Federal do Brasil. Art. 24. "Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

II - Orçamento;

III - Juntas comerciais;

IV - Custas dos serviços forenses;

V - Produção e consumo;

VI - Florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - Proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII - Responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IX - Educação, cultura, ensino e desporto;

IX - Educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;

X - Criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

XI - Procedimentos em matéria processual;

XII - Previdência social, proteção e defesa da saúde;

XIII - Assistência jurídica e Defensoria pública;

XIV - Proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

XV - Proteção à infância e à juventude;

XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos estados.

explica Gilberto Bercovici⁴⁸, a União, os estados e os municípios concorrem em uma mesma função, mas em âmbitos e intensidades distintos, de forma que cada um deles tem poder de decisão dentro daquilo que é de sua competência de forma independente, mas respeitando sempre a esfera federal como a prevalente. Neste sentido, há, portanto, uma relação de coordenação entre os entes federados, estabelecida pelo artigo 24 da Constituição.

Além desta relação de coordenação, a Constituição também estabelece uma relação de cooperação entre os entes federados, que é estabelecida pelo seu artigo 23⁴⁹, o qual elenca as competências comuns dos entes federados, obrigando-os a prestações relacionadas à saúde, patrimônio histórico, cultura, educação, tecnologia, proteção ao meio ambiente, moradia digna, saneamento, dentre outras correlatas.

Nesta repartição de competências, a União, os estados e os municípios devem, em colaboração, contribuir para a execução das prestações elencadas pelo artigo 23

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 151.

⁴⁹ Constituição Federal do Brasil de 1988. Art. 23. “É competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios:
 I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
 II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
 III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
 IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
 V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
 VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
 VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
 VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
 IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
 X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006) XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.
 Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os estados, o Distrito Federal e os municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.”

da Constituição. Em razão desta comunhão de competências prevista constitucionalmente, nenhum dos entes federados pode se eximir de cumpri-las, devendo prevê-las em seu orçamento e destinar recursos para tanto, pois a Constituição distribui atribuições vinculantes e onerosas que, para serem cumpridas, dependem de recursos financeiros disponíveis e de funcionários públicos remunerados aptos a operacionalizá-las.

A Constituição do Brasil de 1988 centraliza na União o poder de planejamento quanto às políticas públicas relativas às competências concorrentes, minorando, em certa medida, a participação dos estados e municípios; todavia, isso não exclui em absoluto a participação de todos os entes federados na tomada de decisões. Falta legislação complementar que regulamente de forma exata a cooperação entre os entes federados, tal como determina o artigo 23 da Constituição. Entretanto, na prática, embora sem regulamentação e forma determinada, a cooperação ocorre na tomada de decisões conjuntas quanto à atuação dos entes federados e de seus poderes quanto à determinada prestação constitucionalmente prevista. Após, a União, junto a cada estado e município, em razão de suas necessidades regionais, molda a decisão tomada à sua realidade local a fim de atender às demandas sociais específicas. Portanto, quando se fala em coordenação em relação às competências comuns estabelecidas pelo artigo 23 da Constituição, a tomada de decisão é realizada em conjunto pelos entes federados, mas é executada de forma individualizada, podendo ou não haver transferência de recursos para a execução das políticas adotadas⁵⁰.

Traço típico do federalismo cooperativo, como é o caso do Brasil, é a transferência de recursos entre as unidades da federação, as quais se auxiliam de forma mútua. A grande questão, a qual evidencia maior necessidade de ajuste no sistema federativo brasileiro, é a necessidade de estabelecer-se uma relação equilibrada de distribuição de recursos entre os diversos entes federados. O que determina a forma de distribuição de recursos, é a política fiscal adotada. Segundo Denis Sarak, por política fiscal deve-se compreender “não só o conjunto de normas

⁵⁰BECOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 154 – 156.

jurídicas que constituem o sistema tributário nacional, mas também toda estrutura de divisão de competências tributárias e do produto da arrecadação fiscal”⁵¹.

A escolha pela política fiscal a ser adotada influencia diretamente no grau de autonomia das unidades federativas. Para a maximização da pretendida autonomia, faz-se necessária, conforme aduz José Maurício Conti, a observância aos princípios do benefício, da compensação fiscal e da distribuição centralizada. O princípio do benefício estabelece que o repasse do recurso público deve atender ao benefício produzido por aquela determinada prestação em determinada unidade federativa. A título de exemplo, o serviço público de recolhimento de dejetos de lixo costuma ser organizado pelos municípios, pois serve àquela região urbana determinada, motivo pelo qual as taxas de limpeza urbana são normalmente geridas pelos municípios.

O princípio da compensação fiscal tem como espoco a eliminação de externalidades, a fim de compensar eventuais prejuízos causados, sendo que a compensação ocorre por meio de incentivos fiscais que visam minorar eventual situação de desigualdade em relação à unidade federativa que poderia ser prejudicada por uma determinada externalidade. Já o princípio da distribuição centralizada se fulcra no entendimento de que a centralização das decisões quanto à distribuição de renda no governo federal maximiza seu potencial e sua eficiência – o que é muito desejável em termos econômicos - em razão de ser a União a responsável pela elaboração do planejamento de desenvolvimento do país⁵².

Uma distribuição eficiente de recursos fiscais é essencial para o sucesso de um Estado que adota o federalismo, pois, sem uma correta distribuição de receita, não é possível que as unidades federativas atendam às demandas da população. No caso brasileiro, os entes federados repartem as fontes de tributos, podendo um ente ser beneficiado da receita de outro. Entretanto, cada ente é responsável isoladamente por legislar sobre o tributo cuja arrecadação lhe é atribuída, desde que observe os

⁵¹ SARAk, Denis. *O federalismo fiscal nas constituições históricas do Brasil*. In: GIOIA, Fúlvia Helena de; PIERDONÁ, Zélia Luiza.(Coord.) *Pacto federativo, tributação e cidadania: homenagem ao professor Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 47.

⁵² CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 28.

princípios aplicáveis e as normas gerais previstas na Constituição do Brasil de 1988 e no Código Tributário Nacional⁵³.

A Constituição do Brasil de 1988 prevê três diferentes maneiras de distribuição da receita tributária: I) seus artigos 157, I⁵⁴ e 158, I⁵⁵ estabelecem que cabe aos estados, Distrito Federal e municípios, respectivamente, o tributo arrecadado pela União em relação à renda e proventos de qualquer natureza, incidentes na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, às suas autarquias e fundações, prevendo uma forma de participação direta, pela qual há a arrecadação de um tributo pelos estados, municípios e Distrito Federal cuja competência arrecadatória é da União; II) outra forma, é a da participação direta no produto da arrecadação do ente competente que, através de repasses, transfere a renda para o ente beneficiado, nos termos dos artigos 157, II⁵⁶ e 158, II, III e IV⁵⁷ da Constituição do Brasil de 1988 - é o que ocorre quando a União transfere recursos diretamente para os estados, municípios e Distrito Federal.

Por fim, a terceira forma de distribuição consiste em distribuição indireta de receitas, prevista essencialmente no artigo 159 da Constituição, através da participação em fundos, caso em que a arrecadação é destinada a fundos específicos e repartida de acordo com critérios previamente previstos em lei. Há, por exemplo, o Fundo de Participação dos estados e Distrito Federal e o Fundo de Participação dos

⁵³ BECOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 160.

⁵⁴ Constituição do Brasil de 1988. Art. 157. “Pertencem aos estados e ao Distrito Federal: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;”

⁵⁵ Constituição do Brasil de 1988. Art. 158. “Pertencem aos municípios: I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;”

⁵⁶ Constituição do Brasil de 1988. Art. 157. “Pertencem aos estados e ao Distrito Federal: (...) II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.”

⁵⁷ Constituição do Brasil de 1988. Art. 158. “Pertencem aos municípios: (...) II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º, III; III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.”

municípios, pelos quais estas unidades federativas recebem rendas oriundas de arrecadação da União com tributos de sua competência, como Imposto de Renda (IR) ou o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), bem como fundos destinados a regiões específicas, muitas vezes com menor grau de desenvolvimento quando comparada a outras e com demandas mais latentes, como Norte e Nordeste⁵⁸.

São intensas as críticas à forma de distribuição de recursos operacionalizada no Estado federativo brasileiro, especialmente quanto ao princípio da distribuição centralizada, que concentra o poder da distribuição de recursos com a União. O inconformismo reside na subversão da finalidade do princípio que, ao invés de maximizar o potencial distributivo e fornecer renda aos estados e municípios, muitas das vezes acaba tornando estes entes federados reféns das decisões políticas tomadas na esfera federal. Carlos Alberto de Carvalho Pinto, aponta que há uma “incerta e perigosa dependência da distribuição central”⁵⁹, o que é reafirmado por Dalmo de Abreu Dallari:

O Executivo federal põe e dispõe sobre a vida econômica e financeira do Brasil, delapidando o patrimônio público nacional, assumindo compromissos internacionais danosos ao povo brasileiro, gerando recessão e desemprego e, obviamente, tornando inviável o equilíbrio financeiro dos estados e municípios. Isso é abuso de poder e negação do pacto federativo⁶⁰.

É, portanto, questionável, se a forma de distribuição de renda entre a União, os estados e os municípios realmente atende à finalidade de promover a eliminação de desigualdades regionais e de externalidades que afetam determinadas unidades federativas. Além da preocupação com a forma de distribuição de renda entre os entes federados, há também outra relevante questão, que é a forma de distribuição de funções, a qual, se feita de forma inadequada, por sobrecarregar um ente em detrimento e outro.

Em que pese a existência dos princípios que devem nortear a distribuição de renda, muitas vezes os estados e os municípios ficam sujeitos a decisões políticas

⁵⁸ BECOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 164-165.

⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto de Carvalho. *Discriminação de rendas*. São Paulo: Prefeitura do município de São Paulo, 1941, p. 82.

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Federalista atual*. coord. Dircêo Torrecillas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 592.

tomadas em nível nacional que podem não estar absolutamente atentas às peculiaridades de cada sub-região estadual ou de cada município, o que pode ocorrer dada a ausência de representatividade de determinada região no Senado, o que a deixa carente de destinação de renda e privilegia aquelas com maior representatividade. Entretanto, o princípio da igualdade, que deve reger a forma de tratamento do Estado para com os cidadãos, deve também reger a forma de distribuição de renda e de funções entre os entes federados, a fim de atingir a finalidade maior, que é a dignidade do cidadão, motivo pelo qual é imperativo que o Estado adote medidas de redistribuição, por meio de mecanismos arrecadatórios ou de transferência, a fim de possibilitar a real promoção da justiça social⁶¹.

É necessário que a cooperação e a coordenação previstas na Constituição realmente sejam operadas na realidade do país, pois a falta de harmonização entre as unidades federativas pode levar a resultados indesejados. Um exemplo, que evidencia a ausência de uma política nacional de desenvolvimento coesa é a “guerra fiscal”, cuja incidência foi alta no Brasil a partir da promulgação da Constituição de 1988. Trata-se de “um jogo de ações e reações travado entre governos estaduais (e adicionalmente entre governos municipais) com o intuito de atrair investimentos privados ou retê-los em seus territórios”⁶².

Este fenômeno evidencia a falta de uma política industrial de âmbito nacional coesa que coligue os interesses políticos e econômicos, os quais vão buscar a guarida de estados e municípios que melhor os atendam, culminando, assim, em um “leilão” de benefícios oferecidos por estados e municípios às empresas que neles visem se instalar⁶³. Este cenário retrata o viés negativo da autonomia tributária conferida aos estados e municípios, os quais, utilizando-se de sua autonomia, moldam seus tributos de forma a criar um estado de competição entre as unidades federativas e não de colaboração e cooperação como seria desejável, diminuindo, assim, a eficiência arrecadatória e econômica igualitária pretendida pela nosso modelo federativo previsto pela Constituição do Brasil de 1988.

⁶¹ CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 42.

⁶² DULCI, Otávio Soares. *Op. Cit.*, p. 95.

⁶³ BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 183.

Desta forma, é *mister* que se adote políticas de planejamento para a promoção do desenvolvimento nacional e das diversas regiões do Brasil, de forma atenta às necessidades e peculiaridades dos estados e municípios, as quais devem observar os ditames e princípios constitucionais e a finalidade precípua de promoção da justiça social e de eliminação de desigualdades. Este planejamento deve estar, sobretudo, ligado à possibilidade de evolução do contexto econômico e social das entidades federativas e deve abarcar de forma coerente e prática as etapas de decisão, implementação e formação técnica, a fim de produzir políticas públicas que sirvam à finalidade pretendida constitucionalmente de promoção da justiça social e redução das desigualdades⁶⁴.

1.3 Limitações à efetividade dos direitos fundamentais pelos municípios

Assim como as demais unidades federadas, os municípios enfrentam dificuldades diversas quando se deparam com o desafio de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais. Este desafio deriva não só de uma competência e uma obrigação constitucionalmente estabelecidas, mas sobretudo uma questão ligada à esfera moral, pois a efetividade dos direitos fundamentais sociais está diretamente ligada aos valores humanos, à dignidade da pessoa humana e à justiça social, objetivos maiores do Estado, e esta observância quanto à questão moral, quanto à dignidade do indivíduo, é direta e fortemente cobrada dos gestores municipais pela própria população ou através de seus representantes locais, os vereadores. Além de ser constantemente alvo da força do judiciário que, quando acionado, na maioria das vezes, impõe ao Executivo municipal que cumpra os encargos que lhe foram atribuídos pela Constituição e forneça ao cidadão o direito fundamental que lhe é assegurado, sob pena de sanções que podem lhe impor um ônus financeiro indesejado em caso de descumprimento e/ou responsabilização pessoal do próprio administrador municipal.

A efetivação dos direitos fundamentais pelos municípios, entretanto, encontra maiores óbices do que pelas demais unidades federadas. Os entraves se apresentam

⁶⁴ BERCOVICI, Gilberto. *Op. Cit.*, p. 194.

sob diferentes espectros, na questão arrecadatória, na gestão dos recursos, na forma de distribuição de recursos pela União e, sobretudo, na enorme demanda por direitos fundamentais que é direcionada aos municípios, o que deve especialmente ao fato de que, embora o município tenha competência concorrente para efetivar direitos fundamentais, é o município o ente federado que se encontra mais próximo à população, motivo pelo qual esta tende a socorrer-se primeiro ao município e somente depois ao estado, e, se for o caso, à União, para ver seus pleitos atendidos.

Com o advento da Constituição do Brasil de 1988 o país experimentou um crescimento exponencial do número de municípios, em razão da autonomia administrativa conferida a estes entes federados pela norma constitucional que então passou a vigor. O crescimento do número de municípios teria uma faceta positiva, que seria tornar a administração municipal mais próxima da população e, por consequência, atender melhor às demandas locais, com a finalidade de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais sociais. Todavia, este crescimento elevado do número de municípios gerou uma consequência indesejada: acarretou um gigantesco crescimento do gasto público, uma vez que se multiplicaram as prefeituras, o número de vereadores, e a estrutura de administração municipal como um todo, em uma dinâmica de alta dependência da União, já que muitos desses municípios não têm arrecadação satisfatória a ponto de serem autossuficientes⁶⁵.

O óbice que advém da questão arrecadatória pode residir no fato de que há no Brasil uma vasta gama de municípios, de diversos tamanhos e capacidades arrecadatórias, sendo que a maior recorrência é de pequenos, pois no país há apenas dezessete municípios com mais de um milhão de habitantes⁶⁶. Segundo dados do IBGE, atualizados em 2018, o Brasil conta com 5.570 municípios⁶⁷, desde os muito grandes até os muito pequenos que, muitas vezes, não têm nenhuma fonte arrecadatória própria significativa, ou dependem exclusividade de uma determinada

⁶⁵ MAIA, Rodrigo. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.199-200.

⁶⁶ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018> . Acesso em 22/04/2019.

⁶⁷ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018> . Acesso em 22/04/2019.

empresa ou setor para sua arrecadação direta ou indireta, o que os torna absolutamente dependentes da permanência e perenidade desta empresa ou setor na localidade. Há uma relação de dependência cruel, uma vez que, caso este ente privado se retire da localidade ou venha a perecer, o município e toda a população serão afetados por uma situação calamitosa ocasionada pela falta de arrecadação, ausência de empregos e, por consequência, baixo consumo no mercado local.

Esta dependência da qual sofrem os pequenos municípios reflete-se na arrecadação de todos os impostos que são de competência arrecadatória municipal, pois, sem mercado consumidor de serviços, não haverá arrecadação de ISS e sem transações imobiliárias no local, ocasionadas pela ausência de capital disponível e interesse econômico na localidade, também não haverá arrecadação de ITBI. Além disso, há reflexos indiretos nos cofres públicos, pois em razão do escoamento do dinheiro da população local, pode haver aumento da inadimplência do IPTU, das taxas e das contribuições de melhoria. Diante destas condições econômicas desfavoráveis, pode haver uma consequente piora nas condições de vida da população local por ausência de condições para a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

A disparidade entre os números apresentados pelos municípios brasileiros é enorme. Há municípios como São Paulo, capital do estado homônimo, com 12,2 (doze vírgula dois milhões) de habitantes, e municípios de pequenina população, como Serra da Saudade, no estado de Minas Gerais, com a menor população do país, que totaliza 786 (setecentos e oitenta e seis) habitantes, seguida por Borá, no estado de São Paulo, e Araguinha, Mato Grosso, as quais contam com 836 (oitocentos e trinta e seis) e 956 (novecentos e cinquenta e seis) habitantes, respectivamente⁶⁸. Seguindo este comparativo, o município de São Paulo arrecadou isoladamente em 2018 o valor aproximado de cinquenta e seis bilhões de reais⁶⁹, enquanto, a título exemplificativo, o município de Serra da Saudade, no mesmo ano, auferiu receita total no valor aproximado de doze milhões de reais, sendo que, desde valor, mais de dez milhões de reais foram oriundos de transferências de recursos realizadas pela União, Distrito

⁶⁸ Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018> . Acesso em 22/04/2019.

⁶⁹Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/boletimreceita_consolidado_2018_1551288502.pdf. Acesso em 22/04/2019.

Federal e outros instituições públicas não municipais⁷⁰. Estes números evidenciam que a arrecadação oriunda de impostos e taxas municipais no município em questão é irrisória e sua receita é altamente dependente de repasse de recursos da União, situação que se reproduz na grande maioria dos municípios de pequeno porte do país.

Dados da FIRJAN (Federação das Indústrias do Rio de Janeiro) apontam que, apesar da alta carga tributária brasileira, diversos municípios se encontram em situação de insolvência. Segundo o Índice de Gestão Fiscal (IFGF) da FIRJAN, publicado no ano de 2017 em relação ao ano base de 2016⁷¹, os governos municipais são encarregados da administração de um quarto da carga tributária total do país, o que equivale a mais de R\$461 bilhões (quatrocentos e sessenta e um bilhões de reais), valor que supera o orçamento muitos países.

A pesquisa realizada para apuração do índice aponta que há um elevado nível de comprometimento dos orçamentos, fases intermitentes de queda de receita e elevada dependência dos municípios por repasses de rendas pelos estados e pela União, além da restrita oferta de crédito a estes entes federados, que são pontos que culminam com a situação de insuficiência financeira dos municípios. Esta situação leva os entes federativos municipais a constituírem despesas como “restos a pagar”⁷², a fim de protelar a saída de receitas, o que prejudica credores, sobretudo os pequenos e locais, e pode acarretar responsabilização fiscal por descumprimento da legislação sobre verbas públicas aos gestores municipais.

No ano de 2018, por exemplo, segundo dados da Associação Mineira de municípios, mais de 250 (duzentas e cinquenta) cidades decretaram estado de calamidade financeira, em razão da falta de repasses pelo governo do estado de Minas Gerais, cuja dívida para com os municípios é estimada em mais dez bilhões de reais⁷³. Diante destes cenários, portanto, é imperativo que os municípios mantenham

⁷⁰ Disponível em: <http://serradasaude.com/receitas.html>. Acesso em 22/04/2019, às 22h35m.

⁷¹ Disponível em: https://www.firjan.com.br/data/files/4A/B0/A3/B1/C4CCD51063C6AAD5A8A809C2/IFGF%202017%20-%20An_lise%20Especial%20-%20Vers_o%20Completa.pdf. Acesso em 22/04/2019.

⁷² “Restos a pagar” é uma expressão contábil aplicada à administração pública, contida no artigo 36 da Lei 4.320/64, que estatui normas de Direito Financeiro concernentes ao orçamento e à administração pública, que assim dispõe: “Art. 36. Consideram-se Restos a Pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.” Ou seja, correspondente a valores devidos pelo órgão público e não pagos dentro do respectivo exercício.

⁷³ Disponível em: <https://portalamm.org.br/metro-mg-mg-tem-250-cidades-em-calamidade-financeira/>. Acesso em 17/05/2019.

uma boa gestão arrecadatária e de alocação dos recursos, priorizando as necessidades da população, pois só assim conseguirão promover o desenvolvimento socioeconômico local e conferir bem-estar à população⁷⁴.

Outro ponto relevante é que a repartição dos recursos arrecadados pelo país acaba privilegiando a União, o que gera benefícios do governo federal em relação aos demais entes federados, e, por conseguinte, obriga os municípios e estados a acatarem as decisões tomadas em nível nacional quanto às políticas públicas a serem adotadas e colocadas em prática⁷⁵. Esta é uma consequência nefasta, a qual contribui para a formação de desigualdades regionais, o que é absolutamente indesejável e contrário à finalidade pretendida na origem do Estado federal, que é a possibilidade de cada ente federado cuidar com atenção das demandas locais e diminuir as desigualdades regionais, a fim de promover o desenvolvimento local pulverizado e, após, reverberar na esfera nacional.

O que se evidencia é que, embora a Constituição do Brasil de 1988 tenha conferido autonomia política, financeira e administrativa aos municípios, estes entes federados enfrentam muitas dificuldades para conferir efetividade e executar suas competências constitucionais materiais que lhes são atribuídas, externalidade que ocorre em razão da escassez de recursos próprios, a qual deriva do fato de a União concentrar em si a arrecadação dos tributos, embora haja certa descentralização dos encargos a serem executadas pelos demais entes federados⁷⁶.

Há uma “brecha vertical”, que gera um desequilíbrio em razão da dependência de repasses de recursos da União para as unidades federadas a fim de suprir a demanda não satisfeita pela receita própria dos estados e, especialmente, dos municípios. Esta “brecha vertical” se verifica casuisticamente, de acordo com a necessidade de transferência de recursos da União para cada ente determinado, o que se apura de acordo com a necessidade de transferência de recursos em razão das receitas próprias auferidos pelo ente e dos gastos por ele apresentados, ou em

⁷⁴ FERNANDES, C. M.; BRUNOZI JÚNIOR, A. C.; LEROY, R. S. D. *Desempenho tributário e desenvolvimento econômico e social em municípios mineiros*. Revista Perspectivas Contemporâneas, v. 13, n. 1, p. 74-93, jan./abr. 2018, p. 89.

⁷⁵ MAIA, Rodrigo. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.199-200.

⁷⁶ GIROLDO, Camila Nayara. KEMPFER, Marlene. *Autonomia municipal e o federalismo fiscal brasileiro*. Revista de Direito Público, Londrina, v. 7, nº3, set/dez 2012, p.4.

razão das receitas próprias auferidas e dos recursos efetivamente transferidos pela União⁷⁷.

Além das falhas na distribuição de recursos pela União, os impactos causados pela política nacional adotada também devem ser levados em consideração, pois há uma forte tendência de se decidir em nível nacional quanto a questões que acabam impactando diretamente na gestão dos municípios, impondo-lhes novos encargos, mas sem lhes possibilitar novas fontes de recursos. São diversas as políticas adotadas pela União que acabam sobrecarregando os municípios. São exemplos: a emenda à Constituição nº03/1993, que incrementou o artigo 167, para permitir à União se creditar de impostos municipais e estaduais para quitação de débitos; a emenda constitucional nº10/1996, que vincula cerca de vinte por cento das verbas destinadas à educação, saúde e benefícios previdenciários através do Fundo de Estabilização Fiscal, para fins de saneamento da economia nacional, o que acaba por reduzir as verbas que seriam destinadas aos municípios; a lei complementar nº101 de 2000, conhecida como “Lei de Responsabilidade Fiscal”, a qual vincula a utilização de determinadas parcelas das receitas dos estados e municípios, diminuindo assim a autonomia decisória destes entes quanto à destinação dos recursos; a lei complementar nº 87 de 1996, conhecida como “Lei Kandir”, a qual determinou a não incidência de ICMS sobre alguns determinados produtos, o que acarreta menor arrecadação pelos estados, e, por consequência, menores repasses aos municípios.

Fica evidente, portanto, que estas políticas nacionais, adotadas sem a participação direta dos municípios no processo decisório geram distorções no pacto federativo, pois ao invés de um Estado federado, mostra-se indícios de características de Estado unitário⁷⁸. O que é absolutamente indesejável em um país de dimensões continentais como o Brasil e tem como consequência a insuficiência do município como ente federado responsável pela efetivação de direitos fundamentais sociais.

