

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PATRICIA PRIETO MOREIRA

**SETOR 2 ½ — ASPECTOS JURÍDICOS E CONSECUÇÃO PRIVADA DE
INTERESSES PÚBLICOS**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2021**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PATRICIA PRIETO MOREIRA

**SETOR 2 ½ — ASPECTOS JURÍDICOS E CONSECUÇÃO PRIVADA DE
INTERESSES PÚBLICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob orientação do Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins.

SÃO PAULO
2021

PATRICIA PRIETO MOREIRA

**SETOR 2 ½ — ASPECTOS JURÍDICOS E CONSECUÇÃO PRIVADA DE
INTERESSES PÚBLICOS**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em DIREITO, área de concentração EFETIVIDADE DO DIREITO, núcleo de pesquisa de DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovada em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Aos meus pais, por tudo e ainda mais pelo que está por vir. Ao meu irmão, grande exemplo de que o conhecimento liberta. Especialmente, ao meu amor, fruto da PUC/SP e fonte eterna de inspiração, pela sua integridade e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Após alguns anos distante da academia procurei o Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins em busca de trilhar um novo caminho no estudo do Direito. O Professor me recebeu carinhosamente, mesmo sem mantermos contato desde à época da orientação na pós-graduação *lato sensu* no COGEAE, que conclui na primeira década dos anos 2000. Recebi o convite para participar do seu grupo de estudos e aceitei. Nos encontros pude partilhar momentos memoráveis com amigos e colegas, muito embora a imersão no mestrado aliada aos compromissos do dia a dia não tenham me permitido aproveitar todo o conteúdo da forma que eu gostaria. Tal como ocorreu no passado, o Professor não me decepcionou, ao contrário, foi além de todas as minhas expectativas, me orientando de forma atenciosa e crítica, bem ácida por vezes, mas nunca sem razão ou sem viés construtivo. Por isso posso afirmar que, em grande parte, o mérito desse trabalho, uma vez reconhecido, será dele também. Obrigada Professor pela oportunidade, efetiva orientação e pelas conversas.

Ao longo dessa jornada acadêmica pude construir laços de amizade, os quais espero nunca os desfazer, em especial, a todos os amigos que dividiram turma comigo nas brilhantes disciplinas: Direito e poder ministrada pela Professora Doutora Márcia Cristina de Souza Alvim; Regime jurídico administrativo, função administrativa e princípios da administração ministrada pelo Professor Doutor Clóvis Beznos; Questões contemporâneas das contratações públicas ministrada pelo Professor Doutor Jacintho Arruda Câmara; Teoria da decisão judicial ministrada pelo Professor Doutor Pedro Estevam Serrano; Teoria do ato administrativo à luz da ponderação de interesses ministrada pelo Professor Doutor Ricardo Marcondes Martins; Direito à liberdade ministrada pelo Professor Doutor Roberto Baptista Dias da Silva;

Ao amigo Caio de Souza Loureiro, obrigada por me encorajar a ingressar no mestrado. À amiga Raquel Lamboglia Guimarães, obrigada pelos preciosos ensinamentos sobre a atividade de fomento, que muito contribuíram para o desenvolvimento do raciocínio jurídico. Ao amigo João Victor Tavares Galil, hoje doutorando pela PUC/SP, devo um agradecimento muito particular, não só pela troca de conhecimentos, mas principalmente pela inestimável ajuda com a pesquisa doutrinária.

Por fim, e não poderia ser diferente, agradeço imensamente ao Carlos Eduardo Bergamini da Cunha, meu companheiro de vida, por tudo que fez para permitir que mais esse sonho

pudesse ser concretizado. Sem o seu catálogo doutrinário completíssimo nunca seria possível desenvolver a pesquisa necessária para essa dissertação, ainda mais em tempos pandêmicos de reclusão social total, sem acesso à biblioteca física da PUC/SP. Obrigada meu amor pelo tempo despendido com as discussões metodológicas, com as cansativas leituras e com a separação da doutrina. Você foi incrível, como sempre.

RESUMO

A situação de precariedade social que o Brasil está experimentando, após quase dois anos sobrevivendo com a pandemia do COVID-19, é ímpar. O percentual de pessoas que se encontram em condições de insegurança alimentar é altíssimo — quase metade da população brasileira convive com algum grau de insegurança —, além de outros riscos sociais da mesma gravidade, como instabilidade no trabalho; desigualdade no acesso à saúde; esgotamento mental; insuficiência de auxílio emergencial; enfim o custo social é altíssimo. Isso, sem contarmos com a urgência de soluções climáticas, pois a degradação do meio ambiente só aumentou nos últimos anos e, boa parte dos nossos biomas mais relevantes perderam características nativas irrecuperáveis e essa conta será paga não só pelas futuras gerações, mas pela presente também. Para completar o cenário caótico, a economia do país não caminha bem, não se direciona rumo ao desenvolvimento e progresso do povo brasileiro, a taxa de inflação prevista para 2021 já foi revisada para cima, em razão do forte aumento do valor da gasolina e da energia elétrica para o consumidor final. Defronte a esse quadro destruidor da esperança nacional, a única conclusão que podemos chegar é que nenhuma instituição da escala social — *Estado social, mercado e terceiro setor* — está conseguindo suprir todas as complexas demandas sociais, ambientais e econômicas dos brasileiros, nem de forma coletiva e, tampouco, de forma isolada. O “setor 2 1/2”, tema central da presente dissertação, se posiciona como um ator privado coadjuvante e inovador, que surgiu da necessidade de complementação da escala tradicional para oferecer soluções socioambientais de última ordem e, com isso, realizar *interesses públicos*. As *empresas sociais*, substrato do “setor 2 1/2”, visam renovar o *espaço privado*, trilhando um novo caminho *capitalista*, com uma finalidade diferenciada, a de aliar o lucro ao *compartilhamento de valor socioambiental* para parcela da população mais vulnerável. De tal sorte, esse *espaço privado* não se liga com às *organizações da sociedade civil*, às *cooperativas* e nem mesmo com os *agentes econômicos* ordinários, resultando num modelo único de instituição social, que nos estimula a aprofundar o conhecimento científico sobre o tema, ainda bem incipiente no Brasil — tanto no campo positivo-normativo, quanto na esfera dogmática —, especialmente, para a compreensão da interação do Estado com esse novo espaço social.

ABSTRACT

The situation of social precariousness that Brazil is experiencing, after almost two years surviving with the COVID-19 pandemic, is unique. The percentage of people in conditions of food insecurity is extremely high — almost half of the Brazilian population lives with some degree of insecurity — in addition to other social risks of the same severity, such as job instability; inequality in health access; mental exhaustion; insufficient emergency assistance; that is, the social cost is very high. This, without counting the urgency of climate solutions, as the degradation of the environment has only increased in recent years and a good part of our most relevant biomes have lost irrecoverable native characteristics and this bill will be paid not only by future generations, but by present too. To complete the chaotic scenario, the country's economy is not going well, it is not heading towards the development and progress of the Brazilian people, the inflation rate forecast for 2021 has already been revised upwards, due to the strong increase in the value of the gasoline and the electricity for the final consumer. Faced with this picture that destroys national hope, the only conclusion we can reach is that no institution of the social scale — Social State, market and third sector — is covering all the complex social, environmental, and economic demands of Brazilians, not even collectively and neither in isolation. “Sector 2 $\frac{1}{2}$ ”, the central theme of this dissertation, is positioned as a supporting and innovative private actor, which arose from the need to complement the traditional scale to offer socio-environmental solutions and, therefore, fulfill public interests. Social enterprise, substrate of the “setor 2 $\frac{1}{2}$ ”, want to renew the private space, treading a new capitalist path, with a different purpose, which combines profit with the sharing of socio-environmental value for the most vulnerable population. Thus, this private space is not linked to civil society organizations, cooperatives, or even ordinary economic agents, resulting in a unique model of social institution, which encourages us to deepen scientific knowledge on the subject, which is still incipient in Brazil — both in the normative-positive field, and in the dogmatic sphere —, especially, for the understanding of the State's interaction with this new social space.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
<i>A</i> CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA	10
<i>B</i> OBJETIVO E HIPÓTESE.....	16
<i>C</i> METODOLOGIA E ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO.....	17
CAPÍTULO I — ESTADO, ORDEM ECONÔMICA E ORDEM SOCIAL.....	19
1.1 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	19
1.1.2 ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA	20
1.1.3 ESTADO SOCIAL	23
1.2 ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	31
1.2.1 ORDEM SOCIAL.....	33
1.2.2 ORDEM ECONÔMICA	40
CAPÍTULO II — ESPAÇO PÚBLICO E ESPAÇO PRIVADO.....	46
2.1 ESPAÇO PÚBLICO – SERVIÇOS PÚBLICOS.....	46
2.2 ESPAÇO PRIVADO – MERCADO – LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA	51
2.2.1 LIVRE CONCORRÊNCIA	53
2.3 ESPAÇO PRIVADO – TERCEIRO SETOR – ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL	61
2.3.1 ORIGEM DO TERCEIRO SETOR.....	61
2.3.2 CONCEITO DE TERCEIRO SETOR.....	68
2.3.3 TRATAMENTO NORMATIVO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL.....	73
CAPÍTULO III — EMPRESA SOCIAL – SETOR 2 12	92
3.1 EMPRESA SOCIAL – INTRODUÇÃO	92
3.2 CENÁRIO TEÓRICO DAS EMPRESAS SOCIAIS.....	98
3.3 CENÁRIO LEGISLATIVO DAS EMPRESAS SOCIAIS.....	114
3.4 FINALIDADE E FUNDAMENTO JURÍDICO DA EMPRESA SOCIAL	124
3.4.1 FINALIDADE – COMPARTILHAMENTO DE VALOR SOCIAL.....	124
3.4.2 FINALIDADE – ASPECTO ECONÔMICO	130
3.4.3 FUNDAMENTO JURÍDICO – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA	135
3.5 CLASSIFICAÇÃO COMO UM SETOR INDEPENDENTE – SETOR 2 12	139
3.6 FOMENTO DO SETOR 2 12.....	146
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	159

INTRODUÇÃO

A CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

A escolha do tema “setor 2 1/2” foi fortemente incentivada pela necessidade de incutir na racionalidade contemporânea que a titularidade difusa dos *interesses públicos*¹ pode ser uma solução viável para minimizar a desigualdade econômico-social que assola a sociedade brasileira. Vale dizer, é certo que o Estado brasileiro se afigura como instituição protagonista na identificação do *interesse público* no seio das relações sociais, ou ao menos deveria se afigurar, pois no plano jurídico-positivo constitucional ainda se apresenta como *Estado social e democrático de Direito* destinado à promoção da *justiça social, igualdade material e dignidade* de seu povo. Contudo, depositar todas as expectativas no *Estado social* brasileiro, como se só ele fosse acometido do dever de suportar toda a demanda social e ambiental do nosso imenso e particular território é no mínimo ingênuo, mesmo que saibamos que contribuímos aos cofres públicos justamente para a implementação de finalidades institucionais claramente definidas na Constituição. Em paralelo a esse protagonismo é preciso reconhecer que a sociedade, ou o *espaço privado*, também deve exercer um papel relevante no desenvolvimento nacional, tanto assim é que a Constituição em diversas passagens imputa *responsabilidade comum*² ao Estado e à sociedade brasileira no que toca à materialização de direitos fundamentais.

Ao longo da atual história democrática surgiram inúmeras tentativas de parcerias do *Estado social* com o *terceiro setor* que, ao seu modo, surtiram e ainda surtem efeitos positivos e negativos. As *organizações da sociedade civil*, que no século passado foram tidas pelo *Estado*

¹ Não obstante concordemos com o raciocínio jurídico de que o *interesse público* seja o resultado da ponderação dos princípios conflitantes realizada em concreto pelo intérprete, sendo portanto fixado e definido, na maioria das vezes — haja vista existirem também definições em abstrato no ordenamento jurídico —, de maneira singular caso a caso diante das circunstâncias fáticas e jurídicas, não acreditamos que o uso do conceito no plural — *interesses públicos* —, a fim de denotar a multiplicidade de interesses sociais razoáveis das sociedades contemporâneas, seja metodologicamente equivocado a ponto de se mostrar incompatível com o conceito de *interesse público* fundado na conclusão dogmática de que “a Constituição se apresenta como uma totalidade dinâmica, onde os conflitos entre o bem particular e o bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz dos princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holística da Constituição” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2., p. 211). Utilizamos na presente dissertação o conceito no plural para assinalar à pluralidade de interesses com legitimidade social.

² Em sentido análogo ao atribuído às *competências materiais comuns* na Constituição de 1988 (art. 23), que “relativamente a uma só matéria concorre competência de mais de um ente político” (ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na constituição de 1988.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 112), mas nesse caso o predicado *comum* seria atribuído ao dever jurídico relativo à efetivação de direitos fundamentais.

social brasileiro como a chave do sucesso na erradicação dos problemas sociais³, na prática não refletiram excelentes resultados como eram supostamente induvidosos pelos idealizadores da reforma gerencial de 1995, tanto é que o repasse de verbas federais pela União para as *entidades privadas sem fins lucrativos* está em queda desde o ano de 2010⁴. Isso tudo sem contar os diversos questionamentos sobre a constitucionalidade de algumas parcerias que se estabeleceram sob o manto de uma legislação equivocada em diversas medidas e incapaz de acompanhar o dia a dia das que se formam junto à Administração Pública⁵.

Ademais, desde os anos de 1990 do século passado o tema da *responsabilidade social* também se intensificou dentro das estruturas do *mercado*, motivando alguns *agentes econômicos privados* a investir em ações sociais para socorrer a parcela desfavorecida de cidadãos⁶. No século XXI, a *responsabilidade social* se alargou para a *pauta da sustentabilidade*, que condensa não só as questões sociais, mas também as ambientais e de governança corporativa. Atualmente a *sustentabilidade* e o potencial de desempenho financeiro são monitorados pelos dados *ESG* — sigla que corresponde aos três fatores em inglês: *environmental, social and governance* —, para demonstrar a transparência, credibilidade e capacidade organizacional dos *agentes econômicos* que atuam no *mercado* de

³ "Por outro lado, no momento em que a crise do Estado exige o reexame das relações Estado-sociedade, o espaço público não-estatal pode ter um papel de intermediação ou pode facilitar o aparecimento de formas de controle social direto e de parceria, que abrem novas perspectivas para a democracia. [...] Ora, em uma situação em que o mercado é claramente incapaz de realizar uma série de tarefas, mas que o Estado também não se demonstra suficientemente flexível e eficiente para realizá-las, abre-se espaço para as organizações públicas não-estatais." (BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília - DF: Cadernos MARE – Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, v. 1., p. 26-28. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/CadernosMare/CADERNO01.pdf> Acesso em: 06 abr. 2021).

⁴ Cf. apontou estudo realizado por MELLO, Janine; PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; ANDRADE, Pedro Gomes. **Afinal, o que os dados mostram sobre a atuação das ONGs?: análise de transferências federais e projetos executados pelas organizações da sociedade civil no Brasil**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [2019]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/190625_td_2483.pdf Acesso em: 27 jun. 2021.

⁵ O relatório final do grupo de trabalho — marco regulatório das organizações da sociedade civil — formado por representantes do Estado e da sociedade civil (Decreto Presidencial n. 7.568/11), evidenciou que na prática a Administração federal pouco se vale dos instrumentos normativos indicados na legislação então vigente do *terceiro setor*, predominando, entre os anos de 2008 e 2012, a celebração de convênios (7.421) em detrimento de outros instrumentos, como por exemplo o termo de parceria (103) previsto na Lei das Organizações das Sociedade Civil de Interesse Público — n. 9.790/99. (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS. **Relatório final do grupo de trabalho marco regulatório das organizações da sociedade civil**. São Paulo: ABONG – Associação brasileira de organizações não governamentais [2012]. Disponível em: <https://www.abong.org.br/final/download/OBSERVATORIO.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021).

⁶ Sobre a transformação da responsabilidade social empresarial no contexto brasileiro conferir estudo publicado pelo IPEA, que comparou os perfis das ações sociais das iniciativa privada entre os anos 1999-2006 (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A iniciativa privada e o espírito público: a evolução da ação social das empresas privadas no Brasil**. Brasília: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [2006]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/acaosocial/IMG/pdf/doc-44.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021).

forma sustentável⁷. Essa tendência desembarcou em terras tupiniquins há alguns anos e já conta com alguns exemplos de *agentes econômicos* que atuam voltados para os três fatores do *ESG* — AMBEV; Itaú; Klabin; Natura; O Boticário; Suzano; entre outras empresas⁸.

Apesar desse amplo quadro solidário e sustentável, o *mercado* não se valeu da sua força produtiva hegemônica para reverter a situação de precariedade social, o repasse voluntário de recursos privados a projetos e programas sociais não foi tão significativo quanto o êxito econômico obtido. Alguns dados empíricos podem confirmar essa conclusão. Em 2009 só o setor industrial de transformação brasileiro obteve de receita líquida de vendas 1,67 trilhão de reais⁹ e em 2018 o mesmo setor obteve 3,2 trilhões de reais¹⁰, e nos mesmos anos o patamar de investimento social de *todo o mercado*, incluindo o setor epigrafeado, foi de 3,8 bilhões em 2009 e 3,6 bilhões em 2018¹¹.

Um cotejo semelhante pode ser realizado com a questão ambiental. Tomaremos como parâmetro o ODS – objetivo de desenvolvimento sustentável número 13, dos 17 estabelecidos na agenda 2030 por diversos líderes mundiais na ONU – Organizações das Nações Unidas em 2015¹², que se refere ao combate das mudanças globais do clima e de desastres naturais. Em meados de 2020 o IPAM – Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia previu que o desmatamento poderia superar 4.500 quilômetros quadrados na Amazônia brasileira — o

⁷ Há mais de 10 anos a empresa norte-americana de tecnologia e dados do mercado financeiro Bloomberg monitora os dados relativos aos três fatores do *ESG* das empresas de capital aberto em mais de 102 países. Para mais informações sobre o trabalho desenvolvido acessar: <https://www.bloomberg.com.br/solucao/esg-financas-sustentaveis/?tactic-page=476966> Acesso em: 16 ago. 2021.

⁸ De acordo com o ranking divulgado pela revista *Exame* (CAETANO, Rodrigo. Melhores do ESG: veja quais são as 17 empresas premiadas. São Paulo: **Revista Exame**, 2021. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/as-melhores-do-esg/> Acesso em: 16 ago. 2021).

⁹ AGÊNCIA IBGE DE NOTÍCIAS. **Valor da transformação industrial foi de R\$ 679,4 bilhões em 2009**. Rio de Janeiro: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2011]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14043-asi-valor-da-transformacao-industrial-foi-de-r-6794-bilhoes-em-2009> Acesso em: 27 jun. 2021.

¹⁰ AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **PIA - Pesquisa industrial anual empresa 2018**. Rio de Janeiro: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/cc12a3ee97a730b487a1e5526843126c.pdf Acesso em: 27 jun. 2021.

¹¹ Cf. ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES DO BRASIL. **INFOGRÁFICO SENSO GIFE 2018**. São Paulo: GIFE – Associação de Investidores do Brasil [2018]. Disponível em: <https://mosaico.gife.org.br/censo-gife/infograficos/2> Acesso em: 27 jun. 2021.

¹² Em setembro de 2015 foi aprovada por 193 líderes mundiais, dentre eles o brasileiro, a Agenda 2030 com um plano de ação colarativo que visa erradicar a pobreza extrema, combater a desigualdade e a injustiça e conter as mudanças climáticas, para tanto, contempla 17 objetivos de desenvolvimento sustentável que se desdobram em 169 metas, as quais são comparadas por indicadores (Cf. GOVERNO FEDERAL. **Indicadores brasileiros para os objetivos de desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br> Acesso em: 27 jun. 2021).

equivalente a três vezes o Município de São Paulo — na temporada de queimadas que se iniciaria em junho¹³. Na prática, essa previsão não se consumou, pior ainda, ela foi maior em 30% e bateu o recorde dos últimos 10 anos totalizando 8.058 de quilômetros quadrados desmatados, de acordo com o IMAZON – Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia¹⁴. Isso sem mencionarmos o desmatamento do bioma Cerrado — a savana mais biodiversa do mundo —, que até 2017 já tinha perdido 50% da sua área original¹⁵. E, certamente, esses atos atrozes de origem humana não possuem qualquer correlação com os descendentes dos habitantes originários à época do descobrimento o Brasil, pois não faria sentido destruir o seu próprio habitat, já que a Constituição lhes outorga ocupação em caráter permanente e o usufruto exclusivo das riquezas dessas terras (§ 1º e § 2º do artigo 231). A autoria desse crime ambiental¹⁶ decerto vincula-se aos agentes que possuem interesses econômicos.

Logo, a relação entre o excesso de capital e o retorno de parte deste à sociedade não pode ser considerada uma preocupação real do *mercado*, o que torna possível concluir que, infelizmente, o *espírito solidarista* e *sustentável* não se imprime como uma característica marcante das empresas brasileiras.

Independente de qualquer constatação sobre o *quantum* que o *espaço público* e o *espaço privado* — *mercado* e *terceiro setor* — concretizaram, concretizam e ainda concretizarão na área social, a questão é que os esforços, conjuntos ou isolados, há tempos não têm se mostrado suficientes, pois no contexto prévio à pandemia causada pelo COVID-19¹⁷ já contávamos com mais de 6,5% do total da nossa população vivendo em situação de extrema pobreza, ou como

¹³ IPAM AMAZÔNIA. **Área desmatada a ser queimada em 2020 pode superar os 4.5 mil km²**. São Paulo: IPAM – Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, [2020]. Disponível em: <https://ipam.org.br/area-desmatada-na-amazonia-a-ser-queimada-em-2020-pode-superar-os-45-mil-km2/> Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁴ IMAZOM. **Desmatamento na Amazônia cresce 30% em 2020 e bate recorde dos último dez anos**. Belém: IMAZOM – Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia [2021]. Disponível em: <https://imazon.org.br/imprensa/desmatamento-na-amazonia-cresce-30-em-um-2020-e-bate-recorde-dos-ultimos-dez-anos/> Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁵ WMF BRASIL. **Nas mãos do mercado, o futuro do Cerrado: é preciso interromper o desmatamento**. São Paulo: WMF Brasil [2017]. Disponível em: https://www.wmf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/cerrado/manifestodocerrado/ Acesso em: 16 ago. 2021.

¹⁶ Trata-se de fato típico previsto nos artigos 38 ao 39 da Lei federal n. 9.605/98.

¹⁷ BBC Brasil. **As 14 recessões dos últimos 150 anos – e porque a do coronavírus deve ser a 4ª pior**. São Paulo: BBC Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53239921> Acesso em: 16 fev. 2021.

uma renda familiar per capita de até R\$ 89,00 por mês¹⁸. Esse cenário é desolador¹⁹.

E, para somar esforços, numa tentativa de reduzir as desigualdades sociais do Brasil, entra em cena mais um ator coadjuvante, o “setor 2 1/2”, um novo espaço corporativo na escala social paralelo ao Estado, ao *mercado* e às organizações do *terceiro setor*, que se apresenta como um modelo *capitalista* revisitado de *agentes econômicos* plenamente capazes de materializar os fundamentos, objetivos e direitos fundamentais positivados nas normas constitucionais.

O “setor 2 1/2” é composto essencialmente por uma categoria de *empreendimento social* — especificamente por *empresas sociais* —, isto é, por pessoas jurídicas de Direito privado que atuam no *mercado concorrencial* para obter, de forma cíclica e permanente, excedentes financeiros e reinvesti-los no desenvolvimento de uma finalidade social. Justamente por isso é concebido como um *espaço privado* modificado, pois a sua essência é o *compartilhamento de valor socioambiental* afastando-se, portanto, da racionalidade *unidimensional* do *mercado*, que só busca internalizar nas pessoas dos instituidores mais e mais lucros.

Esse tipo de *empreendimento social* guarda estreita relação com a *funcionalização* atrelada ao direito fundamental de propriedade pela Constituição brasileira (XII e XIII do artigo 5º), pois é daí que desponta a *função social da empresa*. A assunção voluntária de interesses externos à *atividade econômica* lucrativa, de titularidade da comunidade vulnerável do seu entorno, faz da *empresa social* um instrumento naturalmente potencializador de valores socioeconômicos, por resgatar “a intersubjetividade da liberdade de iniciativa e do direito de propriedade, mostrando que ambos estão relacionados à emancipação do homem e, portanto, à dignidade da pessoa humana”²⁰.

Os céticos dirão que dentro de um sistema *capitalista* o exercício desse tipo *atividade econômica* é incompatível, mas sim, há quem empreenda esforços materiais em auxílio ao

¹⁸ Cf. AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Síntese de indicadores sociais: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população**. Rio de Janeiro: IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29431-sintese-de-indicadores-sociais-em-2019-proporcao-de-pobres-cai-para-24-7-e-extrema-pobreza-se-mantem-em-6-5-da-populacao> Acesso em: 27 jun. 2021.

¹⁹ No ranking do coeficiente Gini — indicador mundial que pontua a desigualdade de renda — o Brasil ocupou em 2019 o nono lugar entre os países mais desiguais do globo, segundo a pesquisa realizada pelo Banco Mundial (Idem).

²⁰ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 281.

próximo, com viés solidarista, mesmo sem estímulo estatal — por enquanto —, visando tão-somente o retorno do capital inicialmente investido e, excepcionalmente, a percepção limitada de dividendos, pois o enfoque do desempenho financeiro positivo é a multiplicação de valor social e ambiental. Talvez seja esse um futuro mais próspero do sistema *capitalista*, claramente falido e ineficiente para erradicar as desigualdades tão profundas entre os brasileiros.

O propósito institucional solidarista e a vedação de internalização exclusiva do lucro nas pessoas dos instituidores são características determinantes para separar esse modo de *empreendimento social* do *espaço privado* ocupado pelos *agentes econômicos* que atuam no *mercado concorrencial* apenas para angariar lucro.

As *empresas sociais* também não se enquadram no ambiente institucional do *terceiro setor*, muito embora se apresentem como uma espécie de *empreendimento social*²¹. À primeira vista o intérprete pode se enganar e os incluir na categoria de pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa, afinal não distribuir dividendos corresponderia na visão do legislador (§ 1º do artigo 1º da Lei federal n. 9.790/99) à ausência desse caráter essencialmente *capitalista*, que prega a máxima da *internalização de resultados positivos*. No entanto, entendemos que é preciso ir mais a fundo, partindo de como o Direito compreende o lucro²² — e não somente do critério legislativo adotado para classificação do *terceiro setor* —, atrelado ao objetivo da *atividade econômica*, tal como o propósito dos *agentes* atuam no *mercado concorrencial*, porque é daí que parte a *empresa social* — ainda que com finalidade *bidimensional* ou *tridimensional*²³. É marca intrínseca do *terceiro setor* a impossibilidade de sustentação financeira por meio da

²¹ Por ora, ressaltaremos que no gênero *empreendimento social* encontram-se espécies como as *organizações da sociedade civil* que compõem o *terceiro setor* e as *empresas sociais* que compõem o “setor 2 1/2”. Não obstante essa antecipação, trataremos do conceito contemporâneo de *empreendimento social* mais adiante (especificamente no subitem 3.1), levando em conta o estudo realizado por DEES que sistematizou a visão antiga francesa e a visão mais atual, condensando as seguintes noções econômicas: criação de valor; inovação; busca por oportunidades; desenvoltura (J. Gregory. **The meaning of “social entrepreneurship”**. Duke University’s Fuqua School of Business, Durham, p. 01-05, mai. 1998. Disponível em: https://centers.fuqua.duke.edu/case/wp-content/uploads/sites/7/2015/03/Article_Deas_MeaningofSocialEntrepreneurship_2001.pdf Acesso em: 21 jul. 2021).

²² “Lucro é o saldo contábil positivo ocorrido no mundo fenomênico; resultado de comportamentos voluntário; é objetivo idealizado, perseguido e realizado no plano dos fatos; o comportamento humano de idealizá-lo e realizá-lo guarda com o ordenamento jurídico uma relação de *não-contradição*. E não só previsto, como desejado pelo Constituição (cf. art. 170, CF, 1988).” ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J. A. Lima. Excedente contábil: sua significação nas atividades públicas e privadas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 6, p. 277, 1994.

²³ Afirmamos que a *empresa social* possui finalidade *bidimensional* ou *tridimensional* em contraposição ao escopo *unidimensional* da *iniciativa privada*, posto que esse formato de *empreendimento social* intenta na mesma medida auferir resultados financeiros positivos e *compartilhar valor social*, enquanto o *agente econômico* tradicional busca exclusivamente a *maximização dos lucros*. Essa característica peculiar da *empresa social* será analisada mais detidamente no subitem 3.4.1.

exploração do seu objeto social, ou seja, a instituição de uma *organização da sociedade civil* é forjada pela dependência da *captação de recursos* de terceiros e essa característica converge frontalmente com a *empresa social*, que nasce para ser necessariamente autossustentável.