O município tem competência para legislar em relação aos temas de interesse local, como determina o artigo 30, I, da Constituição do Brasil de 1988. Há uma

⁷⁷ PRADO, Sérgio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada (Alemanha, Índia, Austrália)*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, p.80.

⁷⁸ FISCHER, Octavio Campos. MACHADO, Luciano Marlon Ribas. *Pacto federativo em crise: uma análise na visão dos municípios da segurança jurídica e da dignidade humana*. Revista Jurídica, vol. 04, nº53, Curitiba, 2018, p. 249.

“predominância” de interesse para o município em relação a estes assuntos locais, o que não quer dizer que apenas os municípios devem se preocupar com eles, não havendo que se falar em exclusão da União e do estados, há apenas um grau diferente de envolvimento direto nas questões⁷⁹. Bem assim, sequencialmente, determina o artigo 30, V, da Constituição do Brasil de 1988 a obrigação de o município “organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão, os serviços públicos de interesse local, incluído o serviço de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. Além disso, especificamente, tem o município o dever de promover a educação infantil e fundamental e os serviços de atendimento à saúde, com cooperação técnica e financeira com a União e o estado a que pertence.

Fica evidente, portanto, que ao município é conferida a função de zelar pelos assuntos locais, o que decorre logicamente do fato de ser o ente federado que detém maiores condições de entender às dinâmicas locais, avaliá-las e traçar estratégias específicas para o seu atendimento do que os estados e a União, em razão das extensas dimensões territoriais dos estados brasileiros e da extensão vastíssima do país, além das diversas realidades, culturas e tradições religiosas e comerciais, que podem ser muito diversas não só dentro do país, mas também dentro de um mesmo Estado. Zelar pelos assuntos de interesse de local significa cuidar para que sejam atendidos, portanto, enquanto na função de “zelador” dos assuntos locais, havendo premente necessidade, o município deve recorrer tecnicamente e financeiramente aos estados e à União, se assim for necessário para o atendimento das demandas da população.

Os gestores municipais conhecem mais a fundo as demandas locais para os fins específicos de promoção da saúde e educação, que são competências que lhes foram delegadas pela norma constitucional em cooperação técnica e financeira com a União, mas que resta, em última instância, ao município colocar em prática diretamente junto à população. Por isso, em relação à saúde, por exemplo, cabe ao município estabelecer onde serão alocados hospitais, por haver maior concentração de demanda pela população, averiguar quais as especialidades médicas que precisam ser atendidas, definir como se dará a logística para o fornecimento de

⁷⁹ MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 18ª edição, atualizada por Giovanni da Silva Coralo. São Paulo: Malheiros, 2017, p.143.

medicamentos. Assim como em relação à educação infantil e fundamental, cabe ao município alocar as escolas e zelar pelos seus prédios, realizar a contratação de professores, contratar o fornecimento de merenda escolar, zelar pela segurança e integridade das crianças, dentre diversas outras obrigações que derivam da obrigação de cuidar para que seja conferida efetividade a estes direitos fundamentais e para que, assim, sua população tenha condições dignas de vida.

Há uma enorme seara de atuação municipal que vai desde a elaboração da lei orgânica até a formulação de políticas para arrecadação de recursos financeiros, o controle e gestão da arrecadação, a organização dos diversos serviços públicos (coleta de lixo, distribuição de água, saneamento básico, etc), o urbanismo e preservação do patrimônio histórico local, a educação social, o amparo à saúde, a estruturação e manutenção da guarda municipal, dentre muitos outros campos de ação que acabam sendo abarcados pela responsabilidade municipal por serem, em última instância, questões de interesse local⁸⁰ que afetam diretamente a população municipal. Embora, muitas vezes, para serem efetivadas dependam de políticas públicas elaboradas em nível nacional e de repasses da União e dos estados.

Portanto, evidencia-se que os municípios possuem um elevado encargo material e estão sobrecarregados pela enorme quantidade de serviços públicos que devem fornecer à população, sob pena de ferirem sua dignidade. Entretanto, veem-se limitados, em razão da escassez de recursos, ocasionada pela falta de arrecadação própria e pelas falhas no sistema de redistribuição de recursos pela União. Além de estarem sujeitos às decisões tomadas em nível nacional que, muitas das vezes, não refletem e/ou se adequam à realidade e às necessidades locais. Esta situação afronta um dos propósitos maiores da adoção do sistema federativo, que é a redução das desigualdades regionais. Há uma inversão de valores, pois enquanto o modelo federativo adotado pretende a cooperação entre os entes federados, acaba ocorrendo uma relação de dependência cruel, em um desvirtuamento do pacto federativo⁸¹.

⁸⁰ MEIRELLES, Ely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 18ª edição, atualizada por Giovani da Silva Coralo. São Paulo: Malheiros, 2017, p.144.

⁸¹ FISCHER, Octavio Campos. MACHADO, Luciano Marlon Ribas. *Pacto federativo em crise: uma análise na visão dos municípios da segurança jurídica e da dignidade humana*. Revista Jurídica, vol. 04, nº53, Curitiba, 2018, p. 249.

Nesse cenário, a cooperação de empresas privadas para com o desenvolvimento dos municípios e para com a promoção e manutenção de direitos fundamentais à população pode se mostrar uma alternativa plausível que tornaria estes entes federados menos dependentes de repasses da União e propiciaria uma maior efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Ao falarmos de propriedade privada e, sobretudo, de empresas privadas, a tendência imediata é pensarmos em estruturas capitalistas e em interesses exclusivamente privados e individuais. Entretanto, há uma outra dimensão a ser pensada, a qual se encontra em uma interseção entre o público e o privado, na qual a empresa privada pode atuar em benefício da coletividade, retribuindo ao Estado e à sociedade aquilo que obtém.

As empresas privadas possuem um dever inerente à sua existência de contribuírem para com o sistema social em que estão inseridas, no que reside a sua função social. Entretanto, podem também contribuir para o desenvolvimento da sociedade, exorbitando sua mera função social, mas agindo de forma ativa através de ações colaborativas para com o poder público, especialmente para com os municípios, como se verá nos capítulos a seguir.

2 EMPRESA E FUNÇÃO SOCIAL

A empresa, suas formas de organização, seu exercício e suas formas de controle, segundo Walfrido Jorge Warde Júnior⁸², são um instrumento jurídico de atuação do Estado, legitimado pelo direito, nos mercados e nos sistemas econômicos, e são, *a priori*, instrumentos do capitalismo, o qual se afirmou em razão desta atuação do Estado nos mercados e nos sistemas econômicos. O direito tem relevante papel no sentido de alinhar a empresa, máxima da propriedade privada, com os interesses

⁸² WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Teoria geral da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v.1 / coordenação Modesto Carvalhosa, p. 73-76.

da sociedade, no que reside a função social da empresa, não apenas para fomentar ações no âmbito de sua responsabilidade social, mas também limitando e regulando o exercício da atividade empresarial⁸³.

Amartya Sen⁸⁴, em uma análise integrada das esferas econômica, social e política, busca demonstrar que o desenvolvimento está ligado a um processo de expansão de liberdades e erradicação de privações, o qual está relacionado a condições sociais e econômicas determinantes, como a existência de um Estado democrático, garantia à educação, saúde, moradia e aos direitos civis. Segundo ele, “de forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico, ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana (...)”⁸⁵ Deste pensamento, emergem os liames de uma inter-relação com comunhão de sentido entre as esferas pública e privada, entre os deveres do Estado - de fornecer e garantir direitos - as liberdades privadas e os deveres dos particulares, especialmente das empresas, de cooperarem com o Estado com vistas ao desenvolvimento e à consequente efetivação de direitos fundamentais sociais, seja através do exercício daquilo que lhe é imposto fazer pelo Estado, seja através do exercício daquilo que lhe é facultado fazer e daquilo que é feito por liberalidade.

No Brasil, o Estado social passou a ser vivenciado a partir da Constituição do Brasil de 1934 que, influenciada pelo modelo constitucional alemão de Weimar (1919), trouxe ao texto constitucional brasileiro uma concepção que legitima o papel do Estado em relação à democracia, à liberdade e à igualdade, com prevalência dos direitos sociais, em atendimento aos anseios de uma sociedade industrializada. A Constituição do Brasil de 1988 manteve consigo a vertente de constituição de Estado social iniciada pela Constituição do Brasil de 1934, consubstanciando o país em um Estado social de terceira geração, que não só confere ao cidadão direitos sociais básicos, mas os garante⁸⁶.

⁸³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 191-192.

⁸⁴ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 16.

⁸⁵ SEN, Amartya. *op. cit.*

⁸⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 33. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 376 – 381.

Como já visto, a Constituição do Brasil de 1988 inclui em seu “Título II”, que versa sobre os direitos fundamentais, os direitos sociais⁸⁷. E ela repete alguns destes direitos sociais no *caput* de seu artigo 170, incluído no “Título VII”, que trata da “Ordem Econômica e Financeira”, o que evidencia o ideário da Constituição.

Nas palavras de Eros Roberto Grau⁸⁸:

A ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Na referência a ela, a consagração de princípio constitucionalmente formador (Canotilho). O princípio da justiça social conforma a concepção de existência digna cuja realização é o fim da ordem econômica e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) (...) É que justiça social é expressão que, no contexto constitucional, não designa meramente uma espécie de justiça, porém o seu dado ideológico.

À livre iniciativa foi conferido relevante papel no cenário da ordem econômica brasileira⁸⁹, cuja manutenção é condição essencial para que os princípios sociais sejam preservados, uma vez que a empresa é geradora de empregos, contribuinte e fomentadora da economia de mercado, o que por si só compõe sua função social⁹⁰. A livre-iniciativa tem indubitável importância na esfera social. Segundo John Mackey⁹¹, o capitalismo fundado na livre-iniciativa “trata-se do maior sistema de inovação e cooperação já criados, pois propiciou a bilhões de pessoas a oportunidade de participar da grade experiência de ganhar seu próprio sustento e encontrar sentido existencial por meio da criação de valor para outros.”

Nesse contexto, a Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, incisos XXII e XXIII, garante o direito de propriedade e determina o fim de atendimento à sua função social. Sequencialmente, em seu artigo 170, II e III, insculpe a propriedade privada e sua função social como princípios da ordem econômica, estabelecendo uma

⁸⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 540.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil* / J.J. Canotilho... [et al.]. São Paulo: Saraiva/Almedina, p. 1794.

⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II – 2.ed. revista* – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 65-72.

⁹⁰ CARVAHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 237.

⁹¹ MACKEY, John. *Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios*. *Counscious capitalism: liberating the heroic spirit of business*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 11.

relativização do conceito de propriedade privada, uma vez que, estando inserida como princípio da ordem econômica, tem como fim primordial assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, tal como estabelece o *caput* do artigo 170 da Constituição⁹².

Do princípio da função social da propriedade privada, decorre o princípio da função social da empresa que, segundo Eduardo Tomasevicius Filho⁹³, se substancia em um poder-dever de harmonização das atividades empresariais com o interesse da sociedade de forma que deve haver alinhamento da finalidade da empresa de atingir o lucro com o interesse da coletividade como um todo, a fim de que os benefícios particulares derivados da atividade empresarial fiquem condicionados à melhoria das condições de vida da sociedade, para haver distribuição das riquezas produzidas pela atividade empresarial. Há, portanto, uma transposição do entendimento do ente empresa do âmbito estrito do direito privado para o âmbito público.

Para que se compreenda a função social da empresa na atualidade e se destrinchem as possibilidades de seu pleno exercício com vistas ao desenvolvimento da sociedade de forma igualitária em cooperação com o Estado, especialmente com os municípios, faz-se necessário analisar as transmutações ocorridas na disciplina do exercício privado da atividade econômica desde os seus primórdios até o atingimento do conceito de empresa, bem como analisar os entendimentos acerca do que seria a função social da propriedade e da empresa. Além disso, faz-se necessário analisar o entendimento atual da atividade empresarial na ordem econômica, delimitando-se, então, os liames de sua função e responsabilidade sociais, o que será objeto do presente capítulo.

2.1 Do direito comercial ao direito de empresa

Nos primórdios do direito comercial, este era a disciplina que regulava os direitos e obrigações das pessoas que exerciam o comércio, os comerciantes. Surgiu na civilização comunal; onde a cidade era o centro de consumo e câmbio; em

⁹² SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 32ª ed., revista e atualizada até Emenda Constitucional n.57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009. p.270-280.

⁹³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 53-55.

contraposição à civilização feudal, agrária; onde o poder feudal e patriarcal não diferenciava público e privado. Ele floresceu nas cidades com saída marítima, em razão da possibilidade de expansão de mercados, e consolidou-se na civilização burguesa⁹⁴.

A matéria comercial se desenvolve a partir de uma origem consuetudinária em essência: as corporações de artesãos possuíam sua disciplina interna, a fim de evitar concorrência, garantir a qualidade dos bens vendidos e regular os negócios mercantis. Esta disciplina consuetudinária, posteriormente, foi redigida, desenvolvida e reconhecida nos estatutos corporativos, sendo cada estatuto aplicável a uma determinada corporação de artesãos. A miúdo, passou a dedicar-se também às indústrias, à manufatura, ao setor de transportes, a tudo aquilo que de uma forma ou de outra servia ao comércio, e também às relações daí derivadas, seu núcleo fundamental, os atos de comércio.

Túlio Ascarelli⁹⁵ pontua a codificação de Napoleão como um marco na história do direito mercantil, pois é o momento em que este ramo deixa de ser uma regulamentação aplicada somente a algumas pessoas que participam de corporações, comerciantes, e passa a ser aplicado a determinados atos, independente de quem os pratique, o que se relaciona com princípio da igualdade entre os cidadãos e com o fortalecimento do Estado, consolidando os ideários da revolução francesa de liberdade, igualdade e fraternidade⁹⁶, de forma que qualquer um do povo pudesse se colocar na qualidade de comerciante, desde que praticasse determinado ato que assim o enquadrasse. Neste momento, portanto, passa-se a adotar a teoria dos atos de comércio, eliminando-se o corporativismo e os privilégios classistas. Trata-se de um fenômeno político e social, que altera a abordagem do sistema puro do subjetivismo para o um sistema eclético, voltado ao objetivismo e aplicável a todos os cidadãos⁹⁷.

⁹⁴ ASCARELLI, Túlio. *Iniciação ao estudo do direito mercantil*. Sorocaba – SP: Editora Minelli 2007, p. 42-43.

⁹⁵ ASCARELLI, *op. Cit.*, p. 87.

⁹⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789.

⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v.1, 26 ed, atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005, p.12.

Entretanto, tal sistema sujeitou-se a muitas críticas, pois falhava justamente em conceituar e exaurir os atos de comércio, como a de Rubens Requião⁹⁸:

Não é preciso esforço de imaginação para se concluir da precariedade científica de um sistema jurídico que não se encontra capacitado, sequer, para definir seu conceito fundamental. Para muitos autores esta dificuldade, senão impossibilidade, resulta diretamente da circunstância de não ser científica a *dicotomia* do direito privado, e, por isso, a distinção entre os atos civis e atos comerciais seria sempre ilógica e não racional.

Após, surge na Itália, a teoria da empresa, que pretende adequar o entendimento do direito comercial a uma etapa superior do capitalismo e sanar problemas ocasionados pela teoria dos atos de comércio, como por exemplo, a questão de uma pessoa física poder ser declarada falida em razão de ter praticado um ato isolado que pudesse ser considerado ato de comércio, embora esta pessoa, na realidade, não fosse comerciante. É marcada pelo Código Civil Italiano de 1942, no qual regulam-se as obrigações do empresário e daqueles que não exercem a atividade organizada visando o lucro. Regula-se também o registro das empresas e normatiza-se o direito civil, comercial e trabalhista, transpondo o centro de atenção do direito comercial dos atos de comércio para a empresa, a qual é então conceituada como uma atividade que visa o lucro⁹⁹ e o empresário como agente econômico que exerce atividade profissional organizada de produção ou circulação de serviços ou bens. Nesse sentido, o empresário ainda é diferenciado como aquele que exerce a mercancia, entretanto, agora é elevado à parte da engrenagem do sistema econômico e, de certa forma, é sua força motriz e possui ingerência sobre a riqueza a ser ou não produzida na realidade em que está inserido.

Rachel Stajn entende a nova vertente de análise da empresa e do empresário e o abandono da teoria dos atos de comércio, segundo os moldes estabelecidos pelo Código Civil Italiano, como um anseio do Estado por um código “comercializado” que atendesse aos interesses do Estado no sentido de estabelecer novas estruturas jurídicas que servissem ao capitalismo¹⁰⁰:

⁹⁸ REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.* p. 13

⁹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.34.

¹⁰⁰ STAJN, Raquel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro*. Pensar: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Fortaleza. V.1, n1. – set. 1992, p.193-199.

É que os atos, quando integram uma atividade, porque coordenados para um fim, perdem tratamento especial. Desta forma, pode-se abandonar a noção de ato de comércio uma vez que o ato jurídico, o negócio jurídico, quando referido a uma atividade, tem outro relevo. É que a atividade não é ato ou negócio jurídico; atividade é determinada pela vontade do sujeito e dirigida ou modelada em sua função, notadamente quando se trata de atividade empresarial que envolve vários interesses estranhos à esfera jurídica. A atividade é, pois, o elemento nuclear para o *aggionamento* do direito privado, sendo causa do deslocamento da figura do comerciante para a do empresário, aquele que exerce atividade econômica organizada. Na Itália, na década de 1940, essa também fora parte da estratégia adotada para formulação das novas regras de direito privado.

O Brasil, em 1850, inspirado no código francês, aprovou o Código Comercial Brasileiro (Lei 556 de 25 de junho de 1850)¹⁰¹, passando a disciplinar a atividade econômica de mercancia de forma privada. Este Código traz consigo muito da teoria dos atos de comércio, embora em momento algum mencione explicitamente, em razão dos legisladores entenderem que a teoria dos atos de comércio padecia de falhas, motivo pelo qual não a evidenciaram no texto da lei¹⁰². Inicialmente, entendia-se que o campo de atuação do direito comercial era exclusivamente a matéria comercial, a qual se contrapunha à matéria civil¹⁰³. J. X. Carvalho de Mendonça¹⁰⁴, em apontamento sobre a guarida constitucional conferida ao direito comercial pela Constituição do Brasil de 1891, e sobre o entendimento de ser o direito comercial um ramo do direito privado, assim traz:

A Constituição Federal, no art. 34, n. 23, proclamou a independência do direito comercial em face do direito civil. O direito comercial não é um prolongamento do direito civil, nem exceção às regras deste; mas uma das zonas do direito privado. (...) A divisão do direito privado em direito civil e direito comercial é mais histórica do que científica.

¹⁰¹ A Lei 556 de 25 de junho de 1850 ainda é vigente no Brasil, tendo sido revogada em parte pelo Código Civil Brasileiro e outras leis extravagantes.

¹⁰² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38.

¹⁰³ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v1, p. 16-17.

¹⁰⁴ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Op cit*, p. 22.

Nota-se, portanto, que, nos primórdios, somente se distinguia o direito comercial do direito civil, sendo o primeiro um ramo do segundo¹⁰⁵, não se falava em direito comercial no âmbito da esfera pública e sequer se discutia sua permeabilidade na esfera pública, por acreditar-se serem dissociadas. O direito comercial era entendido como ramo autônomo, destinado a regular as relações profissionais, enquanto o civil possuía uma tendência individualista, nas palavras de Fran Martins¹⁰⁶, o qual, pouco mais contemporaneamente, já traz, de forma ainda tímida, a correlação entre o direito comercial e o público, no que tange à falência, às sociedades anônimas e aos transportes marítimos e aeronáuticos, e com o direito do trabalho, no que tange aos auxiliares dos comerciantes.

A distância com que direito o comercial e a regulação da atividade empresarial eram mantidos da esfera pública se justifica pelo fato de que, *a priori*, na esfera econômica entendia-se, grosso modo, que o capitalismo e a atividade empresarial serviriam única e exclusivamente a fim de satisfazerem aos interesses próprios dos empresários. Entretanto, este entendimento está enviesado, pois desconsidera o aspecto humano e a vertente do capitalismo ligada à consciência da existência coletiva e olha apenas para relação de exploração trabalho-capital, como explica John Mackey:

Os economistas, críticos sociais e líderes empresariais muitas vezes desconsideraram outro aspecto – com frequência, muito mais forte – da natureza humana: o desejo e a necessidade de cuidar dos outros e de promover causas que estão acima dos interesses individuais. Adam Smith, fundador do capitalismo moderno, identificou todas estas poderosas motivações. Em seu livro *A teoria dos sentimentos morais* – escrito 17 anos antes do título que lhe deu fama, *A riqueza das nações* – Smith esboçou uma ética baseada na capacidade do ser humano de se solidarizar com o outro e de se preocupar com suas opiniões. (...) ¹⁰⁷.

Com o aumento da complexidade das relações comerciais e mudança nas necessidades de regulamentação da matéria em razão dos avanços do capitalismo no país, o Brasil foi se distanciando de sua inspiração francesa e filiando-se pouco a

¹⁰⁵ BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 14.

¹⁰⁶ MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundos de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 32-35.

¹⁰⁷ MACKEY, John. *Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios. Councious capitalismo: liberating the heroic spirit of business*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 17.

pouco à vertente italiana. Somente em 2002, com a entrada em vigor do atual Código Civil¹⁰⁸, é que a teoria italiana da empresa foi adotada, vindo então a regulamentar as relações comerciais entre particulares, voltando-se à atividade econômica, tal como conhecemos hoje. O artigo 966, do Código Civil, traz a definição de empresário, como “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços” e exclui desta definição aqueles que exercem profissão intelectual, científica, literária ou artística¹⁰⁹. Sequencialmente, também disciplina as sociedades empresárias, caracterizadas, regra geral, quando o empresário possui sócios, e seus diversos modelos de constituição e formas de administração, temas muito ricos, mas que não são objeto do presente estudo.

Alberto Asquini define empresa como um fenômeno econômico poliédrico que possui diversos perfis que variam de acordo com o aspecto pelo qual se encara a empresa, pois quando se analisa a empresa sob a ótica da disciplina jurídica, emergem diversas noções jurídicas que se referem a variados aspectos deste fenômeno econômico¹¹⁰. Segundo Alberto Asquini, o perfil econômico da empresa é o que a encara como ordenamento profissional corporativo baseado na atividade de troca realizada pelo empresário, que cria riquezas através do emprego e divisão trabalho com o objetivo de lucro.

Já o perfil subjetivo compreende empresa como a pessoa do empresário, aquele que exerce profissionalmente a atividade de troca, podendo obter lucro. O perfil funcional, por sua vez, entende a empresa como atividade empresarial, organização produtiva contínua, guiada pelo empresário, que se traduz em força em movimento com objetivo produtivo. Em relação ao perfil patrimonial e objetivo, Asquini traz o entendimento de empresa como estabelecimento ou “azienda”, sendo o patrimônio não só conteúdo das relações jurídicas próprias da empresa como também o complexo de bens materiais e imateriais utilizados para o exercício da atividade

¹⁰⁸ BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁰⁹ “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único: Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

¹¹⁰ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, nº 104, out/dez 1996, p. 109-126.

empresarial. Nesse sentido, o estabelecimento seria uma unidade econômica, que não deve ser confundida com a figura da empresa ou do empresário.

Assim, o estabelecimento não é a empresa, ao contrário do que hodiernamente é referenciado pelos leigos. E, por fim, Asquini traz o perfil corporativo da empresa, como instituição, nos moldes trazidos pelo Código Civil italiano de 1942, assim considerando a empresa como organização hierárquica de pessoas formada pelo empresário, empregados e colaboradores, que formam um “núcleo social organizado em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico, na produção”¹¹¹.

Inicialmente, o perfil subjetivo da empresa tendia a se sobrepôr. Entretanto, com o aumento da complexidade das relações envolvendo as empresas e em razão dos interesses públicos sobre elas, nos anos de 1940, o perfil funcional passa a se destacar de forma mais acentuada. Neste momento, a empresa passa a ser entendida como uma técnica regulatória, uma ferramenta estatal que nasce como um reflexo dos influxos políticos, ideológicos e sociais da época, que tornaram necessária a regulamentação da atividade econômica empresarial, em razão da natureza da empresa exorbitar a esfera privada, superando, então, as controvérsias existentes entre os entendimentos subjetivo e objetivo e a dicotomia público-privada¹¹².

Embora não haja consenso a respeito, Walfrido Jorge Warde Júnior, afirma que a polissemia que leva ao entendimento de empresa como técnica regulatória foi aos poucos abandonada pelo nosso Código Civil, onde prevalece um perfil funcional, voltando para atividade empresarial organizada, não havendo plena distinção entre empresa em sentido objetivo e empresa em sentido subjetivo. Para ele, em razão do artigo 966 do Código Civil, o empresário é o protagonista da empresa, podendo ser uma pessoa singular ou coletiva, que exerce atividade econômica organizada para a finalidade de circulação de bens e serviços; portanto, nesse sentido, o que importa é o exercício da atividade empresarial, que é organizada pelo empresário e exercida no

¹¹¹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 35, nº 104, out/dez 1996, p. 109-126.

¹¹² WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Teoria geral da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v.1 / coordenação Modesto Carvalhosa), p. 91-93.

estabelecimento, não importando se o tipo empresarial adotado é o de empresário individual ou sociedade empresária¹¹³.

Sob a ótica do direito econômico, a empresa é um ente produtivo, que goza de autonomia e economicidade, capaz de gerar serviços e bens, e que goza de liberdade produtiva e econômica, o que também é uma de suas principais características sob a ótica do direito empresarial, para o qual importa também a rentabilidade.¹¹⁴ Para delimitação do presente trabalho, entender-se-á a empresa como fenômeno econômico como um todo, contemplando seus diversos perfis, como ente dinâmico, força em movimento com escopo produtivo e força motriz para a atividade econômica, a qual é ativada pelo empresário e expande seus efeitos por toda a sociedade, intencionalmente ou não, motivo pelo qual passa-se a analisar a atividade empresarial na ordem econômica e os reflexos desta atividade na realidade social.

2.2 Atividade empresarial na ordem constitucional econômica

O Estado moderno é um Estado de classes, vocacionado à atuação na seara econômica e nela atua ora com o intuito de constituição e preservação e ora com a finalidade de substituição e compensação do mercado¹¹⁵. Segundo Eros Roberto Grau, a incapacidade de autorregulação dos mercados, que evidenciou as imperfeições do liberalismo, culminou com a atribuição de novas funções ao Estado, o qual viu os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade enaltecidos no final do século XIX colocados em xeque diante do poder econômico¹¹⁶. Evegüeni B.Pachukanis¹¹⁷, sob uma perspectiva histórica marxista, sintetiza a conexão entre as relações de troca e a regulamentação jurídica dizendo que:

¹¹³ WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Teoria geral da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v.1 / coordenação Modesto Carvalhosa, p. 153-154.

¹¹⁴ ASHTON, Peter Walter. O Direito Econômico e o Direito Empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Nº26, p.185-186, 2006.

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 17.

¹¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Op cit.*

¹¹⁷ PACHUKANIS, Evegüeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 140-141.

A relação jurídica não pressupõe por sua própria natureza um estado de paz, assim como o comércio, a princípio, não exclui o assalto à mão armada (...) A dominação de fato adquire um caráter jurídico público preciso quando surgem, ao lado e independentemente dela, relações ligadas a atos de troca, ou seja, as relações privadas *par excellence*.

Disto se extrai que o direito, a regulação jurídica, é condição *sine qua non* para manutenção do capitalismo, que depende da existência de um Estado de Direito, que obedeça às regras do direito posto por ele próprio¹¹⁸. As operações mercantis e a interação entre os agentes econômicos característicos do capitalismo demandam segurança jurídica e regulação emanada por um ente central, o Estado, o qual exerce seu papel através da Constituição formal, que institucionaliza o modo de produção capitalista, criando a empresa como uma das ferramentas de sua técnica regulatória¹¹⁹.

O direito econômico, cuja menção data do período da Constituição de Weimar¹²⁰, segundo Gilberto Bercovici¹²¹, não seria nem público nem privado, mas um reflexo da decadência desta dicotomia, um ramo do direito destinado a equilibrar a relação entre Estado e demais agentes econômicos. Em suas palavras, o direito econômico “não se trata de um direito geral da economia, mas do direito especial da intervenção estatal no domínio econômico.” Ao citar o pensamento de Ernst Rudolf Huber, datado de 1932, Gilberto Bercovici traz a definição do que seria o direito econômico: “Não é um direito da economia livre de mercado, mas uma disciplina crítica que deve sempre levar em conta o conflito entre a liberdade individual e o compromisso coletivo, revelando-se, portanto, como um direito dinâmico.” Este dizer vai ao encontro do que já prelecionava José Xavier Carvalho de Mendonça quanto ao

¹¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato*[S.l.: s.n.], 2009, p. 506-507.

¹¹⁹ ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson César C. de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1980, p. 245.

¹²⁰ Constituição do Império de Weimar. 2ª parte, seção 5: “A vida econômica: O ordenamento da vida econômica deve corresponder aos princípios básicos da Justiça com a finalidade de garantir para todos uma existência dignada para o ser humano. Dentro destes limites deve ser garantia a liberdade econômica de cada cidadão.”

¹²¹ BERCOVICI, Gilberto. *Op. cit.* p. 513-515.

direito mercantil ao defini-lo como “produto histórico, imposto pela realidade econômica”¹²², o que evidencia a correlação entre o público e o privado.

José Affonso da Silva explica a relação entre a formalização da abordagem constitucional da ordem econômica e a manutenção do modelo econômico capitalista:

A ordem econômica consubstanciada na Constituição é senão uma forma econômica capitalista, porque se apoia inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada. Isso caracteriza o modo de produção capitalista, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe os meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante. A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida econômica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo¹²³.

O Brasil adota um viés econômico pela primeira vez em sua história constitucional na Constituição de 1934, ao dedicar um capítulo exclusivo à Ordem Econômica e Social, seguindo o legado da Constituição alemã de Weimar e também com certa influência das Constituições do México de 1917 e Espanhola de 1931. A ordem econômica pode ser entendida como um fragmento da ordem jurídica, que em si comporta ordem pública, privada e social em sentido cogente. Pode ser entendida como uma pretensão de ordenar através de regulação aquilo que estava em desordem em razão do liberalismo¹²⁴.

A partir deste marco, todas as Constituições brasileiras trataram em capítulo específico da Ordem Econômica e Social. A Constituição do Brasil de 1988, em especial, evidencia uma Constituição Econômica que pretende e se destina a promover mudanças nas estruturas sociais, o que evidencia seu caráter dirigente, buscando atribuir fins ao Estado, que se encontrava esgotado pelo liberalismo

¹²² CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v1, p.17.

¹²³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 786.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 18 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 58-61.

econômico¹²⁵. Por este motivo, apesar de a Constituição do Brasil de 1988 trazer referências a este assunto em diversos momentos de seu texto, os artigos 170 a 192, especialmente, delimitam os contornos jurídicos da economia e a atuação do Estado na esfera econômica¹²⁶.

O artigo 170 da Constituição do Brasil de 1988¹²⁷ elenca os princípios fundamentais da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, a fim de propiciar a todos existência digna, segundo os ditames da justiça social, o que evidencia um intuito de reequilibrar as desigualdades causadas pelo próprio capitalismo e por um individualismo exacerbado, de modo a tentar redistribuir riquezas. Nesse sentido, a exercício da liberdade de contratar, o direito de propriedade e a empresa em si passam a simultaneamente exercer sua função na esfera privada, de gerar renda e lucro ao proprietário/empresário e também de distribuir riquezas, visando uma ordem social mais justa. Nas palavras de Peter Walter Ashton, “tais institutos privados, integrados, não têm mais funções privadas, mas

¹²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.1 de 1969*. 2 ed. t.1 Rio de Janeiro: Editora RT, 1970, p 127.

¹²⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24-31.

¹²⁷ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995);

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

também públicas, quer dizer funções que se estendem à ordem econômica geral de um país”¹²⁸. Ainda, Paulo Peretti Torelly explica em relação ao Direito Econômico que

“enquanto direito de síntese entre o Direito público e o Direito Privado, o Direito Econômico possui assento especial no texto constitucional, de tal modo que encontra no poder público – e em particular no legislador democrático – o pressuposto delimitador de um espaço público imprescindível para o desenvolvimento sustentável com distribuição de renda e de riqueza”¹²⁹.

Portanto, a Constituição do Brasil, ao trazer um viés econômico e a regulamentação da matéria, evidencia que o Estado, paulatinamente, deixa de explorar diretamente as atividades econômicas e transfere às empresas o encargo de criar e manter empregos e promover o desenvolvimento social. O que evidencia que a empresa deixa de ser apenas um ente privado destinado a gerar lucros ao empresário ou aos sócios e passa a ser compreendida como cooperadora do Estado na implementação de suas políticas públicas e na efetivação de direitos fundamentais sociais¹³⁰.

Para os fins do presente trabalho, dentre os princípios elencados no artigo 170, sem ignorar os demais e deixar de correlacioná-los, nos atentaremos ao princípio da liberdade de iniciativa econômica, da propriedade privada e da função social da propriedade, a fim de analisar a atividade empresarial na ordem constitucional econômica. A liberdade de iniciativa na ordem econômica se vincula à liberdade de realizar plenamente a indústria, o comércio e os contratos comerciais e se revela um dos pilares do liberalismo econômico; se traduz como liberdade de desenvolvimento da empresa, entretanto, liberdade condicionada aos limites impostos pelo poder público, para os fins de atendimento aos ditames da justiça social¹³¹. O princípio da propriedade privada, no que se funda o sistema econômico brasileiro, abrange a propriedade privada dos meios de produção, que tende a se organizar e legitimar juridicamente através das empresas, as quais devem atender à sua função social.

¹²⁸ ASHTON, Peter Walter. O Direito Econômico e o Direito Empresarial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Nº26, p.172, 2006.

¹²⁹ TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição econômica e o pacto federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2015, p. 81.

¹³⁰ LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa e função social*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 216.

¹³¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 794.

As empresas e a atividade empresarial em si são elemento central do capitalismo de Estado e, portanto, elemento central para a manutenção do Estado tal como conhecemos hoje. As empresas são elementos indispensáveis para a geração de riquezas; sem a atividade empresarial, esgotar-se-iam os empregos assalariados e os recolhimentos tributários; portanto, cessaria a redistribuição de riquezas, o que impossibilitaria o atingimento do objetivo constitucional de garantia à vida digna e o Estado de cunho social sucumbiria, uma vez que não teria meios para efetivar os direitos fundamentais que deve prover e garantir. Walfrido Jorge Warde Júnior pontua a correlação entre capital, o Estado e a interdependência que hoje visa a proteger a manutenção do capital, o que justifica a proteção constitucional garantida à propriedade privada e à preservação da empresa:

A relação de colaboração mútua e de sustentação recíproca, que se estabelece entre Estado e capital sofre uma mudança qualitativa, pelo que a justaposição entre esses dois elementos dá lugar a uma interpenetração. (...) No estágio tardio do capitalismo, a função do Estado, não é a de prover condições essenciais ao capital, mas a de ajudar a impedir que cesse o seu desenvolvimento¹³².

Segundo Lucas Fucci Amato, que segue a vertente luhmanniana¹³³, é necessária, em razão das demandas contemporâneas, a análise do fenômeno denominado “constitucionalização corporativa”, que entende que organizações econômicas exercem um papel relevante na estruturação da sociedade moderna, de forma vinculada ao sistema jurídico e ao sistema econômico, na seara dos direitos humanos fundamentais, do que emergem novos ideários a serem abordados dentro do sistema econômico, como a responsabilidade social corporativa, a

¹³² WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Teoria geral da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v.1 / coordenação Modesto Carvalhosa, p. 80.

¹³³ Segundo Rafael Lazzarotto Simioni, Niklas Luhmann é um dos mais relevantes sociólogos do século XX. Professor da Universidade de Bielefeld, Alemanha, falecido no ano de 1998. Crítico do pensamento funcionalista, dedicou-se a edificar uma Teoria da Sociedade, para explicar a sociedade contemporânea com um estilo de pensamento pós-ontológico. Luhmann, em apertada síntese, consolida o entendimento do direito como um sistema social cuja função é generalizar de forma congruente as expectativas sociais normativas e explicita as relações funcionais entre a semântica jurídica edificada pela doutrina e a estrutura do direito, além de explicitar consequências jurídicas do conceito de autopoiese. Cf. SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 595-596.

responsabilidade socioambiental, a governança corporativa, dentre outros¹³⁴. Desta forma, a empresa por si só efetiva direitos fundamentais e gera efeitos positivos dentro do sistema econômico da sociedade.

Este entendimento estaria mais direcionado à esfera transnacional e extravasaria o que a Constituição do Brasil hoje determina para as empresas, situando-se em um nível mais avançado, no qual a empresa não apenas age em conjunto com o Estado, gerando e distribuindo de riquezas, mas no qual a empresa, com o respaldo estatal e como ente econômico eficiente, se vincula diretamente aos direitos fundamentais e, através de autorregulação, os efetiva de forma privada. Em termos de eficiência, as grandes empresas tendem a se sobressair, dada sua ocupação no mercado e sua composição estrutural organizada, especialmente as empresas multinacionais, que ocupam diversos mercados¹³⁵.

Gilberto Bercovici afirma que o desenvolvimento é condição necessária para a realização do bem-estar social¹³⁶. Neste mesmo sentido, Amartya Sen, ao analisar de forma integrada as esferas econômica, social e política, busca demonstrar que o desenvolvimento está ligado a um processo de expansão de liberdades e erradicação de privações, o qual está relacionado a condições sociais e econômicas determinantes, como a existência de um Estado democrático, garantia à educação, saúde, moradia e aos direitos civis¹³⁷. Segundo ele, “de forma análoga, a industrialização, o progresso tecnológico, ou a modernização social podem contribuir substancialmente para expandir a liberdade humana (...)”¹³⁸.

Disto se compreende a importância da atuação conjunta entre empresas privadas e Estado para atingir o fim maior, que o é desenvolvimento. Sem a guarida constitucional conferida às empresas pelo Estado dentro do sistema capitalista, as empresas por si só não encontram respaldo para seu pleno exercício e manutenção

¹³⁴ AMATO, Lucas Fucci. *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 119.

¹³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 732/1996, out/1996.

¹³⁶ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

¹³⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 16.

¹³⁸ SEN, Amartya. *op. cit.*

e, paralelamente, de forma análoga, sem a contraprestação das empresas privadas para com o Estado, este, por si só, não teria aparato suficiente para promover o desenvolvimento e efetivar os direitos fundamentais sociais, o que levaria ao colapso do Estado social.

2.3 Função social da empresa

O liberalismo desordenado e o exercício exacerbado da autonomia da vontade, acarretaram o surgimento de um desequilíbrio social, pois a liberdade irrestrita de contratar levou a um aumento significativo do poder econômico de certos grupos, o que ensejava, por exemplo, a realização de jornadas extenuantes de trabalho mediante irrisórios pagamentos, em locais precários, tudo apoiado sob a égide da liberdade de contratar dos empregados, que, como em um contrato de aluguel, locavam sua mão de obra e serviços. Ou seja, injustiças e abusos de poder eram exercidos de forma legítima, como exercício regular de direitos, o que ensejou, já ao final do século XIX críticas ao individualismo e ao formalismo ilimitados e culminaram com o surgimento do conceito de função social da propriedade, como uma tentativa de frear o desenvolvimento destas agruras sociais¹³⁹ e limitar o exercício irrestrito do direito de propriedade.

Contrapondo o pensamento exploratório ultrapassado do século XIX, que visava o lucro irrestrito, o artigo 170 da Constituição do Brasil de 1988¹⁴⁰ consigna que a ordem econômica se funda na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com vistas à justiça social, demonstrando uma evolução da consciência social e econômica. Há, portanto, uma necessidade de alinhamento entre os objetivos de lucro

¹³⁹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 43-44.

¹⁴⁰ Constituição do Brasil. "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

da empresa e a sua atuação de forma a contribuir para justiça social, distribuindo renda e riquezas - de forma premente, valorizando o trabalho - mas também de diversas outras formas contributivas, tais como o recolhimento de impostos, a movimentação do mercado local, a preservação do meio ambiente, dentre outros.

Nesse contexto, a garantia da livre iniciativa e do direito de propriedade e a concomitante garantia ao atendimento aos propósitos sociais demonstram a intenção da Constituição do Brasil de 1988 de atender à finalidade de promoção de justiça social e, paralelamente, atender à necessidade de segurança jurídica demandada pela consolidação de uma economia capitalista. Pontualmente, observa Paulo Peretty Torelly:

É patente que valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa consagram o perfil de uma sociedade capitalista que pretende ser moderna, na qual a interação entre os titulares de capital e de trabalho deverá ser viabilizada pela sociedade e pelo Estado¹⁴¹.

Do conceito de função social da propriedade deriva o conceito de função social da empresa, à medida que as relações sociais adquirem caráter mais complexo e as empresas passam a ser uma figura relevante no contexto social, passando-se, a partir deste conceito de função social, a criar de forma determinante obrigações sociais para a empresa, inerentes à sua mera existência no sistema em que está inserida. Neste sentido, simplesmente por ativar-se, a empresa passa a exercer sua função social à medida que recolhe impostos, gera empregos, distribui renda e ocupa um lugar no espaço, urbanizando-o e dando-lhe um fim útil e positivo ao ambiente. A partir daí é preciso também enxergar a empresa e sua atividade fundada na livre iniciativa não somente pelo viés de ente social, que visa o lucro em absoluto e explora a mão de obra do trabalhador, mas também como um ente criador e distribuidor de valor através de sua atividade, que gera desenvolvimento e ressona por todo o emaranhado social em que está inserido.

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho¹⁴², o conceito de função social da propriedade teria sido formulado pela primeira vez pelo filósofo cristão São Tomás de

¹⁴¹ TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição econômica e o pacto federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2015, p. 108.

¹⁴² TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 44.

Aquino, “quando afirmou que os bens apropriados individualmente teriam um destino comum, que o homem deveria respeitar.” Nesse mesmo sentido, na esfera da sociologia, Auguste Comte, no século XIX, segundo afirma Ana Frazão¹⁴³, seguindo seus ideias de ordem e progresso, entendeu que a propriedade privada deve ser orientada para o bem comum da sociedade; para ele a propriedade privada é necessária, mas deve ser exercida como uma função social coletiva.

De ambos os entendimentos se extrai um ponto em comum: a função social da empresa está ligada ao atingimento de um bem maior e mais nobre que o lucro do empresário. E este fim mais nobre pode ser alcançado pela simples exploração da atividade empresarial, pois é um fim inerente e indissociável desta atividade, uma vez que o valor gerado pela empresa ressoa no sistema como um todo. Entretanto, a exploração desta atividade deve ser regulada, se não pelos valores morais do empresário, pela legislação, a fim de evitar que o exercício da atividade empresarial, assim como a utilização da propriedade privada, sirva, em última instância, ao bem comum e não somente a finalidades individuais. Segundo Adriano Stanley Rocha Souza e Virgínia Junqueira Rugai Brandão, “o que se se espera da propriedade privada em um Estado Democrático de Direito é que esse direito privado seja colocado a serviço do corpo social; do bem comum”¹⁴⁴.

Eduardo Tomasevicius Filho, neste sentido, aporta à teoria do papel social de Karl Renner, socialista austríaco que escreveu sob uma visão marxista após o término do regime nazista¹⁴⁵. Segundo Karl Renner, o conceito jurídico de função social seria uma imagem da função econômica da propriedade. Este conceito se aproxima do entendimento de papel social, mas não se confunde com a função social da empresa:

O papel social da empresa, por exemplo, é ser um centro produtos de riquezas, através do capital e do trabalho. Por isso, esse conceito não consubstancia a ideia de função social. Prova disso é o conteúdo da função econômica da sociedade. Uma propriedade improdutiva exerce uma função econômica de reserva de valor. Se a função social fosse uma imagem da função econômica, a propriedade improdutiva também atenderia à sua função

¹⁴³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 95.

¹⁴⁴ SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BRANDÃO, Virgínia Junqueira Rugai. *Democracia pública e propriedade privada*. In: REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. DIAS, Maria Tereza Fonseca. (coord). *O direito entre a esfera pública e a autonomia privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, v.1., p. 107.

¹⁴⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p.45.

social. Tendo em vista ser inaceitável a existência de propriedades improdutivas, isso significa que a função social não coincide com a função econômica do instituto jurídico. No caso das empresas, bastaria elas estarem funcionando para atender à sua função social, o que não é verdadeiro¹⁴⁶.

Fábio Konder Comparato afirma que a função jurídica pode ser entendida como atividade dirigida a fim de abarcar um poder ou uma competência. Para ele, o exercício da atividade empresarial é um *poder-dever*, no sentido de algo que deve ser positivamente cumprido, não no sentido negativo, abstencionista. Entretanto, para ele, é difícil delimitar com exatidão quais seriam os deveres positivos do proprietário em relação à coletividade, pois as Constituições raramente explicitam tais deveres positivos¹⁴⁷.

Já Ana Frazão, de forma complementar, entende que a dimensão funcional passiva da função social da propriedade coincide com a cláusula geral de vedação de abuso, a fim de coibir o exercício de direitos e liberdades subjetivos que estejam em contradição ou em oposição com as finalidades e os princípios maiores do ordenamento¹⁴⁸. E, sobre a dimensão funcional ativa, pontua sobre os dilemas tecidos em relação aos entendimentos doutrinários sobre o aspecto positivo da função social da propriedade:

A base comum de sentido que une as várias teorias sobre o assunto é que a preocupação de que os direitos subjetivos possam e devam ser instrumentos de construção de uma sociedade mais justa e solidária, resgatando o compromisso dos mesmos com liberdade e a emancipação não apenas de seus titulares, como também dos demais membros da sociedade¹⁴⁹.

Um Estado que não se importa com o bem-estar de sua população não pode exigir dos proprietários o cumprimento da função social da propriedade¹⁵⁰. No Brasil, apesar de as Constituições de 1934 e 1946 trazerem a questão de que o exercício da propriedade deva estar alinhado ao interesse social, a primeira Constituição a tratar

¹⁴⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Op. Cit.*, p.45-46.

¹⁴⁷ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 732/1996, out/1996, p. 73-74.

¹⁴⁸ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 105.

¹⁴⁹ FRAZÃO, *Op. Cit.*, p. 103.

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *Op. cit.* p. 76.

pontualmente do tema função social da propriedade foi a Constituição de 1967, com a Emenda 1969, no artigo 160, no capítulo destinado à ordem econômica. Após, a questão da função social foi tratada na Lei de das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), que traz aos administradores deste tipo societário e aos acionistas controladores o dever de, ao agirem no interesse da companhia, atenderem às exigências do bem público e da função social da empresa¹⁵¹. Esse influxo normativo demonstra a crescente preocupação do Estado com a garantia o bem-estar social aos seus cidadãos.

A Constituição do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, XXIII, e no artigo 170, III, determina que a propriedade deve atender à sua função social, de onde se extrai também que a empresa deve atender à sua função social. Além disso, pode-se inferir que a função social da empresa está diretamente ligada e em perfeita ressonância com os princípios insculpidos no preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988, tais como “o exercício aos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade (...)”¹⁵². Evidente que o exercício da função social da propriedade depende do binômio garantia de liberdade à empresa de atuar no mercado, gerir-se e expandir-se segundo seu propósito, e garantia à liberdade do empregado de optar por inserir-se ou manter-se na organização empresarial e colocar sua força de trabalho à disposição, com dignidade e respeito aos direitos sociais, criando valor para a empresa com seu trabalho, recebendo e distribuindo valor pelo seu trabalho e, com isso, obtendo direta e indiretamente bem-estar para si, sua família e sua comunidade, os quais se beneficiarão de todo o desenvolvimento social trazido pelo exercício regular da atividade empresarial.

Segundo Ana Frazão¹⁵³, foram poucas as Constituições que deixaram claro que a propriedade obriga, como a de Weimar, o que deixa o conceito de função social da propriedade à mercê ao intérprete, sobretudo no que tange à questão de o sujeito proprietário possuir obrigações positivas e não apenas abstenções decorrentes de seu direito de propriedade. Diante disso, a inserção da função social da propriedade no rol

¹⁵¹ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 100.

¹⁵² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁵³ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 99.

de princípios gera inúmeros debates acerca da coexistência do direito subjetivo de propriedade e dos deveres em prol da sociedade.

A guarida constitucional conferida ao direito de propriedade tem por consequência o fato de que a propriedade não pode mais ser concebida meramente como um direito individual ou como uma instituição do Direito Privado, motivo pelo qual entende José Afonso da Silva¹⁵⁴ que ela deveria estar prevista somente no capítulo que versa sobre ordem econômica e não como direito individual, como faz a Constituição do Brasil em seu artigo 5º, XXIII¹⁵⁵, pois ela não mais pode ser considerada um direito individual puro, uma vez que se encontra relativizada em razão da preordenação dos princípios da ordem econômica à manutenção ou promoção de existência digna, em atendimento aos ditames da justiça social. José Afonso da Silva explica como deve ser entendido o conceito e natureza do direito de propriedade:

O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre a uma pessoa de uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescindível. Verificou-se, mais tarde, o absurdo desta teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só se opera entre pessoas. Um passo adiante, à vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um *sujeito passivo universal* integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo, e assim o direito de propriedade se revela como *um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito*. Mas aí se manifesta uma visão muito parcial do regime jurídico da propriedade: uma perspectiva civilista, que não alcança a complexidade do tema, que é resultante de um complexo de normas jurídicas de Direito público e de Direito Privado, e que pode interessar como *relação* jurídica e como *instituição jurídica*¹⁵⁶.