É inevitável não atrelarmos as *empresas sociais* à consecução de *interesses públicos*, um conceito que certamente deve ser contextualizado dentro das urgências contemporâneas, para se transformar em efetivo instrumento de concretização das normas constitucionais por meio desse novo formato de *empreendimento social* privado ao lado do Estado. Esse é um dos links, senão o principal, que torna o tema das *empresas sociais* tão interessante para o Direito Administrativo, afinal a aproximação entre os *espaços público e privado* desperta, no mínimo, a relevância científica, para que sejam estabelecidos dogmaticamente os limites desse relacionamento institucional, que se dará pela atividade administrativa de fomento, incluindo a possível de participação societária estatal.

De tal sorte, esse *ator coadjuvante* da escala social, que se fundamenta na *função social* e se liga umbilicalmente aos valores socioambientais de *interesse público* e, concomitantemente, se distancia dos ideais do *terceiro setor* e se aproxima, parcialmente, da racionalidade lucrativa do *mercado concorrencial capitalista*, acaba por não se enquadrar em nenhum dos espaços institucionais da escala clássica formada pelo Estado, *mercado e terceiro setor*, justamente por isso impõe-se reconhecer como legítima uma classificação própria, intermediária entre os principais setores sociais, como “setor 2 $\frac{1}{2}$ ”.

B OBJETIVO E HIPÓTESE

O **objetivo** primordial dessa pesquisa acadêmica é demonstrar que não há óbice na ordem normativa constitucional vigente apto a impedir a classificação teórica do “setor 2 $\frac{1}{2}$ ” como um setor social independente, nem tampouco, capaz de macular a figura desses *empreendimentos sociais* como pessoas jurídicas de Direito privado regulares e, assim, possíveis objetos de auxílio estatal por meio da atividade administrativa de fomento e, em última instância, figuras jurídicas admissíveis de participação societária pública.

Há no Brasil alguns exemplos de *empresa social*, fato esse que confere o devido préstimo ao interesse acadêmico e, portanto, ao exame jurídico-científico do tema. A doutrina nacional ainda não se dedicou ao aprofundamento que o “setor 2 $\frac{1}{2}$ ” exige e, no geral, o que há

disponível na produção nacional — trabalhos direcionados aos *negócios com impacto social* ou aos *negócios inclusivos* —, também não oferece uma solução jurídica válida, no sentido de identificar a real possibilidade de constituição e desenvolvimento de uma *empresa social* sob a ótica do Direito positivo. Por isso, os exemplos pragmáticos serão trabalhados para conferir maior precisão e acerto ao discurso teórico e com isso comprovar que ao fim e ao cabo o *interesse público* é materializado por esse tipo específico de *agente econômico*, o que justificaria a criação de uma subvenção ou de um auxílio estatal para subsidiá-los.

Cumpra desde já salientar que ainda não foi aprovada pelo Poder Legislativo nacional qualquer norma que se aplique perfeitamente a esse formato de *empreendimento social*²⁴. Posto isso, partiremos da **hipótese** de que não há legislação específica, mas que há no mundo fenomênico *empresas sociais* impondo-se, desse modo, que a comunidade científica realize um estudo robusto, explorando a sua origem, natureza jurídica, finalidade solidária, fundamento, estrutura societária e, por fim, a possibilidade de o “setor 2 1/2” ser efetivamente fomentado pelo Estado brasileiro.

C METODOLOGIA E ESTRUTURA DA DISSERTAÇÃO

A pesquisa será desenvolvida pelo método analítico, a partir dos estudos que já foram produzidos pela doutrina nacional e estrangeira sobre o tema, a fim de traçar alguns postulados lógicos do que seria admissível pela ciência jurídica para essa figura de *agente econômico*, considerando essencialmente a supremacia da Constituição brasileira e toda a normativa dela decorrente.

Dividiremos a pesquisa em três eixos principais, que serão tratados em capítulos separadamente.

No primeiro capítulo trabalharemos de maneira introdutória o *Estado social e democrático de Direito* no cenário normativo brasileiro (artigos 1º e 3º da Constituição), com intuito de evidenciar a íntima relação desenhada pelo constituinte entre a *ordem social* e a

²⁴ Existe um projeto de lei ordinária sobre o tema, o PL n. 4303, de 2012 — em trâmite na Câmara dos Deputados, proposto pelo Deputado Federal Laércio Oliveira —, visando a criação na Lei n. 6.404/76 do regime especial da Sociedade Anônima Simplificada (SAS), para fixar o tratamento normativo simplificado e estender o regime tributário diferenciado da Lei federal complementar n. 123/06, além de outras providências sobre essa nova figura jurídica.

ordem econômica na Constituição de 1988 (títulos II, VII e VIII). Desse ponto em diante será possível introduzir a dicotomia entre os espaços institucionais que integram a escala social clássica – *espaço público* x *espaço privado*.

No segundo capítulo imergiremos nas profundezas da escala social para compreender o que se pacificou no campo dogmático sobre a inteligência e a formação do *espaço público* e do *espaço privado*. No exame do *espaço público* definiremos quais são as atividades materiais exclusivas do Estado — *serviços públicos* (artigos 21, 23, 25, 30, 175, 223 entre outros da Constituição). Por outro lado, a verificação do *espaço privado* será fragmentada entre o *mercado concorrencial* — direito fundamental à *liberdade de iniciativa econômica* e *livre concorrência* (IV do artigo 1º; *caput* e IV do artigo 170 da Constituição) —, a *economia solidária* — *sociedades cooperativas* (Lei federal n. 5.764/71) — e o *terceiro setor* composto pelas *organizações da sociedade civil* — *organizações sociais* (Lei federal n. 9.637/98); *organizações da sociedade civil de interesse público* (Lei federal n. 9.790/99); *organizações da sociedade civil* (Lei federal n. 13.019/14).

Ao final, no terceiro capítulo, delinearemos *a priori* alguns conceitos iniciais — *empreendimentos sociais*; *negócios com impacto social* e *negócios inclusivos* —, a fim de evitarmos confusões hermenêuticas desnecessárias. Ato contínuo, examinaremos o amplo cenário teórico e legislativo da *empresa social* pelo mundo. Após, apresentaremos as finalidades que motivaram a criação e o desenvolvimento desse *agente econômico* e as peculiaridades ínsitas ao “setor 2 1/2”, as quais justificam uma classificação isolada na escala social. Analisaremos, também, a relação institucional entre a *empresa social* e o Estado, evidenciando se é ou não concebível a participação societária estatal nesse *empreendimento social* e se é legítimo o exercício da atividade administrativa de fomento. Ao final, esse estudo mais abrangente talvez nos forneça um panorama, ainda introdutório, do “setor 2 1/2” na realidade fática e jurídica do Brasil.

CAPÍTULO I — ESTADO, ORDEM ECONÔMICA E ORDEM SOCIAL

1.1 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A Constituição brasileira promulgada em outubro de 1988 foi popularmente denominada de a Constituição “Cidadã”¹ devido ao marcante viés social. Inaugurou-se aí a era da *igualdade material*, mote de um *Estado social* destinado a promover o bem-estar e a reduzir as desigualdades sociais e regionais dentro do vasto território brasileiro. E, mais do que isto, a Constituição “Cidadã” consagrou o Brasil como um *Estado democrático de Direito*, rompendo com o precedente Regime Militar ao estabelecer uma nova ordem constitucional sem espaço para abusos, arbitrariedades e brutalidades², pois tanto o Estado quanto o seu povo subordinam-se ao Direito.

De sorte que, sob a ótica constitucional, o Estado brasileiro apresenta essa complexa fusão entre o bem-estar social, direcionado ao vetor axiológico da igualdade, o *Estado de Direito*, ferramenta jurídica oposicionista ao poder soberano despótico, e o regime político nascido na Grécia antiga³, a *Democracia*. Daí se justifica a classificação do Brasil como um *Estado social e democrático de Direito*.

¹ Expressão cunhada pelo Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, o então deputado federal Ulysses Guimarães (CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Escrevendo a história — séria brasileira**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados - Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, [1988]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021).

² “A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social.” SILVA, José Afonso da. **Curso positivo de direito constitucional**. 42. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 90.

³ Entre o conceito de democracia difundido na antiguidade por Aristóteles e o conceito atribuído no mundo moderno há certa identidade, pois ambos se sustentam na ideia central de *governo do povo*. No entanto é importante observar que a noção de *povo* é diferente nesses períodos históricos. Na idade clássica admitia-se apenas a assunção do poder por governantes que não exercessem qualquer atividade produtiva ou comercial, isto é, a virtude política não era disponível aos cidadãos gregos. Já no século XVIII, a classe social dominante — a burguesia — que ascendeu ao poder, era composta basicamente por comerciantes que detinham a parcela mais significativa da riqueza da sociedade moderna. Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20. ed., atual. São Paulo: Saraivam 1998, p. 146-147.

1.1.2 ESTADO DE DIREITO E DEMOCRACIA

Tradicionalmente, o *Estado de Direito*⁴ constituiu matiz ideológica do *Estado liberal*, como um importante mecanismo de proteção da liberdade negativa⁵. É na doutrina liberal que surge a ideia do Estado como um vilão⁶, vale dizer, é do temor burguês revolucionário que se consolida o dogma de que o exercício do poder deve ser restringido exclusivamente por um *Estado legiferante*⁷, a fim de garantir a esfera privada de liberdade⁸ mediante à predominância do *princípio da legalidade*⁹. Acreditavam os filósofos liberais que o *Estado legiferante* “tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ações”¹⁰. Mas não era o bastante prescrever formalmente o

⁴ “Houve, porém, concepções deformadoras do conceito de Estado de Direito, pois é perceptível que seu significado depende da própria ideia que se tem do Direito. Por isso, cabe razão a Carl Schmitt quando assinala que a expressão *Estado de Direito* pode ter tantos significados distintos como a própria palavra ‘Direito’ e designar tantas organizações quanto as que se aplica a palavra ‘Direito’ [...]. Disso deriva a ambiguidade da expressão *Estado de Direito*, sem mais qualificativo que lhe indique conteúdo material.” SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 973.

⁵ Para DWORKIN a *liberdade positiva* representa: “o poder de participar das decisões públicas e controlá-las — inclusive da decisão de o quanto se deve restringir a liberdade negativa. Numa democracia ideal (seja isso o que for), os cidadãos governam a si mesmos.” (Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 345). A respeito da *liberdade negativa*, segundo BERLIN, a concepção defendida por Locke, Mill na Inglaterra e Benjamin Constant na França consubstancia a seguinte mensagem: “normalmente sou considerado livre na medida em que nenhum homem ou grupo de homens interfere com a minha atividade [...] Se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e se, essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido ou, talvez, escravizado.” (Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios**. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 229). Além desses dois relevantes conceitos, há um terceiro, o de *liberdade efetiva*, que “leva em consideração não apenas a ausência de coerção ou impedimento de fazer algo, mas a possibilidade real de fazê-lo.” (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015, p. 135).

⁶ BONAVIDES afirma que a doutrina liberal, desde seus primórdios kantianos, sempre vislumbrou a figura estatal como vilã, isso porque “o Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva” (Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 40). Então quanto menor a intervenção estatal sobre a esfera privada, maior o grau de liberdade conferido aos cidadãos.

⁷ “Como ‘Estado legiferante’, designa-se, nesse aspecto, um determinado tipo de Estado que tem por característica ver a suprema e decisiva expressão da vontade comum residir em *normatizações* que aspiram a ser Direito e, por essa razão, exigem necessariamente qualidades, às quais se podem subordinar, por conseguinte, todas as outras funções, questões e áreas públicas específicas.” SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 02.

⁸ “O *liberalismo* é algo difícil de ser conceituado: para alguns é um fenômeno histórico, próprio da Idade Moderna; para outros é uma postura filosófica; para outros, política; para outros, econômica. Há um traço comum: diz respeito à defesa da liberdade.” MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da constituição federal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 139.

⁹ “O último e verdadeiro sentido do ‘princípio’ fundamental de ‘legalidade’ de toda e qualquer vida estatal consiste, enfim, em que não mais se imponham, de maneira alguma, poderes e ordens, final de contas, somente se pode fazer valer normas impessoalmente vigentes.” SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 03.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1., p. 114.

princípio da legalidade, o abuso do poder ainda sim poderia se concretizar à semelhança do que ocorria no período absolutista, afinal, até a *própria virtude precisa de limites*¹¹. A autêntica contenção, mote do *Estado de Direito* no liberalismo, se deu com a implantação da teoria tripartida dos poderes¹² e com o delineamento de um sistema de garantias individuais¹³, em paralelo à adoção do princípio da legalidade. Desse modo, o *Estado de Direito* nasceu na modernidade como um instrumento jurídico indispensável para legitimar o poder e ao mesmo tempo para obstar a concentração das forças política e jurídica num único sujeito — destruindo a estrutura unitária e repartindo-a fictamente em três órgãos — e para reconhecer remédios assecuratórios de direitos em face do Estado¹⁴, num texto normativo escrito e formal¹⁵. E, manteve-se vivo até os dias atuais, com novos contornos¹⁶, mas ainda direcionado a frear ímpetos políticos tirânicos e abolicionistas de direitos fundamentais¹⁷.

¹¹ Cf. MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 229.

¹² “Com a divisão de poderes vislumbraram os teóricos da primeira idade do constitucionalismo a solução final do problema de limitação da soberania. A filosofia política do liberalismo, preconizada por Locke, Montesquieu e Kant, cuidava que, decompondo a soberania na pluralidade dos poderes, salvaria a liberdade.” BONAVIDES, **Do Estado liberal ao Estado social**, op. cit., p. 45.

¹³ “Ora, esses direitos tinham mais implicações positivas do que implicação de algo negativa de limitar o poder do Estado à elaboração de leis. Esta última significação decorreu do intento de *obrigar legalmente o Estado a respeitar suas próprias leis*, algo muito diferente do que não se harmoniza facilmente com a afirmação anterior de que a lei era a própria linguagem do Estado, o principal veículo de seu funcionamento. Pois essa noção subentendida que o Estado poderia ‘falar’ ou produzir *qualquer* lei; e era exatamente essa variabilidade intrínseca da lei que era perigosa, do ponto de vista liberal.” POGGI, Gianfranco. **A evolução do estado moderno: uma introdução sociológica**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981, p. 113-114.

¹⁴ “[...] o Estado de direito é um Estado que, em suas relações com seus súditos, se submete a um ‘regime de direito’: em tal Estado, o poder não pode usar senão os recursos autorizados pela ordem jurídica em vigor, enquanto os administrados dispõem de meios de recursos jurisdicionais contra os abusos que está suscetível de cometer.” Tradução livre de CHEVALLIER, Jacques. **L’Etat de Droit**. Paris: Montchrestien, 1992, pp.12-13.

¹⁵ Refere-se aqui ao Estado constitucional, “cujo poder é limitado e organizado por uma Constituição escrita nos moldes do constitucionalismo do final do séc. XVIII, enquanto num movimento de fundo liberal, expressão dos movimentos políticos da sociedade burguesa de então.” FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade do Estado, direitos humanos e outros temas**. São Paulo: Manole, 2007, p. 431.

¹⁶ Vale ressaltar que não mais se admite a submissão do Estado apenas a lei, a vinculação estatal é hoje concebida de um modo mais robusto e rigoroso. As atrocidades consumadas sob o manto da lei, em especial na segunda guerra mundial, levaram à superação do “modelo de Estado que surgiu a partir da Revolução Francesa, o princípio da legalidade significava, fundamentalmente, o monopólio atribuído ao Parlamento para ditar regras gerais e obrigatórias (legicentrismo) que implicava, além do mais, a submissão do Executivo à lei” (CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017, p. 212). No século XXI a sujeição do Estado não é tida exclusivamente sob o aspecto formal, ela adquiriu contornos substantivos que vão além da mera legalidade, dando origem ao que a doutrina denominou de *juridicidade administrativa*, a qual “[...] traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder” (OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: sentido da vinculação à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15).

¹⁷ “Ninguém ignora que o Estado de Direito é um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 49).

Foi também dentro do contexto *liberal* francês do século XVIII¹⁸ que a teoria da soberania do povo se fortaleceu e, por isso, condizente com a afirmação de BONAVIDES de que do “princípio liberal chega-se ao princípio democrático, convertendo o governo de uma classe, ao governo de todas as classes”¹⁹. A intenção da elite burguesa dominante de mudar radicalmente o rumo e a direção do poder alcançou o ciclo social popular, dando força ao *ideal democrático* fundado num sistema político representativo²⁰ e protetivo dos direitos naturais da pessoa humana. A emancipação política do povo francês restou consubstanciada numa declaração formal, aprovada pelos representantes da Assembléia Nacional em 1789, enunciando que “os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos”²¹. A partir de então, a criação pactuada de um ente moral para a representação e organização política de uma sociedade só faz sentido se for para conservar e defender os direitos que integram à natureza da pessoa humana. É justamente essa a essência da Democracia *liberal*, a de “autogoverno do povo”²² na versão indireta, via representação por mandatários eleitos²³.

¹⁸ Não obstante a Revolução francesa tenha sido o movimento político-social que universalizou o *ideal democrático* e inspirou a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, dois outros movimentos pretéritos também se fundaram na emancipação política do povo, a Revolução inglesa de 1689 com a edição da *Bill of Rights* e a Revolução norte-americana com a formulação da Declaração de Independência das 13 colônias em 1776. Sobre o Estado moderno e a democracia *vide* DALLARI, **Elementos de teoria geral do estado**, op. cit., p. 145-151.

¹⁹ BONAVIDES, **Do Estado liberal ao Estado social**, op. cit., p. 43.

²⁰ Ocorreu à época uma manipulação da classe pouco favorecida pela burguesia revolucionária. A formação do eleitorado era providencial, pois o sistema de governo representativo corresponderia à concretização dos interesses pessoais e econômicos de uma classe específica em detrimento de anseios cívicos universais. POGGI esclarece bem essa subversão: “O domínio público — uma vez constituído como assembleia eleita e colocado no próprio centro do Estado — ficaria a serviço desse eleitorado e ativaria o Estado em nome dele, estabelecendo como leis gerais e abstratas as orientações predominantes de opinião sobre questões determinadas, conforme refletido na formação da maioria e minorias entre os representantes eleitos. Como a classe burguesa era a força dominante na sociedade civil, a representação refletiria esse domínio ao fazer pesar na balança em favor de opiniões ‘esclarecidas’ e ‘responsáveis’. Isso seria feito através do funcionamento objeto do mecanismo de representação e, em especial, através de qualificações imparcialmente requeridas de eleitores e representantes — *não* através da atribuição de prerrogativas políticas a membros individuais de qualquer classe, o que os privaria de sua qualidade essencial como indivíduos privados.” (**A evolução do estado moderno: uma introdução sociológica**, op. cit., p. 94).

²¹ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS HOMENS E DOS CIDADÃOS. Artigo 1. **Declaração dos direitos dos homens e dos cidadãos**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo [2021]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 02 mar. 2021.

²² BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** São Paulo: Edições Loyola, 2010, p. 23.

²³ O princípio democrático dentro do território nacional, firmado como um propósito no preâmbulo da Constituição, para manter intangível a vontade popular, a liberdade e a igualdade de direitos. No entanto, a redemocratização, símbolo de uma nova esperança, se esvaziou, isso porque a Democracia brasileira contemporânea se equilibra numa corda bamba, pendendo prioritariamente para o lado do abismo, estimulada por governantes autoritários e desumanos e por fortes disputas institucionais mas, principalmente, pelo retrocesso social e cultural abissal, e, ao menos por enquanto, sem qualquer confiança legítima desse pêndulo minimamente se harmonizar. Acerca do Estado de exceção que vivemos há anos no Brasil, em especial sobre o vivido com o impeachment da Presidente Dilma Rousseff, vale a leitura da brilhante obra de SERRANO (Pedro Estevam Alves Pinto). **Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. 3. ed. São Paulo: Alameda, 2016).

1.1.3 ESTADO SOCIAL

O panorama *individualista* traçado pelo *Estado liberal*, ao pregar a autonomia da esfera privada como absoluta, juntamente com o dever de *abstencionismo do Estado vilão*, que não admitia qualquer ingerência sobre a condução da vida social e econômica, se consolidaram como o grande lema do *liberalismo* — o de um *Estado mínimo* —, de que sociedade deve ser regida pela natureza, pois é plenamente capaz de auto-organizar-se sem a necessidade de sujeições externas²⁴. No entanto, essa visão restrita da elite burguesa trouxe à tona a questão da *justiça social*²⁵. O *Estado liberal*, sob o argumento de assegurar a mais ampla liberdade do homem, fomentou um cenário social e econômico desastroso “desvelando a insuficiência das liberdades burguesas”²⁶ e evidenciou a ineficácia do *Estado mínimo* para a grande massa de trabalhadores. Restou comprovado que o exercício de fato de direitos civis, fora do círculo elitista, exigia ir além da mera prescrição formal na Constituição. O papel do Estado não poderia ser o de manter exclusivamente a paz, a segurança e a propriedade, era preciso que houvesse uma atuação material consistente, “como ator privilegiado do jogo socioeconômico”²⁷, garantindo direitos-meios — direitos sociais —, “cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar direitos individuais”²⁸. E, assim, se iniciou a derrocada do *liberalismo tradicional* em face da latente necessidade de se desenhar um novo modelo de Estado, destinado a concretizar à igualdade dos indivíduos de todas as classes sociais

²⁴ SMITH confiava “com perfeita segurança, que a liberdade de comércio, sem nenhuma atenção do governo, sempre nos fornecerá o vinho de que precisamos; e podemos confiar com igual segurança que ele sempre nos suprirá com o todo ouro e toda a prata que poderemos comprar ou empregar, quer para circular nossas mercadorias, quer para outros usos.” (Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. Tradução Norberto de Paula Lima. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017, p. 253). No entanto, a ideologia da *mão invisível* do mercado não pode ser tida como absolutamente neutra, a afirmação de que o *liberalismo econômico* não admitia regulação ou indução de comportamentos pelo Estado é perigosa. Isso porque, algum grau de intervencionismo — mormente para superar falhas pontuais — sempre se mostrou necessário, “caso contrário, estaríamos diante da própria supressão do Estado como ente artificial que deve responder às características postas pelo Contrato Social.” (STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política & teoria do estado**. 8 ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 54).

²⁵ A irrestrita liberdade protegida pela elite burguesa tinha um objetivo único, o de manter o controle do poder político, sobre o qual o povo desfrutava apenas nominalmente. As classes sociais menos abastadas continuavam vivendo em condições precárias e sem a possibilidade de exercer direitos individuais. Em decorrência dessa latente desigualdade material surgiram inúmeros movimentos sociais que denunciaram a impossibilidade de o cidadão comum exercer as liberdades constitucionais sem outros poderes jurídicos paralelos, fomentados pelo Estado de maneira positiva. Daí nasceram as reivindicações da grande massa pela consecução de direitos sociais por parte do Estado liberal, até então individualista e abstencionista, como forma de incrementar políticas públicas orientadas também pela igualdade e não apenas pela liberdade. (Cf. SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 520-221).

²⁶ SILVA, **O Estado democrático de direito**, op. cit., p. 975.

²⁷ STRECK; DE MORAIS, **Ciência política & teoria do estado**, op. cit., p. 50.

²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 03.

juntamente com a preservação da liberdade. Acerca dessa transformação BONAVIDES elucida com clareza a respectiva motivação:

O velho liberalismo na estreiteza de sua formulação habitual, não pode resolver o problema essencial da ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política com a liberdade restrita era inoperante. Não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, despossados de quase todos os bens. Comunicá-la, pois, a todos, conforme veio a suceder, significa já um passo em falso na firmeza da teoria liberal. E isto foi uma das primeiras transformações por que passou o liberalismo.²⁹

Diante da indispensável reestruturação, em meados do século XIX, o *Estado liberal* assumiu a realização de prestações positivas para a concretização dos direitos formalmente assegurados, numa tentativa de agregar ao instável ideal da liberdade as questões da *justiça social*. E, mesmo com tais providências públicas, os conflitos entre o trabalho e o capital não se apaziguaram, ao contrário, se intensificaram, os movimentos sociais e sindicais se estruturaram como verdadeiros opositores do regime do *capitalismo liberal*. Nesse contexto de confrontos operários, o *Estado liberal* pouco a pouco cedeu espaço para o nascimento do *Estado social*, que se fortaleceu ao longo do século subsequente³⁰, com o intuito de alinhar as emergências políticas, econômicas e sociais da massa de cidadãos e não apenas de uma classe específica.

Sob o ponto de visto sociológico, o novo modelo estatal do século XX, do *Estado social* — *Estado do bem-estar* ou *Welfare State*³¹ —, decorreu da inferência de não ser a pobreza meritória, mas sim resultado de decisões públicas equivocadas que não consideravam “legítima a participação de todos os cidadãos na riqueza social”³². Restou evidente que ao Estado cumpria o uso de mecanismo jurídicos hábeis para minimizar a estratificação das classes sociais e reduzir drasticamente as desigualdades³³, e isso se deu com a promoção de direito sociais, ou

²⁹ BONAVIDES, *Do Estado liberal ao Estado social*, op. cit., p. 188.

³⁰ “Século marcado por convulsões bélicas, crises econômicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, um século que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que à fase *liberal* do Estado constitucional vai seguir-se uma fase *social*.” MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 75.

³¹ “O termo *welfare state* foi originalmente cunhado pelo historiador e cientista político britânico Sir Alfred Zimmern nos anos de 1930.” KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo*. 2. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 01.

³² Idem, p. 09.

³³ “Diminuir diferença não é, porém, equiparar. *Estado social* não se confunde com *Estado socialistas*: não é objetivo estatal equiparar as condições econômicos-sociais privadas.” MARTINS, *Teoria jurídica da liberdade*, op. cit., p. 146.

com a outorga aos cidadãos de *poderes de exigir prestações concretas*³⁴. Quanto ao enfoque econômico, o *Estado social* revelou que o vazio deixado sobre o mercado pelo *abstencionismo liberal* precisava ser preenchido, a intervenção sobre o processo econômico era medida que se impunha para que a pauta igualitária ganhasse o reforço necessário, ou conforme salienta SALOMÃO FILHO, se mostrou indispensável a “efetiva criação de fluxos redistributivos e de diluição de centros de poder econômico e introdução do princípio cooperativo nas relações sociais, a par da mudança da forma de planejamento e atuação do Estado”³⁵. Por fim, a respeito do aspecto político-institucional, o *Estado social* impôs a adoção concreta de programas e políticas públicas, demonstrando, segundo MIRANDA, a substituição do *Estado mínimo* pelo *Estado-providência*³⁶. Possibilitar aos cidadãos usufruir de algumas utilidades materiais específicas conferiu ao Estado uma perspectiva mais solidária, destinada a garantir “o equilíbrio do sistema social, mediante comportamentos positivos, com vistas à redução das desigualdades sociais — dentre os quais se alvitrava a prestação de serviços públicos”^{37, 38}.

A partir desses três pilares bases o *Estado social* foi fundado, como um modelo *capitalista* reinventado³⁹, em decorrência da manifesta insuficiência da sociedade liberal industrializada e

³⁴ “Se relativamente aos direitos fundamentais de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestação, que têm por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa.” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 299.

³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 56.

³⁶ MIRANDA, **Teoria do estado e da constituição**, op. cit., p. 76, nota de rodapé 1.

³⁷ DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 113.

³⁸ “O avanço foi inevitável: a substituição do Estado liberal pelo Estado social, do Estado de Polícia pelo *Estado Prestador de Serviços*. No campo teórico, o responsável por esse avanço foi Léon Duguit. É fato que o direito administrativo nasceu na França a partir da jurisprudência do Conselho de Estado. O Estado de Polícia ou Liberal apoiava-se na *ideologia* própria da *teoria da soberania*: estava associada ao Império, à imposição de comportamentos e, pois, à prestação dos 'serviços' de guerra, polícia e justiça. O direito administrativo construído até então tinha a ideia-chave a noção de poder, de comando, de *puissance publique*. O notável Jurista observou que não bastava mais ao Estado assegurar apenas os serviços de guerra, polícia e justiça; fazia-se necessária a prestação de uma série de serviços industriais. Propôs uma nova ideologia, própria da *teoria dos serviços públicos*: não 'poder', mas 'dever', o Estado não existe para impor comportamentos, mas prestar serviços; o poder é ancilar: só existe na medida necessária ao cumprimento desse dever. Todas essas atividades passaram a ser chamadas de *serviços públicos*.” MARTINS, **Regulação administrativa à luz da constituição federal**, op. cit., p. 145-146.