A mudança no entendimento do próprio direito de propriedade, de relação indivíduo-coisa, para relação indivíduo-sociedade, de onde emerge a função social da propriedade, traz também os liames da função social da empresa, que deve estar em harmonia com os interesses do Estado e da sociedade como um todo. Para Modesto Carvalhosa, a função social da empresa é evidente, nela estão interessados os

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 270-271.

¹⁵⁵ As Constituições de Portugal, em seu artigo 42, e da Itália, em seu artigo 62, trazem o direito de propriedade somente como instituição de relações econômicas e não mais somente como direito individual. Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 270.

¹⁵⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.271.

empregados, os fornecedores e comunidade em que está inserida, além do próprio Estado, que dela obtém contribuições fiscais e parafiscais¹⁵⁷. Este entendimento converge com o dizer esboçado por Fábio Konder Comparato, que afirma:

A lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só os das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da “comunidade” em que ela atua¹⁵⁸.

A Constituição do Brasil prevê alguns dos princípios que norteiam a atividade empresarial, como a livre concorrência, a proteção aos trabalhadores, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades sociais, o tratamento privilegiado às pequenas empresas. E estes princípios relacionam-se com a função social da empresa, uma vez que seu fim beneficia todos estes envolvidos direta ou indiretamente pela atividade empresarial¹⁵⁹.

Dada a relevância da empresa na sociedade e sua correlação com os demais princípios que norteiam a atividade econômica, o princípio da função social da empresa se correlaciona com o princípio da continuidade da empresa¹⁶⁰. A perenidade da empresa interessa ao nosso ordenamento, motivo pelo qual a legislação pátria cria mecanismos para tentar assegurar a manutenção da atividade empresarial e dar eficácia aos princípios constitucionais. São exemplos a lei que regulamenta as sociedades por ações (Lei 6.404/1976), ao coibir, em seu artigo 177, a liquidação de companhias prósperas, e a lei que regula a falência e a recuperação de empresas (Lei 11.101/2005), ao instituir os meios jurídicos para possibilitar a manutenção da atividade empresarial de empresas em crise e evitar que a continuidade da empresa fique exclusivamente à mercê de determinados gestores, sócios ou credores que visem unicamente seus interesses individuais¹⁶¹.

¹⁵⁷ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v3. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 237.

¹⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 732/1996, out/1996, p. 77.

¹⁵⁹ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 195.

¹⁶⁰ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 215.

¹⁶¹ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 219.

Ana Frazão ressalta que os debates acerca da função social da propriedade se projetam sobre os bens de produção e, por conseguinte, sobre a função social da empresa, pois se a função social teria o condão de alterar a própria estrutura da propriedade, este raciocínio também se aplicaria aos bens de produção da empresa, cuja função social estaria correlacionada às obrigações para com os empregados, os consumidores e a comunidade. Portanto, nesse sentido, é necessário o entendimento da função social dos bens de produção como componente da função social da empresa, de forma que o patrimônio da empresa não esteja comprometido somente com ela mesma e com seu lucro, mas de forma que atenda aos interesses da comunidade¹⁶². A função social dos bens de produção, não exaure o conceito de função social da empresa, pois ela não se esgota em seu aspecto patrimonial. Entretanto, é um viés importante.

Questão inquietante para Fábio Konder Comparato é a dos deveres positivos das empresas em relação ao cumprimento de sua função social. Questiona, se além dos deveres para com os trabalhadores, previstos no artigo 7º da Constituição do Brasil, a empresa deveria agir para além do que está obrigada e promover, por exemplo, previdência complementar para seus empregados. Ou ainda se companhias devam participar de campanhas para acolhimento de pessoas em condições de risco em seu município ou se o empresário deixaria de inflar seus preços, se necessário, em prol do bem de sua comunidade? Para ele, de forma crítica, estas questões nos levam a concluir por um “alcance limitado, senão nulo, do conceito de função social das empresas”¹⁶³.

Ao contrário deste último entendimento esposado por Fábio Konder Comparato, de que o alcance da função social da empresa seria muito limitado ou até mesmo nulo, o que se visa demonstrar ao final do presente trabalho é que, apesar do fato da atividade empresarial visar o lucro e exercer atividade eminentemente capitalista, a função social da empresa é uma derivação indissociável da própria atividade empresarial. E, assim, a empresa pode e deve exercer sua função no seio da sociedade com ações positivas, intervindo na realidade em que está inserida ativamente e não somente para cumprimento de seus deveres legais para com a

¹⁶² FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 110.

¹⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social. Revista dos Tribunais*. São Paulo. n. 732/1996, out/1996, p. 77-78.

sociedade, gerando bem-estar e desenvolvimento, e também agindo através de ações colaborativas para com as pessoas em geral e para com o Estado, de modo a conferir maior efetividade aos direitos fundamentais sociais e impactar positivamente na comunidade em que está inserida.

A função social da propriedade e da empresa devem estar a serviço não só do interesse individual do proprietário, mas também do interesse público e do bem comum. E essa função é exercida não só pela simples existência da empresa, mas pelas ações positivas que ela faz em colaboração com o Estado e com a população, como se verá mais adiante.

2.4 Responsabilidade social da empresa

A partir da década de 1960 algumas empresas passaram a adotar uma postura mais ativa em sua comunidade, esboçando maior preocupação com a comunidade em relação à área social, evitando, assim, atitudes que a prejudiquem, o que evidencia a responsabilidade social das empresas no sentido de se preocuparem com o bem-estar da sociedade e com a manutenção do meio ambiente¹⁶⁴. O conceito de responsabilidade social costuma estar atrelado ao conceito de dever jurídico e, com frequência, pode ser tratado como o próprio dever jurídico¹⁶⁵.

Em verdade, a responsabilidade social deve partir do pressuposto de que as empresas cumprem suas obrigações legais (trabalhistas, tributárias, ambientais, etc). Ela se consubstancia pela adoção de ações que exorbitam o que prescreve a legislação e não são adotadas em razão de dever legal ou obrigação¹⁶⁶.

Na Europa, a edição do “Livro Verde”, intitulado “promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas”, pela Comissão das Comunidades Europeias, em 2001, é um marco para a promoção da responsabilidade social das

¹⁶⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 62.

¹⁶⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 63.

¹⁶⁶ CHEIBUB, Zairo B., LOCKE, Richard M. *Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas*. Disponível em: http://web.mit.edu/rlocke/www/documents/Research%20Papers/Locke,R%20&%20Cheibub,Z_Valores%20ou%20Interesses.pdf. Acesso em 04 de maio de 2018.

empresas. No “Livro Verde”¹⁶⁷, assim é definida e justificada a responsabilidade social das empresas:

Ser socialmente responsável não se restringe ao cumprimento de todas as obrigações legais – implica ir mais além através de um “maior” investimento em capital humano, no ambiente e nas relações com outras partes interessadas e comunidades locais. A experiência adquirida com o investimento em tecnologias e práticas empresariais ambientalmente responsáveis sugere que ir além do simples cumprimento da lei pode aumentar a competitividade de uma empresa. Assim, o facto de se transcender as obrigações legais elementares no domínio social – por exemplo em termos de formação, condições de trabalho ou das relações administração=trabalhadores – é possível de ter também efeito directo sobre a produtividade. Possibilita igualmente uma melhor gestão da mudança e a conciliação entre o desenvolvimento social e uma competitividade reforçada.

A responsabilidade social das empresas surge como uma forma de suprir demandas sociais não atendidas pelo Estado em razão da ineficiência de suas políticas públicas, mas também como uma forma de atendimento aos próprios interesses, no sentido de melhoria da sua imagem, revestida de um carácter social justo, o que é positivo para a sua imagem perante seus *stakeholders*¹⁶⁸, motivo pelo qual algumas empresas, inclusive, publicam, além do balanço financeiro, seu balanço social¹⁶⁹. Isso porque a empresa é interessada em gerar valor para seus parceiros e para o ambiente em que está inserida, pois isso traz uma relação de equilíbrio, na qual todos os envolvidos ganham equitativamente, não só empresário lucra. John Mackey, ao tratar do que chama de “capitalismo consciente”, explica:

Os *stakeholders* fazem a empresa. São todas as pessoas que impactam o negócio e são impactadas por ele. Devemos honrá-las como seres humanos em primeiro lugar, antes de atribuir um papel em relação à companhia. Todos

¹⁶⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde - Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas, 2001. P. 9. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf. Acesso em 04 de maio de 2018.

¹⁶⁸ Segundo Roberto Edward Freeman e David L. Reed, *stakeholders* são “qualquer grupo ou indivíduo identificável, que pode influenciar uma organização ou por ela ser influenciado”. Cf. FREEMAN, Robert Edward; REED, David L. *Stockholders and Stakeholders: a new perspective on corporate governance*. *Califórnia Management Review*. Berkley: The Regents of the University of Califórnia, v.25. n3., p. -88-106, 1983.

¹⁶⁹ A BM&FBOVESPA possui um índice denominado ISE (Índice de Sustentabilidade Empresarial), que elenca as empresas que se destacam na área de sustentabilidade ambiental e social a fim de facilitar a análise de indicativos de sustentabilidade pelos *stakeholders*, o que evidencia o potencial positivo da adoção de ações de responsabilidade social para as empresas privadas.

contribuem para a criação de valor e, portanto, é vital que compartilhem dos benefícios da distribuição desse valor¹⁷⁰.

Segundo Marco Antonio Perotoni, “a responsabilidade social da empresa está na sua participação direta nas ações da comunidade onde está presente, capacitando a empresa a crescer e permanecer no mercado”¹⁷¹. Uma empresa privada bem governada deve se atentar aos princípios gerais da ordem econômica contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição do Brasil, assim como aos demais princípios contidos no preâmbulo, aos direitos sociais e fundamentais em geral e, desta forma, a empresa deve estar revestida das características de sustentabilidade, democracia e respeito ao meio ambiente social, ambiental e humanista¹⁷². A grandeza da responsabilidade social encontra-se, sobretudo, não pelo fato de a empresa ter consigo tais características e respeitá-las, eximindo-se de cometer atos que confrontem com tais características, mas em atuar positivamente, de forma ativa, na esfera social, efetivando direitos fundamentais cuja responsabilidade seria estatal.

Eduardo Tomasevicius Filho explica a responsabilidade social das empresas reclamada diante da inação estatal:

A empresa responde perante a sociedade pela inação estatal de cumprir com seus deveres de proporcionar aos cidadãos uma existência digna, ficando obrigada a atuar em setores que, tradicionalmente, são de competência estatal. E quando o Estado não cumpre com seus deveres, surge a responsabilidade para a iniciativa privada, seja através de lei, por exemplo, ao estabelecer a obrigação de as empresas ajudarem no custeio da seguridade social ou, então, a própria sociedade reclama que as empresas respondam pelo mesmo, exigindo atitudes de cidadania empresarial¹⁷³.

A responsabilidade social evidencia que a empresa não se presta apenas a atender aos interesses do empresário ou dos acionistas e amplia o rol de interessados que devem ser tutelados, como os trabalhadores, os fornecedores, os consumidores

¹⁷⁰ MACKEY, John. *Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios. Conscious capitalism: liberating the heroic spirit of business*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 78.

¹⁷¹ PERROTONI, Marco Antonio. Balanço Social: responsabilidade, padronização e obrigatoriedade. *Revista Brasileira de Contabilidade*. Ano XXXI, n. 134, mar./abril. 2002, p. 51.

¹⁷² FULLER, Greice Patrícia. A responsabilidade social e ambiental das entidades financeiras em face do direito ambiental como direito humano e da sociedade da informação. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*. Belo Horizonte, n. 71, jul/dez. 2017, p. 214.

¹⁷³ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 63.

e a comunidade em que a empresa está inserida¹⁷⁴. A matéria abrangida pela responsabilidade social da empresa exorbita as matérias relacionadas ao seu objeto social e se transpõe para o patamar de matérias benéficas para a sociedade¹⁷⁵.

Há um limite que deve ser observado em relação àquilo que a empresa pode praticar a fim de agir com responsabilidade social: a ação da empresa deve ser guiada pelo interesse da companhia e, para que as ações e doações sejam consideradas lícitas e legítimas, devem ser apropriadas e suficientes à satisfação do interesse social¹⁷⁶. Nesse sentido, afirma Jean Carlos Dias, “é evidente que o uso social da propriedade, diretriz de ordem constitucional, que é aplicável também ao universo empresarial, manifesta-se sob a forma de atos gratuitos razoáveis em favor da comunidade e dos empregados”¹⁷⁷.

O exercício da responsabilidade social pelas empresas não é contrário ao cerne da atividade empresarial, que é a obtenção de lucro, é apenas uma das vertentes nas quais a empresa pode e deve atuar, como afirma Modesto Carvalhosa ao comentar a Lei 6.404/1976: “cabe ao administrador proporcionar meios de maximização dos lucros sociais, desde que atendidas as exigências do bem público”¹⁷⁸, ou seja, desde que atendidos os interesses dos trabalhadores, das famílias destes trabalhadores, das pessoas inseridas no meio ambiente onde a empresa atua e eventualmente elimina dejetos, da cidade ou estado em que está localizada e para quem recolhe tributos.

Atualmente, nota-se uma crescente procura das empresas em atuar como promotoras de desenvolvimento social, importando-se com o contexto social no qual estão inseridas, o que acarreta uma mudança comportamental nelas e uma maior inter-relação com os *stakeholders* (clientes, fornecedores, governo, comunidade)¹⁷⁹. Segundo José Arimatés de Oliveira, o aspecto mais relevante para a empresa é a

¹⁷⁴ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 205.

¹⁷⁵ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 64.

¹⁷⁶ FRAZÃO, Ana. *Op. Cit.*, p. 213.

¹⁷⁷ DIAS, Jean Carlos. *Gestão das sociedades anônimas. Aspectos jurídicos da responsabilidade dos administradores*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 110.

¹⁷⁸ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. v3. São Paulo: Saraiva, 1977.

¹⁷⁹ DEL'OMO, Florisbal. DARCANCHY, Mara. O direito internacional contemporâneo e a OIT: trabalho decente com inclusão social. *Revista Internacional de Economía y Gestión de las Organizaciones*. v.3. n.2., p. 94.

busca de uma boa imagem perante estas categorias, especialmente da comunidade em que operam¹⁸⁰.

A responsabilidade social das empresas, portanto, está contida dentro do princípio da função social das empresas. Entretanto, enquanto o exercício da função social é um dever inerente à existência da empresa, a responsabilidade social é exercida de forma espontânea, em razão de decisões tomadas unicamente pelo empresário ou pelos acionistas com o intuito de suprir demandas sociais não suportadas pelo Estado, a fim de impactar positivamente na sociedade em que estão inseridas. Trata-se de uma forma de exercício da função social de forma voluntária e revestida de um impacto ativo pontual na sociedade.

Segundo Eduardo Tomasevicius Filho, há uma distinção entre a responsabilidade civil das grandes empresas e a responsabilidade civil das microempresas, pois, em sua visão, as microempresas, por terem pouco poder econômico, não poderiam assumir para si responsabilidades que tradicionalmente pertencem ao Estado¹⁸¹. Entretanto, José Arimatés de Oliveira, em pesquisa empírica realizada com pequenas e médias empresas do Rio Grande do Sul concluiu que as pequenas e médias empresas têm tendência a adotar comportamentos ligados à responsabilidade social, sobretudo porque se preocupam com a imagem da empresa exibida para a comunidade em que está inserida¹⁸².

A legislação pátria nada menciona explicitamente quanto à obrigação das empresas de exercerem responsabilidade social nem as diferencia, talvez em razão da voluntariedade que reveste este tipo de conduta¹⁸³. Mas, de certa forma, a legislação reconhece a diferenciação entre a capacidade de atuação das grandes e das pequenas empresas nesse âmbito. A legislação pertinente ao tipo societário das sociedades por ações, por exemplo, traz de forma explícita aos administradores deste tipo societário e aos acionistas controladores o dever de, ao agir no interesse da

¹⁸⁰ OLIVEIRA, José Arimatés. Responsabilidade social em pequenas e médias empresas. *Revista de Administração de Empresas*. v. 24. n.4. São Paulo: out/dec. 1984.

¹⁸¹ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003, p. 64.

¹⁸² OLIVEIRA, José Arimatés. *Op. Cit.*, 1984.

¹⁸³ MAESTRI, Hugo Cruz. *Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Programa de Pós-Graduação em Direito, Nova Lima, 2011. p. 111.

companhia, atenderem às exigências do bem público e da função social da empresa¹⁸⁴.

A responsabilidade social das empresas poderia ser entendida como uma questão de moral. Entretanto, para os autores Zairo B. Cheibub e Richard M. Locke, trata-se meramente de uma questão direcionada pelos interesses econômicos das empresas, que visam aumentar a percepção de valor diante da comunidade e dos *stakeholders*¹⁸⁵. Muitas empresas, sob a máscara de estarem voltadas para a questão social, podem praticar o que se chama de *greenwashing* ou *socialwashing*, caracterizados pela indevida apropriação de características voltadas à preocupação social ou ambiental, mas destinadas em verdade a fins obtusos. Todavia, ainda assim, mesmo que revestidas desta “máscara” e sem um propósito moral real de repercutir positivamente na sociedade, há que se considerar os impactos positivos para o ambiente em que se inserem.

Evidente, pois, que o caráter altruísta do exercício da responsabilidade social pelas empresas privadas é limitado, uma vez que, em última instância, é inegável que o fim maior perseguido pelas empresas é o lucro, obtido com o aumento da confiança dos *stakeholders* nas empresas que exercem ações de responsabilidade social; caso contrário, a atividade não se revestiria de caráter empresarial, mas, sim, filantrópico. O que não significa que as empresas não possam pontualmente realizar atos de filantropia, como doações a entidades carentes. Entretanto, a responsabilidade social caracteriza-se por ser algo perene e contínuo, surtindo efeitos de longo prazo na esfera social.

A suposta ausência de maior carga moral nas ações de responsabilidade social adotadas pelas empresas, não retira o mérito destas ações nem os benefícios de seu impacto social, pois, no exercício da responsabilidade social da empresa, pode-se identificar a realização de ações positivas a favor da sociedade, tais como a realização de doações para o poder público ou prestações de serviços não-onerosas, como revitalizações de praças, renovação de equipamentos hospitalares, fornecimento de

¹⁸⁴ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 100.

¹⁸⁵ CHEIBUB, Zairo B., LOCKE, Richard M. *Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas*. Disponível em: http://web.mit.edu/rlocke/www/documents/Research%20Papers/Locke,R%20&%20Cheibub,Z_Valores%20ou%20Interesses.pdf. Acesso em 04 de maio de 2018.

remédios, doação de áreas para construção de parques, dentre outros atos. O que, em última instância, beneficia sobremaneira a sociedade civil, que tem seu bem-estar garantido, e colabora para que o ciclo de manutenção da empresa privada seja mantido. Por consequência, possibilita que a empresa privada continue exercendo sua função social de forma perene e continue promovendo ações positivas com caráter social a fim de suprir a demanda não suportada pelo Estado, devido às falhas em políticas públicas, e colaborar para a efetividade dos direitos fundamentais sociais, em uma permanente relação de equilíbrio entre empresas e Estado, na qual ambos mutuamente são beneficiados.

Portanto, as ações de responsabilidade social se configuram como uma forma de exercício da função social da empresa e vão ao encontro dos princípios sociais e democráticos constitucionalmente protegidos. Diante disso, são uma forma de atuação legítima das empresas em colaboração com o poder público para o fim de efetivar direitos fundamentais sociais e contribuir para o desenvolvimento do país como um todo, ajudando a suprir a demanda não atendida de forma isolada pelo Estado, especialmente pelos municípios, em razão da falta de recursos financeiros, humanos e administrativos. Para tanto, é necessário tecer os liames formais e materiais para que este relacionamento público-privado ocorra de forma lícita e atenta à primazia do interesse público.

3 COOPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS E MUNICÍPIOS

Para que a relação colaborativa entre as empresas privadas e o poder público ocorra, é necessário que esteja revestida de juridicidade, legalidade e legitimidade; além de atender aos princípios éticos e à moralidade. Ou seja, é necessário que atenda aos pressupostos legais necessários e à finalidade maior do Estado, que é o atendimento ao interesse público e ao bem comum, bem como que não permita que o agente público aja com discricionariedade ou arbitrariedade, nem permita que as empresas ou os agentes públicos envolvidos recebam benefícios escusos. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari, aduz:

Todo Estado implica um entrelaçamento de situações, de relações, de comportamentos, de justificativas, de objetivos, que compreende aspectos jurídicos, mas que contém, ao mesmo tempo, um indissociável conteúdo político (...). Assim sendo, todos os julgamentos sobre os valores que o Estado deve perseguir e sobre a maneira pela qual deve atuar dependem, em grande parte, da apreciação que se faça a respeito das finalidades que ele está buscando atingir e das maneiras pelas quais procura consegui-las¹⁸⁶.

A guarida conferida pela Constituição aos direitos fundamentais sociais não rechaça ou exclui a participação privada e, ao contrário, contempla sua valorização e viabiliza a possibilidade de se pensar na atuação conjunta do Estado e das empresas privadas no sentido de efetivar direitos fundamentais sociais. Isso é inerente à democracia, na qual a participação de todos para a promoção de justiça social e para a viabilização do desenvolvimento social é aceita e bem quista. Esta participação pode se operacionalizar não só pelo cumprimento dos deveres sociais das empresas, como pelo pagamento de tributos ou valorização do trabalho, mas também e especialmente pela participação ativa da esfera privada na esfera pública, através de ações positivas na sociedade que extrapolam o mero dever legal das empresas.

Não se trata de uma relação binária ou excludente, mas sim de uma relação de complementaridade necessária, uma vez que a execução dos direitos fundamentais sociais não é um dever exclusivo do Estado, embora seja ele o mais cobrado pela sua

¹⁸⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33a ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.127.

efetivação. Paulo Peretti Torelly aponta que “a tarefa de distinguir o espaço público do espaço privado, ou mesmo de delimitar e equilibrar a relação entre ambos, expressa a própria essência da soberania democrática e de seu sentido irrenunciável presente no constitucionalismo”¹⁸⁷.

Observa-se um processo contínuo de aumento da inter-relação entre os entes públicos e privados, em uma tentativa de se conferir maior efetividade aos direitos fundamentais sociais com o apoio da iniciativa privada, fulcrado no consenso de que o Estado, sozinho, não tem condições de atender às demandas sociais. Este processo fica evidenciado pelas crescentes privatizações e pelo aumento das concessões, de parcerias público-privadas e de contratos administrativos. Entretanto, ainda há certo receio em relação às ofertas de empresas privadas para o poder público, no sentido de, deliberadamente, por ato unilateral, ofertar ao Estado formas de promover a efetividade dos direitos fundamentais sociais através de doações de serviços de caráter público ou bens a serem utilizados de forma pública.

Para se aceitar a possibilidade de colaboração entre empresas e o poder público, primeiramente é necessário afastar-se da ideia de que o político é eminentemente mau e de que a empresa é necessariamente um ente capitalista inescrupuloso que visa somente o lucro. É preciso acolher a possibilidade da existência de uma real intenção de determinadas empresas – mais conscientes - de exercer sua função social além do que lhe é exigido e de implementar ações que evidenciam sua responsabilidade social, prestando uma contrapartida ao Estado e brindando à população com ações positivas.

Assim, é necessário que haja uma desconexão com a ideia de “presunção de má-fé” do político, do agente público e da empresa, que permeia o senso comum em relação a esta matéria. É preciso uma abertura consciente para a possibilidade de contribuição da empresa de forma ativa e positiva em favor do interesse público, a fim de minorar o grau de ineficiência do Estado na promoção de direitos fundamentais sociais e, assim, possibilitar maior nível de igualdade nas relações sociais. Além disso, criar condições mais propícias ao desenvolvimento das diversas regiões do país, de acordo com suas peculiaridades e necessidades, o que pode em muito ser fomentado

¹⁸⁷ TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição econômica e o pacto federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2015, p. 126.

com o apoio privado das empresas locais, sejam elas de grande, médio ou pequeno porte.

3.1. Empresas privadas e o poder público: uma colaboração possível?

A colaboração entre empresas privadas e o poder público é possível, desde que o escopo principal desta colaboração seja o atingimento do interesse público e do bem comum, ou seja, que a ação empresarial não seja destinada a atender somente aos interesses individuais da empresa ou a beneficiar apenas um grupo específico, sem contrapartida ao Estado. Deve, portanto, haver uma sobreposição dos interesses da coletividade e do Estado em detrimento dos interesses particulares.

Segundo explica Fernando Facury Scaff, “a expressão bem comum tem conexão com a atual expressão interesse público, muito utilizada pelos administrativistas, embora com ela não haja plena identidade, sendo a primeira mais ampla que a segunda”¹⁸⁸. Bem comum seria uma ideia ligada ao benefício global de toda a sociedade ou de todo um conglomerado social. Enquanto o interesse público estaria vinculado ao interesse do Estado enquanto governo representante da sociedade¹⁸⁹.

Há um sentido de solidariedade quando da realização de doações ou cooperações de empresas privadas para com o poder público. Um sentido de colaboração mútua, no qual a contribuição do privado para com o público possibilita uma ascensão global a uma melhor condição social¹⁹⁰, em que todos indistintamente, de forma direta ou indireta, são beneficiados pelas ações que visam diminuir as desigualdades sociais e propiciar um ambiente de desenvolvimento e dignidade. Nesse sentido, a empresa visa retribuir à coletividade os benefícios que recebe pelo exercício de sua atividade.

A função social é inerente à existência da empresa; entretanto, este instituto não deve ser apenas um instrumento retórico que justifique ou mascare os interesses

¹⁸⁸ SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual. Ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 128.

¹⁸⁹ SCAFF, Fernando Facury. *Op. Cit.*, p. 128.

¹⁹⁰ MELEU, Marcelino da Silva. THAINES, Aleteia Hummes. *A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 3, n. 11 (jan/mar. 2003), p. 193.

do empresário de auferir lucro ou maximizar a propriedade. Por óbvio, a empresa privada não promoverá ações colaborativas para com o poder público se tal atuação não for bem vista pelos seus *stakeholders* (empregados, fornecedores, acionistas, parceiros etc), motivo pelo qual se conclui logicamente que a empresa promoverá tais ações visando manter uma boa imagem, a fim de ser bem vista e reconhecida como uma “empresa cidadã”, sendo que tal tipo de atuação pode, muitas vezes, ser uma ação de *marketing* da empresa. Entretanto, tal objetivo não excluiu o potencial positivo da atuação da empresa em colaboração com o poder público, desde que a colaboração esteja revestida de critérios éticos e legais, que o objeto da colaboração seja lícito, e sobretudo, que o interesse público seja atendido de forma plena sem que haja vantagens ilícitas para as partes envolvidas.

Para que a colaboração entre as empresas privadas e o poder público ocorra, a empresa deve atuar além de sua mera função social, exorbitar o dever de pagar impostos, de recolher tributos e de gerar empregos. Para tanto, é necessário que a empresa realmente deseje impactar ativamente o ambiente social em que está inserida e que assim o faça. Este impacto é almejado pela população uma vez que, na atualidade, o Estado se encontra com uma imagem desgastada perante o povo, dada a reiterada falha no atendimento à dignidade da população, de forma que a colaboração das empresas privadas tende a ser uma esperança de melhoria das condições de vida da população e desenvolvimento local. Nesse sentido, sintetiza Rinaldo Campos Soares: “A sociedade está a exigir uma nova filosofia de atuação dos empresários. (...) A empresa é fruto da sociedade, dela tira seu sustento e com ela deve interagir por meio de uma intensa ação social”¹⁹¹.

Pressupõe-se que a empresa que se propõe a extrapolar o âmbito de sua função social e realizar atividades ligadas à responsabilidade social possua um grau de preocupação com as questões éticas e morais mais elevado que as empresas que são desatentas a esta esfera de atuação, embora a preocupação com as searas ética e moral devesse ser inerente à noção de responsabilidade empresarial e intrínseca à existência da empresa¹⁹².

¹⁹¹ SOARES, Rinaldo Campos. *A cidadania como ética empresarial. Case studies*. Setembro/Outubro de 1988, p. 6.

¹⁹² ASHLEY, Patrícia Almeida. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 4.

Nesse sentido, podemos questionar, a título exemplificativo: uma empresa que realiza a reforma de uma praça e de equipamentos de recreação infantil, em um bairro carente, localizado próximo à sua estrutura fabril, onde habita a maioria dos seus empregados, está a atender ao interesse público e ao bem comum ou está atendendo somente aos seus interesses particulares, no sentido de apenas manter a estrutura de sua vizinhança com melhor aparência?

Seria possível dizer que a empresa visa apenas seus interesses egoísticos e não está atendendo ao bem comum e ao interesse público, pois a reforma na praça beneficia apenas aos seus interesses privados, no sentido de manter a boa aparência de sua vizinhança e fazer propaganda de seu nome na referida praça, além de repercutir em um grupo limitado de pessoas ligado aos seus interesses privados. Não se pode negar que há interesses particulares sendo atendidos e que esta ação social repercute favoravelmente à imagem da empresa. Entretanto, há, sim, atendimento do interesse público, uma vez que a manutenção da referida praça e seus equipamentos seria dever do Estado, o qual tem outras prioridades e urgências a atender, sobretudo na área da saúde e da educação. Por isso, a ação da empresa atende ao interesse público e também ao bem comum, pois desonera o Estado e possibilita a alocação de recursos em outras áreas de maior demanda, além de atender ao interesse social de toda a população do local, que então passa a ter maior qualidade de vida e dignidade.

Portanto, no exemplo em questão, a empresa, exorbitando o exercício de sua função social e exercendo sua responsabilidade social, em parceria com o poder público, possibilita uma melhor condição de vida à população, alinhando sua finalidade empresarial e lucrativa com uma atividade social ativa, que, ao final, se sobrepõe aos seus interesses privados. Há, desta forma, um equilíbrio entre as finalidades empresarial e social que torna aceitável e desejável esta forma de colaboração da empresa para com o poder público e a sociedade, ação que está em perfeita consonância com os ideais do Estado democrático de direito.

Por outro lado, não se pode negar que em algumas situações possam existir interesses escusos e moralmente inaceitáveis quando da colaboração de empresas com o poder público. Por exemplo, uma construtora que realiza a edificação de uma ponte na cidade a título de doação e, posteriormente, é beneficiada em licitações no município pode levantar suspeitas quanto à idoneidade da doação. No caso em exemplo, a doação pode ter trazido grandes benefícios à população local,

possibilitando o acesso a alguma região antes inatingível. Indubitavelmente, a ação trouxe benefícios também ao gestor público em exercício, que teve a execução daquela obra vinculada à sua gestão e, por isso, este gestor pode, de alguma forma, ter ficado “em débito” com a construtora que realizou a edificação de ponte e, por isso, facilitado que referida empresa se sagrasse vencedora em certames licitatórios.

Este segundo tipo de ação seria inaceitável, pois fere a ética e a moralidade, uma vez que, em que pese o benefício social trazido pela construção da ponte, a ação está repercutindo em benefícios financeiros exclusivamente à empresa doadora da ponte, em razão de ser vencedora das licitações sem observância da igualdade e em detrimento de outras empresas que poderiam oferecer mais vantagem ao interesse público nas contratações licitadas.

O Brasil vivencia um misto de concepções sobre a ética da atuação empresarial, o que se deve às peculiaridades do desenvolvimento econômico do país. De um lado, as grandes empresas internacionais que aqui se instalaram após os anos 50 trouxeram consigo uma vasta gama de princípios éticos, padrões internacionais de transparência, imparcialidades e justiça normalmente inerentes aos negócios de grande porte, auditados constantemente.¹⁹³ Por outro lado, há a estrutura mais arcaica e menos evoluída instaurada no país, herança da colonização e forma de governo aqui instituídas, em que o funcionalismo público via no setor privado uma forma de complementação de renda, ou uma forma de enriquecimento não lícito mascarado pelo cargo público, em que a condição de estar na administração pública se torna “um pequeno reino a ordenhar, um miga a aproveitar”¹⁹⁴.

Esta situação, por consequência, também, acabou por institucionalizar em muitas empresas práticas reprováveis do ponto de vista de ético, adotadas para maximizar vantagens indevidas às partes envolvidas e que não trazem nenhuma contraprestação positiva à população. Ao contrário, certamente desviam recursos que serviriam à efetivação de direitos fundamentais sociais.

Entretanto, no contexto social atual do país, em que as facetas ocultas da administração pública corruptível e da empresa corruptora ganharam evidência

¹⁹³ ASHLEY, Patrícia Almeida. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

¹⁹⁴ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012, p.197.

pública¹⁹⁵, a sociedade espera que empresas possuam alto nível de cuidado com as questões éticas e morais e cobra que as empresas desenvolvam padrões rigorosos de atuação social, o que se evidencia pelo projeto de lei nº4.850/2016, de iniciativa popular, que visa estabelecer medidas contra a corrupção¹⁹⁶. Atento a este anseio, o Estado também passou a, com maior ênfase, regulamentar a relação íntima entre as empresas e o poder público, o que se evidencia com a edição da “lei anticorrupção” (lei 12.846/2013), que visa sancionar com mais efetividade atos já antes inaceitáveis na esfera pública, mas ainda não abarcados por uma legislação com força coercitiva eficaz.

Diante da insatisfação dos *stakeholders* com a conduta de “maximização das vantagens” anteriormente adotada pelas empresas em relação ao governo, há hoje um elevado grau de preocupação com adoção de uma postura ética por parte das empresas quando da contratação com o poder público, motivo pelo qual as empresas passaram a adotar e institucionalizar práticas como a governança corporativa¹⁹⁷ e a transparência empresarial. Esta postura visa indubitavelmente um ganho de valor da empresa perante seus *stakeholders*, mas este ganho de valor não deve ser entendido como o objetivo maior a ser alcançado pela adoção desta conduta. Entretanto, o ganho maior se reverte em favor da sociedade, que se beneficia direta e indiretamente por esta conduta.

A adoção destas práticas é positiva na administração cotidiana da empresa e nas contratações habituais com o poder público, inerentes ao cotidiano da atividade empresarial. Todavia, tais práticas são, sobretudo, bem vistas e desejáveis quando se trata de contratações que visem estabelecer algum tipo de colaboração com o poder

¹⁹⁵ Desde o ano de 2014, diversos esquemas de corrupção foram deflagrados no Brasil a partir da chamada “Operação Lava-Jato”. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em 04 de maio de 2019.

¹⁹⁶Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em 04 de maio de 2019.

¹⁹⁷ “Governança corporativa é o sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e monitoradas, envolvendo os relacionamentos entre acionistas/cotistas, conselho de administração, diretoria, auditoria independente e conselho fiscal. As boas práticas de governança corporativa tem a finalidade de aumentar o valor da sociedade, facilitar seu acesso ao capital e contribuir para a sua perenidade.” (Fonte: Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBCG) Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>. Acesso em 04 de maio de 2019.

público, tal como ocorre quando da realização de prestações de serviços não onerosas ou doações, ou quando da pactuação de termos de colaboração.

Uma vez que o que se visa quando do estabelecimento de tais relações colaborativas é o efetivo impacto positivo na sociedade e não uma externalidade negativa ou um benefício indevido para a empresa, a companhia privada que realiza um ato positivo em favor da sociedade deve fazê-lo visando unicamente impactar positivamente na comunidade em que está inserida e não obter nenhuma vantagem ilícita. Nenhum benefício econômico ou prioridade podem ser concedidos a esta empresa pelo poder público pelo fato de ter contribuído de alguma forma para a realização de finalidades que seriam dever do Estado atingir.

Há diversos exemplos atuais de empresas agindo em colaboração com o poder público, especialmente com os municípios. Esta prática não é uma absoluta novidade, mas ganhou evidência midiática recentemente pelo aumento do volume de doações e ações colaborativas realizadas e pela exposição midiática dada a elas.

Na cidade de São Paulo, por exemplo, durante o mandato da administração vigente, de 2016 até o momento, algumas ações chamam atenção: a empresa de tecnologia Siemens, em parceria com uma empresa especializada em instalações sobre rodas, colocou à disposição do município, por quatro meses, uma carreta equipada com um moderno equipamento de tomografia, a fim de atender à área da saúde pública em diversas áreas do município, de forma itinerante. Neste mesmo período, uma empresa do setor de asfaltos usinados cedeu uma tonelada de pavimento para o município, a fim de cooperar com a operação de recapeamento das ruas. Outra relevante doação, foi a efetuada por uma empresa armamentista austríaca, que doou oitocentas pistolas para uso da guarda municipal, contribuindo, assim, para a segurança pública. Houve também cessões de direitos de uso de *software*, doações obras de arte por particulares para o acervo cultural da cidade, doação de tecidos para a reforma de estofados, dentre diversas outras, realizadas tanto por empresas de grande porte e atuação internacional, quanto por pequenas empresas locais, conforme informações obtidas no portal da transparência do referido município¹⁹⁸.

¹⁹⁸Disponível

em:
https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/arquivos/contratos/2017/Termo_Doacao/019_2017/Termo_de_Doacao_0192017.pdf. Acesso em 08 de junho de 2019.

Todas estas ações impactaram positivamente na gestão do município. Entretanto, algumas também despertaram dúvidas quanto aos liames de sua legalidade, motivo pelo qual o gestor público à época em exercício respondeu e responde judicialmente a processos que visam apurar a legalidade destas colaborações¹⁹⁹.

Um exemplo muito questionado, é a doação de remédios próximos ao vencimento realizada por empresas do ramo farmacêutico, as quais, por meio de decreto estadual (Decreto nº62.491/2017²⁰⁰) também obtiveram isenção de ICMS em relação às saídas de produtos medicamentosos destinados à doações para o município de São Paulo. Os questionamentos acerca desta doação permeiam duas questões: a primeira se refere à isenção de ICMS concedida às empresas doadoras, o que poderia caracterizar doação com encargo, algo que seria inadmissível sem prévia licitação, em relação às doações ao poder público, como se verá mais adiante. O outro ponto se refere ao fato dos medicamentos estarem próximos à data de vencimento e, por isso, terem que ser descartados pelas empresas, o que supostamente lhes geraria um custo com o descarte maior que o custo com as doações²⁰¹.

No caso em questão, é difícil vislumbrar que tais questionamentos encontrem amparo, pois a isenção de ICMS para o trânsito de medicamentos a serem doados é de competência estadual e não municipal, de modo que não é possível se conceber que isso seja um encargo ao donatário. Já em relação à questão do custo com o descarte ser maior que o custo incorrido na operação de doação, ainda que assim o

¹⁹⁹Disponível em: [²⁰⁰ Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2017/decreto-62491-23.02.2017.html>. Acesso em 08 de junho de 2019.](https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/search.do;jsessionid=A5F869FD130EF2339372D982241A5ABD.cpopg5?conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=jo%C3%A3o+d%C3%B3ria+j%C3%BAnior&uuidCaptcha=sajcaptcha_e3993249b612402d963a62153a35a1af&g-recaptcha-response=03AOLTBLTKNX3NCdu-zR8z7POG_439BRoalDxMsimNzarvagAX5LmjVjAh7eMeE_SENVKvqP5YDYwygOJdJRhUS0MuCFRDPu93_iQD8rygUbeaMA6yEZULetROmGQue-0PpcNUdtdAFMPmdvbJ8bX0NH80MtUEhjSeWCWpSpXrvrwa1qLznQip_ZQllmGgC7rvONNd5r4NH_ehNq5-hy5kPc5av3kYbjU9hLuJPBiD95-ZiAe0eybpoAuTSdiS8MFmClmS83Mp6SA72S2mFzKC-xD1S5R0XjZuomsL_o9jRvL3l6g3lmMy1vl3P07Hujk9MHHSg8zSjrrzRw7JLxz2XOVBqvtLROz-tK8Asqlw-cRqmGPYw76ukIHAYOZ8n8V4ngUHuBx1st-k. Acesso em 08 de junho de 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁰¹ Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2017/07/03/para-parlamentares-programa-remedio-rapido-de-doria-fere-diretrizes-do-sus/>. Acesso em 08 de junho de 2019.

fosse, no caso em questão, não há vantagem exclusiva para uma determinada empresa em detrimento de outra, nem há vantagem ilícita sendo experimentada. Deste modo, o maior ganho é revertido em favor da população, que terá a demanda por remédios atendida, e em favor do Estado, que ficará desonerado e poderá alocar recursos em outras áreas necessitadas ou mesmo atender com mais eficiência à própria área da saúde.

O que se demonstra é que é necessária uma certa articulação política a fim de obter e operacionalizar as doações de empresas privadas para o poder público. Bem como é necessário que haja regulamentação para a efetivação das doações, a fim de que não se abra um campo de instabilidade jurídica para as empresas doadoras ou para os administradores da coisa pública.

Acima de tudo, o que deve ser buscado quando do estabelecimento deste tipo de relação colaborativa entre empresas privadas e o poder público é atendimento ao interesse público e ao bem comum, o que deve ser feito por meio de um processo democrático, que proporcione igualdade de condições entre os agentes públicos e privados envolvidos, de modo que não haja vantagem ilícita ou excessiva a nenhum dos partícipes.

3.2. Pressupostos gerais

A falta de regulamentação específica acerca da forma como devem se operacionalizar as ações colaborativas dos particulares para com o poder público, através de doações, prestações de serviços não onerosas, comodatos, dentre outras formas possíveis, acaba por trazer insegurança jurídica aos envolvidos. Esta situação, por consequência, pode diminuir o interesse do particular e do administrador público em concretizar este tipo de ação em prol da sociedade e do Estado, em razão do temor por serem processados ou até mesmo responsabilizados civil, criminal ou administrativamente; por isso, é importante a delimitação dos pressupostos gerais que devem sempre ser observados quando da realização deste tipo de contrato pelo qual se estabelece a ação colaborativa.

Em que pese a regulamentação específica para a operacionalização do recebimento de doações, comodatos ou termos de cooperação caber exclusivamente a cada ente federado – se seu Legislativo assim desejar fazê-lo - o que gera uma vasta gama de possibilidades, especialmente em se tratando dos municípios, uma vez que cada um deles deve fazer uma normatização de sua própria lavra, há alguns requisitos que deverão ser observados de forma genérica por todos os entes públicos, independente dos valores envolvidos na operação ou da forma pela qual ela se aperfeiçoará. A observância destes requisitos, por si só, já traz maior estabilidade à relação desenvolvida, uma vez que tende a minimizar os riscos envolvidos, gerando maior segurança jurídica às partes.

Considerando que a administração pública deve adotar medidas que visem à economicidade e à eficiência, nos termos do artigo 37 da Constituição do Brasil de 1988²⁰², mostra-se positiva a contratação com particulares para a execução de finalidades públicas, assim há menor apartamento do Estado e maior eficiência na execução dos serviços.

A contratação com particulares serve, sobretudo, para a viabilização de políticas públicas; portanto, é um tipo de contratação que serve ao interesse social²⁰³. Como aduz Marçal Justen Filho, “as contratações administrativas tornam-se um meio não apenas de satisfazer às necessidades imediatas do Estado. Passam a ser um instrumento se incentivo e fomento a atividades reputadas como socialmente desejáveis”²⁰⁴.

Para que as contratações entre o poder público e os particulares ocorram, o contrato administrativo é a ferramenta principal para viabilizar sua formalização. Entretanto, normalmente os contratos administrativos servem para regulamentar as contratações em que a administração pública remunera o particular para que execute serviços que seriam encargos da administração²⁰⁵. Trata-se de uma relação

²⁰² A emenda constitucional nº19 de 1998 inseriu o princípio da eficiência entre os princípios a serem observados pela administração pública.

²⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12^a ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 12.

²⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 12.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 12.

verticalizada, na qual a administração efetua a contratação porque necessita adquirir algum bem ou precisa que um determinado serviço seja realizado.

Quando da realização de doações, comodatos ou prestações de serviços não onerosas por liberalidade dos particulares, a administração pública fica apenas equiparada ao particular, em uma relação em que há horizontalização dos direitos, por não estar atuando no exercício de alguma prerrogativa pública e por não estar realizando uma contratação em que remunera o particular para lhe fornecer um bem ou prestar um serviço que necessite²⁰⁶. Portanto, neste tipo de relação fala-se em contratos de natureza civil, nos quais não pode haver “cláusulas exorbitantes”²⁰⁷, que conferem prerrogativas a apenas uma das partes em detrimento da outra, o que é comum e necessário em contratos administrativos em sentido estrito²⁰⁸.

Há quem defenda que, em se tratando de contratos administrativos, não se fale em autonomia da vontade, em razão da Administração Pública estar adstrita ao princípio da legalidade, segundo o qual esta só poderia agir mediante existência prévia de lei autorizativa, situação em que o administrador não teria poder de escolha²⁰⁹. Entretanto, dada a natureza contratual bilateral das doações, dos termos de cooperação e dos comodatos, é necessário que todos os envolvidos - os quais devem, antes de tudo, ser pessoas que gozem plenamente sua capacidade civil - manifestem sua vontade de realizar o negócio jurídico em questão²¹⁰.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 60.

²⁰⁷ Em relação às cláusulas exorbitantes, Odete Medauer explica que: “Tendo em vista a presença na Administração, percebeu-se que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo. Então, os aspectos que fugiam daquela teoria foram denominados de *cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum*. Nessa expressão, direito comum significava sobretudo o direito civil; o termo “derrogatórias” expressava que tais cláusulas aboliam ou deixavam de lado preceitos vigentes para o contrato privado; o vocábulo “exorbitantes” significava que excediam ou se desviavam do direito privado. Com o tempo a expressão foi reduzida para *cláusulas exorbitantes* e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais dos seu regime jurídico. No ordenamento pátrio, tais cláusulas permeiam o tratamento legal dos contratos administrativos, sendo arroladas no art. 58 de Lei 8.666/93 como prerrogativas da Administração.” In MEDAUER, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 212.

²⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 268.

²⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit*, p. 252.

²¹⁰ BIM, Eduardo Fortunato. FARIAS, Talden. *Da validade da doação à administração pública: do Estado Donatário*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 18, n. 72 (abr./jun. 2018), p. 55.

Portando, o elemento volitivo correspondente ao princípio da autonomia da vontade deve ser sempre observado, de modo que o negócio jurídico somente existirá se ambas as partes estiverem dispostas a tanto, pois nenhum particular pode ser obrigado a doar nem ceder nada gratuitamente, dispondo assim de parte de seu patrimônio. Por outro lado, nem a administração pública pode estar obrigada a aceitar a doação ou a cessão gratuita se não lhe for conveniente por não atender ao interesse público ou ao bem comum.

O particular deve querer expressamente, de forma livre, realizar a doação, o comodato ou a cessão gratuita. Já a autoridade administrativa deve usar de seu poder discricionário²¹¹ e optar por receber a doação, após análise do interesse e conveniência de fazê-lo, pois a administração não deve receber bens ou prestações de serviços que não lhe sejam úteis, que não atendam ao interesse público ou que não sirvam ao bem comum.

Neste contexto, em que a Administração Pública é donatária ou mera recebedora, embora os princípios administrativos devam ser observados, o contrato será regido pelas normas de direito privado e há liberdade administrativa para realização do contrato²¹². A Administração Pública poderá se sujeitar ao regime de direito privado quando for silente a norma de direito público. Entretanto, nunca estará integralmente submetida somente às normas de direito privado, o qual poderá ser derogado parcialmente pelo direito público, quando aplicável.

Independentemente de estar realizando uma contratação típica do direito público ou um contrato regido pelo direito privado, em uma relação horizontalizada, a Administração Pública sempre deverá observar os princípios administrativos previstos no artigo 37 da Constituição do Brasil de 1988²¹³.

²¹¹ Segundo Odete Medauer, o conceito de poder discricionário é “a faculdade conferida à autoridade administrativa, de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis (...) seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha.” E continua, diferindo poder discricionário de atividade discricionária e de discricionariedade: “atividade discricionária refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto discricionariedade é a própria possibilidade de escolha.” In MEDAUER, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

²¹² BIM, Eduardo Fortunato. FARIAS, Talden. *Da validade da doação à administração pública: do Estado Donatário*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 18, n. 72 (abr./jun. 2018), p. 55.

²¹³ Constituição do Brasil de 1988. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

Em relação ao princípio da legalidade, a Administração Pública está obrigada a observar as leis e não realizar nada que seja vedado por elas. Em termos operacionais, a Administração deve fazer somente aquilo que a lei determina. Entretanto, em se tratando de doações, comodatos ou prestações de serviços não onerosas, fala-se de uma relação privada. Portanto, nesta situação, a aplicação do direito público administrativo é subsidiária.

Embora desejável, a existência prévia de lei autorizativa da doação, do comodato ou da prestação de serviços não onerosa para o poder público não é essencial nem é um requisito de validade da doação, observadas as peculiaridades de cada caso específico. Não é necessário que haja lei que determine ou obrigue que a administração realize o contrato de colaboração com o particular, basta que a Administração não aja contra as leis e os princípios administrativos para que a doação, o comodato ou a prestação de serviços não onerosa sejam válidos.

Trata-se de uma situação em que a Administração Pública não está agindo de forma autoritária em exercício de uma prerrogativa estatal, não está realizando um ato no exercício de seu poder de império sobre o particular. Portanto, não se trata de uma relação verticalizada²¹⁴.