³⁹ Além dos fatores históricos, a transição do Estado liberal para o *Estado social* e, portanto a reformulação do sistema *capitalista*, foi fortemente incentivada por fatores de ordem econômica como: i) o surgimento das economias de escala e dos grandes monopólios produtivos, que exigiram a adoção de normas antitruste para combater as falhas de mercado mediante intervenção estatal; ii) o enfraquecimento dos agentes econômicos em decorrência das *crises cíclicas* do capitalismo; iii) as questões externas à produção de escala, ambiental, de infraestrutura, entre outras; e iv) a consolidação das teorias socialistas, sistema alternativo ao *liberal* que estava falido. Para um estudo mais completo sobre os eventos históricos e as motivações econômicas sugere-se a consulta da obra de STRECK; DE MORAIS, **Ciência política & teoria do estado**, op. cit., p. 56-61.

ultraindividualista. Vale dizer, o *Estado social* manteve o *capitalismo* como sistema econômico de produção, mas direcionado por intervenções estatais; preservou a *esfera privada de liberdade*, grande conquista da humanidade contra o poder absoluto, mas não de maneira ampla e irrestrita como se dava à autonomia privada no *Estado liberal*⁴⁰; garantiu o sufrágio universal ampliando a participação popular sobre a condução política; e, paralelamente a isso, implementou políticas públicas destinadas a promoção de direitos-meios ou, em outras palavras, passou a prestar serviços públicos indispensáveis para a verdadeira materialização das liberdades públicas negativas, isso porque só faz sentido ao Estado assegurar a *expressão do pensamento* aos cidadãos com acesso à *educação*; proteger a *intimidade* quando se tem uma *habitação*; manter a *integridade física* dos que possuem acesso à *alimentação* e aos *serviços de saúde*; proteger a *liberdade econômica* dos cidadãos inseridos no mercado de trabalho⁴¹.

Fora as transformações narradas, o primado do *bem-estar* também implicou em profundas mudanças na ordem constitucional, que restou desacreditada juntamente com os ideais liberais⁴². Estreou-se nova fase do constitucionalismo⁴³, voltada à afirmação do valor da liberdade ao lado de outros vetores axiológicos inerentes à promoção da igualdade, numa clara tentativa de minimizar o mal secular da desigualdade entre as classes sociais e tornar a existência humana um pouco mais digna dentro da lógica do sistema *capitalista*. O grande lampejo político-jurídico do *Estado social* foi o de utilizar as normas constitucionais para além

⁴⁰ O grande abismo que separava os detentores do poder econômico e as demais classes sociais no início do século XX, mormente depois do término da Primeira Guerra mundial — a partir de 1918 — impulsionou o desapego da moldura liberal e a relativização gradativa do caráter absoluto e individualista da autonomia privada. Um bom exemplo disso foi a funcionalização do direito de propriedade, isto é, “a retirada do indivíduo da noção de propriedade, a exclui de sua 'sacralidade' e a coloca no mundo profano das coisas, sujeitas a fatos naturais e econômicos.” (BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1998 e a função social da propriedade. In: CLÈVE, Clèmerson; BARROS, Luís Roberto (orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI, p. 1.017). Sobre a função social da propriedade vide MOREIRA, Patricia Prieto. Direito fundamental de propriedade x função social: uma questão de ponderação? Belo Horizonte: RIDP – Revista Internacional de Direito Público, ano 3, n. 05, p. 195-216, jul./dez. 2018.

⁴¹ Cf. BUCCI, **O conceito de política pública em direito**, op. cit., p. 03.

⁴² O constitucionalismo social surgiu no período intitulado de *entre-guerras*, por meio da inclusão de normas programáticas de conteúdo econômico e social nas Constitucionais ocidentais. Além das liberdades públicas ínsitas aos textos constitucionais do *Estado liberal*, a *era social* estabeleceu um conjunto normativo determinante para a atuação estatal, em áreas antes não alcançadas pela postura *abstencionista* (Cf. HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13-18). O título de texto social inaugural é conferido à Constituição Mexicana de 1917 e, subsequentemente, à Constituição de Weimar de 1919. No Brasil, esse fenômeno ocorreu tardiamente, já que a primeira Constituição a estabelecer formalmente um rol de direitos sociais foi a promulgada em 1934, que no título IV tratou da ordem social dispondo sobre certos direitos-meios. BRASIL. [Constituição (1934)]. Título IV. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 16 mar. 2021.

⁴³ A respeito do *constitucionalismo brasileiro*, desde à época do Império, vale a leitura do breve histórico traçado por FERRAZ JR., **Direito constitucional**, op. cit., p. 431-440.

de limitar o poder, mas para concomitantemente impor ao ente moral obrigações positivas de cunho econômico, social e cultural, ao prescrever direitos sociais⁴⁴ com *eficácia normativa*⁴⁵, a fim de “reconciliar o Estado e a sociedade, de acordo com as bases do pacto intervencionista”⁴⁶.

De lá para cá, um século depois, o *Estado social* contemporâneo — de 1975 em diante — já sofreu inúmeras turbulências que culminaram em severas transformações, as mais significantes levadas a cabo por força de crises econômicas mundiais⁴⁷. Entretanto, o *Estado social* ainda é o modelo estatal predominante em quase todos os países ocidentais de base romanística ou anglo-saxã, sobre os quais impera uma *ordem objetiva de valores*⁴⁸ prevista nas respectivas Constituições — *neoconstitucionalismo*⁴⁹ —, e toda “aplicação jurídica é assumida

⁴⁴ O grande jurista português J.J. Gomes Canotilho esclarece que existem quatro modelos de posituação dos direitos sociais nas Constituições, por meio de normas: i) *programáticas* - princípios que definem as finalidades estatais; ii) *de organização* - que atribuem competências aos órgãos e às entidades estatais; iii) *como garantias institucionais* - deveres constitucionais dirigidos ao legislador (respeito pelas instituições e proteção dos direitos sociais); iv) *como direitos subjetivos públicos* — verdadeiros direitos subjetivos pertencentes à esfera existencial dos cidadãos. Cf. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 474-476.

⁴⁵ “Tudo isso não significa mais do que uma primeira orientação básica em relação aos problemas interiormente enunciados. Essa orientação fornece, porém, uma resposta prévia às questões colocadas. A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel, tal como caracterizada por Lassalle. Ele não se afigura 'impotente para dominar, efetivamente, a distribuição do poder', tal como ensinado por Georg Jellinek e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada de realidade histórica concreta de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.” HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Mendes Ferreira Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 236.

⁴⁷ Sobre a crise do *Estado social* contemporâneo aconselha-se à leitura do capítulo 4 da obra de KERSTENETZKY, **O Estado do bem-estar social na idade da razão**, op. cit., p. 61-90.

⁴⁸ Trata-se de expressão utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do afamado caso Lüth, em que se reconheceu que conteúdo do direito à liberdade de expressão incluía também à convocação de boicote aos filmes de Veit Harlan, em razão do seu suposto envolvimento com o nazismo. Erich Lüth, o responsável pelo chamamento público, foi inocentando de omitir-se pelo Tribunal Constitucional — como havia determinado a justiça ordinária alemã —, sob o argumento de que a eficácia do direito fundamental previsto na Constituição irradia por todas as esferas do Direito, não sendo admissível afastá-la no âmbito das relações privadas (eficácia horizontal). De tal sorte, os valores fundamentais positivados na Constituição representam uma *ordem objetiva de valores* que propaga efeitos não apenas nas relações jurídicas travadas junto ao Estado, mas também nas constituídas entre os particulares. Cf. GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **ConJur: Revista Consultor Jurídico. Constituição e Poder**. São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional> Acesso em: 20 jun. 2021.

⁴⁹ “El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la segunda guerra mundial y sobre todo a partir de los años setenta del siglo XX. Se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencia o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.” CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo en su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 09.

como um desdobramento, uma concretização, desses valores”⁵⁰.

Inclusive esse é o caso do Brasil, cujo texto constitucional é altamente protetivo e direcionado à constante concretização da *justiça social*, muito embora seu povo sofra de uma desigualdade socioeconômica brutal, que está cada vez mais se intensificando — ao menos desde a última era de prosperidade que estagnou no ano de 2012⁵¹ —, e os “prognósticos para o curto e médio prazo são sombrios, reforçados por uma crise política inimaginável há poucos anos”⁵² e por uma pandemia que ainda não chegou nem perto do seu fim.

Sob a ótica econômica, o Brasil se afigura como “um dos mais perversos perfis distributivos do mundo contemporâneo”⁵³. Para a compreensão sociológica desse modelo subdesenvolvido de sociedade uma chave viável seria o exame do “modo pelo qual os processos de estratificação social se vinculam com a ordem econômica, criada pela existência de uma economia de mercado de bases capitalistas”⁵⁴. As ciências sociais reputam inúmeras causas determinantes da *estratificação social* no Brasil, as quais perpassam pela: i) *assimetria da distribuição de renda* — afinal “para qualquer função do bem-estar côncava em renda, a desigualdade de renda é um mal em si mesma, independente de seus efeitos sobre a eficiência da economia”⁵⁵; ii) *luta de classes* — o mercado de trabalho brasileiro é discriminatório e segmentado em termos setoriais e regionais, porque além das diferenças salariais entre gênero (homem x mulher) e cor da pele, contamos também com remunerações distintas entre postos

⁵⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 116.

⁵¹ “Entre 2001 e 2013, a renda domiciliar *per capita* real subiu 47%, e o coeficiente Gini caiu entre 12% e 14% nas Pnad’s” SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. **Uma história de desigualdade: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013**. São Paulo: Hucitec; Anpocs, 2018, p. 162.

⁵² SOUZA continua sua constatação: “Pior, mesmo nas Pnad’s, o declínio do coeficiente de Gini da renda domiciliar *per capita* perdeu fôlego desde 2008. A previsão de Soares de que o Brasil poderia atingir em 2030 o Gini observado hoje no Canadá (em torno de 0,4) precisa ser atualizada: se prosseguir o ritmo de 2008-2013, só chegaremos lá por volta de 2045; se continuarmos na toada de 2011-2013, só em 2070. O Brasil continua entre os países mais desiguais do mundo, como atestam os dados de pesquisas domiciliares internacionais compilados por Milanovic (2015).” Idem, p. 165.

⁵³ BONELLI, Regis; RAMOS, Lauro. **Distribuição de renda no Brasil: avaliação das tendências de longo prazo e mudanças na desigualdade desde meados dos anos 70**. Rio de Janeiro, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 01, ago. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/642/7993> Acesso em: 07 ago. 2021.

⁵⁴ FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed., rev. São Paulo: Global, 2008, p. 33.

⁵⁵ FERREIRA, Francisco H. G. **Os determinantes da desigualdade de renda no Brasil: luta de classes ou heterogeneidade educacional**. Rio de Janeiro: Seminário sobre desigualdade e pobreza no Brasil, ago. 1999, p. 134. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24124169_Os_determinantes_da_desigualdade_de_renda_no_Brasil_Luta_de_classes_ou_heterogeneidade_educacional Acesso em: 07 ago. 2021.

de trabalho formal e informal e entre os setores primário, secundário e terciário⁵⁶; iii) *heterogeneidade educacional* — “a política educacional é um instrumento extremamente poderoso, para redistribuir oportunidades”⁵⁷; iv) *insuficiência de políticas públicas* — embora o Brasil tenha aumentado a oferta de serviços essenciais nas últimas décadas⁵⁸, o aumento da cobertura das políticas essenciais “não implicou na universalização do acesso”⁵⁹; entre outras também relevantes e potencialmente destrutivas ao desenvolvimento nacional. FERREIRA constata que as três principais faces da desigualdade no Brasil — econômica, educacional e política — se conectam da seguinte forma:

[...] a possibilidade da existência de um tipo de equilíbrio político-econômico em que três desigualdades se reforçam mutuamente: uma grande desigualdade educacional gera um alto nível de desigualdade de renda — como se observa no Brasil. Essa desigualdade de renda ou riqueza, por sua vez, pode implicar uma distribuição desigual de poder político, na medida em que a riqueza gera influência sobre o sistema político. E a desigualdade de poder político reproduz a desigualdade educacional, já que os detentores do poder não utilizam o sistema público de educação, e não têm interesse na sua qualidade, dependendo apenas de escolas particulares. Os mais pobres, por sua vez, não têm meios próprios (nem acesso a crédito) para freqüentar as boas escolas particulares, nem tampouco poder político para afetar as decisões fiscais e orçamentárias que poderiam melhorar a qualidade das escolas publicas.⁶⁰

Para uma noção perfunctória das assimetrias socioeconômicas que assolam a grande massa dos cidadãos brasileiros podemos nos valer de alguns dados empíricos, coletados e divulgados por fontes oficiais, sobre temas de primeira ordem como:

i) a *geração de emprego*: o ano de 2020 fechou com uma taxa média de desocupação de

⁵⁶ Cf. BARROS, Ricardo de; MENDONÇA, Roseane Silva Pinto de. **Os determinantes da desigualdades no Brasil**. Rio de Janeiro, IPEA – Instituto de Pesquisas Economicas Aplicadas, p. 15-40, jul. 1995. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1727/1/td_0377.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

⁵⁷ LANGONI, Carlos Geraldo. **Distribuição da renda e desenvolvimento econômico do Brasil**. IPEA – Estudos Econômicos, São Paulo, n. 5., v. 2., p. 82, out. 1972. Disponível em: <https://epge.fgv.br/conferencias/educacao-basica-no-brasil-2017/files/carlos-langoni-1972.pdf> Acesso em: 07 ago. 2021.

⁵⁸ É importante ressaltar que o cenário das políticas públicas também apresenta uma segmentação territorial — tal como o do mercado de trabalho. Os dados oficiais da história nacional demonstram uma defasagem de oferta de serviços essenciais entre as regiões do país, o acesso é muito maior nas regiões mais desenvolvidas. Por exemplo, a política pública de arrecadação de resíduos sólidos nas regiões Norte e Nordeste do Brasil é consideravelmente inferior à praticada nas regiões Sul e Sudeste. Segundo o SNIS – Sistema Nacional de Informações de Saneamento a taxa de arrecadação específica em 2018 foi de 16,67% no Norte; 7,32% no Nordeste; 77,80% no Sul; 44,31% no Sudeste (cf. AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Quase metade dos municípios ainda despeja resíduos em lixões**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/quase-metade-dos-municipios-ainda-despeja-residuos-em-lixoes> Acesso em: 08 ago. 2021).

⁵⁹ ARRETICHE, Marta. Trazendo o conceito de cidadania de volta: a propósito das desigualdades setoriais. In: ARRETICHE, Marta (org.) **Trajetória das desigualdades**: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos. São Paulo: Editora UNESP; CEM, 2015, p.195.

⁶⁰ FERREIRA, Francisco, **Os determinantes da desigualdade de renda no Brasil**, op. cit., p. 155.

13,5%⁶¹;

- ii) a *distribuição equitativa da renda*: apenas 10% da população detém 43,3% da renda nacional⁶²;
- iii) a *melhoria da educação*: a taxa de analfabetismo foi de 6,6% em 2019 entre a população de 15 anos ou mais de idade⁶³;
- iv) a *ampliação da infraestrutura de saneamento básico*: em 2018 quase 35 milhões de brasileiros não foram atendidos pelo serviço público de abastecimento de água tratada⁶⁴;
- v) o *acesso à cultura*: até o ano de 2019 quase 40% dos Municípios do Brasil não possuíam salas de cinema⁶⁵;
- vi) a *universalização efetiva do sistema único de saúde*: 7 em cada 10 brasileiros dependiam do Serviços Único de Saúde no ano de 2019⁶⁶;
- vii) o crescimento da *infraestrutura de transporte*: o investimento público previsto no orçamento federal de 2020 foi o menor em 16 anos^{67, 68}

⁶¹ AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Desemprego recua para 13,9% no 4º tri, mas taxa média do ano é a maior desde 2012**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2021]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30130-desemprego-recua-para-13-9-no-quarto-trimestre-mas-e-o-maior-para-o-ano-desde-2012> Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶² AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **10% da população concentra quase metade da renda do país**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2018]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20844-10-da-populacao-concentram-quase-metade-da-renda-do-pais> Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶³ IBGE EDUCA JOVENS. **Educação**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2019]. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html> Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁴ INSTITUTO TRATA BRASIL. **Água**. São Paulo: ITB - Instituto Trata Brasil, [2020]. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁵ AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **País tem quase 40% da população em municípios sem salas de cinema**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2018]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26239-pais-tem-quase-40-da-populacao-em-municipios-sem-salas-de-cinema> Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁶ AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **PNS 2019: sete em cada dez pessoas que procuram o mesmo serviço de saúde vão à rede pública**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-vao-a-rede-publica> Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁷ AGÊNCIA CNT TRANSPORTE ATUAL. **Investimento para infraestrutura de transporte em 2020 será o menor em 16 anos**. São Paulo: CTN — Confederação Nacional do Transporte, [2019]. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/investimento-transporte-em-2020-menor-16-anos> Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁸ No geral, a democracia não condiz com a realidade social de onde foi formalmente estabelecida, tal como ocorre no Brasil, onde há tudo menos uma forma de governança representativa destinada a satisfazer os interesses da maioria da população, que vive à margem da dignidade. E esse cenário se agravou drasticamente com a pandemia do coronavírus, que tornou visível a olho nu o desgoverno nacional, sem qualquer precedente na nossa história tupiniquim. Como informamos na introdução, em 2019, antes do caos se instaurar na saúde pública mundial, já contávamos com 6,5% (do total de 210.147.125 pessoas) da população vivendo em situação de extrema pobreza — com renda familiar per capita de até R\$ 89,00 por mês, nos termos do Decreto n. 9.396/2018 —, ou seja, mais de 13 milhões de cidadãos brasileiros vivendo sem condições sociais mínimas. (Cf. AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Síntese de indicadores sociais: em 2019, proporção de pobres cai para 24,7% e extrema pobreza se mantém em 6,5% da população**, op. cit.).

Desse modo, para que a *justiça social* seja implementada na medida exata — ou mais próxima — da que o constituinte almejou como ideal para a existência digna dos cidadãos brasileiros é indispensável que as desigualdades sejam tratadas com a seriedade que o assunto impõe, cumprindo ao *Estado social* o manejo de verdadeiros mecanismos de coordenação e direção das funções administrativa e legislativa, que evidenciem decisões de cunho administrativo e político sobre o que fazer ou não fazer em prol do bem comum.

1.2 ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição brasileira promulgada pela Assembléia Nacional Constituinte em 05 de outubro de 1988, ainda hoje vigente, contempla ao longo dos seus 250 dispositivos valores opostos à neutralidade estatal e ao individualismo⁶⁹, exprimindo uma ordem constitucional solidária com a justaposição entre a *ordem social* e a *ordem econômica*⁷⁰, que se mesclam para compor um sistema jurídico onde a atuação estatal e o exercício de *atividade econômica* privada só são válidos, perante o Direito, se compatíveis com a *justiça social*⁷¹.

⁶⁹ A Constituição brasileira é marcada pela presença de normas com estrutura *qualitativamente* diversificada — *regras* e *princípios* (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 45). As *regras* preconizam direitos e deveres definitivos, portanto, comandos normativos contendo ordens específicas, aplicáveis na prática via subsunção. Por outro lado, as normas de estrutura principiológica que prescrevem direitos e deveres *prima facie*, revelando *mandamentos de otimização*, que basicamente significam a melhor realização do seu conteúdo diante do universo de possibilidades fáticas e jurídicas, mediante ponderação (Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 90-91). A última espécie do gênero normativo — os *princípios* — se subdivide em *materiais* e *formais*, os primeiros consubstanciavam normas com um valor específico — direito de resposta proporcional ao agravo (V do artigo 5º da Constituição) —, e os segundos correspondem ao dever de respeitar uma decisão na maior medida possível, quer do constituinte, quer do legislador, quer do administrador. Vale dizer, as ponderações prévias — realizadas no exercício de competência discricionária — que resultarem em *princípios formais* com normas razoáveis e justas fornecerão carga argumentativa favorável para a realização de outras normas pelo aplicador do direito. No plano abstrato, considerando o *interesse público* envolvido, é factível que os *princípios formais* que se referem aos bens coletivos possuam um peso maior (ou maior relevância) do que os que correspondem aos direitos individuais (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 33). Para ficar mais claro esse raciocínio podemos citar o *princípio formal* que impõe a *função social do contrato* (artigo 421, Código Civil), embora o ordenamento brasileiro reconheça à autonomia privada e à *liberdade de contratar*, não é permitido que elas sejam exercidas em descompasso com os *interesses metaindividuais* — dignidade da pessoa humana, direitos de personalidade, entre outros. Vale dizer, ponderou o legislador em abstrato que não é possível celebrar um pacto privado que seja *contrário à proteção de vulneráveis* — defesa do consumidor por exemplo —; que resulte em *onerossidade excessiva para uma das partes*; que *ofenda à dignidade e demais direitos fundamentais*; que anuncie *cláusulas abusivas*.

⁷⁰ O tratamento individualizado da *ordem social* e da *ordem econômica* pode configurar um equívoco semântico, por supor a divisão de uma ordem que é unitária e por apartar o social, que na realidade é a própria finalidade da ordem jurídica, a de ordenar as condutas sociais (Cf. GRAU, **A ordem econômica na constituição de 1988**, op. cit., p. 70-71). Contudo, por uma questão didática, optamos por manter a separação tal como estabelecida na Constituição de 1988.

⁷¹ “A Política econômica do Estado Social assume, pelo visto, conteúdo diferente daquela constitucionalizada pelos modelos do *Liberalismo* e do *Socialismo*. Ao invés da *omissão do Estado* ou da sua presença total na vida econômica e social, temos a *ação* daquele, a qual, entretanto, e em obediência aos condicionamentos sociológicos

A priori a coexistência, lado a lado, desses dois plexos normativos — a *ordem social* e a *ordem econômica* — pode ser naturalmente inverossímil dentro do *capitalismo*, onde o “produto social é o de apropriação privada”⁷² direcionada intencionalmente à *acumulação do capital*. Destarte, nesse modelo econômico de produção, a associação do homem para o livre desenvolvimento de atividade mercantil move-se, geralmente, por interesses eminentemente egoísticos, ou pela busca exclusiva do crescimento social dos agentes envolvidos⁷³, ignorando a promoção da dignidade dos seus pares na sociedade. No entanto, o constituinte imprimiu um viés humanitário e solidarista aos fundamentos do Estado brasileiro, entre eles *o valor social da livre iniciativa* (IV do artigo 1º da Constituição), bem como fixou limitações específicas à *atividade econômica* privada para o cumprimento de certos objetivos sociais⁷⁴, como por exemplo a *vinculação da livre iniciativa à valorização do trabalho humano* (*caput* do artigo 170 da Constituição)⁷⁵. Logo, qualquer incompatibilidade normativa que venha ser apontada, deve ser tida como meramente aparente, isso porque a *ordem social* e a *ordem econômica* são indissociáveis sob o ponto de vista constitucional⁷⁶.

e históricos que se manifestam nas Constituições, varia de texto para texto” DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização e capitalismo**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

⁷² Cf. MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978, p. 28.

⁷³ “Ora, o ‘espírito’ material do capitalismo - para usarmos novamente a expressão consagrada de Max Weber - consiste, como Karl Marx bem advertiu, em tudo transformar em mercadoria: bens, ofícios públicos, concessões administrativas e até pessoas, como os trabalhadores assalariados ou os consumidores. Deparamos, aí, com uma radical desumanização da vida. O capital, como valor supremo, é transformado em pessoa ficta, dita entre nós *pessoa jurídica*, e em outras legislações *pessoa moral*. Os homens, ao contrário, quando despidos da posse ou propriedade de bens materiais, são aviltados à condição de mercadorias vivas, quando não excluídos da sociedade capitalista como pesos mortos. Ou seja, a inversão completa do princípio ético kantiano: as pessoas passam a ter um preço e perdem, desse modo, sua dignidade intrínseca.” COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo: civilização e poder**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 72, v. 25, mai./ago. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020&lng=pt&tlng=pt Acesso em: 19 mar. 2021.

⁷⁴ “Sendo a ordem social e econômica um terreno de interesses em conflito, quando não irreduzíveis, não se espera que do simples jogo das vontades e interesses privados surja espontaneamente a melhor solução para os problemas em presença.” DE MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito econômico**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 30.

⁷⁵ “O direito econômico tem uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. O direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica [...] Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituem pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e a participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.” Cf. SILVA, **Teoria do conhecimento constitucional**, op. cit., p. 517.

⁷⁶ A respeito da compulsória sintonia entre a *ordem econômica e social* o mestre BANDEIRA DE MELLO nos ensina: “[e]m suma, o que o art. 170 faz é *obrigar, impor, exigir* que a ordem econômica e social se estruture e se realize de maneira a atender os objetivos assinalados. Igualmente *obriga, exige, impõe* que a busca destas finalidades obrigatórias se faça *por meio de certos caminhos, também obrigatórios*: aqueles estampados nos incisos referidos, os quais são erigidos ao nível de princípios.” (Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 33).

1.2.1 ORDEM SOCIAL

O conceito de *ordem social* pode ser desmistificado por meio de uma contraposição simples com o atribuído à *ordem individual*, enquanto o primeiro englobaria normas de interesse geral da sociedade brasileira, o segundo abrangeria somente normas disciplinadoras dos interesses de um indivíduo, de uma única pessoa natural. De tal sorte, a ordem social deve ser vista a partir de uma ótica coletiva, difusa, como o conjunto axiológico da realidade social brasileira juridicizado pelo constituinte. A finalidade, por sua vez, pode ser relacionada com o postulado da igualdade⁷⁷, a fim de que a concretização do *bem-estar* e da *justiça social* se consumem de forma isonômica por ação dos poderes constituídos — Executivo, Legislativo e Judiciário — e da sociedade, estabelecendo ou aplicando os *discrímens* necessários para o alcance dos objetivos fundamentais delineados nos artigos 1º e 3º da Constituição, de sorte que, o Estado intervenha “nos conflitos sociais para transformar os elementos potencialmente destrutivos em elementos de coesão social”⁷⁸.

A *ordem social* restou prescrita na Constituição de 1988 em capítulos próprios, não de um modo concentrado, mas esparso, logo no princípio do texto no título II (capítulo I – dos direitos e garantias fundamentais; capítulo II – dos direitos sociais) e arrematada no título VIII (capítulo II – seguridade social; capítulo III – da educação, da cultura e do desporto; capítulo IV – da ciência, tecnologia e inovação; capítulo V – da comunicação social; capítulo VI – do

⁷⁷ Concordamos com a assertiva de ÁVILA de que “o fenômeno da igualdade revela três formas normativas diferentes, pena que referidas como o mesmo nome” (Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 137-139). Vale dizer, a estrutura normativa assumida pela igualdade na Constituição pode sinalizar modos de aplicação distintos. Ora a igualdade se apresenta como direito ou dever definitivo, uma regra sujeita à subsunção, como quando a Constituição proíbe qualquer distinção em razão do sexo para a promoção do bem-estar (IV, art. 3º), logo aqui o resultado é simples, promover o bem-estar não admite qualquer diferença entre homens e mulheres. Ora a igualdade pode demonstrar uma estrutura mais aberta, de um direito ou dever *prima facie*, sujeitando-se à ponderação, ou ao sopesamento dos interesses em conflitos no caso concreto, a saber, o ingresso na carreira pública é acessível a todos, mediante prévia aprovação em concurso, conforme prescreve a Constituição (I e II, art. 37), no entanto é possível que o legislador ordinário ao editar a legislação estatutária estabeleça requisitos necessários para o ingresso na carreira, como certa altura e porte físico para o exercício do cargo de policial militar, nesse caso a ponderação em abstrato dos princípios em conflito — liberdade, igualdade, segurança pública, da boa administração, entre outros — resultou na preponderância da segurança pública em detrimento dos demais, sendo válido o *discrímen* adotado pelo legislador. Por fim, a igualdade pode evidenciar ser um *postulado*, ou uma *função de metanorma*, como um critério de aplicação isonômica de todas as outras normas constitucionais, inclusive as que pertencem ao conjunto normativo da *ordem social*. Sobre a evolução do entendimento acerca dos modos de aplicação das estruturas normativas, com um histórico completo e indicação do atual sentindo jurídico, recomenda-se a leitura de MARTINS, Ricardo Marcondes Martins. **Ato administrativo**. In: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella (coord.). Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019. v. 5, p.58-65.

⁷⁸ BERVOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição**: para um critério do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192.

meio ambiente; capítulo VII – da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso; capítulo VIII – dos índios). Todo esse arcabouço normativo-constitucional fundamenta-se no *primado do trabalho*⁷⁹, que “significa garantir-se poder a quem originalmente é destituído de riqueza; desse modo, consiste em fórmula eficaz de distribuição de renda e de poder na desigual sociedade capitalista”⁸⁰.

A gama de poderes jurídicos incluídos nos respectivos títulos constitucionais apresentam, *empiricamente*, uma “efetividade mais baixa”⁸¹ — muito embora a *jusfundamentalidade* desses direitos indique eficácia imediata (§ 1º do artigo 5º da Constituição) —, isso porque na prática são mais dispendiosos, exigindo do Estado a implementação de outras prestações materiais, fora das já estabelecidas dentro da estrutura institucional estatal⁸². Assim, para que a premissa da igualdade, âmago dos direitos sociais⁸³, se imprima no mundo fático é preciso que o Estado,

⁷⁹ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed., rev. e atual. Revisora e atualizadora Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 667.

⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. **O Estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo**. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 585.

⁸¹ SILVA assenta que existem diferenças *jurídico-empíricas* entre as liberdades públicas e os direitos sociais, para tanto se vale da comparação entre o sufrágio universal e o direito à saúde, demonstrando que embora ambos exijam providências estatais — os dois são onerosos aos cofres públicos portanto — as condições fáticas que permeiam à efetividade deles é distinta, enquanto o exercício do sufrágio é suplantado por uma estrutura institucional já estabelecida quase na íntegra, a fruição do direito à saúde demanda esforços estatais para além dos já existentes. Em razão disso, afirma o autor que *a efetividade das normas de direitos sociais é mais baixa*, porque “a criação de condições de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara”. Cf. Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 232-234 e 241-242.