De toda forma, mesmo fazendo-se esta ressalva, a Administração Pública fica obrigada a observar em absoluto os demais princípios administrativos previstos no artigo 37 da Constituição do Brasil de 1988 sempre que contratar com um particular em uma relação típica de direito privado. Ou seja, fica obrigada a observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Além disso, também é recomendável que observe alguns dos princípios complementares previstos no artigo 2º da Lei 9.784/99²¹⁵, especialmente o da finalidade, da motivação, do interesse público e da eficiência.

Em relação ao princípio da impessoalidade, ao aceitar uma doação, um comodato ou o oferecimento de uma prestação de serviços não onerosa, importa que a administração não ofereça nenhuma vantagem a nenhum particular específico, especialmente se vinculado à Administração Pública. Em especial, chama-se atenção

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 251.

²¹⁵ Lei nº9.784/99. “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

ao atendimento deste princípio, pois a doação ao poder público não pode, de forma alguma, acarretar algum tipo de favorecimento indevido ao doador ou a algum terceiro, nem tampouco ao administrador da coisa pública²¹⁶.

A impessoalidade tem duas vertentes: deve ser observada tanto em relação ao administrado como em relação à pessoa do administrador público. Portanto, não pode haver benefício a pessoas determinadas nem pode haver benefício direto à autoridade que pratica o ato²¹⁷. Nesse sentido, é a previsão do parágrafo primeiro do artigo 37 da Constituição do Brasil de 1988²¹⁸, que veda a aposição de nomes, símbolos ou imagens que realizem a promoção pessoal da autoridade pública, de modo que o administrador não pode computar para si pessoalmente a realização de algum ato em prol da sociedade.

Quanto à observância do princípio da moralidade, faz-se necessário distinguir-se a moral da lei em sentido estrito, sendo que a moral está contida no direito e na lei positivada, mas nem sempre o direito e a lei conseguem abarcar a moral em sua completude. Assim como, aquilo que estabelece a lei pode muitas vezes ser imoral.

Como aponta Odete Medauer, “o princípio da moralidade é de difícil tradução, verbal talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da administração pública”²¹⁹. Diante disso, a moralidade administrativa rechaça todo aquele ato isento de lisura ou que possa ser caracterizado como desvio de poder, todo ato que não tenha como finalidade maior o interesse público e o bem comum; podendo serem estes atos expressamente defesos ou não por lei²²⁰.

Já o princípio da publicidade implica ampla divulgação dos atos praticados pela administração pública. Portanto, é mister que todas as doações, comodatos ou

²¹⁶ BIM, Eduardo Fortunato. FARIAS, Talden. *Da validade da doação à administração pública: do Estado Donatário*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 18, n. 72 (abr./jun. 2018), p. 58.

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 67.

²¹⁸ Constituição do Brasil de 1988. “Art. 37. § 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

²¹⁹ MEDAUER, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 127.

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit.*, p. 77.

prestações de serviços não onerosas firmadas com o poder público sejam divulgados em local de fácil acesso à população.

O princípio da publicidade está plenamente alinhado com a lei complementar nº101/2000, que estabelece normas direcionadas para responsabilidade fiscal e que determina a divulgação em meios eletrônicos de acesso público sobre as movimentações financeiras dos entes públicos. Deste modo, é pertinente a aplicação desta mesma transparência às relações de colaboração mantidas entre o poder público e os particulares, sobretudo com a divulgação ampla e aberta em meios eletrônicos das relações colaborativas que venham a ser entabuladas.

A publicidade dos atos também é desejável por parte das empresas que realizam estas ações colaborativas com o poder público. Primeiramente porque, assim, estas empresas têm legalmente o crédito pela realização da ação devidamente atribuído a si e, também, porque o princípio da publicidade está alinhado ao princípio da transparência empresarial, pelo qual as empresas visam demonstrar a seus *stakeholders* a lisura das operações que realizam e todos os seus pormenores, o que é ainda mais desejável quando se trata de uma operação realizada entre empresa e esfera pública²²¹.

Ademais, é comum atribuir-se nos locais públicos um espaço para indicação do nome do particular responsável por sua manutenção ou revitalização, normalmente em uma placa. Esta atitude também está alinhada ao princípio da publicidade, no sentido de conferir conhecimento público quanto ao ato, uma vez que possibilita àqueles que usufruírem do local, identificarem quem foi o responsável pela obra ou pela benfeitoria.

Quanto ao princípio da eficiência, este prega que o administrador público haja com o melhor desempenho possível e buscando os melhores resultados²²². Como já esposado, as parcerias de colaboração firmadas entre as empresas e o poder público aumentam a eficiência do Estado, pois melhoram os resultados do administrador público, os quais não seriam obtidos sem o auxílio dos particulares, uma

²²¹ LAURETTI, Lélío. *O princípio da transparência no contexto da governança corporativa*. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/5790/#.XQax6BZKjIU>. Acesso em 16 de junho de 2019, às 18h24m.

²²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 83.

vez que o Estado não tem condições, sozinho, de atender a todo o elevado encargo que lhe é atribuído, especialmente na promoção de direitos fundamentais sociais.

Outro relevante pressuposto a ser observado é o princípio da motivação, o qual determina que todos os atos da Administração Pública devam trazer consigo claros fundamentos legais e fáticos que amparem a decisão, pois só assim é viável realizar a constatação da legalidade do ato e a ausência de arbitrariedade²²³. Por isso, quando do recebimento de uma doação ou outro tipo de colaboração do particular, é essencial que o administrador justifique as condições fáticas que o levam a aceitar a doação, a fim de que se possa analisar a conveniência do recebimento, além de amparar o ato juridicamente.

Já em relação ao interesse público, por todo o exposto desde o início, resta evidente que a Administração Pública deve agir sempre visando o atingimento do interesse público, do bem da sociedade como um todo, não o interesse do gestor público nem o interesse do particular, com o que estão alinhados todos os pressupostos supra elencados. A realização das colaborações privadas para com o poder público só faz sentido e se justifica em razão do atendimento ao interesse público e do bem da coletividade.

O interesse público trata-se de um princípio maior e geral, de onde decorrem todos os demais princípios administrativos, os quais devem reger em absoluto a relação público-privada, pois, neste tipo de relação, deve haver sempre a preponderância do interesse público em relação ao particular.

3.3. Formas e instrumentos (doações, comodatos e termos de cooperação)

As ações colaborativas das empresas para com o poder público podem se operacionalizar de três formas: através de doações, pelas quais a empresa doadora transfere a posse e a propriedade de um determinado bem ao ente público, através de comodatos pelos quais a empresa empresta um determinado bem ao poder público por um determinado período, transferindo-lhe a título precário a posse do bem. E através de termos de cooperação, por meio dos quais podem se pactuar prestações

²²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. Cit*, p. 81.

de serviços não onerosas, realizações de melhorias em locais públicos, dentre outros. Cada uma destas formas de se operacionalizar uma ação colaborativa para com o poder público tem suas especificidades, motivo pelo qual cada uma delas deve ser analisada separada e pormenorizadamente.

Embora haja um forte traço privatista nestes contratos de doação, comodato e cessão ou prestação de serviços não onerosa, alguns requisitos inerentes ao direito público devem ser necessariamente observados quanto da contratação com a administração, em relação à forma, ao procedimento, ao conteúdo e à finalidade.

Tratando-se os contratos de doação, comodato e prestação de serviços não onerosa de instrumentos contratuais regidos primordialmente pelas normas de direito privado, antes de tudo são requisitos essenciais para a validade do negócio jurídico, em regra geral, que as partes envolvidas sejam capazes, que objeto do contrato seja lícito, possível, determinado ou determinável e que sua forma seja prescrita ou não defesa em lei, nos termos do artigo 104 do Código Civil Brasileiro²²⁴, norma privada que se aplica entre os contratos entre os particulares e que, de forma subsidiária, se aplica aos negócios públicos. Exceção se faz à exigência da capacidade do donatário quando se tratar de doação pura, nos termos do artigo 543 do Código Civil Brasileiro²²⁵, ocasião em que não se faz necessária a aceitação pelo donatário, se incapaz. Entretanto, em se tratando de doações para o poder público, não há que a cogitar a incapacidade do donatário.

O Código Civil Brasileiro não exige que os contratos de comodato ou prestação de serviços sejam entabulados por escrito. Entretanto, para o fim de conferir maior transparência à relação, é recomendável que todos os contratos firmados com a administração sejam entabulados preferencialmente por escrito. Além disso, devem estar motivados e servir a uma finalidade estritamente pública, não podendo jamais beneficiar de forma particular o doador, o agente público envolvido ou terceiro²²⁶.

Os comodatos são, em essência, contratos pelos quais não se estabelece nenhuma vantagem ao comodante, em contrapartida ao objeto do comodato. Trata-

²²⁴ Código Civil Brasileiro. “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

²²⁵ Código Civil Brasileiro. “Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.”

²²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 257.

se de um tipo contratual tipicamente privado, regido pela autonomia da vontade²²⁷. São “empréstimos gratuitos”, conforme estabelece o artigo 579 do Código Civil Brasileiro²²⁸. Portanto, para este tipo contratual, a princípio, não seria pertinente falar em encargo à administração, caso contrário, não se estaria falando de comodato, em razão da ausência da característica da gratuidade.

Entretanto, como aponta Sérgio Ferraz, por força do artigo 582 do Código Civil²²⁹, o comodatário fica obrigado a conservar o bem dado em comodato como se seu fosse durante toda a vigência do comodato e realizar a manutenção e a conservação do bem, motivo pelo qual seria recomendável a ocorrência prévia de um chamamento público para manifestação de interesse de possíveis comodantes para aquele determinado objeto do comodato²³⁰.

Ademais, não pode o comodatário cobrar do comodante que suporte ou reembolse as despesas incorridas com a conservação do bem, como estabelece o artigo 584 do Código Civil²³¹, de modo que a administração pública que recebe o bem em comodato fica automaticamente obrigada a realizar a sua conservação e manutenção. Por este motivo, o administrador público não deve desviar a atenção das eventuais despesas a serem incorridas quando da aceitação do comodato.

O mesmo se aplica em relação às prestações de serviços não onerosas, em que o termo “não onerosas” também faz crer, à primeira vista, que não há estabelecimento de encargo à administração. As prestações de serviços não onerosas ou as realizações de melhorias pontuais em locais públicos podem ser formalizadas através de termos de cooperação, entabulados entre o Estado e o particular. Entretanto, deve-se atentar ao fato de que, muitas vezes, não há encargo para a

²²⁷ MENDES, Michele Diniz. *Acordo de cooperação*. In MENDES, Michele Diniz (coord.) *Marco regulatório das organizações da sociedade civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 126.

²²⁸ Código Civil Brasileiro. Art. 579. “O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.”

²²⁹ Código Civil Brasileiro. Art. 582. “O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

²³⁰ FERRAZ, Sérgio. *Doações empresariais à Prefeitura Paulistana*. In FREITAS, Juarez. COSTA, Renato Saeger Magalhães. (coord). *Direito público: grandes temas, homenagem à Urbano Vitalino de Melo Filho*. Curitiba: Juruá, 2017, p. 211.

²³¹ Código Civil Brasileiro. Art. 584. “O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.”

administração, mas há um encargo estabelecido para terceiros ou um benefício indireto obtido através de terceiros em favor daquele que oferece a prestação de serviços, mesmo que não haja nenhum desembolso dos cofres públicos.

Um exemplo de prestação de serviços “não onerosa”, mas que gera benefício indireto ao prestador, citado por Marçal Justen Filho, é o da agência de turismo que se dispõe a realizar gratuitamente o serviço de agenciamento de passagens para a Administração Pública. Neste caso, a agência nada recebe diretamente do poder público, não há desembolso de dinheiro público, mas a agência recebe comissionamento das companhias aéreas sobre as passagens vendidas. Neste contexto, não há que se cogitar dizer que a atuação da empresa é gratuita e sem interesse econômico, pois ela está sendo remunerada pelo serviço por um terceiro estranho à administração pública e está obtendo vantagem econômica. Portanto, para o caso em exemplo, o ideal é que se proceda previamente à realização de um procedimento licitatório a fim de conferir igualdade aos demais particulares que tenham interesse em executar este serviço e, também, para verificar qual a condição mais benéfica para a administração pública²³².

Por outro lado, as doações são tipos contratuais que podem ser estabelecidos sem encargo, hipótese em que a doação é pura e simples, pois não se estabelece nenhuma obrigação ao donatário ou com encargo, hipótese em que o doador estabelece obrigações ao donatário em razão da doação realizada, obrigações estas a serem feitas em proveito do próprio doador ou de algum terceiro.

Quando se fala em doações sem encargo, fala-se em ausência de necessidade de autorização legislativa prévia, licitação ou de qualquer outro processo que garanta isonomia ou paridade; ou seja, quando em razão da doação não se estabelece nenhuma obrigação ao poder público nem nenhuma contraprestação ao doador, fala-se em um contrato estritamente privado. Nas doações sem encargo, há simplesmente a transferência de uma benesse do particular ao poder público, de algo que irá atender ao interesse público e ao bem comum. Portanto, não há que se exigir prévia autorização legislativa para tanto. Do contrário, fosse a autorização legislativa um requisito prévio, maior seria a burocracia e a morosidade envolvendo a questão, o que

²³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 52.

certamente obstará a concretização de muitas doações, o que não está alinhado com o interesse público e, portanto, não é adequado às doações sem encargo.

Um exemplo de doação com encargo é o caso hipotético de licenças de uso de *software* doadas ao município, as quais vinculam o donatário a somente poder realizar as manutenções periódicas dos *softwares* com a empresa doadora. Neste caso, o encargo gerado pela doação pode onerar sobremaneira a administração, motivo pelo qual ela não pode ser aceita pela autoridade pública sem um processo prévio que garanta validade à doação.

O mesmo ocorre também, por exemplo, quando o doador de um imóvel estipula que o bem deve ser destinado exclusivamente a sediar uma escola municipal e estipula também que a referida escola deve levar seu nome, em sua homenagem. Tais doações não podem ser aceitas pela autoridade pública sem a observância de alguns requisitos administrativos, caso contrário, poderão ter sua validade e licitude questionadas, pois as obrigações estipuladas em contrapartida à doação extrapolam a utilização comum dos bens e a transparência habitual inerente à doação para a administração pública.

A vinculação a uma finalidade específica na doação, em regra, não é entendida com um encargo. No caso acima, se o doador do imóvel destinado à escola não houvesse condicionado a doação à escola levar o seu nome, o negócio jurídico em questão não seria considerado uma doação com encargo pelo simples fato do bem doado ser destinado a sediar uma escola. No caso de destinação específica, cabe apenas ao Administrador analisar a conveniência a doação, e, sendo conveniente, motivar o aceite.

Entretanto, o liame entre a destinação e o encargo é tênue, pois a destinação não pode ser tão específica ou intensa ao ponto de caracterizar-se como um encargo. Nas palavras de Eduardo Fortunado Bim e Talden Farias, “quanto mais específica for a destinação do bem, mais intensamente motivado deve ser o ato de aceitação”²³³. Portanto, cabe ao Administrador público, quando do recebimento da doação, analisar se a destinação que o doador deseja conferir ao bem atende ao interesse público e

²³³ BIM, Eduardo Fortunato. FARIAS, Talden. *Da validade da doação à administração pública: do Estado Donatário*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 18, n. 72 (abr./jun. 2018), p. 60.

motivar a aceitação do referido bem sempre no sentido de atestar que a doação realmente atenderá ao bem comum e ao interesse da sociedade.

Em se tratando de doação com encargo, em que alguma espécie de vantagem direta ou indireta possa vir a ser concedida em favor do doador ou de um terceiro, a administração sempre deverá observar alguns princípios administrativos, especialmente os insculpidos no *caput* do artigo 37 da Constituição do Brasil de 1988. Portanto, havendo encargo à Administração, não bastará que o Administrador público aceite a doação, devendo observar algumas formalidades que garantam condições paritárias aos particulares que queiram doar para o poder público. Nesse sentido, explicam Eduardo Fortunato Bim e Talden Farias:

“Nossa Constituição garante um processo seletivo para os ajustes nos quais há uma escolha limitada do número de particulares, esse é o espírito do artigo 37, XXI, da CF, que não se limita às contratações públicas. Internalizar essa diretriz constitucional traduz-se, no cotidiano administrativo, mesmo na ausência de texto legal específico, no chamamento público, procedimento simplificado para selecionar quem vai fazer o ajuste com o Estado”²³⁴.

A Lei 8.666/1993, que institui as normas sobre as licitações públicas e sobre as contratações com a Administração pública não faz menção a contratações unilaterais em relação à Administração, nem trata de ações realizadas por liberalidade dos particulares em relação à Administração Pública. Por isso, em regra, não se fala em exigência de licitação prévia para a realização de doações para o poder público, pois elas, em regra, são caracterizadas por uma liberalidade do doador que é mais vantajosa ao poder público, ainda que haja encargo, pois a natureza da doação exclui a exigência de coação.

Ademais, o processo licitatório é complexo e burocrático e toda a sua burocracia obstará sobremaneira a concretização de doações para o poder público. Cogita-se a exigência de licitação prévia somente quando se tratarem de contratos bilaterais ou sinalagmáticos, que estabeleçam alguma troca de patrimônio equivalente entre as partes, o que não ocorre nas doações. Mesmo quando se tratar de um objeto a ser doado que venha a ser oferecido concomitantemente por diversos particulares, hipótese em que seria necessário conferir isonomia nesta “competição” a fim de se

²³⁴ BIM, Eduardo Fortunato. FARIAS, Talden. *Da validade da doação à administração pública: do Estado Donatário*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 18, n. 72 (abr./jun. 2018), p. 60.

eleger qual deles doaria ao poder público. Porém, ainda assim não seria necessária a realização de licitação²³⁵. Marçal Justen Filho assim explica:

“Quando alguém pretende doar algo em favor da Administração, não existe, em princípio, possibilidade de competição. Como o doador é titular do poder de determinar as condições da doação, não haverá possibilidade de seleção de uma única proposta como a mais vantajosa. A doação em favor do Estado configura, em última análise, hipótese de inexigibilidade de licitação. Não há viabilidade de estabelecer parâmetros objetivos de competição. Cada particular, dispondo-se a doar bens, determina a extensão e as condições do contrato. Ademais, nem há contrapartida por parte da Administração que pudesse ser eleita como critério para identificar a maior vantagem. Tem de reconhecer-se, portanto, ser pressuposto da licitação a existência de uma prestação a ser realizada pela Administração em favor de particulares. A razão não consiste, pura e simplesmente, em a Administração participar de um contrato. O que exige a licitação é o contrato importar dever de a Administração realizar uma prestação em benefício de particular. Nessa hipótese é que terá cabimento procedimento seletivo, destinado a identificar a melhor proposta, com observância do princípio da isonomia”²³⁶.

É necessário que se observem os princípios administrativos e os pressupostos gerais de validade do contrato e da contratação com a Administração Pública. Entretanto, a exigência de licitação prévia seria um grande óbice à concretização destas ações colaborativas, o que não está alinhado à eficiência esperada do Administrador público, nem à inafastável urgência e clamor da população para a efetivação de direitos fundamentais sociais.

Diante disso, para que os princípios administrativos sejam atendidos quando uma doação com cargo está em questão, para que alguns ônus venham a ser assumidos pela administração pública, exigir-se-á a existência prévia de uma lei autorizativa. Mesmo sendo a lei necessária, em razão da exigência prévia da autorização legislativa, não há que se falar em licitação, em razão da natureza da doação²³⁷.

Entretanto, em uma hipótese em que sejam vários os interessados em doar para a Administração Pública, de modo que poderia ocorrer uma espécie de sobrecarga de doações ao poder público, o ideal é que haja um chamamento público

²³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12^a ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 50-53.

²³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 51.

²³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, p. 54.

a fim de estabelecer isonomia entre as partes interessadas em doar²³⁸, tal como previsto na lei nº10.019/2014, a qual estabelece normas para as parcerias firmadas entre a administração pública e a sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco.

Esta lei em específico destina-se a parcerias firmadas com entidades privadas sem fins lucrativos, sociedades cooperativas e organizações religiosas que exerçam atividades ligadas ao setor social. Tal como prevê o artigo 2º da lei nº10.019/2014, destina-se à hipótese em que o Estado coopera com estas entidades. Entretanto, o procedimento de chamamento público pode ser aplicado para organizações com fins lucrativos, como as empresas, ou sem fins lucrativos para o recebimento de doações com encargo, a fim de que haja um processo de seleção igualitário, que oportunize a todos o direito de oferecer uma determinada doação ao poder público.

O ideal seria que houvesse uma norma geral, aplicável desde o âmbito nacional, que regulamentasse as ações colaborativas das empresas para com o poder público. Ou que cada unidade federada elaborasse uma legislação própria a fim de autorizar e regulamentar expressamente as doações a si, bem como que regulamentasse a forma pela qual estas doações devem ser operacionalizadas formalmente, elencando os requisitos e etapas a serem seguidos, a fim de se evitar questionamentos quanto à licitude e à validade da doação após estas já terem se concretizado. Tal legislação deve ser motivada pelo interesse público e pela possibilidade das empresas e particulares em geral contribuírem com o desenvolvimento local, com o bem-estar social e a efetivação de direitos fundamentais sociais, de forma a possibilitar o exercício pleno da função social da propriedade e da empresa, o que está alinhado com os ideias de um Estado democrático de direito.

A cidade de São Paulo destaca-se na regulamentação da matéria, possuindo uma completa legislação específica que prevê a possibilidade e a regulamentação para o recebimento de doações sem encargo e comodatos, estabelecendo as hipóteses de chamamento público geral, chamamento público específico e

²³⁸ O “chamamento público” está conceituado no artigo 2º, XII da Lei nº 13.019/2014, que assim o define: “procedimento destinado a selecionar organizações da sociedade civil para firmar parceria por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garante a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.”

procedimento de manifestação de interesse em doar ou oferecer comodato²³⁹. Pelo chamamento público geral, estipulado na lei paulistana, anualmente, todos os órgãos e entidades públicos do município informam o rol de bens que têm interesse em receber e regulamenta-se a forma de recebimento de propostas daqueles interessados em doar.

Pelo chamamento público específico, abre-se a possibilidade do recebimento de doações de bens que não tenham sido incluídos no rol dos elencados no chamamento público geral. E, por fim, pelo procedimento de manifestação de interesse em doar ou oferecer comodato de bem que não esteja previsto no chamamento público geral ou no específico, o particular que desejar realizar proposta de doação ao poder público pode fazê-lo, devendo realizar proposta que contemple os requisitos previstos na referida legislação, a qual será submetida à análise do órgão público para que verifique o interesse e a conveniência do recebimento da doação ou do comodato.

Diversas outras cidades também regulamentaram a forma de recebimento de doações, comodatos e prestações de serviços não onerosas. Entretanto, esta ainda não é a realidade de todo o país, especialmente dos municípios menores ou mais isolados. Embora o recebimento de doações sem encargo não exija a existência de legislação prévia autorizativa, a existência desta legislação, que regulamenta o procedimento a ser adotado, é positiva para todos os envolvidos, pois, com isso, o Administrador público e o doador terão maior segurança jurídica quanto ao ato praticado e a sociedade como um todo também estará mais segura em relação a eventuais desvios de poder que podem ocorrer quando não existe norma específica quanto à forma de operacionalização destes contratos. Portanto, esta maior regulação tende a fomentar e incentivar que as empresas e particulares realizem este tipo de ação colaborativa para com o Estado, dada a maior segurança e transparência que é conferida pela regulamentação procedimental.

Por fim, importa salientar que elaboração de uma lei que regule genericamente o procedimento para a oferta e operacionalização das doações sem

²³⁹ Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2018/5810/58102/decreto-n-58102-2018-regulamenta-o-recebimento-de-doacoes-e-comodatos-de-bens-exceto-imoveis-bem-como-de-doacoes-de-direitos-e-servicos-sem-onus-ou-encargos-pelos-orgaos-da-administracao-direta-autarquias-fundacoes-e-servicos-sociais-autonomos-institui-o-selo-amigo-da-cidade-de-sao-paulo>. Acesso em 18 de junho de 2019.

encargo e o oferecimento de comodatos, através do chamamento público, se aplica a doações e comodatos reais, cuja finalidade é o atendimento do interesse público e do bem comum, em uma tentativa solidária de cooperar para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e o desenvolvimento local. Por óbvio, não se aplica nem visa ser aplicado a situações que visem de alguma forma mascarar interesses escusos, nem beneficiar nenhum particular. Também não se aplica às hipóteses em que a exigência de legislação específica autorizativa do ato seja um pré-requisito, como nos casos de doação com encargo.