⁸² Salienta-se que há na doutrina nacional uma corrente significativa que defende existência de direitos sociais de caráter prestacional (positivos) e defensivos (defensivos). Por todos conferir SARLET, **A eficácia dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 299 e ss. Na mesma linha, ALEXY estabelece que o *direito a algo* — um dos tipos de *posição jurídica fundamental* — pode ter como objeto uma ação negativa (abstenção) e um ação positiva (um fazer), sendo esse o principal pressuposto classificatório, o da divisão do objeto (Cf. **Teoria dos direitos fundamentais**, op. cit., p. 195-203).

⁸³ Há tempos foi travada na doutrina uma discussão sobre a questão da *dimensão subjetiva* dos direitos sociais. Uma corrente minoritária sustenta não serem eles verdadeiros *direitos subjetivos*, tal como originalmente definidos pela visão liberal — existência de uma obrigação jurídica, que permite ao titular exigir o cumprimento de prestação sobre a pessoa que com ele se obrigou — Estado ou indivíduo —, cuja validade da relação jurídica é instituída ou reconhecida pelo Direito. A tese negacionista argumenta basicamente que direitos sociais não possuem um sentido jurídico, mas moral porque: i) a ideia de solidariedade, ínsita aos direitos sociais, afasta a noção de sacrifício, inerente aos direitos subjetivos (relação *direito-dever*); ii) o direito social não evidencia claramente o conteúdo e não informa quem o é sujeito passivo da obrigação (por todos conferir ATRIA, Fernando. *Existem direitos sociais?* In: **PLENÁRIA DA XVI JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA E SOCIAL**, 2002, Azul: **XVI Jornadas Argentinas de Filosofia Jurídica e Social**, 2002. p. 01-46. Disponível em: http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf Acesso em: 20 mar. 2021). Por outro lado, a vertente majoritária — e mais razoável dogmaticamente — não reconhece a exclusão dos direitos sociais da categoria de *direitos subjetivos* por entender que: i) as diferenças existentes entre os direitos sociais e as demais liberdades públicas residem na estrutura desses direitos — que ora são classificados como *disposições programáticas, normas fins do Estado, fonte de deveres objetivos e direitos prima facie*; ii) a satisfação tantos dos direitos civis e políticos, quanto dos direitos sociais pressupõem “um indivíduo situado — pois caso contrário seria impossível predicar a existência de deveres correlatos de abstenção ou de prestação a cargo do destinatário do

em primeiro lugar, e a sociedade movida pelo juízo solidarista⁸⁴ — não obstante seja razoável insistir na existência de deveres constitucionais⁸⁶, conforme sustentaremos mais adiante —, atuem positivamente, cumprindo certas obrigações que possibilitem o exercício de fato de outras liberdades asseguradas.

Pois bem, o Brasil possui um vasto acervo normativo-constitucional assecuratório do *bem-estar* e da *justiça social*, então por que a extrema desigualdade que assola o nosso país não é reduzida pelo Estado via políticas públicas direcionadas ao efetivo atendimento das disposições constitucionais da *ordem social*? A resposta é complexa, mas ainda assim merece alguns apontamentos preliminares. Do ponto de vista econômico, é certo que todos os direitos são custosos, tanto as liberdades públicas quanto os direitos sociais⁸⁷, ainda que a implementação de uns exija mais dispêndio do erário e a de outros menos.

Vejamos o caso da segurança pessoal e patrimonial. A liberdade pública que assegura ao cidadão à segurança (*caput* do artigo 5º da Constituição) exige prévio *planejamento financeiro-orçamentário* (artigo 174 da Constituição; Lei federal n. 4.320/64; Lei complementar federal n. 101/00), *organização técnica* (parágrafo único do artigo 193 da Constituição; Lei federal n. 13.675/18), o *aparelhamento do Estado com pessoal* (artigos 37 e 39 da Constituição), *equipamentos e instalações físicas* (XXI do artigo 37 da Constituição; Lei federal n.

direito”; iii) tanto as liberdades como os direitos sociais apresentam certa indeterminação normativa, pois “as disposição que estabelecem direitos em uma Constituição são indeterminadas, no sentido de que não especificam com clareza o conjunto de proibições, ordens, permissões e competências que prescrevem” (por todos vide PULIDO, Carlos Bernal. Fundamentos, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 149-151).

⁸⁴ “De fato, onde existe solidariedade social, apesar do seu caráter imaterial, ela não permanece no estado de pura potencialidade, mas manifesta sua presença através de efeitos sensíveis. Onde é forte, inclina fortemente os homens uns para os outros, coloca-os frequentemente em contato, multiplica as ocasiões que têm de se relacionar.”. DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. Martins Fontes: São Paulo, 1999, p. 30.

⁸⁵ A respeito das diferente perspectivas jurídicas sobre o *princípio da solidariedade no Estado social* conferir GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 182-192.

⁸⁶ “The simple fact that rights have cost, therefore, already demonstrates why rights entail responsibility. Indeed, the cost of rights allows us to slip into the rights/responsibilities debate by a side door.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Company Inc., 2000, p. 146.

⁸⁷ GALDINO ao comentar a teoria percussora do *custo dos direitos* desenvolvida pelos juristas norte-americanos STEPHEN HOLMES e CASS R. SUSTEIN esclarece que: “Na medida em o Estado é indispensável ao reconhecimento e efetivação dos direitos, e considerando que o Estado somente funciona em razão de contingente de recursos econômico-financeiros captados junto aos indivíduos singularmente considerados, chega-se à conclusão de que os direitos só existem onde há fluxo orçamentário que o permita”. GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 204.

8.666/93⁸⁸), tudo isso para que seja garantida a incolumidade dos cidadãos e do patrimônio privado.

Agora vejamos a hipótese do direito à segurança social (*caput* do artigo 6º da Constituição). A concretização da seguridade social, para que seja garantida a aposentadoria voluntária da mulher aos 62 anos de idade (§ 7º do I do artigo 201 da Constituição), determina, *a priori*, que o Estado crie e organize um *regime único de previdência social*, de filiação obrigatória para que a cidadã usufrua do benefício social em substituição à remuneração usual. O sistema securitário deverá ser objeto de *financiamento misto* — sociedade + Estado — (*caput* do artigo 195 e *caput* do artigo 201); de prévio *planejamento financeiro-orçamentário* (§ 5º do III do artigo 165; *caput* e §§ 1º ao 5º do artigo 195); de manutenção permanente para o *equilíbrio financeiro e atuarial* (*caput* do artigo 201). Esse, de modo bem simplório, seria o caminho constitucional para que fosse concedida pelo Estado a aposentadoria, a pedido da mulher, pelo alcance da idade e do tempo mínimo de contribuição à previdência social.

A partir desses exemplos superficiais é possível se ter noção do complicado traçado legal e fático que é preciso ser trilhado para a realização de *direitos fundamentais positivos e negativos*⁸⁹, que ao fim e ao cabo, resultarão em diversos custos para o Estado. Todavia, vale mais uma vez ressaltar que empiricamente a realização dos direitos fundamentais é diferenciada, pois os direitos sociais são, em geral, mais onerosos⁹⁰ e o próprio orçamento público anual da União nos ajuda a comprovar essa assertiva. De acordo com o anuário brasileiro de segurança pública, no ano de 2020 os vinte seis Estados-membros e o Distrito Federal gastaram quase 78 bilhões de reais com segurança pública⁹¹, em contrapartida segundo

⁸⁸ A lei de licitações brasileira publicada em 1993 sob o número 8.666 será revogada em dois anos, a contar da publicação da Lei Federal n. 14.133, que se deu em 01 de abril de 2021 (II do art. 193) — a lei revogadora foi objeto de conversão do projeto de Lei n. 4.253/20, sancionado pelo Presidente da República com veto parcial. Contudo, como a lei de licitação de 1993 ainda se encontra vigente, optamos por mencioná-la no corpo principal da dissertação ao invés da Lei n. 14.133/21.

⁸⁹ Os qualitativos *positivo* e *negativo* foram atribuídos pela doutrina aos direitos fundamentais para conferir uma conotação econômica e distinguir os direitos que “*são objeto de colisão por força da escassez de recursos*” (positivos) e os direitos que “*são indiferentes à escassez*” (negativos). Cf. GALDINO, **Introdução à teoria dos custos dos direitos**, op. cit., p. 150-163.

⁹⁰ “Os direitos sociais visam à tutela desses bens jurídicos e, nesse sentido, constituem verdadeiros pressupostos para o exercício das demais liberdades. Esta constatação, todavia, não deve alimentar ilusões nem a crença de que as deliberações do espírito operem automaticamente no mundo dos fatos. Ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam. A efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais categorias.”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

⁹¹ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Brasília: São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, [2021]. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf> Acesso em: 24 jun. 2021.

o portal da transparência da Corregedoria-Geral da União, órgão responsável pelo controle interno, foram gastos no mesmo exercício fiscal 703,14 bilhões de reais na área da previdência social, onde 56% desse montante será utilizado apenas para o pagamento de aposentadorias dos trabalhadores urbanos e rurais⁹². De longe, os custos dos direitos sociais são demasiadamente mais altos.

Fora o aspecto econômico-financeiro é importante também ressaltar o prisma da função pública. O legislador e o administrador não são livres para decidir onde e quando gastar o dinheiro público⁹³, isto é, muito embora exista competência discricionária para definir, tanto em abstrato quanto em concreto⁹⁴, a melhor forma de alocar recursos orçamentários para efetivar direitos sociais, há que se propiciar a consecução do que se costumou chamar de *mínimo existencial*⁹⁵, de uma mínima quantidade de direitos sociais que possibilitem aos cidadãos condições básicas para viver com dignidade, justamente porque “tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a mera garantia de sobrevivência física”⁹⁶. Essa parcela necessária de direitos sociais atrelada ao postulado da dignidade, que constitui uma meta permanente, se apresenta como um dever do Estado brasileiro, não existindo nesse campo competência discricionária, mas sim competência vinculada dos agentes públicos⁹⁷, cujo descumprimento configurará “omissão atentatória à

⁹² CONTROLADORIA GERAL DE UNIÃO. **Portal da transparência**. Brasília: São Paulo: CTN — Confederação Nacional do Transporte, [2019]. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2020> Acesso em: 24 jun. 2021.

⁹³ “A base do direito privado é *autonomia da vontade*. O sistema normativo assegura aos particulares o *direito fundamental de liberdade* e, por força dele, uma ampla gama de condutas facultadas — nem proibidas, nem obrigatórias. Na esfera da liberdade, as decisões assentam-se apenas na vontade sujeito, vale dizer, na pressuposição do livre-arbítrio. A possibilidade de decisões livre é a viga mestra, o alicerce, o sustentáculo fundamental do direito privado. Ao revés, a base do direito público é a *função* e exercer função, nos termos expostos, é cumprir deveres em relação a interesses alheio. Exercer função pública consiste sempre no cumprimento de um dever. O Estado não possui *liberdade*: não se abre para ele a possibilidade de escolhas fundadas no livre-arbítrio das pessoas que o tornam presentes nas relações jurídicas, vale dizer, fundadas na livre vontade dos agentes públicos. Onde: a vontade na função pública ou é irrelevante ou possui uma importância secundária”. MARTINS, **Ato administrativo**, op. cit., p. 68.

⁹⁴ Acerca das ponderações realizadas no exercício das funções legislativa e administrativa conferir MARTINS, **Ato administrativo**, op. cit., p. 73-80.

⁹⁵ “O mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nada obstante, está impregnado pelos valores e princípios jurídicos os mais relevantes. O mínimo existencial não é um valor, por não possuir generalidade e a abstração de idéias como a liberdade, justiça e igualdade. Além disso, o mínimo existencial pode se traduzir, para sua garantia, em regra jurídica, o que jamais acontece com os valores. Mas o mínimo existencial deixa tocar e imantar permanentemente pelos valores da liberdade, da justiça, da igualdade e da solidariedade.”. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 83.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais. In: CLÈVE, Clèmerson; BARROS, Luís Roberto (orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VII, p. 785.

⁹⁷ MARTINS traça de maneira muito clara a distinção entre as competências no Estado social e se posiciona de modo favorável à existência de vinculação no exercício das funções legislativa e administrativa no que toca ao

Constituição”^{98, 99}.

Ainda na linha da efetividade dos direitos que compõem a *ordem social*, questão fundamental que se impõe é saber qual será o papel da sociedade, se apenas de titular de poderes jurídicos constitucionais ou também de destinatária — ou concretizadora — dessas normas? Mais uma resposta cheia de entrelinhas que pode ser decifrada com auxílio da doutrina e do texto constitucional. ALEXY reconhece que a estrutura básica do *direito a algo* é *triádica*, então, a relação jurídica é constituída por três elementos, o *portador* titular do direito, o *destinatário* da norma — que estabelece o dever de concretizar o direito social — e o *objeto* do direito¹⁰⁰. Essa é a fórmula geral dos direitos fundamentais, pois o “objeto do direito a algo é sempre uma ação do destinatário”¹⁰¹, caso contrário, não faria qualquer sentido incluir um terceiro elemento na relação, bastando apenas um liame duplo entre o titular e o objeto. Certamente podemos afirmar que o Estado é o *destinatário* dos direitos sociais, mormente porque a outorga de poderes representativos pela via do *pacto social* imputa ao ente moral o exercício de funções públicas e, como nos ensina MARTINS, exercer função consiste no cumprimento do *dever* de realizar os valores constitucionais¹⁰². No que toca à sociedade, o *pacto social* admite, de igual modo, emprestar fundamento para a sua vinculação como

mínimo existencial, pois realmente não há qualquer margem de escolha imputada aos agentes públicos, ao contrário há um dever constitucional de materializar o *bem-estar* e a *justiça social*, ambos fundamentos do Estado brasileiro. Cf. **Teoria jurídica da Liberdade**, op. cit., p. 150-154.

⁹⁸ MARTINS, **Teoria jurídica da Liberdade**, op. cit., p. 153.

⁹⁹ RICARDO LOBO TORRES afirma que o alcance do *mínimo existencial* pode se dar no âmbito tributário (*status negativus*), impedindo a incidência de tributos sobre os direitos componentes dessa proteção maior, ou no âmbito orçamentário (*status positivus libertatis*), impondo prestações positivas no limite permitido pela saúde financeira e orçamentária do Estado (**O direito ao mínimo existencial**, op. cit., 53-54). A respeito do *status positivus libertatis* faz-se imprescindível consignar uma preocupação corrente dos intérpretes que possuem uma visão mais protecionista dos direitos fundamentais. Os entes federados têm se valido da teoria da *reserva do possível* para preterir à concretização de direitos sociais mínimos e atender *interesses públicos* de outra ordem. No entanto, a materialização da prestação pública individualizada não pode ser refém das leis orçamentárias (embora dependa exclusivamente de prévia previsão nelas), porque esses instrumentos normativos — apenas no sentido formal — denotam um conteúdo eminentemente político e, no geral, desvinculado, porquanto o texto constitucional impõe um pequeno percentual de *orçamento impositivo* ou de *gastos obrigatórios*, que direcionam as receitas públicas a determinada finalidade (§§ 9º ao 12, artigo 166, I, § 2º, artigo 198 e artigo 212). Logo, é perigoso demais atrelar exclusivamente o dever de planejar e executar políticas públicas e a prestar serviços voltados ao *mínimo existencial* à capacidade financeira do ente público — valendo-se da teoria da *reserva do possível* —, isso porque o chefe do Poder Executivo poderá facilmente manipular a sua competência discricionária ao elaborar os projetos das leis orçamentárias para evitar despesas consideradas contrárias aos interesses de natureza política — não legítimos, pessoais. Acerca da teoria da *reserva do possível* conferir TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 784.

¹⁰⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 194.

¹⁰¹ ALEXY, **Teoria dos direitos fundamentais**. op. cit., p. 194.

¹⁰² MARTINS, **Ato administrativo**, op. cit., p. 73.

destinatária dos direitos sociais, conforme reconhece VIEIRA:

O pacto social não pode ser visto apenas com um instrumento voltado a mediar as relações da sociedade com o Estado. Antes disto, o pacto realiza-se entre os membros da sociedade. Assim, se estabelecemos a vida como um direito, isso significa que todas as pessoas têm obrigação de respeitar a vida dos demais. Se vivemos em comunidade, o direito exige condutas compatíveis com a sua implementação por parte dos demais.¹⁰³

Por conseguinte, é preciso reconhecer a eficácia direta dos direitos sociais nas relações privadas¹⁰⁴, ainda que isso possa parecer um discurso exclusivamente progressista. A sociedade brasileira, lastreada nos ideais de solidariedade¹⁰⁵, *deve* fazer valer nas relações travadas em seu seio social as normas sociais¹⁰⁶. Porém, isso não significa que a incidência dos direitos sociais estabeleça *deveres* na mesma medida que a Constituição prescreve ao Estado, esse ainda continua na linha de frente, como verdadeiro *protagonista*, obrigado a conduzir e a materializar as políticas públicas do *bem-estar* e da *justiça social*, restando a sociedade agir como *coadjuvante*, cooperando de modo ativo e complementar¹⁰⁷, conferindo uma conotação

¹⁰³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Colaboração Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 46.

¹⁰⁴ Há duas correntes doutrinárias acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas — eficácia horizontal —, uma que sustenta ser a eficácia mediata (ou indireta), fortemente aceita pela doutrina alemã, e uma que defende ser a eficácia imediata (ou direta), dominante entre os autores brasileiros. Para a teoria da eficácia indireta, a aplicação dos direitos fundamentais entre sujeitos privados demandaria de ponderação legislativa prévia, sob pena de aniquilar a autonomia de vontade que baliza as relações privadas, isto é, caberia a lei ponderar em abstrato qual, entre os princípios contrastantes, que deverá prevalecer no caso concreto. Já a teoria da eficácia direta prega a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas independente de qualquer tutela legislativa (oponibilidade *erga omnes*), bastando a ponderação dos princípios incidentes no caso concreto. Sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais — leia-se *direitos sociais* — verificar: MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 74-82; NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 89-95; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na constituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 112-121; SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 288-306.

¹⁰⁵ “El concepto de 'solidaridad' no es unívoco, ni pacífico, responde a una pluralidad de tradiciones históricas, que han engendrado una diversidad de acepciones. Se alude, por ejemplo, a una 'solidaridad de los antiguos', entendida como virtud, y una 'solidaridad de los modernos', como un valor fundaméntador de los derechos, que contribuye a forjar unas sociedades basadas en la cooperación y hae efectivo el disfrute de la libertades.” PÉREZ LUÑO, Antonio Enríque. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 109.

¹⁰⁶ Em 1957 o Tribunal Federal do Trabalho alemão reconheceu a nulidade de cláusula contratual imposta pelo empregador — hospital privado —, que prescrevia à extinção do vínculo trabalhista na hipótese de a empregada — enfermeira —, contrair matrimônio durante a vigência do ajuste. A nulidade foi reconhecida pelo Tribunal Federal do Trabalho apenas com base em normas constitucionais — direitos fundamentais —, sem qualquer referência à legislação ordinária. Esse célebre litígio trabalhista demonstra de maneira cristalina no que consiste a teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais na esfera privada. (Cf. SARMENTO, **Direitos fundamentais e relações privadas**, op. cit., p. 205).

¹⁰⁷ Sobre a eficácia simultânea dos direitos sociais — vertical e horizontal — e as devidas peculiaridades a respeito da vinculação e complementariedade do Estado e da esfera privada conferir SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares**. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 582-582.

solidarista ao princípio da autonomia privada, sem com isso esvaziar por completo o conteúdo da sua esfera de liberdade.

Para além dessa visão teórica, a perspectiva normativa expressa na Constituição brasileira, por vezes, impõe um papel mais contundente para a sociedade, ainda que se constate ser a intensidade da eficácia mais sutil. Alguns exemplos podem ser citados para comprovar a existência de um *dever constitucional difuso*: i) o artigo 194 determina a adoção de um *conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*; ii) o artigo 205 dispõe que *a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade*; iii) o artigo 225 atribui *ao Estado e à coletividade o dever de defesa e proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações*; iv) o artigo 227 imputa ao Estado, à família e à sociedade a *proteção compulsória dos direitos da criança e do adolescente*; v) o artigo 230 consubstancia ao Estado, à família e à sociedade o *dever de amparar os idosos*. De modo que a referência à atuação da sociedade movida pelo espírito de solidariedade, como sendo meramente facultativa, não corresponde ao texto normativo-constitucional brasileiro vigente, que em diversas normas fixa a obrigação comum entre o Estado e a sociedade de materializar direitos sociais. Posto isso, acreditamos que não há como negar que a sociedade — coletiva e difusamente considerada — também seja destinatária das normas constitucionais que asseguram direitos sociais.

1.2.2 ORDEM ECONÔMICA

Agora analisaremos a outra frente axiológica, a da *ordem econômica* no contexto constitucional brasileiro. Num sistema *capitalista*, *ordem econômica* é um conceito manejado no plano do *ser*¹⁰⁸, enquanto *Constituição econômica* é conceito pertencente ao plano do *dever ser*, que transmite do “ponto de vista jurídico-positivo, os valores sociais ou a ideologia predominante”¹⁰⁹.

¹⁰⁸ “É que a expressão ‘ordem econômica’, ao ser utilizada como termo do conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficiente normatizada. Como o vocábulo ‘ordem’, no seu amplo arco de denotações, significa, também, um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente ‘ordenada’, isto é, normatizada e, portanto, regulada.”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 69.

¹⁰⁹ DANTAS, **Direito constitucional econômico**, op. cit., p. 55.

O plano deôntico foi configurado pelo constituinte por meio de normas jurídicas abstratas no título VII. O fundamento que confere sustentação ao plexo normativo é resultado da soma de duas premissas previstas no *caput* do artigo 170 da Constituição: do *valor social do trabalho*, o ideal por excelência do *Estado social*, e da *livre iniciativa*, típica herança do *liberalismo*. Vale lembrar que originalmente tais premissas se contradiziam, pois as relações produtivas estabelecidas pelo *capitalismo*, sucessor do *sistema feudal*, se destinavam exclusivamente à *propriedade privada dos meios de produção*, onde a grande massa populacional excluída só sobreviveria se vendesse *a sua força de trabalho no mercado*¹¹⁰, que a explorava como mera mercadoria de troca, sem qualquer preocupação a respeito da *justiça social*¹¹¹. Contudo, no *Estado social contemporâneo* esse somatório não é só factível, é impositivo, real fundamento e instrumento incentivador das finalidades da *ordem econômica*, que “não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria”¹¹², exigindo o cumprimento dos *ditames da justiça social* para uma *existência digna* de todos os brasileiros. TAVARES inclui ao lado da aspiração dúplice expressa no *caput* do artigo 170 — *justiça social e existência digna* — outros objetivos complementares, que supostamente consubstanciariam os tais *ditames* da finalidade, reportando-se ao inciso III do artigo 1º (*dignidade da pessoa humana*) e aos incisos I e II do artigo 3º (*construção de uma sociedade justa e solidária e desenvolvimento nacional*), todos da Constituição¹¹³.

Ainda a propósito da finalidade, concordamos com crítica de SILVA¹¹⁴, de que a declaração formal *in fine* a respeito da *existência digna* não pode ser assegurada pelos princípios constitucionais enumerados no artigo 170¹¹⁵ sem que o intérprete faça uma análise holística da

¹¹⁰ Cf. HUNT, E. K. **História do pensamento econômico**: um perspectiva crítica. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo; Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. 10. Tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 02.

¹¹¹ “A principal razão justificativa de uma intervenção pública nos mercados deriva desta última ordem de razões, de considerações da *justiça social*, de solicitude pelos mais desfavorecidos. O rendimento atribuído aos participantes nesse «jogo» deveria em princípio ser proporcional ao esforço e habilidade por eles aplicados na produção de bens e serviços para os quais existisse procura no mercado; e se é de esperar que a economia de mercado não se insensibilize a ponto de ignorar aqueles que estão incapacitados de contribuir com seu esforço e habilidade para a produção, o que seria de uma gritante desumanidade [...]” ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 55.

¹¹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, p. 803-804.

¹¹³ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p. 126-133.

¹¹⁴ “A declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma ordem não garante a efetividade daquele fim.” SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 802-803.

¹¹⁵ São eles: soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sobre as leis brasileiras. Cf. BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 170. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF:

ordem constitucional, pois alguns princípios, isoladamente, não possuem préstimo para esse desiderato. Eventualmente, se observados sem a contemplação de toda a *ordem objetiva de valores*, poderiam até surtir efeitos reversos, como a *livre concorrência* (inciso IV), pois o exercício do poder econômico sem qualquer tipo de controle estatal “tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesses próprios”^{116, 117}.

Fundamentalmente, as normas constitucionais que integram a *ordem econômica* apresentam dois núcleos que se conectam, as *relações econômicas* e os respectivos *agentes*. Trataremos primeiro dos vínculos econômicos. No *capitalismo liberal* eles eram exageradamente simplórios, celebravam-se pactos com extrema liberdade¹¹⁸, cujo objeto “era a coisa, sem mais”¹¹⁹. Com a *positivação* da economia, os liames evoluíram, o objeto se qualificou e outras figuras jurídicas surgiram, como a *empresa*, os *meios de produção*, os *bens de consumo*, entre outros. No *pós-liberalismo*, o resquício industrial é substituído pelo novo *vetor empresarial* e a *economia capitalista concorrencial* passa a ser dirigida por grandes estruturas societárias que direcionam a onda de consumo, manipulando custos e preços no *mercado*, para a maximização do lucro¹²⁰. Daí por diante as relações econômicas tornaram-se cada vez mais complexas, exigindo do *Estado social* a adoção de medidas interventivas para o controle do poder econômico privado, mormente, para a proteção da *justiça social, igualdade*

Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 25 mar. 2021.

¹¹⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 64.

¹¹⁷ O mesmo poderia ser dito sobre outros princípios elencados nos incisos do artigo 170, a exemplo da *soberania nacional* (inciso I), cujo conceito pode ser subvertido por um governante fascista e autoritário para implementação de uma política econômica *ultraliberal* totalmente apartada das necessidades da população desfavorecida.

¹¹⁸ “Entendia que os indivíduos deveriam ser livres para atuar no campo econômico, sem ingerências por parte do Estado, pois a atuação individual livre, traduzida pela máxima ‘*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*’, engendraria necessariamente a satisfação do interesse social, a organização racional da economia e o funcionamento equilibrado do mercado.” CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 30.

¹¹⁹ MOREIRA, A **ordem jurídica do capitalismo**, op. cit., p. 89.

¹²⁰ Acerca da dominação empresarial, BAGNOLI esclarece como se deu esse movimento econômico: “O poder manifestado pela grande empresa é evidenciado pela sua organização, que emprega o capital e mobilização aptidões imperativas para a sua atuação no mercado, sobretudo para fazer previsões e trabalhar sobre essa perspectiva, tornando esses dados confidenciais. Tais fatores, associados à produção e à renda decorrentes de uma tecnologia de ponta, tornam os consumidores, juntamente com os preços, passíveis de manobras. A grande empresa, na verdade, modifica a relação concorrencial que se estabeleceu a partir das conquistas de mercado pelo gosto, preferência, aceitação dos consumidores por certos produtos em detrimentos de outros. Já não é o mercado que dita as regras, mas a grande empresa resultado da concentração do poder econômico, que manifesta seu poder impondo valores e promovendo assimetria da informação, fazendo com que o consumidor adquira aquilo que ela queira produzir e vender, na quantidade por ela também definida. A economia, portanto, passa a ser planejada pela grande empresa, independente da sua ideologia formal.” (Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 58-59).

material e da dignidade da pessoa humana.

A *ordem econômica* positivada no Brasil garante a *iniciativa privada* um amplo grau de independência para estabelecer suas *relações econômicas* dentro de um ambiente de *liberdade concorrencial* (IV do artigo 1º; *caput* e IV do artigo 170), de igual sorte, o constituinte possibilitou três formas de ingerência por parte do *Estado social* (artigo 174), uma para impor restrições ao poder econômico e “garantir a equidade e a eficiência”¹²¹ (*regulação por ordenação* — XIII do artigo 5º; § 4º do artigo 173; § 1º IV do artigo 225); outra para induzir comportamentos ou abstenções específicas dos *agentes econômicos* (*fomento* — artigo 146-A; § 2º do artigo 173); a última para *explorar subsidiariamente atividade econômica* em regime concorrencial (*exploração direta* — *caput* artigos 173). A ordem econômica também admite que o *Estado social* explore atividade econômica sem finalidade regulatória, desde que fundamentada em um dos pressupostos constitucionais (*imperativos de segurança nacional* ou *relevante interesses coletivo* — *caput* do artigo 173). Diante dessa combinação normativa, pode-se dizer que a Constituição brasileira formula um modelo de desenvolvimento nacional permissivo à *intervenção subsidiária* ou à *participação direta* no domínio econômico pelo *Estado social*, no entanto, em qualquer das hipóteses exigir-se-á razões de *interesse público*.¹²²

Não obstante o vasto *espaço privado* delineado com primazia à *iniciativa privada*, o constituinte ponderou abstratamente que certas *atividades econômicas* deveriam ser exploradas pelo Estado com exclusividade, ainda que essas, em tese, pudessem ser objeto de *relações econômicas* entre os particulares. Trata-se dos *monopólios jurídicos* enumerados no artigo 177 da Constituição, que conferem à União a exploração de atividades — relacionadas com petróleo, gás, minérios e minerais nucleares — fora do *mercado concorrencial*, portanto eliminando qualquer outro *agente* competidor¹²³.