A adoção de uma forma de regulamentação específica é uma maneira de conferir maior segurança jurídica a todos os envolvidos, garantir a observância dos princípios administrativos e propiciar o aumento das ações colaborativas de empresas e particulares para com o poder público. Trata-se de uma forma de possibilitar a ampliação deste tipo de ação, o que está em consonância com os princípios constitucionais administrativos e econômicos e com os ideais do Estado democrático de direito, possibilitando meios para a promoção do bem estar social e para a realização da justiça social através do exercício da função social da propriedade e da empresa, que pode contribuir de forma ativa com efetivação dos direitos fundamentais sociais, de forma exorbitante ao mero cumprimento de suas obrigações legais objetivas.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se na presente dissertação analisar a inter-relação entre as empresas privadas e o poder público, especialmente os municípios, quando do estabelecimento de ações colaborativas por parte das primeiras em favor da sociedade, no sentido de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais. Buscou-se entender quais falhas levam o Estado, especialmente os municípios, a não conseguirem conferir plena efetividade aos direitos fundamentais sociais, qual o papel da empresa no Estado contemporâneo e como a empresa privada pode cooperar com o poder público, especialmente com os municípios, para trazer maior efetividade aos direitos fundamentais sociais, através de doações, comodatos ou prestações de serviços não onerosas, analisando quais os limites materiais e formais destas ações.

Primeiramente, entendeu-se que Estado tem o dever de promover os direitos fundamentais sociais, a fim de trazer dignidade à sua população e promover a justiça social. A Constituição do Brasil de 1988 confere alta proteção aos direitos fundamentais sociais e impõe ao Estado que os conceda e garanta à sociedade, motivo pelo qual estes devem ser prioridade em termos de escolha pública. Entretanto, o Brasil enfrenta graves dificuldades para conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Concluiu-se que a dificuldade do Estado brasileiro em efetivar direitos fundamentais tem diversas origens. A primeira delas é a dimensão continental do país, que apresenta diversas situações socioeconômicas distintas e muitas peculiaridades em cada região, o que torna necessária uma descentralização administrativa para que se possa atender especificamente a cada região, o que ocorre através da adoção da forma estatal de federação, conferindo autonomia a cada unidade federativa, especialmente aos municípios.

Com a adoção do modelo federativo e com a autonomia conferida aos municípios pela Constituição do Brasil de 1988 houve um aumento significativo do número de municípios, o que gerou um maior aparatamento do Estado e maior necessidade de transferência de recursos da União aos municípios pequenos, que não conseguem por si sós obterem uma arrecadação significativa. Por isso, a eficiente distribuição de recursos é condição para que os municípios, especialmente os menores, consigam atender à população. Todavia, primeiramente, o Brasil possui um

déficit arrecadatório e, pelo modelo federativo adotado, o poder de distribuição de recursos é centralizado na União, o que acaba tornando estes entes reféns das decisões políticas tomadas em nível nacional, em termos de distribuição de recursos.

Além disso, outra questão relevante apurada, que dificulta a efetividade dos direitos fundamentais em âmbito municipal, é o desequilíbrio da distribuição de funções, pois há uma demanda mais elevada da população em relação aos municípios do que em relação aos estados e à própria União, uma vez que os municípios são a esfera administrativa mais próxima à população, de forma que estes acabam sendo reiteradamente demandados judicial e extrajudicialmente para conferirem efetividade aos direitos fundamentais sociais.

Portanto, conclui-se que os municípios possuem elevado encargo material e se encontram sobrecarregados pela alta quantidade de serviços públicos que devem oferecer à população. Todavia, ficam limitados e não conseguem conferir plena efetividade aos direitos fundamentais sociais, em razão da escassez de recursos próprios, das falhas de distribuição de recursos pela União, de quem é altamente dependente. Além de ficarem reféns das decisões tomadas em nível nacional, que, muitas vezes, são absolutamente descompassadas com a realidade da região em que estão alocados e da realidade que experimentam.

Nesse contexto, a cooperação das empresas privadas para o poder público mostrou-se um meio de propiciar maior efetividade aos direitos fundamentais sociais. Atualmente, as empresas e suas formas de organização são uma forma de atuação do Estado, como instrumentos do capitalismo, o qual é essencial para a manutenção do Estado tal como conhecemos hoje, uma vez que toda a arrecadação estatal advém da produção e circulação de riquezas.

A mera existência da empresa já contribui para o cenário econômico positivo do país, pois, por ativar-se, a empresa gera empregos, recolhe impostos, circula riquezas e, portanto, fomenta a economia. A empresa é, portanto, um ente dinâmico, força em movimento com escopo produtivo, que expande seus efeitos para toda a sociedade e contribuiu para o seu desenvolvimento.

A função social da empresa está conectada ao atingimento de um bem mais nobre que o lucro, uma vez que a atividade empresarial ressoa positivamente na esfera social, promovendo seu desenvolvimento e, portanto, está revestida de interesse público. Além disso, a empresa pode exorbitar sua atuação positiva na

sociedade, atuando além daquilo que já inerente à sua existência, e contribuir de forma ainda mais positiva com a sociedade, através do exercício de sua responsabilidade social.

Entendeu-se que responsabilidade social das empresas surge como uma alternativa para suprir demandas não atendidas pelo Estado. A atuação da empresa por meio de ações de responsabilidade social atende tanto ao interesse da empresa, no sentido de construir uma boa imagem perante os *stakeholders*, quanto em favor da sociedade. Entretanto, o fato de haver interesses empresariais ligados ao lucro e à boa imagem da empresa, não excluem o caráter altruísta destas ações, pois o ganho revertido em favor da sociedade é maior. Trata-se de uma forma de atuação que vai ao encontro dos princípios sociais e democráticos constitucionalmente protegidos.

Feitas estas conclusões, passou-se a analisar a forma pela qual as ações colaborativas das empresas privadas para com o poder público podem ser operacionalizadas. Uma vez que cada vez mais o Estado, sozinho, não tem condições de conferir efetividade aos direitos fundamentais sociais, observou-se um aumento contínuo das ações colaborativas entre as empresas privadas e o poder público, especialmente através de doações, oferecimento de comodatos e prestações de serviços não onerosas.

Concluiu-se que, para que esta colaboração seja possível, a máxima condutora desta relação deve ser o interesse público e que esta relação deve, sobretudo, ser revestida de moralidade e transparência, as quais são exigidas não somente no âmbito administrativo, mas também no empresarial. Além disso, embora as doações, comodatos e prestações de serviços não onerosas se tratem de formas contratuais regidas pelo direito privado, os princípios administrativos previstos no artigo 37 da Constituição do Brasil devem ser observados e podem derrogar as normas de direito privado, de acordo com análise casuística da situação.

Por fim, considerando a inexistência de uma norma de amplitude nacional que regulamente a forma pela qual as doações, os comodatos e as prestações de serviços não onerosas de empresas privadas para o poder público devem ser operacionalizadas, apurou-se que cada ente federado vem editando sua própria legislação a respeito, o que se dá não por necessidade de existência de lei que previamente autorize a realização destas ações colaborativas (salvo o caso de doações com encargo), mas pelo fato de que, havendo tal regulamentação, haja maior

segurança jurídica aos envolvidos, o que certamente gera um estímulo para que as empresas se proponham a realizar tais ações e os gestores públicos as aceitem, sem maior temor de serem questionados por isso.

Diante disso, o que se propõe ao final deste estudo, é a adoção de uma regulamentação específica que estabeleça claramente as formas pelas quais estas ações colaborativas devem ser operacionalizadas, a fim de que se confira maior segurança jurídica aos envolvidos e, por conseguinte, haja um estímulo maior à realização destas ações colaborativas, o que se se reverterá em prol da sociedade com o aumento da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª ed. alemã. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMATO, Lucas Fucci. *Constitucionalização corporativa: direitos humanos fundamentais, economia e empresa*. Curitiba: Juruá, 2014.

ASCARELLI, Túlio. *Iniciação ao estudo do direito mercantil*. Sorocaba – SP: Editora Minelli 2007.

ASHLEY, Patrícia Almeida. *Ética e responsabilidade social nos negócios*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ASHTON, Peter Walter. *O Direito Econômico e o Direito Empresarial*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Nº26, p.185-186.

ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 35, nº 104, out/dez 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II – 2.ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.*

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional – tomo II – 2.ed. revista – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.*

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento, uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003, p. 146.

BERCOVICI, Gilberto. *O ainda indispensável direito econômico. Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato* [S.l: s.n.], 2009.

BIM, Eduardo Fortunato. FARIAS, Talden. *Da validade da doação à administração pública: do Estado Donatário*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 18, n. 72 (abr./jun. 2018).

Boletim da Receita de dezembro de 2018 de São Paulo-SP Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/upload/boletimreceita_consolidado_2018_1551288502.pdf. Acesso em 22/04/2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 33ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 375-376.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.

BRASIL. Código Civil. *Código Civil Brasileiro*. Brasília, DF: Senado, 2002.

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

CARVAHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 3, p. 237.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de Direito Commercial Brasileiro*. 3 ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1937. v1.

CHEIBUB, Zairo B., LOCKE, Richard M. *Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas*. Disponível em: http://web.mit.edu/rlocke/www/documents/Research%20Papers/Locke,R%20&%20Cheibub,Z_Valores%20ou%20Interesses.pdf. Acesso em 04 de maio de 2018.

CHEIBUB, Zairo B., LOCKE, Richard M. *Valores ou interesses? Reflexões sobre a responsabilidade social das empresas*. Disponível em: http://web.mit.edu/rlocke/www/documents/Research%20Papers/Locke,R%20&%20Cheibub,Z_Valores%20ou%20Interesses.pdf. Acesso em 04 de maio de 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. v.1, 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde - Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*. Bruxelas, 2001. P. 9. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/empl/20020416/doc05a_pt.pdf. Acesso em 04 de maio de 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais. São Paulo. n. 732/1996, out/1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais. São Paulo. n. 732/1996, out/1996.

CONTI, José Maurício. *Federalismo fiscal e fundos de participação*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CONTIPELLI, Ernani. *Federalismo brasileiro: origem e dinâmica constitucional*. In: GIOIA, Fúlvia Helena de; PIERDONÁ, Zélia Luiza (Coord.) Pacto federativo, tributação e cidadania: homenagem ao professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

COSTA, Jean Mário Araújo; CUNHA, Maria Couto e ARAÚJO, Rosemeire Baraúna M. de Araújo. *Federalismo cooperativo brasileiro: implicações na gestão da educação municipal*. Revista Perspectiva em Políticas Públicas. Belo Horizonte, Vol. III, nº5, p. 4, jan/jul 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 33a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Federalista atual*. coord. Dircêo Torrecillas Ramos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 1789.

DECRETO Nº 58.102, DE 23 DE FEVEREIRO DE 2018, São Paulo. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sao-paulo/decreto/2018/5810/58102/decreto-n-58102-2018-regulamenta-o-recebimento-de-doacoes-e-comodatos-de-bens-exceto-imoveis-bem-como-de-doacoes-de-direitos-e-servicos-sem-onus-ou-encargos-pelos-orgaos-da-administracao-direta-autarquias-fundacoes-e-servicos-sociais-autonomos-institui-o-selo-amigo-da-cidade-de-sao-paulo>. Acesso em 18 de junho de 2019.

DECRETO Nº 62.491, DE 23 DE FEVEREIRO DE 2017. Disponível em <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2017/decreto-62491-23.02.2017.html>. Acesso em 08 de junho de 2019.

DEL´OMO, Florisbal. DARCANGHY, Mara. *O direito internacional contemporâneo e a OIT: trabalho decente com inclusão social*. *Revista Internacional de Economía y Gestión de las Organizaciones*. v.3. n.2.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23ªed. São Paulo: Atlas, 2010

DIAS, Jean Carlos. *Gestão das sociedades anônimas. Aspectos jurídicos da responsabilidade dos administradores*. Curitiba: Juruá, 2008.

DULCI, Otávio Soares. *Guerra fiscal, desenvolvimento desigual e relações federativas no Brasil*. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: nº18: 95-107. Jun. 2002. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018> . Acesso em 22/04/2019.

ECO, Umberto. *Tratado geral de semiótica*. Tradução de Antônio de Pádua Danesi e Gilson César C. de Souza. São Paulo: Perspectiva, 1980.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Globo, 2012

FERNANDES, C. M.; BRUNOZI JÚNIOR, A. C.; LEROY, R. S. D. *Desempenho tributário e desenvolvimento econômico e social em municípios mineiros*. *Revista Perspectivas Contemporâneas*, v. 13, n. 1, p. 74-93, jan./abr. 2018.

FERRAZ, Adriana. *Projetos de Doria viram modelo para outros prefeitos*. *Estadão*, 01º de maio de 2017 Disponível em <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,projetos->

de-doria-viram-modelo-para-outros-prefeitos,70001758915. Acesso em: 06 de maio de 2018.

FERRAZ, Sérgio. *Doações empresariais à Prefeitura Paulistana*. In FREITAS, Juarez. COSTA, Renato Saeger Magalhães. (coord). *Direito público: grandes temas, homenagem à Urbano Vitalino de Melo Filho*. Curitiba: Juruá, 2017.

FISCHER, Octavio Campos. MACHADO, Luciano Marlon Ribas. *Pacto federativo em crise: uma análise na visão dos municípios da segurança jurídica e da dignidade humana*. Revista Jurídica, vol. 04, nº53, Curitiba, 2018.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREEMAN, Robert Edward; REED, David L. *Stockholders and Stakeholders: a new perspective on corporate governance*. *Califórnia Management Review*. Berkley: The Regents of the University of Califórnia, v.25. n3., p. -88-106, 1983.

FREITAS, Daniela Bandeira de. *A fragmentação administrativa do Estado: fatores determinantes, limitações e problemas jurídico-políticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FULLER, Greice Patrícia. *A responsabilidade social e ambiental das entidades financeiras em face do direito ambiental como direito humano e da sociedade da informação*. Revista da Faculdade de Direito UFMG. Belo Horizonte, n. 71, jul/dez. 2017.

FÛRST, Henderson; ROSADO, Layli Oliveira. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.59.

GIROLDO, Camila Nayara. KEMPFER, Marlene. *Autonomia municipal e o federalismo fiscal brasileiro*. Revista de Direito público, Londrina, v. 7, nº3, set/dez 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. Ed. 18ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Comentários à Constituição do Brasil /J.J. Canotilho...[et al.]*. São Paulo: Saraiva/Almedina.

IBGE divulga as Estimativas de População dos municípios para 2018. IBGE, 29/08/2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018> . Acesso em 22/04/2019.

Índice Firjan de Gestão Fiscal 2017. Disponível em: https://www.firjan.com.br/data/files/4A/B0/A3/B1/C4CCD51063C6AAD5A8A809C2/IFGF%202017%20-%20An_lise%20Especial%20-%20Vers_o%20Completa.pdf. Acesso em 22/04/2019.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBCG) Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/governanca/governanca-corporativa>. Acesso em 04 de maio de 2019, às 22h35m.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Ed. RT, p. 203.

LAURETTI, Lélío. *O princípio da transparência no contexto da governança corporativa*. Disponível em: <https://www.ethos.org.br/cedoc/5790/#.XQax6BZKjIU>. Acesso em 16 de junho de 2019, às 18h24m.

Lei nº9.784/99

LEMOS JÚNIOR, Eloy Pereira. *Empresa e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

MACKEY, John. *Capitalismo consciente: como libertar o espírito heroico dos negócios. Councious capitalism: liberating the heroic spirit of business*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

MAESTRI, Hugo Cruz. *Função social da empresa, responsabilidade social e sustentabilidade: um enfoque jurídico sobre a tríade social que integra as sociedades empresariais*. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito Milton Campos. Programa de Pós-Graduação em Direito, Nova Lima, 2011.

MAIA, Rodrigo. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial: empresa comercial, empresários individuais, microempresas, sociedades comerciais, fundos de comércio*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MEDAUER, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1994, p. 254.

MELEU, Marcelino da Silva. THAINES, Aleteia Hummes. *A solidariedade como política constitucional de efetivação dos direitos humanos*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional – ano 3, n. 11 (jan/mar. 2003).

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP).

MENDES, Michele Diniz. *Acordo de cooperação*. In MENDES, Michele Diniz (coord.) Marco regulatório das organizações da sociedade civil. Belo Horizonte: Fórum, 2019

MG tem 250 municípios em calamidade financeira. Minas Gerais, 26/11/2018. Disponível em: <https://portalamm.org.br/metro-mg-mg-tem-250-cidades-em-calamidade-financeira/>. Acesso em 17/05/2019.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Revista Direito Mackenzie. Ano 3, número 2 – p. 21.

OLIVEIRA, José Arimatés. *Responsabilidade social em pequenas e médias empresas*. Revista de Administração de Empresas. v. 24. n.4. São Paulo: out/dec. 1984.

PACHUKANIS, Evegúeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. Tradução Paula Vaz de Almeida. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

Para parlamentares, Programa Remédio Rápido de Doria “fere diretrizes do SUS”. Brasil de fato. São Paulo, 03/07/2017. Disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2017/07/03/para-parlamentares-programa-remedio-rapido-de-doria-fere-diretrizes-do-sus/>. Acesso em 08 de junho de 2019.

PERROTONI, Marco Antonio. *Balanco Social: responsabilidade, padronização e obrigatoriedade*. Revista Brasileira de Contabilidade. Ano XXXI, n. 134, mar./abri. 2002, p. 51.

PINTO, Carlos Alberto de Carvalho. *Discriminação de rendas*. São Paulo: Prefeitura do município de São Paulo, 1941.

PL 2929/1953. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>. Acesso em 04 de maio de 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Comentários à Constituição de 1967 com a emenda n.1 de 1969*. 2 ed. t.1 Rio de Janeiro: Editora RT, 1970.

PRADO, Sérgio. *Equalização e federalismo fiscal: uma análise comparada (Alemanha, Índia, Austrália)*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006.

Receitas e despesas do município de Serra da Saudade-MG. Disponível em: <http://serradasaudade.com/receitas.html>. Acesso em 22/04/2019, às 22h35m.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. v.1, 26 ed, atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARAK, Denis. *O federalismo fiscal nas constituições históricas do Brasil*. In: GIOIA, Fúlvia Helena de; PIERDONÁ, Zélia Luiza.(Coord.) Pacto federativo, tributação e

cidadania: homenagem ao professor Alcides Jorge Costa. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. / J.J. Gomes Canotilho... [et al.]. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <https://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf> . Acesso em 15/04/2019. - O presente texto constitui versão revista, atualizada e parcialmente reformulada de trabalho redigido anteriormente sobre o tema, que, todavia, enfatizava, de um modo geral, o problema das resistências aos direitos sociais, e que, além de remetido para publicação em coletâneas (Editoras Forense e Saraiva) versando sobre os 20 anos da Constituição Federal de 1988, foi objeto de veiculação na Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático – E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <https://www.udf.edu.br/wp-content/uploads/2016/01/Texto-Bibliogr%C3%A1fico-I-Ingo-Wolfgang-SARLET.pdf> . Acesso em 15/04/2019.

SCAFF, Fernando Facury, *Orçamento republicano e liberdade igual. Ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 17.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 99.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Rinaldo Campos. *A cidadania como ética empresarial. Case studies*. Setembro/Outubro de 1988.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. BRANDÃO, Virgínia Junqueira Rugai. *Democracia pública e propriedade privada*. In: REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. DIAS, Maria Tereza Fonseca. (coord). *O direito entre a esfera pública e a autonomia privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

STAJN, Raquel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro*. Pensar: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Fortaleza. V.1, n1. – set. 1992.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria do estado*. 8ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora., 2019, p.81-84.

TAVARES, André Ramos. In TOFFOLI, José Antonio Dias. (Coord.) *30 anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p.598.

Termo de cessão gratuita de licença de uso n. 9 de 2017- SGM. Disponível em: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/arquivos/contratos/2017/Termo_Doacao/019_2017/Termo_de_Doacao_0192017.pdf. Acesso em 08 de junho de 2019.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A função social da empresa*. Revista dos Tribunais. RT 810/2003, abr. /2003.

TORELLY, Paulo Peretti. *Constituição econômica e o pacto federativo*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2015.

Tribunal de Justiça de São Paulo. Consulta de Processos do 1º Grau. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/search.do;jsessionid=A5F869FD130EF2339372D982241A5ABD.cpopg5?conversationId=&dadosConsulta.localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&dadosConsulta.tipoNuProcesso=UNIFICADO&dadosConsulta.valorConsulta=jo%C3%A3o+d%C3%B3ria+j%C3%BAnior&uuidCaptcha=sajcaptcha_e3993249b612402d963a62153a35a1af&g-recaptcha-response=03AOLTLTKNX3NCdu-zR8z7POG_439BRoalDxMsimNzarvagAX5LmjVjAh7eMeE_SENVKvqP5YDYwygOJdJRhUS0MuCFRDPu93_iQD8rygUbeaMA6yEZULetROmGQue-0PpcNUdtdAFMPmdvbJ8bX0NH80MtUEhjSeWCWpSpXrvrwa1qLznQip_ZQllmGgC7rvONNd5r4NH_ehNq5-hy5kPc5av3kYbjU9hLuJPBiD95-ZiAe0eybpoAuTSdiS8MFmClmS83Mp6SA72S2mFzKC-xD1S5R0XjZuomsL_o9jRvL3l6g3lmMy1vl3P07Hujk9MHHSg8zSjrrzRw7JLxz2XOVBqvtLROz-tK8Asqlw-cRqmGPyw76ukIHAYOZ8n8V4ngUHuBx1st-k

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2017. p.31.

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge. *Teoria geral da empresa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v.1 / coordenação Modesto Carvalhosa).

Anexos

DECRETO Nº 58.102, DE 23 DE FEVEREIRO DE 2018



Regulamenta o recebimento de doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como de doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, pelos órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos; institui o Selo Amigo da Cidade de São Paulo.

JOÃO DORIA, Prefeito do município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por Lei, DECRETA:

Capítulo I DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Os órgãos da Administração Direta, as Autarquias, as Fundações e os Serviços Sociais Autônomos ficam autorizados a receber doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, de pessoas físicas e jurídicas, na conformidade das disposições deste decreto.

Capítulo II DA COMPETÊNCIA PARA FORMALIZAÇÃO DO RECEBIMENTO DE DOAÇÕES E COMODATOS

A abertura e homologação de Chamamento público Específico, o recebimento de doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como de doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, e a subscrição dos respectivos termos caberá:

I - ao titular do órgão da Administração Direta, da Autarquia, da Fundação ou do Serviço Social Autônomo:

- a) competente em relação ao objeto ofertado;
- b) indicado pelo doador na proposta, desde que não contrarie as suas atribuições ou as disposições legais em vigor;
- c) responsável pelo projeto ou atividade a que a doação se dirige;

II - ao Secretário Municipal das Prefeituras Regionais, quando o objeto abranger competência de mais de uma Prefeitura Regional;

III - ao Secretário Municipal de Gestão, quando o objeto abranger competência de mais de um órgão da Administração Direta, excetuado o disposto no inciso II do "caput" deste artigo.

Parágrafo único. As competências previstas neste artigo poderão ser delegadas.

 Caberá à autoridade imediatamente superior o recebimento das doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como das doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, e a subscrição dos respectivos termos, quando:

I - a proposta for apresentada por ocupante de cargo com competência para o recebimento da doação ou comodato, bem assim por seu parente em linha reta ou colateral, inclusive por afinidade, até o quarto grau;

II - a proposta for ofertada por empresa que tenha por acionista ou sócio ocupante de cargo com competência para o recebimento da doação ou comodato, bem assim por seu parente em linha reta ou colateral, inclusive por afinidade, até o quarto grau.

§ 1º Em se cuidando de propostas apresentadas pelo ocupante do cargo de Prefeito, de Vice-Prefeito, de Secretário Municipal, de Procurador Geral do município e de Controlador Geral do município, bem assim por seus parentes e empresas nas hipóteses dos incisos I e II do "caput" deste artigo, a competência para o recebimento das doações e comodatos e a subscrição dos respectivos termos incumbirá ao Secretário Municipal de Justiça.

§ 2º As propostas de doações e comodatos apresentadas por ocupante de cargo de Prefeito Regional, bem assim por seus parentes e empresas nas hipóteses dos incisos I e II do "caput" deste artigo, serão recebidas e terão seus respectivos termos subscritos pelo Secretário Municipal das Prefeituras Regionais.

§ 3º Quando a proposta for oferecida pelo ocupante de cargo de Secretário Municipal de Justiça ou seus parentes e empresas nas hipóteses dos incisos I e II do "caput" deste artigo, a competência para o recebimento da doação ou comodato e a subscrição dos respectivos termos incumbirá ao Secretário do Governo Municipal.

§ 4º As Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos deverão designar autoridade ou comissão responsável pelo recebimento de doações ou comodatos ofertados por seus titulares ou parentes e empresas nas hipóteses dos incisos I e II do "caput" deste artigo.

Capítulo III

DO PROCESSAMENTO DAS DOAÇÕES E COMODATOS

 O processamento das doações e comodatos previstos neste decreto dar-se-á, conforme o caso, mediante:

I - Chamamento público Geral;

II - Chamamento público Específico;

III - Manifestação de Interesse em Doar ou Oferecer Comodato.

Seção I

Do Chamamento público Geral

██████████ Caberá à Secretaria Municipal de Gestão publicar, anualmente, até o dia 31 de janeiro de cada ano, Chamamento público Geral, objetivando fomentar as doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como as doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, de interesse dos órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos.