¹²¹ MARTINS, *Regulação administrativa à luz da constituição federal*, op. cit., p. 257.

¹²² É comumente mencionada pela doutrina de Direito econômico a posição sustentada por GRAU acerca do conceito *amplo e estrito de atividade econômica*. Basicamente o campo amplo englobaria todas as atividades exploradas com base no direito fundamental de *liberdade de iniciativa econômica* e o campo estrito contemplaria as *atividades econômicas exploradas subsidiariamente* pelo Estado em nome do *interesse coletivo* e da *segurança nacional* (artigo 173 da Constituição) e os serviços públicos em nome do *interesse social* (Cf. GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, op. cit., p. 132-135). Porém, com a máxima vênia, essa divisão nos parece que mais dificulta do que socorre o intérprete nesse caminho espinhoso que exige uma dicotomia entre a mesma coisa, a *atividade econômica*, a depender do sujeito que a explora — *livre iniciativa* atividade ampla e Estado *atividade estrita*. Acreditamos que o constituinte já foi claro o suficiente, a *atividade econômica* é de titularidade de iniciativa privada, podendo ser explorada pelo Estado de modo *subsidiário* (regulatório) ou *não subsidiário* quando presentes os requisitos constitucionais.

¹²³ “Monopólio é antítese da generalização da liberdade de empresa. Monopólio é o exercício da liberdade de ação, num ramo de mercado, por apenas uma pessoa.” DERANI, *Privatização e serviços públicos*, op. cit., p. 206.

No sentido subjetivo-normativo, a *ordem econômica* é formada por *agentes econômicos* regidos por dois regimes jurídicos distintos, o de Direito privado e o de Direito público — apesar de existir um *regime híbrido excepcional*¹²⁴. São conceituados como *agentes econômicos privados* as pessoas físicas e jurídicas¹²⁵ que “agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade”¹²⁶, oportunizadas pelos “incentivos que recebem do ambiente em que vivem e trabalham, incluindo o sistema de preço”¹²⁷ e moldadas pelas regras e princípios jurídicos. A rigor, o *agente econômico privado* concretiza suas escolhas de modo livre para favorecer tão-somente seus próprios interesses, com fulcro nos *princípios da autonomia privada* e da *liberdade de contratar*¹²⁸. Contudo, por vezes, o ordenamento jurídico direciona o exercício dessa atividade para proporcionar a *eficiência econômica*¹²⁹ e a *equidade social*¹³⁰, e quando isso ocorre entra em cena o Estado como *agente econômico regulador* a fim de impedir que o *poder econômico privado* seja subvertido por *agentes* para dominação, direcionamento ou eliminação de condutas dos demais participantes do *mercado*. A figura intervencionista do Estado foi de irrisória no *Estado mínimo* a muito intensa no auge da *teoria do bem-estar*, o que demonstra que se está diante de postura estatal oscilante no tempo, de

¹²⁴ Existem posições doutrinárias divergentes sobre o regime jurídico das *empresas estatais* — pessoas jurídicas de Direito Privado que integram a Administração indireta: *empresas públicas* e *sociedades de economia mista* — instituídas para *explorar atividade econômica*, de modo subsidiário ou não (artigo 173 da Constituição). Há quem sustente que o regime jurídico delas seria *híbrido*, pois “as normas de direito público que derogam parcialmente o direito privado têm por objetivo assegurar o equilíbrio entre a posição de supremacia da Administração e a liberdade de atuação que caracteriza as pessoas jurídicas de direito privado.” (Por todos vide DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 481). Por outro lado, há defesa favorável ao regime jurídico administrativo, que poderá ser pontualmente afastado quando houver *fundamentos racionais* aptos a afastar a configuração de *fuga para o Direito Privado*, que no caso da *exploração de atividade econômica* seriam de duas ordens: “sempre que as regras públicas inviabilizarem a exploração da atividade econômica, incidirão regras privadas” e “sempre que as regras públicas tornarem a concorrência desleal, incidirão regras privadas” (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da constituição federal. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (orgs.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018. p. 75).

¹²⁵ Existem alguns *agentes econômicos* que foram excluídos do regime de Direito Empresarial pelo próprio Código Civil brasileiro, como por exemplo os profissionais que exercem atividade de natureza intelectual ou científica (artigo 966, Código Civil), os quais submetem-se ao regime civil simples.

¹²⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. 4. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89.

¹²⁷ Idem, p. 89.

¹²⁸ “O regime privado é baseado na liberdade individual e na autonomia da vontade, na assegurada possibilidade de busca de interesses egoísticos, na prerrogativa de decidir pelo livre-arbítrio.” MARTINS, **Estatuto das empresas estatais à luz da constituição federal**, op. cit., p. 28.

¹²⁹ “[...] a abordagem de Direito & Economia consiste no conceito de eficiência, ou seja, da ‘maximização da riqueza’ ou do ‘aumento do bolo’ como critérios para avaliar se os escassos recursos existentes estão sendo bem utilizados. Para os seguidores de Direito & Economia, a *eficiência* é um critério básico para analisar a quantidade de normas legais e da sua aplicação.” PINHEIRO; SADDI, **Direito, economia e mercados**, op. cit., p. 90.

¹³⁰ MARTINS nos alerta que o conceito de *eficiência* manejado pelos economistas não pode se despir do *bem-estar da sociedade*, isto é, numa sociedade marcada fortemente pela desigualdade social como é o caso da Brasileira o resultado eficiente em termos econômicos será aquele que evidenciar não apenas uma ótima relação custo x benefício, mas também a promoção da *justiça social* (Cf. **Regulação administrativa à luz da constituição federal**, op. cit., p. 86-100).

acordo com a realidade econômica em que está inserida^{131, 132}

Por fim, o Estado pode atuar como *agente econômico* propriamente dito ao explorar *atividade econômica* de modo subsidiário¹³³ e direto, sempre que exigirem os *imperativos da segurança nacional* e para atendimento de *relevante interesse coletivo* (artigo 173 da Constituição)¹³⁴, ou sob o regime de *monopólio federal* (artigo 177 da Constituição). A atuação econômica do Estado qualificada pela Constituição não corresponde ao exercício de poder econômico tal como o facultado à iniciativa privada, ou até mesmo inferior a ela, trata-se de autêntica atividade estatal “auxiliar, que estimula, encoraja, contribui, que soma esforços para o atingimento de um bem maior a toda coletividade”¹³⁵. Ademais, quando o Estado assume a posição de *agente econômico*, vocacionada para intervir em domínio que não lhe é próprio, quer para regular a conduta dos *agentes privados* quer para explorar diretamente atividade em regime concorrencial, só será compatível com a Constituição se essa atuação for verdadeiramente necessária para atingir os índices esperados de *eficiência econômica* e *equidade social*. Qualquer intenção de intervenção estatal de outra ordem ou lastreada em interesses escusos pode nos remeter ao odioso Estado absoluto autoritário.

¹³¹ Acerca da origem da regulação econômica contemporânea vide MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório**. São Paulo: Renovar, 2003, p. 71-79.

¹³² “Ainda mais em economias capitalistas duais como a brasileira, onde o Estado dantes intervinha fortemente e hoje se encontra afastado, qualitativa e quantitativamente, do domínio econômico.” (CUÉLLAR; MOREIRA, **Estudos de direito econômico**, op. cit., p. 91)

¹³³ Sobre origem da *subsidiariedade* conferir a dissertação de CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini da. **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia**: definição e instrumentalização. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. 2013. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 65-70.

¹³⁴ Quanto à atuação direta como agente econômico, cumpre reforçar que não é função essencial do Estado perseguir o lucro e nem tampouco angariar riquezas, por isso, os fatores eleitos alternativamente na Constituição são determinantes para autorizar esse tipo de exploração paralela ao *espaço privado*. Nesse sentido, GABARDO acertadamente alerta: “[p]rimeiramente, a invocação de um interesse público relevante nunca pode ser considerada pouco significativa, ou ‘mera’, embora isso possa acontecer com certa frequência (e talvez aqui resida realmente o fundamento do acertado tom crítico apresentado). Se for ‘mera alegação’, então se trata de um caso de desvio de finalidade e, portanto, desaparece o próprio interesse público, retratando situação incompatível com o ordenamento e insuscetível de fundamentar a atuação do Estado.” (**Interesse público e subsidiariedade**, op. cit., p. 225).

¹³⁵ CUNHA, **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia**, op. cit., p. 71.

CAPÍTULO II — ESPAÇO PÚBLICO E ESPAÇO PRIVADO

2.1 ESPAÇO PÚBLICO — SERVIÇOS PÚBLICOS

Convencionalmente a teoria jurídica visualiza a escala social constituída por três *espaços institucionais* distintos, o setor privado competitivo (*mercado*); o setor público (Estado); o setor privado híbrido ou *público-privado* (*terceiro setor*)¹. Na prática essa escala evidencia a forte e consagrada *delimitação* entre o público (coletivo) e o privado (individual), espaços institucionais que se condicionam “reciprocamente, no sentido de que reclamam um ao outro”².

Desde os primórdios da antiguidade clássica a visão político-jurídica se apoia na dupla dicotômica — público x privado — como sendo a responsável por conferir vida à sociedade organizada. Este fenômeno separatista assumiu uma “posição central no estabelecimento o no funcionamento do poder político”³ no Estado moderno, em razão da importante congruência entre a limitação de poderes do soberano e da garantia de liberdade dos indivíduos, pressupostos que assomarão posteriormente ao conceito de *poder público* e de *poder privado*. Isto é, o Estado moderno reconheceu, estimulado pelos protestos revolucionários, que a manutenção da sua existência dependia, ao mesmo tempo, do atendimento impessoal das necessidades coletivas (público) e da concessão de um espaço diverso para que o povo exercesse com liberdade suas individualidades (privado), conforme sintetiza MARQUES NETO:

A individualidade burguesa — ou, se quisermos, a burguesia enquanto classe — passa a pressionar por uma mais precisa demarcação de quais seriam os limites do poder político (titularizado pelo soberano) e do que seria a esfera de atuação — e, por tabela, de financiamento e de autoridade — deste poder. Tais limites só podem ser estabelecidos se tivermos este poder nitidamente identificado e divisado.⁴

¹ Embora seja majoritária a posição que identifica o Estado ou o *mercado* em primeiro e segundo e a sociedade civil em terceiro lugar, ela suscita um equívoco metodológico, porque a abstração moral denominada de Estado só existe em razão da passagem do *estado de natureza* para o *estado civil*, onde o homem renuncia parcela da sua liberdade (de negativa para positiva) ao outorgar, via *contrato social*, poderes a um *corpo moral* para coordenar a coletividade (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 24). De tal sorte, a classificação do Estado em primeiro lugar ou, até mesmo em segundo lugar (de acordo com COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 3. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2005, p. 58-59), não se conforma com o conhecimento jurídico-filosófico que originou à entidade moral e, pior ainda, o desvirtua ao estimular o devaneio de que o Estado é o início de tudo.

² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 14.

³ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 41.

⁴ Idem, p. 47.

Segundo a tradição jurídica romanística, o *espaço público* é legitimamente instituído pelo *espaço privado* para a satisfação de conveniências coletivas reunidas no conceito de *interesse público*⁵, que num *Estado social* coincide com a construção de uma sociedade livre, justa, solidária e igualitária⁶. Para tanto, o *espaço público* titulariza certas atividades administrativas — as três principais são: *serviços públicos*⁷, *fomento* e *poder de polícia*⁸ — que se destinam ao alcance da sua finalidade institucional⁹. A depender do estágio de desenvolvimento social, a sociedade e o Direito exigirão do Estado ora uma postura interventiva mais intensa e ora mais sutil, característica que denota a variação da elementaridade das atividades do *espaço público* no tempo, consoante esclarece DUGUIT:

En el interior de cada Estado se ha producido una transformación económica, que hemos tratado de caracterizar diciendo que por todas partes y en casi todos los órdenes de la actividad una economía nacional ha venido a reemplazar a la economía doméstica. Resultando de ahí que los hombres de un mismo grupo social han llegado a ser más dependientes unos de otros, y esto para las necesidades más elementales, para las necesidades de cada momento.¹⁰

⁵ "Não raras vezes, o interesse público foi concatenado com termos como 'interesse comum', 'interesse coletivo' ou 'interesse geral'. Essa relação marca uma aproximação do termo ora estudado para com os interesses de uma soma expressiva de indivíduos ou da sociedade. Enfim, essa perspectiva, o interesse público estaria oposto aos interesses individuais. Podemos perceber que a doutrina francesa em geral — a ser apresentada — foca nesta aproximação." HEINEN, Juliano. **Interesse Público**: premissas teóricas-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Editora Jus Podivm, 2019, p. 44-45.

⁶ A Constituição brasileira, de extensão analítica, enumera ao longo de seus diversos dispositivos normas (regras e princípios) vocacionadas ao alcance do escopo precípuo do Estado democrático e social — previstos nos artigos 1º ao 4º —, entre eles a liberdade, a dignidade, a igualdade, a justiça, a solidariedade e outros relevantes valores.

⁷ É regularmente mencionada pela doutrina administrativista as *crises* que sofreram os *serviços públicos* na Europa Ocidental, que podem ser sintetizadas assim: *primeira* crise — resultado da perda da identidade entre o conceito de serviço público e o Direito Administrativo, para fins de determinação da competência da jurisdição contenciosa administrativa na França (teoria de Duguit); *segunda* crise — decorrência da desvinculação do conceito de serviço público ao regime jurídico administrativo com a subscrição do tratado comunitário da União Europeia (para uma explicação mais profunda das *crises* conferir GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1 ed. 3. tir. São Paulo: Maleiros Editores, 2006, p. 39-45). Porém, impende apontarmos que essas *crises* são compatíveis com os países que adotaram o sistema de jurisdição *dual*, apartando o contencioso administrativo da justiça comum e relativizaram a sua soberania ao integrar um pacto comunitário, sujeitando-se a um conjunto de leis supranacional. As duas situações não são compatíveis com a história brasileira, pois aqui a jurisdição é unitária e não houve mitigação da soberania nacional com o ingresso no Mercosul, posto isso concordamos com MARTINS (**Regulação administrativa à luz da Constituição federal**, op. cit., p. 164-180).

⁸ DAL POZZO assinala que o clássico rol tricotômico das atividades administrativas — *serviços públicos*, *poder de polícia* e *fomento* — é insuficiente para compreender as formas de atuação do Estado contemporâneo, sendo dogmaticamente indispensável reconhecermos a autonomia da atividade de infraestrutura, a qual abrange um benefício genérico à coletividade e, portanto, de fruição *uti universi*, se distanciando da noção de *serviço público* e de *poder de polícia* que são atividades administrativas de fruição singular — *uti singuli* — pelos cidadãos (cf. Augusto Neves. **Direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020, p. 62-94).

⁹ "Sendo o fim do Estado essencialmente um fim de direito, e só podendo manifestar a sua atividade em conformidade com o direito e dentro de seu domínio, os atos que venham a ser realizados devem estar classificados segundo o efeito desencadeado pelo direito." DUGUIT, León. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 86.

¹⁰ DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**: estudio preliminar. Navarra: Anacleto Editorial, 2006, p. 27.

Posto isso, as tarefas materiais direcionadas à concretização de *interesses públicos* — refere-se aqui aos *serviços públicos* — não podem ser conceituadas pelo intérprete de maneira estanque¹¹. É preciso avaliar todo o conjunto objetivo de valores explícito e implícito na ordem jurídica vigente para delimitar os contornos do *espaço público*, ou melhor, para que seja possível enquadrar quais são as atividades típicas do *espaço público* e quais são as inerentes ao *espaço privado* em dado momento histórico de determinada sociedade¹². A titularização de um serviço como exclusivo do *espaço público* — sujeito ao *regime jurídico publicístico*¹³ —, é determinada por fatores distintos de ordem econômica, política, social e cultural¹⁴. Com o transcorrer do tempo “el Estado las fue progresivamente ‘publicando’, declarándolas ‘servicio público’, reservados al Estado (o a otra Administración Pública) y excepcionando en ellas la

¹¹ "Assim, não há atividade estatal por natureza ou por essência. O que existe são manifestações históricas mais ou menos recorrentes que são selecionadas pelo observador como típicas de uma dada instituição." AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999, p. 117.

¹² Ressalta-se que há autores que sustentam a redução do *espaço público* e, portanto, das atividades materiais elencadas como *serviço público*, o que automaticamente implicaria na extrema abertura do *espaço privado*, restando o atributo da *relevância pública* destacado a várias atividades privadas — verdadeiros *serviços públicos* — (com faz TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 168-175). No entanto, acreditamos que pelo período que a Constituição de 1988 viger, mesmo considerando as reformas promovidas pelo constituinte derivado, não é possível a adoção de uma concepção que esvazia os deveres do *Estado social e democrático de Direito* responsável pela consecução de diversos valores sociais descritos expressamente no texto constitucional. Para além do aspecto normativo, essa teoria é perigosa, porque não demonstra como num ambiente de *livre concorrência a iniciativa privada* será capaz de assegurar a impessoalidade, a isonomia, a continuidade e a universalidade dos *serviços públicos*, tal como esses deveres são garantidos pelo Estado enquanto titular dessas atividades materiais. A respeito do desacerto da aplicação ampla do *princípio da subsidiariedade* GABARDO sabiamente assevera que "[a] desoneração do Estado demandada pela onde liberalizante denota uma proposital despreocupação com a possibilidade de perda popular de conquistas jurídicas históricas, pois é promovido um sério risco aos princípios da impessoalidade, da universalidade e da continuidade dos serviços públicos não privativos do Estado (além de ser relativizada a sua incondicionalidade)" (**Interesse público e subsidiariedade**, op. cit., p. 146).

¹³ "No Direito brasileiro, por exemplo, o conceito de ‘serviço público’ sintetiza um regime jurídico associado a atividades materiais de fruição singular cuja titularidade é atribuída ao Estado." MARTINS, **Ato administrativo**, op. cit., p. 39.

¹⁴ Na falta de um conceito uniforme de serviço público diversos critérios classificatórios foram adotados pela doutrina nacional. Há quem sustente um critério subjetivo ou orgânico para abranger toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Poder Público; outros perfilham o critério material — mais amplo — levando em conta a essencialidade da respectiva atividade para o interesse da coletividade em geral em dado momento histórico; outros o concebem por meio de um critério formal para contemplar de forma restrita as atividades materiais prestadas sob o regime de Direito Público — *publicatio* — (cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 43-47). Acreditamos que os critérios não podem ser visualizados pelo intérprete de forma excludente sendo perfeitamente possível a combinação deles na formulação de um conceito mais amoldável ao serviço público na presente época, isto é, a submissão ao regime publicístico (critério formal) é uma característica tão relevante quanto a imprescindibilidade de certa atividade para suprir as necessidades atuais dos utentes (critério material), a exemplo da *atividade de abatedouro* que, a rigor, é uma atividade econômica de titularidade da livre iniciativa — regime de Direito Privado —, porém devido a sua essencialidade é classificada por alguns Municípios brasileiros como serviço público, restando o exercício sujeito à concessão (Lei n. 2.916/19, do Município de Bastos, Estado de São Paulo). A municipalização de tal atividade já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (RE n. 3.172/SP), que se manifestou unanimemente favorável à sua inserção no *espaço público* por envolver questões de saúde pública.

‘libertad de empresa’ (libertad de entrada da iniciativa privada)”¹⁵.

Desta forma, quando o Estado assume a atribuição jurídica é certo que a atividade seja automaticamente retirada do âmbito de atuação do *espacio privado* — serviços *fora-de-mercado* ou não mercantis¹⁶ —, e esse fato implica em restrição ao poder *jusfundamental*¹⁷, pois a escolha da *atividade econômica* insita à liberdade de iniciativa econômica é levemente reduzida, restando ao agente econômico um *espacio privado* residual do *espacio público*. Essencialmente, o ordenamento jurídico imputa a titularidade restrita dessas atividades ao Estado para que a parcela dos cidadãos não alcançada pela *atividade econômica lucrativa* do *espacio privado* possa usufruir de serviços indispensáveis para desfrutar de uma vida mais justa e digna. Daí a tamanha importância de classificar os *serviços públicos* como próprios do *espacio público*, para conferir o relevo necessário ao papel institucional do Estado traçado na Constituição, o de sempre se ater às necessidades universais do seu povo, potenciais utentes dos *serviços públicos*¹⁸, afastando outros *interesses* de qualquer ordem¹⁹.

Entretanto, nada impede a opção do constituinte pela atribuição concorrente, facultando

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005, p. 13.

¹⁶ “Serviços fora-de-mercado, ou não mercantis, são aqueles que são oferecidos igualmente a todos os indivíduos de uma sociedade [...] são retiradas do mercado para garantia do acesso da coletividade independente do seu poder aquisitivo.” DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002, p. 66.

¹⁷ Por força da *teoria externa* é possível afirmar que todo *poder jusfundamental* é passível de restrição, mormente em face das eventuais colisões com outros valores normativos também relevantes. Sob a ótica dessa linha dogmática há o *direito prima facie in se* — liberdade de iniciativa econômica — e há *restrições externas* — *bens coletivos* —, que não influenciam no conteúdo do direito *prima facie*, mas são capazes de reduzir no mundo fático o exercício desse poder jurídico. A rigor, as restrições decorrem da colisão com outras normas (regras e princípios), implicando na definição do conteúdo do direito a partir de fora, ou seja, por meio do conflito normativo em face das condições fáticas e jurídicas. Cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003, p. 66-82.

¹⁸ MARTINS ressaltar acertadamente que os *serviços públicos* foram destacados do *mercado concorrencial* pelo constituinte não apenas em nome do interesse dos utentes, mas também pelo fato dessas comodidades materiais não serem compatíveis com a *liberdade de iniciativa econômica* (Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 190-191).

¹⁹ Considerando a consolidação da dignidade da pessoa humana como um ponto central dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, em especial depois da segunda guerra, acreditamos que a figura do *usuário* é crucial para que se mantenha a titularidade exclusiva de alguns *serviços públicos* nas mãos do Estado, apartando-a da atuação do *espacio privado*. Isso porque os *serviços públicos* se destinam a atingir “precisamente aqueles cuja dignidade não pode ser protegida ou realizada por seus próprios esforços e com os seus recursos individuais isolados.” (JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 26, p. 136, 1999). Ademais, a manutenção dos principais caracteres que a doutrina atribui aos *serviços públicos* — continuidade; afetação dos bens envolvidos na prestação (públicos ou privado); modicidade tarifária; universalidade; entre outros —, se direcionam naturalmente à figura do usuário, para que a prestação dos *serviços* proporcione uma vida mais justa e digna aos cidadãos brasileiros.

ao *espaço privado* explorar a mesma atividade de titularidade do *espaço público*²⁰. SUNDFELD classifica as atividades fracionadas à iniciativa privada como *serviços sociais*, porque “são ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade particular”²¹. A exemplo dos *serviços de assistência à saúde* (artigo 199 da Constituição), que a exploração é livre à *iniciativa privada*, e dos *serviços educacionais*, que exigem o atendimento de pressupostos constitucionais — autorização prévia estatal, observância das normas gerais nacionais e sujeição à fiscalização estatal periódica (artigo 209 da Constituição) —, mas que a exploração pelo particular também é facultada, — “se prestadas pela iniciativa privada, óbvio que são atividades privadas, porém sob o timbre de relevância pública”²²

No Brasil a Constituição projetou o *espaço público* de modo explícito²³. Com fundamento no *princípio da predominância do interesse* delineou as *competências materiais* das esferas de poder da Federação — União, Estados e Municípios. As *competências privativas* da União restaram descritas nos incisos X, XI, XII e XXIII do artigo 21²⁴; a *competência material residual* dos Estados nos §§ 1º e 2º do artigo 25²⁵; a *competência* sobre o *interesse local* dos

²⁰ “Quando o serviço público vive em *concorrência* é lícito à iniciativa privada exercer a mesma actividade. Essa concorrência em certos casos é desejada e até fomentada [...] Ao lado dos serviços oficiais existem estabelecimentos particulares: a Administração limita-se, nos termos da lei, a assegurar-se da idoneidade dos particulares que prestam os serviços e a fiscalizar a sua actividade.” CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1991. v. II, p. 1075.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito Público**. 4. ed., rev., aum. e atual. 7. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 83-84.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923-DF**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 2015, p. 25. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961> Acesso em: 18 ago. 2021.

²³ Existem três concepções distintas dos *serviços públicos*, uma extremamente ampla que inseri todas as funções assumidas pelo Estado brasileiro — *b* do inciso II do § 1º do artigo 61 da Constituição —; outra um pouco menos aberta que se refere as todas as atividades materiais do Estado; outra restrita que só considera como *serviços públicos* os elencados no artigo 175 da Constituição (Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Serviços públicos e suas diferentes acepções*. In: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. v. 4, p. 92-93).

²⁴ A ordem constitucional brasileira outorgou competência privativa para a União prestar (diretamente ou não) os respectivos serviços públicos: *serviço postal e correio aéreo nacional* (X art. 21); *telecomunicações* (XI art. 21); *radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea e aeroespacial, infraestrutura portuária, transporte ferroviário e aquaviário* (entre portos e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território), *transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, portos marítimos, fluviais e lacustres* (XII art. 21); *nucleares* (XXIII art. 21).

²⁵ Aos Estados federados a ordem constitucional brasileira atribuiu competência *residual* para prestação dos serviços públicos que não sejam de titularidade privativa da União e não se enquadrem no conceito de *interesse local*, cuja prestação restou exclusiva aos Municípios (§ 1º art. 25), como também a titularidade sobre os serviços locais de *gás canalizado* (§ 2º art. 25).

Municípios no inciso V do artigo 30²⁶, além de outros que decorrem de hermenêutica²⁷. Há ainda algumas *competências materiais comuns*, atribuídas aos três entes federados no artigo 23, a exemplo da proteção de documentos, obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural (inciso III). No mais, o alcance do *espaço público* exigirá do intérprete um trabalho hermenêutico mais profundo, pela análise detida do conjunto normativo constitucional — artigo 194; artigo 205; artigo 215; artigo 218; artigo 225²⁸ —, para que se possa concluir quais são os valores sociais que devem ser objeto de prestação direta ou indireta, além dos elencados no artigo 175 da Constituição²⁹.

2.2 ESPAÇO PRIVADO – MERCADO – LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA

Ao lado da relevante pauta da *solidariedade*, característica precípua do *Estado do bem-estar*, o constituinte assegurou à coletividade a *liberdade de iniciativa econômica* mantendo, de certa forma, viva a chama do *movimento liberal*³⁰. O sucesso, ou a plena eficiência de um sistema econômico *capitalista*, como é o brasileiro, depende necessariamente da *liberdade* conferida ao *agente econômico privado*, cuja valorização do *trabalho*, *ofício* ou *profissão* é reconhecida como de suma importância para o alcance do propósito constitucional de construir uma sociedade livre, justa, solidária e plural. Longe do caráter individualista, que num primeiro

²⁶ Segundo a Constituição brasileira, os serviços públicos municipais são aqueles afetos ao *interesse local*, incluindo os de: *transporte coletivo* (V art. 30); *iluminação pública* (art. 149-A); *calçamento*, *limpeza e arborização de ruas* (art. 182). Não há um conceito positivo de *interesse local*, no entanto, é possível extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal algumas hipóteses de serviços tipicamente municipais: *saneamento básico* (ADI 4.454/2020); *apreensão e retirada da placa de veículos de transporte coletivo de passageiros em situação irregular* (ADI 2.751/2005); *serviços funerários* (ADI 1.221/2003); *coleta de lixo domiciliar* (RE 232.393-1/SP - 1999).

²⁷ Concordamos com a posição adotado pelo ilustre Professor BANDEIRA DE MELLO de que a “enumeração dos serviços que o Texto Constitucional considera público não é exaustiva” (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 733 e 737-738), sendo admissível que os Estados e os Municípios, respeitados os limites de pertinência constitucional, erijam por lei determinada atividade ao status publicístico.

²⁸ Como também os *serviços públicos* de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão) previstos no artigo 223 da Constituição, sobre os quais o constituinte foi bem claro ao fixar a prevalência do *princípio da complementariedade* sobre a prestação — atribuição obrigatória ao *espaço público* e a outorga ao *espaço privado* —, de modo que cumprirá ao Estado a prestação direta e ao mesmo tempo da concessão, permissão ou autorização à iniciativa privada.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO tece uma distinção de quais seriam os *serviços públicos* de prestação direta compulsória e quais seriam os *serviços públicos* cuja prestação indireta *deve* ser outorgada, mediante análise dos signos que se valeu o constituinte no texto normativo ao elencar as competências e demais atividades materiais estatais — *obrigação de prestar* não significa o mesmo que *promover a prestação* (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 734-735).

³⁰ “Portanto, a livre iniciativa é uma expressão fundamental da concepção liberal do homem, que coloca como centro a individualidade de cada um. Para o liberal, a livre iniciativa é necessária para a sua própria expressão e dignidade enquanto homem, porque lhe cabe imprimir um destino a sua vida, uma escolha, a expressão da sua capacidade, e isso tudo só é conseguido através da liberdade que se reserva a cada um para poder exercer a atividade econômica.” BASTOS, **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 639.

momento pensa-se ser inerente, o constituinte moldou a *liberdade de iniciativa econômica* vocacionada para o desenvolvimento nacional e com um acentuado contorno social, por confiar que da “iniciativa privada podem resultar valores que a integram de pleno direito no âmbito da juridicidade constitucional”³¹ o *Estado Social democrático de Direito*.

A *liberdade de iniciativa econômica* — ou a *livre iniciativa*, nomenclatura preferida pelo constituinte — restou positivada expressamente na Constituição de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (IV do artigo 1º) e da *ordem econômica* (*caput* do artigo 170). Essa liberdade constitucional traduz o poder jurídico atribuído a qualquer cidadão brasileiro de escolher uma *atividade econômica* e a desenvolver, em consonância com as exigências legais. Daí se justifica conceber à natureza jurídica da *liberdade de iniciativa econômica* como um poder *jusfundamental* — norma de estrutura *principiológica* — articulado de acordo com o que dispõe o inciso XIII do artigo 5º — “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”³² — e o parágrafo único do artigo 170, ambos da Constituição — “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer *atividade econômica*, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. DE MONCADA ao analisar a *livre iniciativa* na Constituição portuguesa, após a revisão de 1982 — cujo texto é semelhante ao da Constituição brasileira³³ —, confirma a natureza autônoma desse direito fundamental, em razão de ser “visto como um dos direitos, liberdades e garantias, muito embora de conteúdo econômico, deixando a Constituição de o encerrar como mero princípio objetivo de organização econômica”³⁴.

O campo de escolha do *agente econômico* privado é bem amplo — excluídas, tão-somente, às atividades privativas do Estado³⁵ —, restando livre o direito de empreender capital, próprio ou de terceiros, dirigido pela sua *autonomia de vontade* — “representa a medida na qual o direito positivo reconhece aos indivíduos a possibilidade de praticar atos jurídicos, produzindo seus efeitos”³⁶ — identificando livremente os nichos de oportunidades dentre as

³¹ DE MONCADA, *Direito econômico*, op. cit., p. 151.

³² A *livre iniciativa* deve ser compreendida como um direito fundamental. Para um estudo mais profundo do tema vide CUNHA, *A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia*, op. cit., p. 109-115.

³³ PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Artigo 61º. Item 1. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Parlamento, [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2021.

³⁴ *Direito econômico*, op. cit., p. 118.

³⁵ Refere-se aqui aos *serviços públicos* exclusivos e aos *monopólios federais*, conforme citados em passagem anterior.

³⁶ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 30 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1., p. 170.

atividades econômicas que lhe proporcionarão a *maximização do lucro* dentro do *mercado concorrencial*. Essa é a base de *liberdade de iniciativa* dentro um sistema econômico *capitalista*, que traduz uma mescla entre a *autonomia de vontade do agente econômico* e o *poder do capital*, tal como reflete o pensamento exposto por DERANI:

Para deter a liberdade de iniciativa de empreender no mercado, é necessário mais do que a autonomia do homem, senhor de sua vontade. Há necessidade capital. Este fator que caracteriza a liberdade de iniciativa no mercado torna tal liberdade, em realidade um poder: o poder de ação daquele detentor de autonomia e proprietário de um determinado capital, que terá a faculdade de fazer o uso, ou não, desta liberdade e direcioná-la segundo um rol de opções, que será tanto mais amplo quanto maior for o poder que lhe proporciona a detenção do capital. Portanto, a liberdade de empresa, confunde-se com o poder de empreender. O poder de empreender será tanto maior, quanto mais ampla for a faculdade de agir livremente no mercado, isto é, quanto mais garantido for o exercício deste poder ao detentor do capital: o poder econômico.³⁷

O núcleo do direito em questão compreende alguns componentes essenciais como: a *liberdade de criação de empresas e de sua gestão*; a *liberdade de investimentos ou de acesso*; a *liberdade de organização*; a *liberdade de contratação*; a *liberdade negocial*³⁸. Do respectivo conteúdo, alinhado com a natureza jurídica, é passível ao intérprete conferir um conceito mais completo para a *liberdade de iniciativa econômica*, que sob a ótica constitucional, pode ser compreendida como um poder jurídico fundamental que garante a todos os cidadãos brasileiros a liberdade de empreender qualquer *atividade econômica*, sem autorização estatal para tanto³⁹, no formato de exploração que eleger, isoladamente ou associado a outros sujeitos de direito, dentro das suas próprias perspectivas gerenciais, negociais e contratuais, observadas as restrições positivadas pelo legislador para o exercício do direito.

2.2.1 LIVRE CONCORRÊNCIA

Outro tema que deflui de maneira natural do direito fundamental tratado é o da *livre concorrência*, um dos *princípios da ordem econômica* previsto no inciso IV do artigo 170 da Constituição. Isso porque, a *liberdade de iniciativa econômica* privada “constitui uma condição

³⁷ DERANI, **Privatização e serviços públicos**, op. cit., p. 205-206.

³⁸ Cf. DOS SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 5. ed., rev. e atual. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2010, p. 46.

³⁹ A regra geral é que o direito fundamental seja exercido sem qualquer tipo de autorização por parte do Estado. No entanto, determinadas atividades são consideradas pela Constituição como de caráter peculiar e, portanto, portadoras de especificidades que exigem um controle estatal mais rigoroso sobre o seu exercício, sendo indispensável a outorga de autorização prévia ao *agente econômico* nessas hipóteses — *atividades privada sob regime especial*. Como por exemplo para o transporte de fogos de artifício, que exige a emissão de licença pelo Exército brasileiro (Decreto-Lei n. 4.238/42 e R-105 do Exército).

básica da existência de concorrência, entendida como o modelo de sociedade ou como critério de classificação das estruturas de mercado e dos tipos de comportamentos dos agentes econômicos”⁴⁰. Inicialmente a *concorrência* pode ser compreendida como um meio de interação social, que no seio econômico — ou num sistema *capitalista* — é essencialmente alicerçado na ideologia das trocas, pois *a nossa* “interdependência social depende em larga medida de precisarmos uns dos outros”⁴¹. Não há troca sem ao menos dois sujeitos de direito, ninguém troca algo consigo mesmo, mas sim com terceiros. Mas em que condições essas trocas são efetuadas? WEBER elucida que “falamos de mercado quando pelo menos por um lado há uma pluralidade de interessados que competem por oportunidades de troca”⁴², então, no *mercado*, de base competitiva, dois ou mais sujeitos — com ou sem intermediação de um terceiro —⁴³, transacionam produtos e/ou serviços por capital⁴⁴, conforme seus desejos individuais, para celebrar o negócio jurídico mais lucrativo⁴⁵. Assim, o *mercado* é considerado “uma estrutura de formação de valores, mas também de significados, com os quais os indivíduos buscam atender seus interesses específicos”⁴⁶.

A mais valia do *mercado concorrencial* é fundamentalmente a *vantagem da troca*, pois enquanto uma parte do acordo busca satisfazer suas necessidades pessoais a outra visa a

⁴⁰ Cf. DOS SANTOS; GONÇALVES; MARQUES, **Direito econômico**, op. cit., p. 46.

⁴¹ ARAÚJO, **Introdução à economia**, op. cit., p. 48.

⁴² WEBER, Max. **Econômica e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Tradução Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. 4. reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015, p. 419.

⁴³ Vale ressaltar que nem toda *atividade econômica* se concretiza dentro de uma relação jurídica de consumo (XXXII do artigo 5º e V do artigo 170 da Constituição). São disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor as operações econômicas concretizadas por fornecedores e consumidores, para a obtenção de produtos ou prestação de serviços, que se enquadrem nos conceitos previstos no *caput* §1º e § 2º do artigo 2º e artigo 3º da Lei federal n. 8.078/90. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se mostra tendenciosa à aplicação restritiva do Código de Defesa do Consumidor, incidindo esse microssistema de Direito Privado apenas para as relações cujo objeto seja fornecido ou prestado ao consumidor final, porém, reconhece também a possibilidade de mitigação da *teoria finalista* quando demonstrada a vulnerabilidade, mesmo que não seja destinatário final (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Consumidor. Agravo Regimental em Recurso Especial 601234/DF, Terceira Turma, Relator Marco Aurélio Bellizze, Brasília, 12-05-2015, DJE 21-05-2015). Nos demais casos, seguindo um critério de exclusão, aplicar-se-á prioritariamente as regras e princípios do Código Civil (Lei federal n. 10.406/02) ou, subsidiariamente, quando houver legislação ordinária específica, como há para locação de imóveis urbanos (Lei federal n. 8.245/91); contratação de serviços advocatícios (Lei federal n. 8.906/94); entre outras hipóteses.

⁴⁴ “[...] em bom rigor econômico há tantos mercados quando os tipos de bens, de serviços e de factores que são oferecidos e procurados.” ARAÚJO, **Introdução à economia**, op. cit., p. 137.

⁴⁵ “As atividades humanas geram produtos, diversos deles. O produto é o resultado da ação. Os produtos podem ser avaliados, isto é, ter o seu valor ou desvalor determinados pelos sujeitos. Por óbvio, essa avaliação pressupõe um termo de comparação. [...] Os termos *lucro* e *prejuízo* são expressões de conceitos avaliatórios. Contrapõem-se para designar o valor ou desvalor de certa atividade. [...] Daí ser correto afirmar que, embora atividade lucrativa seja geradora de um resultado positivo, nem toda operação conduzente ao resultado positivo gera lucro. Só produzem lucro atividades econômicas.” SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades administrativas e a noção de lucro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 6., p. 263, 1994.

⁴⁶ PINHEIRO; SADDI, **Direito, economia e mercados**, op. cit., cp. 15.

*maximização do seu lucro*⁴⁷. Dentro desse cenário de manifesta desigualdade⁴⁸, onde a parte que detém o poder econômico⁴⁹ pode muito e a outra quase nada, como é possível manter um equilíbrio entre os benefícios auferidos, isto é, será que o *mercado concorrencial* é tão livre como denota o *princípio da livre concorrência* previsto no inciso IV do artigo 170 da Constituição? Certamente não, a concorrência não é livre em termos absolutos, isso porque a *concorrência perfeita* é uma teoria econômica que não reflete a realidade da dominação do poder econômico nos sistemas *capitalistas*. O *mercado concorrencial* não se organiza para atender mais e melhor os interesses dos clientes e consumidores, ao contrário, ele segue o fluxo natural se deixando levar pelas correntezas obscuras do *capitalismo selvagem*. E essa conclusão é confirmada pelo próprio constituinte ao reconhecer no texto constitucional que o detentor poderá eventualmente exercer de maneira abusiva o poder — *dominação de mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros* —, e quando assim agir será sancionado pelo Estado (§ 4º do artigo 173), de maneira autônoma nas esferas administrativa e penal (Lei federal n. 8.137/90 e Lei federal n. 12.529/11).

A defesa da ordem concorrencial imposta na Constituição⁵⁰, para além de fixar ao Estado o dever preventivo e repressivo — *função regulatória*⁵¹ — de proteger o equilíbrio do *mercado*⁵², clama do *agente econômico privado* certa *responsabilidade social* ao exercer o

⁴⁷ “Da perspectiva do produtor, *lucro* significa a diferença entre rendimento médio e custo médio, sendo essa diferença aquilo que há que aumentar até ao limite, que há que maximizar.” ARAÚJO, **Introdução à economia**, op. cit., p. 316.

⁴⁸ “A *livre concorrência*, no sentido que lhe é atribuído — ‘livre jogo das forças do mercado, na disputa de clientela’ —, supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal.” GRAU, **A ordem econômica na constituição de 1988**, op. cit., p. 209.

⁴⁹ “Frisa-se a diferença: a liberdade econômica é um direito fundamental, toda pessoa tem o direito de decidir livremente sobre sua atividade econômica. A pessoa não tem o direito a ter poder econômico, este é algo a ser conquistado pelos agentes econômicos quando da exploração da atividade econômica. Obtido o poder econômico, aí, sim, a pessoa tem o direito de exercê-lo até o limite. Enfim: a Constituição consagra o direito fundamental à liberdade econômica e o direito ao exercício do poder econômico.” MARTINS, **Regulação administrativa à luz da constituição federal**, op. cit., p. 242.

⁵⁰ “A defesa da ordem concorrencial é, no sistema da Constituição, uma garantia institucional. Essa classificação explica muito do conteúdo da disciplina. Em primeiro lugar, tratando-se de garantia institucional, perde o interesse a estrutura direito objetivo/subjetivo. Muito mais adaptável à garantia de uma instituição que se quer proteger é a estrutura do poder ou direito-função. Isso explica à perfeição o conteúdo do art. 173, § 4º, que claramente atribui ao poder econômico ou faz dele uma função pública ou, melhor dizendo, social.” SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as condutas. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 109.

⁵¹ “[...] um híbrido de atribuições de variada natureza: informativas, planejadoras, fiscalizadoras e negociadoras, mas, também, normativas, ordinatórias, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras.” MOREIRA NETO, **Direito regulatório**, op. cit., p. 107.

⁵² Sobre o Direito concorrencial e o poder econômico no mercado à luz do ordenamento brasileiro é indispensável a leitura de SALOMÃO FILHO, **Direito concorrencial**: as estruturas, op. cit., p. 80-89.

direito fundamental, em especial aos detentores de *poder econômico*⁵³. É preciso conceber esse sistema defensivo a partir de uma visão global da Constituição, e não como um pequeno conjunto normativo apto a evitar e reprimir as *práticas concorrenciais egoísticas e desleais*, sob pena de esvaziar o conteúdo da *justiça social* da *igualdade material* e da *dignidade da pessoa humana*.⁵⁴

Conforme asseverado no subitem anterior (1.2), a Constituição estabeleceu entre os dois vetores axiológicos — *social* e *econômico* — uma forte interação, um dever de alinhamento, sem que seja possível identificar qualquer relação de precedência normativa hierárquica entre a *livre iniciativa*, a *livre concorrência*, a *justiça social* a *igualdade material* e a *dignidade da pessoa humana*⁵⁵. Todos os valores objetivos devem caminhar conjuntamente — em tese deveriam —, sem desvios, sem preterições, pois na visão do constituinte o interesse do cidadão excluído não vale menos do que a busca individual por vantagens econômicas, mesmo porque é a divisão desses proveitos que propiciará no mundo fático condições de uma existência mais justa e digna, afinal “não é fácil realizar a justiça social num sistema que predomina a concentração de riqueza”⁵⁶, muito embora não exista vedação constitucional explícita ao acúmulo de capital.

Não obstante a nobre intenção do constituinte de propiciar uma condição social mais equitativa, sabidamente inalcançável pela via ideológica da *maximização concentrada dos lucros*, os dados estatísticos da *iniciativa econômica privada* no nosso país, mesmo antes da

⁵³ SALOMÃO FILHO, embora reconheça a polêmica do tema na doutrina, afirma que o sistema de defesa concorrencial estabelece a “[...] função social das empresas com posição dominante no mercado, impondo a estas verdadeiras obrigações de fornecimento.” Cf. **Direito concorrencial**: as condutas, op. cit., p. 111.

⁵⁴ A *responsabilidade social empresarial* ganhou força na década de 90 do século passado no Brasil e, atualmente, retomou a sua ênfase com a guinada das práticas de *compliance* no ambiente empresarial. No Direito brasileiro o *compliance* “se refere ao programa de integridade e este consiste na adoção dos mecanismos discriminados no artigo 42 do Decreto Federal no 8.420/15”. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Considerações críticas ao conceito de *compliance*. **RIDP – Revista Internacional de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 06, n. 10, p. 9-24, jan./jun. 2021). Assim, a *responsabilidade social* pode ser compreendida como uma parte desse amplo programa de integridade, correspondendo ao compromisso assumido pela pessoa jurídica de Direito privado, enquanto explorar a *atividade econômica*, de: i) melhorar a qualidade de vida de todos os sujeitos envolvidos na cadeia produtiva — de funcionários aos fornecedores; ii) aumentar a competitividade e, portanto, postergar a vida útil do negócio jurídico; iii) proporcionar, na mesma medida, ganhos para empresa e para a sociedade; iv) articular juntos aos órgãos públicos, às entidades públicas e demais *agentes econômicos* ações para a solução de problemas sociais (Cf. CRUZ, Rachel Pellizzoni da. A prática da responsabilidade social empresarial no Brasil: dilemas e perspectivas. **RDTs – Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 1., n. 1., p. 04, jan./jun. 2007).

⁵⁵ Aqui cumpre consignar o acertado conceito de *Constituição total* articulado por SILVA: “Trata-se de um complexo, não de partes que se adiciona, ou se somam, mas de elementos e membros que se enlaçam num todo unitário.” SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 35.

⁵⁶ Idem, p. 141.

devastação mundial, e sem precedentes, causada pela pandemia do COVID-19, já evidenciava o inverso. Pode-se afirmar com certo grau de precisão que na prática a grande maioria dos *agentes econômicos privados* não atua voltada para realizar a *justiça social* e a *igualdade material*, a fim de concretizar a *dignidade da pessoa humana*. A demografia das empresas ativas/formais em 2018 era de 3,7 milhões e 22.732 mil de empresas de alto crescimento — novos empreendedores —, conforme informações coletadas e trabalhadas pelo IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística⁵⁷. Mesmo diante do expressivo número de sociedades empresárias e de pequenos empreendedores, poucos deles desenvolvem ou desenvolveram projetos sociais e ambientais significativos.

Contundo, aqui cabe um parêntese. O avanço da *responsabilidade social* corporativa para a *pauta da sustentabilidade* ou do monitoramento dos fatores do *ESG* — *environmental, social and governance* —, estão de fato impulsionando o *mercado* mundial e isso se comprova por algumas condutas empresariais mais recentes, em sentido oposto ao *capitalismo* fundado exclusivamente no lucro feroz. O manifesto subscrito por 181 diretores das maiores corporações norte-americanas, que compõem a associação *Business Roundtable*, em 19 de agosto de 2019, exigindo o compromisso de todas as empresas com o bem-estar social dos cidadãos em paralelo aos interesses puramente econômicos de seus investidores⁵⁸, configurou um marco solidário relevante porque demonstrou que na visão de importantes *agentes econômicos* não basta apenas a performance financeira, é imprescindível contribuir de forma positiva para a sociedade. A grande petrolífera norte-americana Exxon Mobil sofreu no final ano de 2020 forte pressão de um pequeno grupo de acionistas — *Engine n° 1* — pela busca de novas estratégias corporativas focadas na transição para uma energia limpa em cumprimento ao *acordo de Paris*⁵⁹. Desde então, a postura de *sustentabilidade socioambiental* ganhou apoio de outros importantes fundos

⁵⁷ AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Demografia das empresas: em 2018, taxa de sobrevivência das empresas foi de 84,1%.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29206-demografia-das-empresas-em-2018-taxa-de-sobrevivencia-das-empresas-foi-de-84-1>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁵⁸ BUSINESS ROUNDTABLE. **Business Roundtable redefines the purpose of a corporation to promote “an economy the serves all Americans”.** Washington, DC: Business Roundtable, [2019]. Disponível em: <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>. Acesso em: 17 ago. 2021.

⁵⁹ O acordo da Paris teve origem na 21ª Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima – COP-21, realizada em dezembro de 2015 na França. O acordo, contendo várias obrigações internacionais, foi formalmente ratificado por diversos países — inclusive do Brasil (Decreto legislativo n. 140/16 e Decreto n. 9.073/17) —, depois de aberto para subscrição no ano de 2016. Desde então, os países que se obrigaram, devem implementar políticas internas para a concretização das metas assumidas para manutenção do aquecimento do Planeta.

de investimento, algo nunca ocorrido ao longo da sua história. A conclusão é que o grupo conquistou um espaço significativo no conselho da Exxon Mobil agora em 2021⁶⁰. Esperamos que tais posturas corporativas estimulem cada vez mais o propósito *solidarista* ao redor do mundo e, desaguem, o mais breve possível, no Brasil.

No território nacional, o resultado do Censo 2018 sobre o *Investimento Social Privado* (ISP)⁶¹, realizado pela GIFE — Associação de Investidores do Brasil⁶², demonstrou que no respectivo ano a iniciativa privada investiu R\$ 3,25 bilhões em projetos de impacto social no Brasil⁶³. Essa pesquisa reflete uma margem de *investimento social privado* pequena em face das necessidades dos cidadãos que habitam o território do nosso vasto país. Somente o setor do agronegócio, que compreende toda cadeia produtiva (atividades primárias, de transformação e de distribuição), no exercício de 2017 empregou um em cada três postos de trabalho no Brasil e representou 21,6% do produto interno bruto, totalizando um VPB — Valor Bruto de Produção de 582,3 bilhões — agricultura e pecuária. No mercado mundial o Brasil em 2017 foi o primeiro em números absolutos na exportação dos seguintes insumos: açúcar, café, suco de laranja, carne bovina e soja grão⁶⁴. A sociedade anônima JBS, reconhecida mundialmente como uma das maiores indústrias alimentícias e líder brasileira do agronegócio, obteve em 2017 um lucro líquido de 534, 2 milhões de reais; em 2018 de 25,2 milhões de reais; em 2019 de 6.068,4 bilhões de reais⁶⁵. Para auxiliar no combate da pandemia do COVID-19 a JBS destinará 400

⁶⁰ THE NEW YORK TIMES. **Exxon's board defeat signals the rise of social-good activists**. New York: The New York Times, [2021]. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/06/09/business/exxon-mobil-engineer-no1-activist.html> Acesso em: 17 ago. 2021.

⁶¹ “É possível entender essa definição como a reunião de três grandes aspectos definidores do investimento social: 1. *a origem dos recursos*: privada e voluntária (o que a diferenciaria de outros tipos de investimento, de origem compulsória, como parte dos recursos do Sistema S); 2. *a forma de atuação*: planejada, monitorada e sistemática (fundamentalmente, buscando resultados, em contraposição às práticas bem-intencionadas mais voluntaristas, amadoras e supostamente ineficientes da caridade tradicional); 3. *a finalidade*: projetos sociais, ambientais e culturais de interesse público (colocando-o acima de interesses privados que a empresa ou o filantropo possam ter ao investir no social).” XXXIII ENCONTRO DA ANPAD, 2009, São Paulo — SP. NOGUEIRA, Fernando do Amaral; SCHOMMER, Paula Chies. **Quinze anos de investimento social privado no Brasil: conceitos e práticas em construção**. São Paulo: ANPAD — Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Administração, set. 2009. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS3252.pdf> Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶² Organização sem finalidade lucrativa criada em 1989 por um grupo de fundações e empresas com objetivo de aprimorar o setor de investimento social privado. Sobre o GIFE vide: <https://gife.org.br>.

⁶³ ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES DO BRASIL. **Censo GIFE 2018**. São Paulo: GIFE — Associação de Investidores do Brasil [2018]. Disponível em: <https://mosaico.gife.org.br/censo-gife>. Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶⁴ Todos esses dados foram extraídos do caderno publicado oficialmente pelo Governo brasileiro. BRASIL. **Agropecuária em números**. Brasília: Governo do Brasil [2018]. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros/ABN201901> Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶⁵ JBS. **Relatório anual e de sustentabilidade 2019**. São Paulo: JBS Sociedade Anônima [2018]. Disponível em: https://www.jbs.com.br/relatorioanual2019/wp-content/uploads/2020/05/RAS-JBS-2019_PORT_FINAL.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

milhões de reais à saúde, à ação social e à ciência⁶⁶. O grupo COSAN, holding que atua na área de bioenergia, terceira no ranking do agronegócio brasileiro, obteve um lucro líquido de 2,4 bilhões de reais em 2019⁶⁷. Em 2020 o grupo COSAN informou que movimentou ações para o enfrentamento da pandemia que totalizaram de 17 milhões de reais⁶⁸. Esses dois simplórios exemplos evidenciam a pífia cultura de investimento corporativo social no Brasil.

Segundo os indicadores divulgados no Relatório BISC 2020, organizado pela COMUNITAS⁶⁹, entre os *agentes econômicos* que compõem a rede de pesquisa, no ano de 2007 totalizaram 1,9 bilhões de reais em investimentos, passados mais de 10 anos, elas continuaram a investir quase o mesmo patamar — de 2,5 bilhões de reais em 2019 — ⁷⁰, corroborando que, infelizmente, não temos um *mercado concorrencial* com perfil solidário e responsável⁷¹, ciente da importância e do verdadeiro significado da distribuição de renda para o desenvolvimento nacional.

Acerca dos investimentos ambientais a reflexão é similar, os agentes econômicos privados poderiam fazer mais e melhor para minimizar os impactos decorrentes de suas atividades. Em 2015 o rompimento da barragem do Fundão, de responsabilidade da empresa Samarco, resultou na invasão dos distritos de Bento Rodrigues, Paracatu e Gesteira, Município da Mariana no Estado de Minas Gerais, por milhões de metros cúbicos de lama com rejeitos de mineração. Desde então, o impacto ambiental causado na bacia hidrográfica do Rio Doce, que se estende pelos Estados do Espírito Santo e da Bahia, ainda não foi contido. No final de 2020, a Fundação Renova, criada no ano seguinte ao incidente por conta do compromisso assumido

⁶⁶ JBS. **Fazer o bem faz bem**: alimentando o mundo com solidariedade. São Paulo: JBS Sociedade Anônima [2020]. Disponível em: <https://jbs.com.br/fazerobemfazbem/> Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶⁷ COSAN. **Relatório de resultados 4º trimestre do exercício social de 2019**. São Paulo: COSAN Sociedade Anônima [2020]. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/6aa68515-2422-4cc4-bafa-8870ccdfdb0/central-de-resultadoscentral-de-downloads/86e994266be13822b71a57c35a610d4cbef00a5e05c0067a7f5b4f6f2bc1d133/release_de_resultados_4t_19.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶⁸ SOPESP. **Cosan mobiliza todas suas marcas para ajudar no combate da COVID-19**. São Paulo: Associação dos Oepradores Portuários do Estado de São Paulo [2020]. Disponível em: <https://www.sopesp.com.br/2020/05/26/cosan-mobiliza-todas-suas-marcas-para-ajudar-no-combate-a-covid-19/> Acesso em: 02 abr. 2021.

⁶⁹ Organização da sociedade civil instituída para fomentar e fortalecer um pacto coletivo entre setores para o desenvolvimento sustentável do país. Sobre a COMUNITAS vide: <https://www.comunitas.org>.

⁷⁰ COMUNITAS. **BISC Relatório 2020**. São Paulo: COMUNITAS [2021]. Disponível em: https://www.comunitas.org/wp-content/uploads/2021/02/BISC_2020_RelatórioFinal_DIGITAL.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

⁷¹ Para um retrato dos investimentos sociais realizados por pessoas física e jurídica no Brasil conferir: IDIS. **Brasil 2020**: um retrato da doação no Brasil. São Paulo: IDIS [2020]. Disponível em: https://www.idis.org.br/wp-content/uploads/2020/07/CAF_BrazilGiving2020.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

pela Samarco, via Termo de Transação e Ajustamento de Conduta, junto a diversos órgãos da Federação brasileira, computou mais de 286 milhões de reais de gastos só com os danos às águas⁷². Anos mais tarde um completo *déjà vu* se concretizou, mais um desastre causado pela mineração, dessa vez em 2019 na mina do Córrego do Feijão no Município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, com mais de milhões de metros cúbicos de lama e rejeitos despejados na bacia do Rio Doce. Em 2021 a sociedade anônima Vale do Rio Doce, responsável pela barragem, celebrou acordo com o Estado de Minas Gerais, a Defensoria Pública estadual e o Ministério Público Federal no valor de mais de 37 bilhões de reais, para concretização de projetos de reparação socioeconômica e socioambiental⁷³. Defronte a esses dois gigantescos e lamentáveis sinistros ambientais, que poderiam ser evitados por medidas preventivas dentro de uma gestão corporativa minimamente sustentável, a conclusão que resta evidente é que a redução progressiva dos impactos ambientais também não é uma missão eminente entre os gestores privados no Brasil.

No entanto, ainda há esperança. A suposta relação de divergência entre a *ordem social* e a *ordem econômica*, que a massa esmagadora dos *agentes econômicos* acredita existir, está aos poucos sendo substituída pelo diálogo direto entre esses dois importantes vetores axiológicos. Um novo espaço corporativo está se consolidando para complementar a *responsabilidade social* corporativa e a recente política do *ESG* na busca pela *justiça social, igualdade material e dignidade da pessoa humana*. Novas pessoas jurídicas de Direito privado estão sendo instituídas para obter lucro e, na mesma medida, revertê-lo a um fim social, evidenciando ser possível a interação real de interesses fictamente opostos — *social + econômico*. Foi exatamente essa mudança na visão corporativa, de alinhamento entre os *interesses públicos* e *privados*, que motivou e inspirou o estudo do fenômeno, vulgarmente denominado de “setor 2 1/2”, tema que será desenvolvido com mais profundidade no capítulo III.