§ 1º Todos os órgãos e entidades deverão encaminhar, até 31 de dezembro de cada ano, na forma definida em portaria da Secretaria Municipal de Gestão, relação de bens, direitos e serviços que tenham interesse em receber em doação ou comodato no exercício subsequente.

§ 2º O edital de Chamamento público Geral deverá conter,

no mínimo: I - a forma de recebimento das propostas;

II - os requisitos da proposta, observado os requisitos mínimos referidos no artigo 19 deste decreto;

III - as condições para participação e a exigência de apresentação de declaração de comprovação da propriedade do bem a ser doado ou cedido em comodato;

IV - o procedimento para o recebimento das doações e comodatos fomentados; V - as vedações;

VI - anexo contendo a relação dos bens, exceto imóveis, direitos e serviços, com a indicação dos respectivos órgãos interessados.

§ 3º O Chamamento público Geral ficará aberto ao longo de todo o ano civil, podendo, a qualquer tempo, ser apresentadas propostas de doações e comodatos de bens, bem como de doações de direitos e serviços por ele fomentados.

██████████ Incumbirá à comissão designada pelo Secretário Municipal de Gestão o processamento das propostas no âmbito do Chamamento público Geral de fomento às doações.

Atendidas às condições e requisitos exigidos no edital, deverá ser iniciado processo eletrônico com os documentos apresentados, com posterior remessa para avaliação do órgão municipal interessado, que deverá se manifestar, de forma motivada, quanto ao interesse no recebimento da doação ou comodato do bem, ou doação do direito ou serviço ofertado.

§ 1º Havendo mais de um órgão municipal interessado no bem, direito ou serviço e não sendo indicado, pelo proponente, o órgão específico para o qual se dirige a proposta, caberá à comissão designada definir, dentre os interessados, para qual órgão municipal será ela direcionada.

§ 2º O órgão municipal beneficiário poderá requerer, diretamente ao proponente, informações e esclarecimentos complementares para subsidiar a avaliação da necessidade e interesse no recebimento da doação ou comodato.

§ 3º Havendo necessidade de modificações das características ou especificações da proposta apresentada para adequá-las ao interesse da Administração, o órgão ou entidade beneficiária deverá apresentar as sugestões de ajustes e alterações necessárias para apreciação do proponente.

Não sendo aceito ou não havendo manifestação expressa do proponente em relação aos ajustes e alterações propostas, o processo eletrônico deverá ser restituído à comissão designada que o submeterá ao Secretário Municipal de Gestão ou autoridade delegada, para deliberação quanto à sua conclusão, com posterior comunicação ao proponente acerca dos motivos da decisão.

Manifestado o interesse do órgão ou entidade beneficiária no recebimento da proposta, o processo eletrônico deverá ser restituído à comissão designada que determinará a publicação de comunicado no Diário Oficial da Cidade, concedendo o prazo de 5 (cinco) dias úteis para eventuais manifestações de outros interessados em doar direitos e serviços similares, doar ou oferecer em comodato bens congêneres ou, ainda, para eventual impugnação à proposta apresentada.

§ 1º O comunicado deverá também ser disponibilizado em campo próprio do site oficial da Secretaria Municipal de Gestão.

§ 2º Não serão conhecidas as impugnações que não apresentarem os motivos de fato ou de direito que obstem o recebimento do bem, direito ou serviço em doação ou comodato.

§ 3º poderão ser solicitadas informações ou documentos ao impugnante ou aos órgãos ou entidades municipais, objetivando apreciar a impugnação ofertada.

§ 4º Da decisão sobre a impugnação, caberá a interposição de um único recurso, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados da data de sua publicação no Diário Oficial da Cidade, dirigido ao Secretário Municipal de Gestão ou autoridade delegada.

Julgado o recurso a que se refere o § 4º do artigo 9º deste decreto ou decorrido o prazo para a sua interposição, o processo eletrônico será encaminhado à Assessoria Jurídica do órgão ou entidade beneficiária, para elaboração de minuta de Termo de Doação ou Comodato e parecer, com posterior submissão ao titular do respectivo órgão ou entidade ou autoridade delegada, com vistas à deliberação quanto à autorização do recebimento da doação ou comodato.

Apresentadas, no prazo do comunicado, outras propostas de doações e comodatos de bens, bem como de doações de direitos e serviços similares, o processo será encaminhado ao órgão ou entidade beneficiária para avaliar e escolher, de forma objetiva e motivada, a proposta mais adequada.

§ 1º Não havendo condições de se definir, de forma objetiva, qual a proposta mais adequada, a sua escolha dar-se-á mediante sorteio a ser realizado em sessão pública previamente agendada com 2 (dois) dias úteis de antecedência.

§ 2º Havendo propostas remanescentes, cada qual dará ensejo à abertura de

processo eletrônico específico, devidamente certificado no processo de origem, e será encaminhado aos outros órgãos ou entidades interessados, observado o disposto no § 1º do artigo 7º, prosseguindo-se com observância dos demais procedimentos previstos na Seção I do Capítulo III, todos deste decreto.

Existindo mais propostas do que interessados previstos no Edital de Chamamento público Geral, deverão as ofertas ser disponibilizadas aos órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos definidos pela comissão designada, fixando-se o prazo de 3 (três) dias úteis para manifestação.

§ 1º Não havendo definição, pela comissão designada, do órgão da Administração Direta, Autarquia, Fundação ou Serviço Social Autônomo para o qual será direcionada a proposta de doação, deverá ser expedido comunicado geral, fixando-se o prazo de 3 (três) dias úteis para manifestação de interesse e estabelecendo-se os critérios para escolha do órgão da Administração Direta, Autarquia, Fundação ou Serviço Social Autônomo que receberá a doação ou comodato.

§ 2º Manifestado interesse por mais de um órgão ou entidade municipal, incumbirá à comissão designada definir, dentre os interessados, para qual órgão ou entidade será direcionada a proposta de doação, segundo os critérios fixados por ocasião do comunicado, prosseguindo-se na forma do procedimento disposto na Seção I do Capítulo III deste decreto.

Seção II

Do Chamamento público Específico

Será obrigatória a abertura de prévio Chamamento público Específico quando houver interesse no recebimento de doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como de doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, não incluídos no Chamamento público Geral ou pretensão frustrada no procedimento

de Manifestação de Interesse em Doar ou Oferecer Comodato.

█ O edital do Chamamento público Específico conterá, no mínimo: I - a forma de recebimento das propostas;

II - os requisitos da proposta;

III - as condições para participação;

IV - a descrição, as condições, as especificações e os quantitativos dos bens, direitos ou serviços;

V - as datas, os prazos, as condições, o local e a forma de apresentação das propostas e declaração de comprovação da propriedade do bem a ser doado ou cedido em comodato;

VI - as vedações;

VII - os documentos exigidos;

VIII - as datas e os critérios de seleção e julgamento das propostas; IX - a minuta de Termo de Doação ou Comodato.

O edital de Chamamento público Específico será divulgado, na íntegra, em **página** do site oficial do órgão ou entidade competente para recebimento das propostas e decisão.

Parágrafo único. Deverá ser publicado aviso de abertura do Chamamento público Específico no Diário Oficial da Cidade, com a antecedência de 5 (cinco) dias úteis da data da sessão pública de recebimento das propostas e decisão.

█ As propostas serão analisadas e julgadas na sessão pública por uma comissão previamente designada.

§ 1º Havendo necessidade de análise técnica das propostas, a sessão poderá ser suspensa e retomada em prazo não superior a 3 (três) dias úteis.

§ 2º Finda a sessão pública, a comissão elaborará ata relatando os atos praticados e justificando a escolha.

§ 3º A ata da sessão pública será disponibilizada, na íntegra, no site do órgão ou entidade competente para o recebimento e publicada, de forma resumida, no Diário Oficial da Cidade.

██████ A homologação do resultado do Chamamento público Específico e a autorização para o recebimento da doação serão efetivadas por despacho da autoridade competente, nos termos previstos no Capítulo II deste decreto, ou autoridade delegada, procedendo-se à sua publicação no Diário Oficial da Cidade.

Seção III

Da Manifestação de Interesse em Doar ou Oferecer Comodato

██████ Toda pessoa física ou jurídica poderá apresentar perante quaisquer órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos, a qualquer tempo e por qualquer meio legítimo, proposta de doação e comodato de bem, exceto imóvel, bem como de doação de direito e serviço, sem ônus ou encargos.

██████ A proposta de doação ou comodato deverá conter, no mínimo, as seguintes informações ou documentos:

I - identificação e qualificação do subscritor da proposta;

II - descrição do bem, direito ou serviço, com suas especificações, quantitativos, prazo de vigência ou execução e outras características necessárias à definição e delimitação do objeto da doação ou comodato;

III - valor de mercado do bem, direito ou serviço ofertado;

IV - declaração de propriedade do bem a ser doado ou cedido em comodato.

Parágrafo único. O proponente poderá indicar o projeto ou atividade a que se destina a proposta de doação ou comodato.

Preenchidos os requisitos mínimos, o órgão ou entidade receptora da proposta deverá iniciar processo eletrônico e encaminhá-lo ao órgão ou entidade responsável pelo recebimento da doação, definido nos termos fixados no Capítulo II deste decreto, que o submeterá à prévia apreciação de sua unidade técnica pertinente ou de comissão que designar, que avaliará e se manifestará, de forma motivada, quanto à necessidade e interesse no recebimento da proposta ofertada.

§ 1º A unidade técnica pertinente ou a comissão designada deverá solicitar, diretamente ao proponente, a complementação das informações ou outras imprescindíveis para subsidiar a avaliação da necessidade e interesse no recebimento da doação ou comodato.

§ 2º Revelando-se indispensável a modificação das características ou especificações da proposta apresentada para adequá-la às necessidades e interesse da Administração, a unidade técnica ou a comissão deverá apresentar os ajustes e modificações necessárias para apreciação do proponente.

Inexistindo interesse no recebimento da doação ou comodato ofertado, a Manifestação de Interesse deverá ser concluída por deliberação do titular do órgão ou entidade responsável pelo recebimento ou autoridade delegada, com a devida comunicação ao proponente acerca dos motivos da decisão.

Não sendo apresentadas as informações e documentos solicitados, bem como não sendo aceitas ou não havendo manifestação expressa do proponente, no prazo assinalado, em relação aos ajustes e modificações propostas, o procedimento de Manifestação de Interesse deverá, em caso de interesse no recebimento da doação ou comodato, prosseguir com a abertura de Chamamento público Específico, observadas as disposições da Seção II do Capítulo III deste decreto.

██████ Havendo interesse no recebimento da doação ou comodato, nos termos da proposta, ou anuência expressa do proponente quanto aos ajustes ou modificações necessárias, deverá ser publicado, pela unidade técnica pertinente ou comissão designada, comunicado no Diário Oficial da Cidade, fixando-se o prazo de 5 (cinco) dias úteis para eventuais manifestações de outros interessados em doar direitos e serviços similares, doar ou oferecer em comodato bens congêneres ou, ainda, para eventual impugnação à proposta apresentada.

§ 1º Não serão conhecidas as impugnações que não apresentarem os motivos de fato ou de direito que obstem o recebimento do bem, direito ou serviço em doação ou comodato.

§ 2º A unidade técnica pertinente ou a comissão designada poderá solicitar informações ou documentos ao impugnante, proponente ou órgãos e unidades municipais, objetivando apreciar a impugnação ofertada.

§ 3º Da decisão sobre a impugnação, caberá a interposição de um único recurso, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contado da data de sua publicação no Diário Oficial da Cidade, dirigido ao titular do órgão ou entidade, ou autoridade delegada.

██████ Julgado o recurso a que se refere o § 3º do artigo 23 deste decreto ou decorrido o prazo a sua interposição, o processo eletrônico será encaminhado à Assessoria Jurídica para elaboração de minuta de Termo de Doação ou Comodato e parecer, com posterior submissão ao titular do respectivo órgão municipal ou autoridade delegada, com vistas à deliberação quanto à autorização do recebimento da doação ou comodato.

██████ Apresentadas, no prazo do comunicado, outras propostas de doações e comodatos de bens, bem como de doações de direitos e serviços similares, caberá à unidade técnica pertinente ou comissão designada pelo órgão ou entidade competente para o recebimento avaliar e escolher, de forma objetiva e motivada, a proposta mais adequada.

§ 1º Não havendo condições de se definir, de forma objetiva, qual a proposta mais adequada, a sua escolha dar-se-á mediante sorteio a ser realizado em sessão pública previamente agendada com 2 (dois) dias úteis de antecedência.

§ 2º Havendo propostas remanescentes, cada qual dará ensejo à abertura de processo eletrônico específico, devidamente certificado no processo de origem, e será encaminhado à comissão designada pelo Secretário Municipal de Gestão, que prosseguirá nos termos do artigo 12 deste decreto.

Capítulo IV DO TERMO DE DOAÇÃO E COMODATO

As doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como de doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, aos órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos serão formalizadas por Termo de Doação e Comodato.

Parágrafo único. A lavratura do respectivo termo para as doações de pequeno vulto poderá ser substituída por declaração firmada pelo doador.

Caberá à Secretaria Municipal de Justiça, mediante portaria, ouvida a Procuradoria Geral do município:

- I - aprovar minutas-padrão de Termos de Doação e Comodato de Bens e Termos de Doação de Direitos e Serviços;
- II - fixar o valor e os critérios para caracterização das doações de pequeno vulto;
- III - aprovar as declarações-padrão para doações de bens, direitos e serviços de pequeno vulto.

Capítulo V

DA TRANSPARÊNCIA E DO CONTROLE

█ O despacho que autorizar o recebimento de doação e comodato de bens, exceto imóveis, bem como de doação de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, deverá ser publicado no Diário Oficial da Cidade e conter, no mínimo, os seguintes elementos:

I - o nome do doador ou comodante;

II - o CNPJ ou CPF do doador ou comodante;

III - o objeto da doação ou comodato e, quando for o caso, seu quantitativo; IV - a vigência da doação ou comodato, se prevista;

V - o valor estimado do objeto doado ou ofertado em comodato.

█ A Secretaria Municipal de Justiça deverá manter, no Portal da Transparência da Prefeitura do município de São Paulo, a relação das doações e comodatos de bens, exceto imóveis, bem como de doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, recebidos no ano civil, contendo, no mínimo, os seguintes dados:

I - o nome do doador ou comodante;

II - o CNPJ ou CPF do doador ou comodante;

III - o objeto da doação ou comodato e, quando for o caso, seu quantitativo;

IV - a data da assinatura do Termo de Doação ou Comodato ou da declaração para doação de bens, direitos e serviços de pequeno vulto.

V - a vigência da doação ou comodato, se prevista;

VI - o valor estimado do objeto doado ou ofertado em comodato;

VII - a data da publicação do extrato do Termo de Doação ou Comodato no Diário Oficial da Cidade.

Por ocasião da publicação do extrato do Termo de Doação ou Comodato no Diário Oficial da Cidade, todos os órgãos ou entidades donatárias ou comodatárias deverão disponibilizá-lo, na íntegra, incluindo seus eventuais anexos, em campo próprio no seu site oficial, inclusive no caso das doações de pequeno vulto.

Parágrafo único. As datas de publicação do extrato do Termo de Doação ou Comodato no Diário Oficial da Cidade e de sua efetiva disponibilização, bem como da declaração de doação de pequeno vulto, na íntegra, no site oficial do órgão ou entidade donatária ou comodatária deverão ser certificadas no processo eletrônico da respectiva doação ou comodato.

Capítulo VI DAS VEDAÇÕES E CONFLITO DE INTERESSES

Os órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos não poderão receber doações ou comodatos:

I - de pessoas físicas definitivamente condenadas:

- a) por ato de improbidade administrativa;
- b) por crime contra a Administração

Pública; II - de pessoas jurídicas:

- a) declaradas inidôneas, suspensas ou impedidas de contratar com a Administração Pública;
- b) definitivamente condenadas:
 - 1. por ato de improbidade administrativa;
 - 2. em processos de apuração de responsabilidade pela prática de atos contra a

Administração Pública, nacional ou estrangeira, nos termos da Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - quando caracterizado conflito de interesses;

IV - quando o recebimento gerar obrigação futura de contratação para fornecimento de bens, insumos e peças de marca exclusiva, e de serviços por inexigibilidade de licitação;

V - quando o recebimento do bem ou serviço, pela específica situação em que se encontra gerar despesas extraordinárias, presentes ou futuras, que tornem antieconômica a doação ou comodato.

■ Caberá ao Controlador Geral do município fixar, por portaria, as situações que caracterizam conflito de interesses para fins de recebimento de doações ou comodatos de bens e doações de direitos e serviços pelos órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos.

Capítulo VII

DO SELO AMIGO DA CIDADE DE SÃO PAULO

■ Fica instituído o Selo Amigo da Cidade de São Paulo, com a finalidade de incentivar e renovar o interesse da sociedade em colaborar com a Cidade de São Paulo, mediante a realização de doações e comodatos de bens, bem como de doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, para a Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos.

■ O Selo Amigo da Cidade de São Paulo será conferido às pessoas físicas e jurídicas que efetivarem doações e comodatos de bens, bem como doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, para a Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos.

█ Caberá ao Secretário Especial de Comunicação fixar, por portaria, a logomarca do Selo Amigo da Cidade de São Paulo.

█ Incumbirá à Secretaria Municipal de Justiça, ouvida a Procuradoria Geral do município, definir, por portaria, as regras, condições e prazos para utilização da logomarca do Selo Amigo da Cidade de São Paulo.

Capítulo VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

█ Os Chamamentos publicados pelos órgãos ou entidades, objetivando fomentar as doações e comodatos de bens, bem como as doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, para a Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos permanecerão em vigor até a publicação do Chamamento público Geral pela Secretaria Municipal de Gestão.

█ Excepcionalmente, no exercício de 2018, todos os órgãos da Administração Direta deverão encaminhar, na forma definida em portaria da Secretaria Municipal de Gestão, em 10 (dez) dias úteis, contados da publicação da referida portaria, relação de bens, direitos e serviços que tenham interesse em receber em doação ou comodato ainda este ano.

Parágrafo único. Caberá à Secretaria Municipal de Gestão publicar, no presente exercício,

o Chamamento público Geral destinado a fomentar as doações e comodatos de bens, bem como as doações de direitos e serviços, sem ônus ou encargos, de interesse de todos os órgãos da Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos, em até 10 (dez) dias úteis, contados do encerramento do prazo fixado no "caput" deste artigo.

█ Fica vedada a utilização, pelas pessoas físicas ou jurídicas doadoras ou comodantes, das doações e comodatos de bens, bem como das doações de

direitos e serviços, sem ônus ou encargos, ofertados para a Administração Direta, Autarquias, Fundações e Serviços Sociais Autônomos para fins publicitários, podendo, contudo, ser autorizada:

I - a menção informativa da doação ou comodato ofertado no site oficial do doador ou comodante;

II - a inserção do nome do doador ou comodante no objeto doado ou ofertado em comodato ou, ainda, em material de divulgação do evento ou projeto, obedecidas as restrições legais aplicáveis ao caso concreto, em especial no que diz respeito ao uso de bens públicos e à proteção da paisagem urbana.

Parágrafo único. Na hipótese de que trata o inciso II, parte final, do "caput" deste artigo, a celebração dos Termos de Doação ou Comodato dependerá de prévia anuência da Subcomissão prevista no artigo 6º do Decreto nº 52.062, de 30 de dezembro de 2010, observado o disposto nos incisos I, II, III e IV do "caput" do referido dispositivo.

■ O recebimento das doações e comodatos não caracteriza novação, pagamento ou transação em relação a eventuais débitos dos doadores e comodantes para com o município de São Paulo.

■ Os casos omissos serão dirimidos pela Secretaria Municipal de Justiça, ouvida a Procuradoria Geral do município.

■ Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogados os artigos 2º e 9º do Decreto nº 40.384, de 3 de abril de 2001.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 23 de fevereiro de 2018,
465º da fundação de São Paulo.

JOÃO DORIA, PREFEITO

PAULO ANTONIO SPENCER UEBEL, Secretário Municipal de
Gestão ANDERSON POMINI, Secretário Municipal de Justiça
JULIO FRANCISCO SEMEGHINI NETO, Secretário do Governo
Municipal BRUNO COVAS, Secretário-Chefe da Casa Civil
Publicado Casa Civil, em 23 de fevereiro de 2018.

DECRETO Nº 40.384, 03 DE ABRIL DE 2001**DISPÕE SOBRE A DOAÇÃO DE BENS E SERVIÇOS E O ESTABELECIMENTO DE PARCERIAS COM A INICIATIVA PRIVADA.**

MARTA SUPLICY, Prefeita do município de São Paulo, no uso das atribuições que lhe são conferidas por lei, CONSIDERANDO a necessidade de atuação ágil e permanente do poder público na solução dos vários problemas encontrados pela atual Administração Municipal;

CONSIDERANDO que a falta de recursos financeiros da Prefeitura obriga a Administração a buscar soluções urgentes e criativas;

CONSIDERANDO que é fundamental ao poder público municipal o desenvolvimento de parcerias entre setor privado e governo na prestação de serviços do interesse do cidadão, visando o pleno desenvolvimento do município;

CONSIDERANDO que a população de São Paulo vem demonstrando interesse em colaborar com o projeto de reconstrução da cidade, seja através de doações, seja através da prestação de serviços eventuais;

CONSIDERANDO, enfim, o disposto no artigo 113 da Lei Municipal nº 10.544/88, DECRETA:

As Secretarias Municipais ficam autorizadas a receber bens e serviços em doação e estabelecer parcerias com a iniciativa privada, objetivando viabilizar projetos relacionados com os vários setores de suas respectivas áreas de atuação, obedecidos os parâmetros legais.

~~Todos aqueles que pretenderem realizar doação de bens móveis e serviços, com ou sem encargo para a Administração, poderão fazê-lo diretamente nas Secretarias Municipais, às quais competirá a análise jurídica da proposta.~~

~~§ 1º - O doador poderá indicar a destinação específica do bem doado, desde que atendido o interesse público.~~

~~§ 2º - O poder público poderá autorizar a inserção do nome do doador no objeto doado ou em material de divulgação do evento ou projeto, obedecidas as restrições legais aplicáveis ao caso concreto, em especial no que diz respeito ao uso de bens públicos e à proteção da paisagem urbana.~~

~~§ 3º Na hipótese de que trata o § 2º deste artigo, a celebração dos termos de doação de bens e serviços e de estabelecimento de parcerias com a iniciativa privada dependerá também de prévia anuência da Subcomissão prevista no artigo 6º do Decreto nº 52.062, de 30 de dezembro de 2010, observado o disposto nos incisos I, II, III e IV do "caput" de referido dispositivo. (Redação acrescida pelo Decreto nº 52.062/2010) (Revogado pelo Decreto nº 58.102/2018)~~

Os interessados em desenvolver parcerias com o poder público poderão encaminhar suas propostas às Secretarias Municipais, para análise, devendo os ajustes delas decorrentes atender à legislação em vigor e à forma cabível, que poderá ser patrocínio, co-patrocínio, convênio, colaboração ou apoio.

As propostas de parcerias aceitas serão registradas e os interessados convocados para a definição do plano de trabalho, conclusão do projeto e quotas de patrocínio a serem assumidas pela iniciativa privada.

Os projetos oficiais serão objeto de chamamento pelas Secretarias Municipais, visando despertar interesse de parcerias para eventos específicos, no âmbito de suas competências.

As parcerias serão formalizadas por termo, em consonância com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa.

As Secretarias Municipais deverão manter registros atualizados dos projetos oficiais e das propostas de parceria apresentadas, acessíveis ao público em geral.

~~██████████ São vedadas as parcerias com pessoas físicas ou jurídicas em débito fiscal com a Fazenda Municipal.~~

██████████ São vedadas as parcerias com pessoas físicas ou jurídicas em débito com a Fazenda Municipal, exceto as celebrações de convênios, acordos ou ajustes que não envolvam, a qualquer título, o desembolso de recursos financeiros. (Redação dada pelo Decreto nº 55.152/2014)

~~██████████ Fica delegada, aos Secretários Municipais, competência para aceitar doações de bens móveis, com encargos, mediante lavratura de termo próprio. (Revogado pelo Decreto nº 58.102/2018)~~

██████████ **A** Este decreto não se aplica às parcerias voluntárias, envolvendo ou não transferências de recursos financeiros, com organizações da sociedade civil, na forma definida pela Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014. (Redação acrescida pelo Decreto nº 57.575/2016)

██████████ Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, aos 03 de abril de 2001, 448º da fundação de São Paulo.

MARTA SUPLICY, PREFEITA

ANNA EMILIA CORDELLI ALVES, Secretária dos Negócios Jurídicos

JOÃO SAYAD, Secretário de Finanças e Desenvolvimento Econômico Publicado na Secretaria do Governo Municipal, em 03 de abril de 2001. RUI GOETHE DA COSTA FALCÃO, Secretário do Governo Municipal