⁷² FUNDAÇÃO RENOVA. **Demonstração financeira em 31 de dezembro de 2020**. Belo Horizonte: Fundação Renova, [2021]. Disponível em: https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2021/06/demonstracoes-financeiras-renova_2020_portugues.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

⁷³ SOCIEDADE ANÔNIMA VALE DO RIO DOCE. **Acordo sela compromisso da Vale com reparação integral de Brumadinho e apoio ao desenvolvimento do Estado de Minas Gerais**. Rio de Janeiro: Vale do Rio Doce S.A., [2021]. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/pt/aboutvale/news/paginas/acordo-sela-compromisso-da-vale-com-reparacao-integral-de-brumadinho-e-apoio-ao-desenvolvimento-do-estado-de-minas-gerais.aspx> Acesso em: 02 abr. 2021.

2.3 ESPAÇO PRIVADO – TERCEIRO SETOR – ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

Após profundo estudo teórico MONTAÑO concluiu que a origem da expressão *terceiro setor* é tão incerta quanto a definição conceitual trivialmente atribuída e a sua peculiar composição⁷⁴. De fato, “a importação do termo terceiro setor ao campo de estudos da Ciência do Direito não poderia deixar de ser problemática”⁷⁵, mormente, porque a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma dicotomia bem clara a respeito da composição do *espaço público* e do *espaço privado*⁷⁶.

2.3.1 ORIGEM DO TERCEIRO SETOR

A conjugação dos signos linguísticos — *terceiro setor* — foi veiculada pelo sociólogo AMITAI ETZIONI em 1973⁷⁷, para designar um setor paralelo ao padrão usual — Estado x *mercado* —, que no período pós-industrial não correspondia nem à lógica pública burocrática e nem, tampouco, à racionalidade do *capitalismo* privado — concorrência e ampliação constante de resultado financeiro positivo —, representava uma “‘terceira via’ possível no atendimento ao interesse público”⁷⁸, ligada diretamente aos valores da sociedade civil⁷⁹. Os defensores desse formato de atuação privada, sem finalidade lucrativa, subvencionada pelo erário, acreditavam que o *terceiro setor* alcançaria áreas em que há evidente *interesse público* envolvido (saúde,

⁷⁴ MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: uma crítica ao padrão emergente de intervenção social**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 51-59.

⁷⁵ GALIL, João Victor Tavares. **Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor**. Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2020, p. 25.

⁷⁶ A imposição de uma divisão pelo constituinte não significa que haja obstáculo para a exploração de *atividade econômica* sem finalidade lucrativa pelo *espaço privado*, mesmo porque o Código Civil brasileiro admite dois formatos específicos para que a pessoa jurídica de Direito privado explore *atividade econômica* sem caráter lucrativo — associação (artigo 53 e seguintes do Código Civil) e fundação (artigo 62 e seguintes do Código Civil). A questão aqui é que o título *terceiro setor* em momento algum foi citado pelo constituinte e, nem tampouco, após as reformas constitucionais.

⁷⁷ Cf. CORRY, Olaf. **Defining and theorizing the third sector**. In: TAYLOR, Rupert (edit.) *Third sector research*. New York: Springer, 2010, p. 13.

⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 299.

⁷⁹ Conquanto seja corrente a identificação do conceito de *sociedade civil* formulado por GRAMSCI e o *terceiro setor* é importante ressaltar que a emancipação ou a atribuição do qualificativo *civil* à sociedade se deu muito antes, no auge do contratualismo quando a burguesia passou a ser reconhecida como classe (Cf. POGGI, A **evolução do estado moderno: uma introdução sociológica**, op. cit., p. 87-95). A produção gramsciana surge no século XX, em paralelo à teoria política — com enfoque econômico e social — de Karl Marx, e não se relaciona diretamente com a ideia de parcerias com o Estado, ínsita ao *terceiro setor*. A teoria de GRAMSCI defende que o Estado “não é um fim em si mesmo, mas um aparelho, um instrumento; não é uma entidade superposta à sociedade subjacente, mas é condicionada por essa e, portanto, subordinado; não é uma instituição permanente, mas transitória, destinada a desaparecer com a transformação da sociedade que lhe é subjacente” (Cf. BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1994, p. 23).

educação, assistência social, entre outras), mas que por questões políticas e jurídicas não são atendidas diretamente pelo Estado ou, até são, mas não correspondem à demanda de utentes necessária, nem mesmo se mostram lucrativas a ponto de serem exploradas por *agentes econômicos privados*. Por isso, no plano teórico, as parcerias com o *terceiro setor* seriam capazes de concretizar o modelo de flexibilidade e eficiência do *mercado* e, na mesma medida, promover o *interesse público* melhor do que o próprio Estado. Há sérias divergências doutrinárias a respeito dessa constatação⁸⁰, MONTAÑO acredita existir aí um conto dogmático, que deposita sobre o *terceiro setor* a esperança de ser a salvação de uma pátria socialmente desigual:

Com tais pressupostos, o debate sobre o “terceiro setor” desenvolve certas manifestações que se põem como promessas de uma vida melhor. Estas soam, aos ouvidos dos autores, defensores e alguns membros do “terceiro setor”, como um *canto da sereia*... que nos seduz e nos chama irreflexivamente para as obscuras profundezas do mar.⁸¹

Em certa medida, o *associativismo voluntário* da sociedade civil, alicerce do *terceiro setor*, se relaciona com um fenômeno jurídico-social prévio, o *cooperativismo*⁸². Isso porque a base de ambos se reporta ao *espírito solidarista*⁸³. As *sociedades cooperativas* surgiram como fato social no século XVIII, em decorrência dos movimentos reivindicatórios de melhoria das condições degradantes dos trabalhadores nas organizações fabris de produção⁸⁴. A pioneira união de um pequeno grupo de operários no bairro de *Rochdale*, em Manchester na Inglaterra,

⁸⁰ Algumas vozes brasileiras contrárias à vanglorização da sociedade civil e à marginalização do Estado foram elencadas por VIOLIN (Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 141-156).

⁸¹ MONTAÑO, **Terceiro setor e questão social**, op. cit., p. 152.

⁸² Inclusive os temas foram tratados de modo paralelo pelo constituinte. O direito fundamental à liberdade de criação de associação e de *cooperativa* restou positivado no mesmo dispositivo da Constituição (XVIII artigo 5º). No título dedicado à ordem econômica, há previsão de apoio e estímulo por parte do legislador ordinário tanto à *cooperativa* quanto à outras formas de associativismo (§ 2º, artigo 174). Porém, vale destacar que a legislação ordinária que disciplinou a política nacional do cooperativismo no Brasil é anterior à promulgação da Constituição de 1988 (Lei federal n. 5.764, publicada em 1971).

⁸³ “Pero los cooperativistas convencidos son mentalmente muy resistentes, ante su seguridad de que los valores del cooperativismo son una gran esperanza contra las exclusiones económicas, a más de la utilidad de sus principios en la mejora de la cultura social, superando con la solidaridad y la participación los generalmente incardinados en nuestras sociedades, la codicia y el individualismo.” AURRECOA-GARTEIZ, D. Javier Divar. *Las cooperativas: una alternativa económica*. In: SOLER, Enrique Gadea; et. al. (coords.). **Las cooperativas como alternativa económica: una visión de México y España**. Madrid: Dykinson, S.L., 2014, p. 13.

⁸⁴ Muito embora há quem afirme existir um momento *pré-cooperativista* ligado à filosofia social de Platão, que fomentou a teoria do pacto social. Isso teria impulsionado a criação de *sociedades cooperativas*, inicialmente vinculadas aos dogmas da Igreja Católica e, posterior, como movimento social para a melhoria das condições de trabalho no século XVIII. (Cf. Idem, p. 14-15).

deu origem a esse tipo de organização econômica *sui generis*⁸⁵ constituída “sob a égide de princípios democráticos e pluralistas não sendo impulsionadas pela lógica do lucro, mas sim, pela procura do benefício direto dos próprios cooperados”⁸⁶.

No campo econômico, o *cooperativismo* representa um modelo de *economia solidária*⁸⁷, vertente alternativa ao sistema *capitalista* que busca reverter o viés competitivo em cooperativo — não visa substituí-lo, mas complementá-lo⁸⁸ —, encarando o modelo de trocas do *mercado* sem permitir a internalização de vantagens isoladas, distribuindo-as de uma forma mais democrática⁸⁹. SINGER assegura que “a chave dessa proposta é a associação entre iguais em vez de contrato entre desiguais”⁹⁰. Na *sociedade cooperativa* as pessoas físicas se obrigam reciprocamente a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma *atividade econômica*, de proveito comum, sem objetivo de lucro⁹¹. Esse formato de *economia solidária* é orientado por alguns princípios — *livre adesão; administração democrática; autonomia e independência; educação e formação dos membros; intercooperação; ausência de finalidade lucrativa*⁹² —, os quais direcionam a sua existência e atuação.⁹³

⁸⁵ Com importância socioeconômica formalmente reconhecida pela Resolução n. 47/90, aprovada pela Assembleia Geral da ONU – Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/168/82/IMG/N9316882.pdf?OpenElement> Acesso em: 11 ago. 2021.

⁸⁶ CURI, Fábio Martins Bonilha. Uma possibilidade de desenvolvimento da democracia no âmbito econômico. In: KRUEGER, Guilherme (coord.). **Cooperativas na ordem econômica constitucional: teoria e direito**. t. 1. Belo Horizontes: Fórum, 2011, p. 103.

⁸⁷ O primeiro modelo formal de *economia solidária* foi proposto por Robert Owen no plano econômico apresentando em 1817 ao governo britânico para reconstruir a economia inglesa em depressão no pós-guerra revolucionária, a partir da criação de *cooperativas* como um formato possível para a retomada do consumo e da produção. Embora o plano de Owen não tenha sido implementado pelo governo à época, a sua teoria é considerada a precursora da *economia solidária*. Cf. SINGER, Paul. 1. ed. 6. reimp. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 24-27.

⁸⁸ “Este tipo de diferença entre a firma capitalista e a firma autogerida abrange todos os aspectos da firma empresarial: na autogestão, o esforço produtivo dos trabalhadores é maior e mais espontâneo; a vigilância sobre os trabalhadores, em vez de exercida por um poder externo, é feita por dentro da coletividade obreira, o que diminui seu custo e altera sobremaneira seus efeitos; constata-se redução do desperdício, aumento na qualidade da produção etc...Tudo isso torna possível transformar uma empresa capitalista semi-quebrada numa cooperativa bem-sucedida.” SINGER, Paul. Prefácio. In: CONZÁLEZ, Paul (org.). **Empresa social administração autogestionária e Globalização: uma possibilidade de trabalho permanente**. São Paulo: ANTEAG, 1998, p. XXXII.

⁸⁹ “Contra a idéia de que a economia é uma esfera independente da vida social, cujo funcionamento requer o sacrifício de bens e valores não econômicos — sociais (v.g., igualdade), políticos (v.g., participação democrática), culturais (v.g., diversidade étnica), naturais (v.g., meio ambiente).” SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, César. Introdução: para ampliar o cânone da produção. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 46.

⁹⁰ SINGER, **Introdução à economia solidária**, op. cit., p. 09.

⁹¹ Assim dispõe o artigo 3º, da Lei federal n. 5.764/71, que estabelece o regime jurídico das sociedades *cooperativas* no Brasil e, portanto, afasta às regras gerais prescritas no Código Civil (parágrafo único art. 983).

⁹² Cf. CURI, **Uma possibilidade de desenvolvimento da democracia no âmbito econômico**, op. cit., p. 104.

⁹³ A *sociedades cooperativas* não são constituídas sob um dos formatos jurídicos que admitem à ausência de finalidade lucrativa — associação ou fundação (artigos 53 e 62 do Código Civil) —, por decisão legislativa optou-

Diferente do claro desenvolvimento da *economia solidária* ao longo do tempo, o *terceiro setor*, desde o seu nascedouro, é tema de inúmeras incertezas. Nos Estados Unidos da América, território apontado como o berço histórico do *terceiro setor*⁹⁴, a expansão do apoio governamental às entidades privadas sem finalidade lucrativa — *non-state* e *not-for-profit* — se intensificou na década de 60 do século passado, e se consolidou efetivamente no final da década seguinte (1970)⁹⁵, superando as doações privadas num país de forte costume filantrópico⁹⁶.

Há autores que certificam o esquecimento do *terceiro setor* por um curto período na América do Norte⁹⁷, ressurgindo fortificado na Europa no final da década de 90⁹⁸. Na União

se por atribuir a elas *forma e natureza jurídica própria*, restando constituídas como *sociedade de pessoas de natureza civil* (art. 4º da Lei federal n. 5.764/71 e parágrafo único do artigo 983 do Código Civil). Em razão dessa singularidade são tratadas pelos órgãos oficiais de maneira apartada ao grupo das *organizações da sociedade civil* e em paralelo às sociedades empresárias (*agentes econômicos – mercado*), tal como faz a CONCLA – Comissão Nacional de Classificação do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística desde o ano de 1995 (Cf. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tabela de natureza jurídica 1995**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [1995]. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/estrutura/natjur-estrutura/natureza-juridica-1995> Acesso em: 02 abr. 2021). A inserção do *cooperativismo* no setor social do *mercado concorrencial* se justificaria no fato de as *sociedades cooperativas* desenvolverem *atividade econômica* de modo distinto das organizações do *terceiro setor*, que apesar da ênfase solidária, seriam mais próximas das *sociedades de capital* exercendo um modelo de produção *capitalista* mais justo e igualitário (cf. JARILLO, María José Morillas; REY, Manuel Ignacio Feliú. **Curso de cooperativas**. 3 ed. t. 1. Madrid: Tecnos, 2018, p. 27). Porém é importante citar que há na doutrina vozes que incluem as *sociedades cooperativas* dentro do contexto do *terceiro setor* (por todos vide DI PRIETO, **Direito administrativo**, op. cit., p. 550-555).

⁹⁴ “O terceiro setor americano é, portanto, segundo a visão de vários analistas, um parâmetro mundial de comparação.” COELHO, **Terceiro setor**, op. cit., p. 21.

⁹⁵ “A partir da 1970, com o fim da guerra do Vietnã, o abandono do padrão ouro para o dólar norte-americano e a crise do petróleo de 1972, o papel do Estado na economia se intensificou ainda mais, focando agora sua atuação especificamente em indicadores de qualidade de vida e na otimização dos direitos sociais (como saúde, moradia, nutrição, educação, nível de analfabetismo, mortalidade infantil, etc.).” CUNHA, **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia**, op. cit., p. 18.

⁹⁶ “So powerful has this mythology been, in fact, that it served to obscure for most Americans the fact that the most dramatic period of US nonprofit growth was actually the one ushered in by the Great Society era of the 1960s, and that the principal engine of this growth was not private giving but the expansion of government support.” SALAMON, Lester M. The case of America. In: ANHEIER, Helmut K.; KENDALL, Jeremy. **Third sector policy at the crossroads: an international nonprofit analysis**. New York: Routledge, 2001, p. 19.

⁹⁷ É importante ressaltar que o regime jurídico a que se submetem os *serviços essenciais* norte-americanos — *essential facility doctrine*⁹⁷ — é completamente diferente da visão doutrinária de *serviços públicos* que se estabeleceu no Brasil, por influência da tradição francesa — “[d]ecir que un servicio deviene o llegará a ser un servicio público, es decir que este servicio será organizado por los gobernantes, que funcionará bajo su intervención y que deberán asegurar su funcionamiento sin interrupción.” (DUGUIT, **Las transformaciones del derecho público**, op. cit., p. 30). Nos Estados Unidos da América, os serviços públicos sociais são concretizados por *agentes econômicos privados*, fora da estrutura estatal e essa característica é relevante para compreensão do investimento governamental sobre o *terceiro setor*. Para um estudo completo da construção jurisprudencial e evolução do entendimento da Suprema Corte norte-americana sobre a doutrina da *essential facility* conferir NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência** (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006, p. 78-111.

⁹⁸ “The European Union’s enthusiasm for the third sector took off with the 1989 Delors Commission which established the Social Economy Unit, followed by the 2001 White Paper on European Governance, where civil society was identified as the key mechanism for bringing together the EU and its citizens. But particular national

Europeia, alguns eventos pontuais, mais especificamente a partir do *Comité Delors* (1988-1989)⁹⁹, identificaram a sociedade civil como um mecanismo-chave para o desenvolvimento social dos Estados-membros¹⁰⁰, o que estimulou o crescimento do *terceiro setor* no velho mundo e autorizou a sua permanência como uma força social de utilidade pública financiada pela máquina estatal.

No Brasil, por sua vez, o *terceiro setor* ganhou relevo com a edição do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado no ano de 1995¹⁰¹, muito embora já existisse um universo associativo e fundacional que cumpria um papel muito semelhante, vocacionado para a defesa e a promoção de direitos humanos, e legitimado por parcerias celebradas com o Estado. Algumas entidades de natureza laica demonstram isso, como a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo fundada em 1562, na ainda Vila de São Paulo, para promoção de ações sociais voluntárias¹⁰², cuja utilidade pública foi declarada pelo Decreto Presidencial n. 43.036, de 15 de janeiro de 1958, e outras, a maioria delas ligadas aos dogmas teológicos de

instances have been shoe-horned into a one-size model for the purpose of policy and endorsement. Thus, even within the EU, various terminologies proliferate." ALEXANDER, Catherine. The third sector. In: HART, Keith; LAVILLE, Jean-Louis; CATTANI, Antonio David (eds.). **The human economy: a citizen's guide**. Cambridge: Polity Press, 2010, p. 05.

⁹⁹ O comitê para Estudos de União Econômica e Monetária, criado para cumprir mandato certo (1988-1989), foi presidido por Jacques Delors — por isso mundialmente conhecido como *Comité Delors* —, e constituído pelos presidentes dos bancos centrais dos Estados-membros da União Europeia. Como resultado dos trabalhos realizados, foram publicados alguns documentos com metas para o processo de unificação monetária e econômica, que podem ser consultados na íntegra no sítio eletrônico do Banco Central Europeu. Para maiores informações: BANCO CENTRAL EUROPEU. **Comité Delors (1988 — 1989)**. Frankfurt: BCE [2021]. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/ecb/access_to_documents/archives/delors/html/index.pt.html Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁰⁰ "The history of the third sector may be considered in two parts: the emergence of the term; and the development of activities and organizations that came to be subsumed under it." ALEXANDER, **The third sector**, op. cit., p. 04.

¹⁰¹ A usual correlação promovida pelos autores entre o *terceiro setor* e a reforma do aparelho do Estado brasileiro da década de 90 do século passado se justifica nas razões de ordem política, econômica e administrativa que motivaram esse movimento de transformação, as quais estimularam o *protagonismo da sociedade civil*, em razão da *diminuição do Estado* e, conseqüentemente, do seu *poder interventivo*, basicamente na mesma direção das linhas doutrinárias que conferem supedâneo à *terceira via*. Os quatro grandes motes da afamada reforma foram: i) *delimitar o Estado brasileiro* — reconhecendo que o "[...] espaço público é mais amplo do que o estatal, já que pode ser estatal ou não-estatal."; ii) *redefinir o papel regulador do Estado* — "À medida que em que a sociedade se torna mais complexa e o Estado maior, mais extensa também tenderá a ser a sua regulamentação"; iii) *recuperar a governança* (reforma administrativa) — "No século dezenove, quando a administração pública burocrática substituiu a patrimonialista, isto representou um grande avanço no cerceamento da corrupção e do nepotismo. No século vinte, quando o Estado cresceu e assumiu novos papéis, ficou patente a ineficiência inerente a esse tipo de administração."; iv) o *aumento da governabilidade* (reforma política) — "o problema da governabilidade, porém, o mais grave — senão falta — para os governos é perder o apoio da sociedade civil, visto que, em termos práticos, a governabilidade se confunde com a 'legitimidade' do governo, ou seja, como o apoio de que dispõe na sociedade civil" (Cf. BRESSER PEREIRA, **a reforma do Estado dos anos 90**, op. cit., p. 26-32-41-46).

¹⁰² IRMANDADE DA SANTA CASA DE MISERICÓRDIA DE SÃO PAULO. **Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo: excelência na assistência, ensino e pesquisa**. São Paulo: Irmandade da Santa Casa de Misericórdia [2018]. Disponível em: <https://www.santacasasp.org.br/portal/site/quemsomos/historico> Acesso em: 06 abr. 2021.

caridade da Igreja Católica, a exemplo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, criada em 1946 por uma fundação privada, sem finalidade lucrativa — vinculada à Mitra Arquidiocesana da cidade de São Paulo¹⁰³ —, também qualificada como entidade de utilidade pública pelo Decreto Estadual n. 36.360, de 08 de março de 1960¹⁰⁴. Existem evidências documentais de que a Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo seja subvencionada pelo que hoje denominamos de Governo do Estado de São Paulo, desde 1852¹⁰⁵. A Lei federal n. 4.320, que estabelece as normas gerais de Direito Financeiro a todos os entes federados, descreve expressamente desde 1964, ano de sua publicação, duas espécies de despesas públicas para pessoas jurídicas de Direito privado, sem finalidade lucrativa: i) as *subvenções sociais*: classificadas como *transferências correntes* no inciso I, § 3º, artigo 12¹⁰⁶; ii) os *auxílios*: classificados como *transferências de capital* no § 6º, artigo 12¹⁰⁷. Essa pequena demonstração fática e normativa válida à existência remota de organizações privadas de caráter assistencial e social, com as quais o Estado brasileiro sempre se relacionou, seja para fins de qualificação jurídica ou para a formalização do fomento.

A existência do *terceiro setor* há muito desperta certa rivalidade doutrinária, especialmente no Brasil¹⁰⁸. No campo teórico, diversas teses jurídicas foram desenhadas para fixar qual seria a melhor forma do Estado garantir o bem-estar e a boa qualidade de vida para

¹⁰³ PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO. **História da PUC-SP**. São Paulo: PUC-SP [2021]. Disponível em: <https://www.pucsp.br/universidade/historia> Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁰⁴ A relação jurídica privilegiada travada entre o Estado e as organizações privadas, sem finalidade lucrativa e reconhecidas como de utilidade pública, pode resultar em diversos tipos de subsídios estatal, a saber: subvenções sociais, auxílios, contribuições, repasse via convênio ou termo de parceria, imunidade e isenção tributária, incentivos fiscais etc. Cf. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 41-48.

¹⁰⁵ Cf. SILVA, Márcia Regina Barros da. História da assistência hospitalar em São Paulo: a subvenção do Estado às misericórdias paulistas. **História, ciência, saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 26, jan. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702019000900079&tlng=pt Acesso em: 06 abr. 2021.

¹⁰⁶ “Classificam-se como *transferências correntes* as dotações para despesas às quais não correspondem a contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manutenção de outras entidades de direito público ou privado (art. 12, § 2º), nelas se incluindo as subvenções sociais e econômicas [...]” TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 194.

¹⁰⁷ “São transferências de capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devem realizar, independente de contraprestação direta ou indireta em bens e serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições [...]” Idem, p. 195.

¹⁰⁸ No Brasil BANDEIRA DE MELLO dedicou um apêndice especial na sua famosa obra (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 1126-1140) para criticar severamente o movimento político-econômico da *globalização neoliberalizante*, que propugnou pelo Estado mínimo aos moldes do já em desuso *liberalismo*. Seguindo o mesmo fluxo crítico, MARTINS também se valeu de um capítulo inteiro na sua obra sobre **Regulação administrativa à luz da constituição federal** para elencar os pontos negativos e o descabimento da importação da teoria *neoliberal* para o Brasil (Op. cit., p. 137-191), mormente, pela sua contrariedade com as normas constitucionais.

os seus cidadãos, com mais igualdade, preservando também a liberdade, ou seja, buscaram planejar, em tese, qual seria a fórmula ideal para equalizar a relação entre a *justiça social* e a *livre iniciativa*. Entre as mais diversas linhas dogmáticas — do *liberalismo* conservador, passando pelo *neoliberalismo* até chegar nas *críticas da sociedade do trabalho* — há um ponto de congruência, os autores “propõem-se a retirar, o máximo possível, o Estado da jogada, para deixar que o jogo social, político e econômico aberto aos atores sociais, com a menor interferência estatal”¹⁰⁹. Dessa premissa, a de diminuir a intervenção do Estado a qualquer custo, decorre a ascensão do *associativismo voluntário* na *sociedade civil*, que passa a ser força social atuante e, assim, incompatível com restrições estatais à liberdade. Portanto, a solução mágica seria transferir à *sociedade civil* a responsabilidade de empregar o necessário esforço material para alcançar o *interesse público* e, em contrapartida, caberia ao Estado atuar de acordo com o princípio da subsidiariedade¹¹⁰.

No entanto, a despontada do *terceiro setor* no Brasil não materializou a eficiência social esperada pela reforma gerencial, muito embora reconhecemos que diversas *organizações da sociedade civil* tenham realizado — e ainda realizam —, voluntariamente ou mediante parceria formal, um trabalho exemplar que completou — e complementam — validamente as políticas públicas implementadas e fazem jus a toda forma de auxílio estatal admitida pelo Direito, como é o caso do Instituto UNO e da associação Vaga Lume¹¹¹, que promovem iniciativas privadas direcionadas para a educação de crianças e adolescentes.

Ao lado da quebra de expectativa, há também o sentimento nacional corruptivo estimulado pela instalação de uma CPI - Comissão Parlamentar de Inquérito no âmbito do Senado federal, para apurar denúncias sobre atuação irregular de certas organizações

¹⁰⁹ MONTAÑO, *Terceiro setor e questão social*, op. cit., p. 62.

¹¹⁰ Conforme afirmamos em passagem anterior, enquanto vigente o texto constitucional de 1988 acreditamos não ser possível defender a aplicação do *princípio da subsidiariedade* aos serviços públicos (conforme sustenta TORRES, *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, op. cit., p. 173), mormente porque ainda se encontram vigentes os dispositivos que imputam o dever ao Estado de prestar diretamente — ou mediante delegação — as atividades materiais descritas nos artigos X, XI, XII e XXIII do artigo 21; artigo 23; §§ 1º e 2º do artigo 25; V do artigo 30; artigo 175. De tal sorte, até que o texto constitucional não seja modificado, só será possível admitir, com fundamento no plano jurídico-positivo, a atuação estatal *subsidiária* no campo da regulação (artigos 173 e 174). MARTINS defende ser tal matéria não afeta ao poder reformador, pois “sempre que a reforma tiver o desiderato de alterar substancialmente a normatividade original — ela contraria a razão de ser do instituto e, pois, é inconstitucional” (*Regulação administrativa à luz da constituição federal*, op. cit., p. 76).

¹¹¹ Para mais informações sobre o trabalho desenvolvido pelas organizações citadas acessar os respectivos sítios eletrônicos: <https://www.institutouno.org.br> e <https://vagalume.org.br>.

componentes do *terceiro setor*¹¹² e pelas ações especiais deflagradas pela Polícia federal brasileira, as quais contaram com ampla visibilidade pública — *operação gol de mão*¹¹³; a *operação esopo*¹¹⁴; a *operação remenda*¹¹⁵; *operação pegadores*¹¹⁶; *operação contágio*¹¹⁷. Contudo, a percepção de uma parcela da população brasileira não pode afetar o senso crítico do intérprete a ponto de retirar o merecido crédito das *organizações da sociedade civil* compromissadas com o espírito solidarista, mesmo porque prejuízos fortuitos, envolvendo à malversação de patrimônio público ou privado, serão devidamente apurados e sancionados nas esferas civil, administrativa, penal e autônomas¹¹⁸.

2.3.2 CONCEITO DE TERCEIRO SETOR

Nesse momento, vale uma ressalva sobre uma *debilidade conceitual*¹¹⁹. Considerando

¹¹² O relatório final encontra-se disponível na íntegra no sítio eletrônico da respectiva cada legislativa. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=56352&mime=application/pdf> Acesso em: 10 ago. 2021.

¹¹³ Operação deflagrada em 2012 pela Polícia Federal brasileira para investigar os indícios de malversação de verbas públicas federais pela OSCIP PRA FRENTE BRASIL. Informações disponíveis em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2012/dezembro/operacao-gol-de-mao-combate-desvio-de-recursos-publicos-em-municipio-de-sp> Acesso em: 10 ago. 2021.

¹¹⁴ Operação deflagrada em 2013 pela Polícia Federal brasileira para investigar fraudes em procedimentos licitatórios em mais de dez Estados e no Distrito Federal envolvendo a OSCIP IMDC – Instituto Mundial de Desenvolvimento e Cidadania. Informações disponíveis em: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2013/09/operacao-esopo-desarticulo-organizacao-criminosa-em-10-estados-e-no-df> Acesso em: 10 ago. 2021.

¹¹⁵ Operação deflagrada em 2016 pela Polícia Federal brasileira para investigar os indícios da prática de atos ilícitos tipificados como formação de quadrilha, peculato e lavagem de dinheiro pelo IBDI – Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Institucional. Informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/pe/sala-de-imprensa/noticias-pe/mpf-denuncia-ex-deputado-federal-e-outros-dez-envolvidos-em-fraudes-com-recursos-do-ministerio-do-turismo> Acesso em: 10 ago. 2021).

¹¹⁶ Operação deflagrada em 2017 pela Polícia Federal brasileira para investigar o esquema fraudulento articulado por OSs e OSCIPs, responsáveis pela gestão de unidades de saúde no Estado do Maranhão, que desviava recursos públicos do Fundo Nacional da Saúde. Informações disponíveis em: <http://www.mpf.mp.br/pe/sala-de-imprensa/noticias-pe/mpf-denuncia-ex-deputado-federal-e-outros-dez-envolvidos-em-fraudes-com-recursos-do-ministerio-do-turismo> Acesso em: 10 ago. 2021).

¹¹⁷ Operação deflagrada em 2021 pela Polícia Federal brasileira para investigar supostas fraudes na prestação de serviços públicos de saúde em combate à pandemia do COVID-19 pela OS AMG – Associação Metropolitana de Gestão (cf. informações disponíveis em: <https://www.gov.br/pf/pt-br/assuntos/noticias/2021/04/policia-federal-deflagra-a-operacao-contagio-contra-desvio-de-recursos-publicos-destinados-ao-tratamento-de-covid-19-em-municipios-de-sao-paulo> Acesso em: 10 ago. 2021).

¹¹⁸ Ao se reportar ao sistema sancionatório OLIVEIRA assevera que a classificação tripartida de responsabilidade dos agentes públicos — administrativa, civil e penal —, consagrada antigamente, não mais se coaduna com o tratamento constitucional do tema, cumprindo ao cientista do Direito considerar outras esferas autônomas de responsabilidade que prescrevem um regime jurídico próprio (*“configuração do ilícito, delimitação das consequências jurídicas, bens jurídicos protegidos e processo estatal impositivo”*), como é o caso do sistema de responsabilidade por ilícito eleitoral (art. 14 e inciso I do art. 22 da Constituição); por irregularidade de contas (inciso VIII do art. 71 da Constituição); por ato de improbidade administrativa (§ 4º do art. 37 da Constituição). De tal sorte, cumpriria ao intérprete considerar além das três esferas tradicionais outras autônomas (José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, op. 73-90).

¹¹⁹ MONTAÑO, *Terceiro setor e questão social*, op. cit., p. 54.

que a Constituição assegurou o exercício de *atividade econômica* prioritariamente aos *agentes privados* (IV do artigo 1º; *caput* e IV do artigo 170), resguardando ao Estado uma *atuação econômica subsidiária* ou *direta*, observado um dos requisitos constitucionais (artigo 173), a elaboração de uma escala didática, com maior rigor metodológico, entre o *mercado*, o Estado e as *entidades da sociedade civil*, deveria contemplar como *primeiro setor* a *sociedade civil*, pois “historicamente, é a sociedade que produz suas instituições, o Estado, o mercado, etc., há clara primazia história da sociedade civil sobre as demais esferas; o ‘terceiro setor’ seria na verdade o ‘primeiro’”¹²⁰. Ademais, na área da *geografia econômica* é comum o uso do signo *terciário* para designar um dos setores da economia *capitalista* que corresponde ao *setor de serviços* — universalidade de atividades complementares aos setores *primário* (extração e produção de matéria-prima) e *secundário* (indústria)¹²¹. Contudo, não se pode asseverar com convicção que o objeto social das organizações privadas, sem caráter lucrativo, que integram *terceiro setor*, seja exclusivamente serviços, ainda que não haja vedação normativa que as impeça de explorar¹²². Na verdade, esse é mais um argumento contra a falta de harmonia conceitual, pois o *terceiro setor* não representa um conjunto inclusivo somente das atividades do *setor terciário*, nem tampouco corresponde, numa escala político-social, ao terceiro conjunto paralelo ao Estado e o *mercado*, a sociedade civil é a base de tudo, é ela quem confere legitimidade à associação que *produz um corpo moral e coletivo*¹²³.

É imprescindível que o conceito jurídico, não positivado pelo constituinte ou pelo legislador¹²⁴, seja atribuído com certo grau de funcionalidade, pois sem préstimo para identificar a realidade que ele busca traduzir o conceito torna-se vazio, inútil. A falta de

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Para um entendimento contemporâneo do setor terciário conferir LIMA, Luiz Cruz; ROCHA, Adriana Marques. Reflexões sobre o terciário. *GeoTextos UFBA*, Salvador, n. 2., v. 5., p. 85-105, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/geotextos/article/viewFile/3788/2765> Acesso em: 02 jul. 2021.

¹²² A prestação de *serviços públicos* pela *organização da sociedade civil* só seria admitida pela Constituição na modalidade indireta, mediante regular outorga – sob o regime de concessão ou permissão (artigo 175) —, pelo ente federado que os titularizar. A lei federal que disciplinou o regime de concessão e permissão (n. 8.987/95) não exige finalidade lucrativa da pessoa jurídica, mas tão-somente que se comprove capacidade para o desempenho do objeto com a assunção de eventuais riscos no procedimento licitatório. Na prática esse tipo de atuação não corresponde exatamente ao modelo de filantropia desenvolvido pelas *organizações da sociedade civil*, mas também não se pode afirmar que há obstáculo normativo para eventual transferência da execução de serviços públicos ao *terceiro setor*.

¹²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015, p. 21.

¹²⁴ "Em suma: cada conceito é um conjunto. O critério de inclusão ou exclusão de alguma realidade para formar o conjunto (o conceito) muitas vezes é, de antemão, construído pelo direito positivo, ao passo que, outras vezes, não há esta prévia aglutinação de componentes. Quando é outorgado pelo próprio direito positivo o estudioso já encontra *pronta*, organizada previamente, uma relação de situações que o direito unificou ao eleger, por antecipação, os fatores que ditam a intrusão de tais ou quais realidades jurídicas, de tais ou quais 'fatos', dentro do conjunto." BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 385.

serventia acaba por obscurecer também o tratamento dado pelo Direito ao conjunto de realidades inseridas, pois “por detrás do interesse formal na arrumação dos conceitos está a prestabilidade científica”¹²⁵. Segundo GORDILLO, a definição de conceitos é tarefa puramente subjetiva, sobre a qual a conveniência determina quais as importantes semelhanças e diferenças que serão consideradas para a inclusão de um signo linguístico em uma ou outra classe específica¹²⁶. A partir do reconhecimento orientado pelas preferências pessoais, o intérprete agrupará ao conceito os caracteres fáticos para que seja possível identificar o respectivo tratamento jurídico. Em se tratando de trabalho personalíssimo é complicado — mas não impossível, pois a correção reportar-se-á sempre à Constituição brasileira — estabelecer um critério com aptidão suficiente para concluir sobre a adequação ou o equívoco da classificação do intérprete¹²⁷, o agrupamento de fatos sobre o mesmo signo deve ser ao menos funcional, ou seja, suficiente para evidenciar qual a forma de acolhimento pelo ordenamento jurídico. Daí a famosa lição de CARRIÓ:

Las clasificaciones no son ni verdaderas ni falsas, son serviciales o inútiles; sus ventajas o desventajas están supeditadas al interés que guía a quien las formula, y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una manera más fácilmente comprensible o más rica en consecuencias prácticas deseables.¹²⁸

Então, desprezando à *debilidade* do conceito tradicional, qual é a verdadeira funcionalidade da classificação *terceiro setor*? O que se pretende com ele identificar? MONTAÑO ao ignorar a ideologia por trás do conceito — *de setorização não-estatal* — credita aos signos a seguinte mensagem: “a sociedade civil está desenvolvendo atividades antes atribuídas ao Estado”¹²⁹. Todavia, é importante registrar que ainda prevalece no Brasil um

¹²⁵ ANDRADE, José Carlos Viera de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 285.

¹²⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1, p. I-21.

¹²⁷ "Aliás, a regra se estende à doutrina brasileira: o fato de um doutrinador utilizar a palavra com certo significado não vinculada os demais doutrinadores. A vinculação entre o signo e o significado é *arbitrária* — trata-se do princípio linguístico da arbitrariedade dos signos. O que preside essa vinculação não uma relação essencial, mas a *tradição*: a palavra é vinculada a um significado porque é *usada*, e o uso consagrou-se. "MARTINS, **Ato administrativo**, op. cit., p. 407.

¹²⁸ CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed., aum. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 99.

¹²⁹ MONTAÑO, **Terceiro setor e questão social**, op. cit., p. 183.

sentido conotativo residual¹³⁰ influenciado pela divisão *público x privado*¹³¹ e por um *escalonamento social invertido*¹³², reproduzindo a doutrina o conceito de *terceiro setor* como a “esfera de atuação pública, não-estatal, formada a partir de iniciativas privadas voluntárias, sem fins lucrativos, no sentido do bem comum”¹³³.

Pois bem, a *terceira via* na escala social equivaleria ao desenvolvimento de *ações materiais com função social e valores de solidariedade* (autoajuda e ajuda mútua) por *organizações da sociedade civil* sem finalidade lucrativa¹³⁴. As atividades consumadas pelas *organizações da sociedade civil* são funcionalizadas e solidárias por intentarem, essencialmente, alcançar o bem comum em detrimento de interesses exclusivamente *capitalistas* das pessoas físicas que as instituíram. Funcionalizar a atividade social não significa enfraquecer a *autonomia privada* ou retirar o *caráter voluntário*, eles se mantêm preservados. Dentro do território nacional nenhum cidadão pode ser compelido a constituir uma *organização*, a liberdade de associação é assegurada constitucionalmente (XVII, XVIII e XX do artigo 5º). A *autonomia privada*, entendida como a liberdade de regular as atividades sociais — estabelecendo o conteúdo e a disciplina das relações jurídicas, observadas às proibições legais —, por exercício próprio sem interferência estatal, não é anulada pela *função social*, porém, poderá ser ainda mais relativizada quando a *organização* se valer de *fomento estatal econômico* ou até mesmo obtiver recursos financeiros junto ao *mercado* de maneira condicionada. A ênfase solidária amplia o campo de atuação da *organização* que passa a exercer

¹³⁰ “De fato, um conceito dotado de profundidade denotativa perde em conotação e acaba por referir-se a situações conflitantes, o que termina por retirar-lhe a funcionalidade. Essa situação ficou demonstrada justamente pela conclusão do IV Encontro Ibero-Americano do Terceiro Setor, ocorrido em Buenos Aires já no ano de 1998, quando se afirmou ser o terceiro setor composto por organizações privadas, não governamentais, sem fins lucrativos, autogovernadas e de associação voluntária, fato que, por si só, levava a indagações relevantes [...]” GALIL, **Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor**, op. cit., p. 96.

¹³¹ “Parece indiscutível a inaptidão do Direito Administrativo para transformar o particular em colaborador do processo de desenvolvimento.” SALOMÃO FILHO, **Regulação e desenvolvimento**, op. cit., p. 57.

¹³² O conceito de *terceiro setor* introduzido com fulcro na teoria escalonaria clássica é adotado pela maioria esmagadora da doutrina nacional, que se vale da mesma linha defendida por ROCHA em obra dedicada ao tema: “O nome *Terceiro Setor* indica os entes que estão situados entre os setores estatal e empresarial. Os entes que o integram são entes privados, não vinculados à organização centralizada ou descentralizada da Administração Pública, mas que não almejam, entretanto, entre os seus objetivos sociais, o lucro, e que prestam serviços em áreas de relevante interesse social e público” (Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 15). Vale aqui reforçar a crítica de outrora, é um erro metodológico a classificação do Estado como instituição social prévia ou hierarquicamente superior à *sociedade civil*, que lhe forneceu substrato jurídico como uma entidade moral.

¹³³ COSTA, Cláudia Soares; VISCONTI, Gabriel Rangel. **Terceiro setor e desenvolvimento social**. In: Relatório Setorial da Área de Desenvolvimento Social do BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento do Brasil, 2001, n. 03. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf Acesso em: 12 abr. 2021.

¹³⁴ MONTAÑO, **Terceiro setor e questão social**, op. cit., p. 183-184.

a atividade social para atender *interesses públicos*¹³⁵, em combate aos tradicionalmente egoísticos interesses mesquinhos do *mercado*. Último requisito, o da formatação — organização e estruturação — do *terceiro setor*, impende mencionar que no Brasil a regularidade jurídica da *organização da sociedade civil* dependerá do atendimento das normas e dos princípios positivados na Constituição¹³⁶ e na legislação infraconstitucional, restando-lhes o registro do ato constitutivo da pessoa jurídica de Direito privado, sob uma das duas formas que admitem o cunho não lucrativo — associação (artigo 53 e seguintes do Código Civil) e fundação (artigo 62 e seguintes do Código Civil)¹³⁷ — perante o órgão público competente para adquirir existência legal ou personalidade jurídica (artigo 45 do Código Civil)¹³⁸.

¹³⁵ A dicotomia entre *necessidades coletivas* e *fins públicos* apontada por COELHO (*Terceiro setor*, op. cit., p. 59-60), não me parece ser condizente com o tradicional conceito de *interesse público*, como sendo a “dimensão pública dos interesses individuais” (BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 60). Explicamos. Primeiro porque, asseverar de pronto que uma *organização* voltada para a observação de pássaros tropicais possui apenas *fins coletivos privados* é temerária, pois caso se trate de espécime em extinção, a observação deles apresentará nítido caráter de utilidade pública, *interesse público* portanto, já que a Constituição de 1988 estabelece como dever da sociedade e do Estado a *preservação* e a *restauração dos processos ecológicos essenciais*; o *manejo ecológico das espécies e ecossistemas* (II do § 1º do artigo 225); a *proteção da fauna* (VII do § 1º do artigo 225). Segundo porque, antever oposição entre o interesse dos observadores dos pássaros e do interesse do todo é também perigoso, “propiciando a errônea suposição de que se trata de um interesse a se stante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo” (BANDEIRA DE MELLO, idem). Com base nos argumentos articulados, resta claro que não é crível a limitação *a priori* do objeto social do *terceiro setor*, a utilidade pública deverá ser avaliada de modo concreto, quando da qualificação específica da *organização* pelo Estado ou da formalização de eventual parceria. Importa ainda ressaltar que o conceito *neoconstitucional* de *interesse público*, que se espelha nas diversas estruturas normativas que compõem a *ordem objetiva de valores* estabelecida na Constituição, a qual emana efeitos sobre todas as esferas do Direito, pode ser concebido como: “*Interesse público* corresponde à concretização do princípio ou princípios que tem ou têm maior peso no caso concreto” (MARTINS, *Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado*, op. cit., p. 58).

¹³⁶ TEPEDINO ao justificar dogmaticamente a *constitucionalização* do Direito Civil adverte os críticos que se trata “[...] em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se de uma vez por todas, valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais” (Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23).

¹³⁷ “A propósito de associações e fundações, aproveito para fazer notar que não é raro atualmente encontrar algumas de tais entidades exercendo, no todo ou em parte, atividades idênticas às das empresas econômicas. Tais atividades, no entanto, não podem de forma alguma ser classificadas como empresariais, uma vez que associações e fundações são pessoas jurídicas que não têm fim lucrativos.” CRISTIANO, Romano. *Empresa é risco: como interpretar a nova definição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 125.

¹³⁸ A composição do terceiro setor no Brasil é incerta, não há consenso entre os estudiosos a respeito de quais são as pessoas que poderiam ser categorizadas como pertencentes a esse grupo, posto isso, GALIL sabiamente indaga e conclui: “[...] estariam abarcadas apenas as organizações formais, ou também as informais ou individuais? Excluir-se-iam as fundações ligadas a grupos empresariais? E quanto aos sindicatos, movimentos políticos insurgentes, seitas, organizações religiosas? Estariam abarcadas as entidades históricas do Brasil com a Cruz Vermelha e a Santa Casa de Misericórdia? A princípio, como alheios ao mercado e ao Estado, todos esses elementos deveriam estar envolvidos.” (*Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor*, op. cit., p. 96). No entanto, à luz do quadro normativo brasileiro é possível estabelecermos um corte importante sobre a formação geral do *terceiro setor*. Em face dos diplomas legais vigentes é possível: que seja instituída, no âmbito federal, uma Fundação de Apoio (Lei n. 8.958/94); que associações ou fundações privadas, sem finalidade lucrativa, sejam qualificadas como OS — Organização Social (artigo 1º da Lei federal n. 9.637/98) ou OSCIP —

2.3.3 TRATAMENTO NORMATIVO DO TERCEIRO SETOR NO BRASIL

No plano constitucionai, o texto maior promulgado em 1934 inaugurou o tratamento normativo do *terceiro setor* ao prescrever a imunidade tributária — *fomento econômico* — aos “estabelecimentos privados e idôneos de ensino gratuito, primário ou profissional” (artigo 154). Desde então, as Constituições subsequentes, entre as outorgadas a de 1937 e a de 1967 e as promulgadas a de 1946 e a de 1988, não só mantiveram, como também ampliaram ainda mais o rol de privilégios das *organizações da sociedade civil*.

De outra banda, o arcabouço infraconstitucional teve início com a criação da *Caixa de Subvenções* em 1931 (Decreto-Lei n. 20.351)¹³⁹, destinada a “auxiliar estabelecimentos de caridade, de ensino técnico e de serviços de nacionalização do ensino”¹⁴⁰. No ano de 1935, com a edição da Lei n. 91, surgiu a disciplina da “declaração de utilidade pública da sociedade civil, associações e fundações que serviam de maneira desinteressada o povo” (artigo 1º). A concessão de *título* não acarretava “nenhum favor por parte do Estado, salvo a garantia do uso exclusivo de emblemas, flâmulas, bandeiras ou distintivos próprio” (artigo 3º), restando ainda, aos beneficiários, a *prestação de contas anuais dos serviços ofertados à coletividade* ao Ministério de Estado da Justiça e Negócios Interiores, sob pena de *cassação da declaração* (*caput* e parágrafo único do artigo 4º)¹⁴¹. A partir daí, inúmeros diplomas legislativos foram publicados, como: a Lei federal n. 119/1935 — que tratou do “fomento econômico para as instituições de assistência hospitalar (e atividades correlatas), educação e cultura”; a Lei federal n. 1.493/1951 — que tratou da “cooperação financeira da União para as instituições privadas

Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (artigo 1º da Lei federal n. 9.790/99); que sejam formadas parcerias com OSC – Organização da Sociedade Civil (I artigo 2º da Lei federal n. 13.109/14); que sejam criados, por lei, serviços sociais autônomos (artigos 149 e 240 da Constituição). Desta feita, restariam excluídas do rol do *terceiro setor* as pessoas físicas (artigo 1º do Código Civil) e as organizações informais (irregulares por falta de registro ou qualquer outra formalidade legal — artigo 45 do Código Civil).

¹³⁹ "Surgem, assim, as subvenções sociais, cuja fonte de recursos permanece na contribuição de caridade até 1935, quando passam a contar com créditos orçamentários adicionais. Finalmente a partir da Lei 1.493, de 13 de dezembro de 1951, passam a ser previstas no orçamento geral da República." MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil:** do conceito de terceiro setor à lei das OSCIP. p. 12, nota de rodapé 44. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/panorama_historio_legislativo_do_terceiro_setor.pdf Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁴⁰ Na edição do Decreto-Lei n. 20.351/31, o Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil considerou “que, paralelamente aos serviços públicos de assistência, tem o Estado o dever de subvencionar e amparar os estabelecimentos de iniciativa particular com as mesmas finalidades”. Daí porque faz sentido relacionar a criação da *Caixa de Subvenções* ao início da história legislativa do *terceiro setor* no Brasil, mesmo ciente de que alguns atos normativos anteriores admitiam a destinação de verbas específicas para *entidades privadas de cunho benemérito*, como o Decreto Presidencial n. 5.432/28 que instituiu a *contribuição de caridade* sobre o vinho e bebidas alcoólicas fermentadas.

¹⁴¹ A Lei n. 91, de 1935, foi revogada expressamente pelo inciso I, artigo 9º, da Lei n. 13.204, de 2015.

que promovem educação, cultura, defesa da saúde, assistência médico-social e amparo social”; Lei federal n. 3.577/1959 — que estabeleceu a “isenção da contribuição previdenciária para as entidades de fins filantrópicos reconhecidas de utilidade pública”, cujos membros de suas diretoria não percebiam remuneração¹⁴²; Lei federal n. 4.320/1964 — que fixou as *normas gerais de direito financeiro* contemplando a subvenção e o auxílio para as entidades privadas, sem finalidade lucrativa.

Entretanto, foi a publicação da Lei federal n. 9.637 no ano de 1998 (OS – Organizações Sociais), que pontuou o marco legal do *terceiro setor* na vigência da presente ordem constitucional¹⁴³. De lá para cá foram introduzidas no ordenamento mais duas outras leis — Lei federal n. 9.790/1999 (OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público) e Lei federal n. 13.019/2014 (OSC – Organizações da Sociedade Civil). Os três últimos atos normativos traçam, nos dias atuais, o cenário legislativo do *terceiro setor*, posto isso merecem alguns apontamentos¹⁴⁴.

Previamente à análise da ordem infraconstitucional, trataremos de modo breve do regime jurídico dos *serviços sociais autônomos* mencionados na Constituição federal nos artigos 149 e 240. Na concepção da doutrina majoritária os *serviços sociais autônomos* se afiguram como *entes paraestatais*¹⁴⁵ por atuarem ao lado do Estado, ou seja, são pessoas jurídicas de Direito

¹⁴² A Lei n. 3.577, de 1959, foi revogada expressamente pelo Decreto-Lei n. 1.572, de 1977.

¹⁴³ No intervalo entre a publicação da Lei n. 91/35 e a reforma do Estado dos anos 90 — que culminou na publicação da Lei n. 9.637/98 —, foi travado no Brasil intenso debate sobre a real eficácia das *qualificações de utilidade pública* defronte à realidade nacional no século passado. Segundo MODESTO, é possível vislumbrar pontos positivos e negativos sobre a concessão do *título de utilidade pública*, não merecendo apenas deméritos como afirmam alguns autores. Cf. MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 05, mar./abr./mai. 2006, p. 03-05. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=100> Acesso em: 14 abr. 2021.

¹⁴⁴ As Fundações de Apoio, instituídas no âmbito federal e regulamentadas pelas Lei n. 8. 958/94, embora sejam classificadas como *organizações* integrantes do *terceiro setor* não serão objeto de estudo no texto principal, porquanto o tema da dissertação não comporta um aprofundamento tão intenso sobre o *terceiro setor*, exigindo apenas o desenho básico das três figuras mais relevantes (OS; OSCIP; OSC) para que seja possível demonstrar as diferenças com o “setor 2 1/2”, objeto da pesquisa. Todavia, cumpre mencionarmos as críticas tecidas por DI PIETRO sobre essa estranha figura jurídica criada pelo legislador (Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 282-288).

¹⁴⁵ O termo *paraestatal* foi importado da Itália pela legislação brasileira e não possui um conceito unívoco entre os doutrinadores nacionais. Para uns essa classificação englobaria entes da administração indireta como *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, além de pessoas jurídicas de Direito privado como os *serviços sociais autônomos*, para outros corresponderia apenas às pessoas jurídicas de Direito privado, excluídas às de Direito público. No nosso entendimento a segunda posição é mais acertada sob a ótica da hermenêutica constitucional, porquanto *paraestatal* e *administração indireta* são classificações que não se assemelham. A respeito dos diversos posicionamentos conferir o mapeamento realizado por CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 438-440.

privado, sem finalidade lucrativa, que “desempenham cometimentos que este poderia desempenhar por se encontrarem no âmbito dos interesses seus, mas não exclusivamente seus”¹⁴⁶. Comumente, os *serviços sociais autônomos* disponibilizam utilidades materiais, de cunho assistencial ou educacional, aos integrantes de determinadas categorias profissional ou econômica.¹⁴⁷

A primeira particularidade dos *serviços sociais autônomos* reside no modo de criação, que decorre de autorização legislativa, em especial, para conferir legitimidade às *contribuições parafiscais* — de *intervenção no domínio econômico*¹⁴⁸ ou de interesse das categorias profissionais ou econômicas — arrecadadas por tais entidades. Trata-se de espécie tributária¹⁴⁹ cuja instituição é de competência exclusiva da União (artigo 149 da Constituição), mas o produto arrecadado é destinado diretamente às entidades com personalidade jurídica de Direito privado¹⁵⁰. Os *serviços sociais autônomos* também podem ser contemplados por *dotações orçamentárias* específicas e, por isso e pelas contribuições, sofrem fiscalização externa por parte do órgão de controle competente (artigo 70 da Constituição).

Existem dois conjuntos de *serviços sociais autônomos*, o primeiro é representado pelo denominado *Sistema S*, ligado às *organizações sindicais* e constituído por legislação prévia à ordem constitucional vigente — recepcionada pelo artigo 240 da Constituição¹⁵¹ —, a exemplo

¹⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, op. cit., p. 167.

¹⁴⁷ Justamente por perseguirem o *interesse público* sua atuação é considerada *materialmente administrativa*, ainda que desempenhada por pessoa jurídica de Direito privado não integrante da estrutura organizacional do Estado brasileiro (Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 128-129).

¹⁴⁸ “O acréscimo realizado pela EC 33/2001 no art. 149, § 2º, III, da Constituição Federal não operou uma delimitação exaustiva das bases econômicas passíveis de tributação por toda e qualquer contribuição social e de intervenção no domínio econômico. O emprego, pelo art. 149, § 2º, III, da CF, do modo verbal ‘poderão ter alíquotas’ demonstra tratar-se de elenco exemplificativo em relação à presente hipótese. Legitimidade da exigência de contribuição ao SEBRAE - APEX - ABDI incidente sobre a folha de salários, nos moldes das Leis 8.029/1990, 8.154/1990, 10.668/2003 e 11.080/2004, ante a alteração promovida pela EC 33/2001 no art. 149 da Constituição Federal. (...) fixada a seguinte tese de repercussão geral: ‘As contribuições devidas ao SEBRAE, à APEX e à ABDI com fundamento na Lei 8.029/1990 foram recepcionadas pela EC 33/2001’.” (Supremo Tribunal Federal, RE 603.624, Ministro Relator Alexandre de Moraes, Brasília, 23-09-2020, DJE 13-01-2021, com repercussão – geral tema 325).

¹⁴⁹ “E o **caráter parafiscal** das contribuições em questão não afeta sua natureza de tributo e, portanto, sua coercibilidade.” BASTOS, Celso Ribeiro; CARVALHOSA, Modesto. *As prestadoras de serviços e a contribuição devida ao SESC: uma questão jurídica e de reponsabilidade social*. São Paulo: Codex, 2003, p. 50.

¹⁵⁰ “Os serviços sociais autônomos do denominado Sistema ‘S’, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da administração pública. Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos serviços sociais autônomos perde o caráter de recurso público.” (Supremo Tribunal Federal, ACO 1953 AgR, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Brasília, 18-12-2013, DJE 19-02-2014).

¹⁵¹ “O art. 240 da Constituição expressamente recepcionou as contribuições destinadas às entidades privadas de serviço social e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical. (...) A alteração do sujeito ativo das Contribuições ao Sesi/Senai para o Sest/Senat é compatível com o art. 240 da Constituição, pois a destinação do

do SENAC (Decreto-lei n. 4.048/42); SESI (Decreto-lei n. 9.403/46); SESC (Decreto-lei n. 4.853/46); e o segundo é representado por pessoas jurídicas de Direito privado, sem finalidade lucrativa, criadas depois da promulgação da Constituição de 1988 pelo Poder Executivo federal, — mediante lei autorizativa —, para consecução de políticas públicas de desenvolvimento setorial, como é o caso da Associação das Pioneiras Sociais (Lei federal n. 8.246/91); APEX-Brasil – Agência de Promoção de Exportações do Brasil (Lei federal n. 10.668/03); ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial (Lei federal n. 11.080/04)¹⁵².

Agora podemos dar continuidade ao arcabouço legislativo destacado do *terceiro setor*. A publicação da Lei federal n. 9.637, no ano de 1998, fez parte do *Programa Nacional de Publicização*¹⁵³, como um dos instrumentos da reforma do Estado dos anos 90, do século XX. O escopo da norma é complexo, porquanto envolve duas situações distintas: 1ª) a *qualificação* pelo Estado de *pessoas jurídicas de Direito privado como Organizações Sociais*, que confere imediatamente, um título adicional a entidade do *terceiro setor* e possibilita futura celebração de *contrato de gestão*¹⁵⁴ com a Administração Pública para o *recebimento de recursos orçamentários* e o *uso privativo de bens públicos* (artigo 11 e seguintes); 2ª) a *transformação de entidades públicas* para que *pessoas jurídicas de Direito privado qualificadas absorvam competências, patrimônio e servidores* (artigo 18 e seguintes). O objetivo do legislador, de *publicizar* atividades sociais (especialmente saúde e cultura) antes prestadas pelo Estado — *serviço público* portanto —, por meio da transferência direta ao particular qualificado, foi severamente criticado por parte da doutrina que vislumbrou aí patente inconstitucionalidade e

produto arrecadado é adequada ao objetivo da norma de recepção, que é manter a fonte de custeio preexistente do chamado Sistema 'S'." (Supremo Tribunal Federal, RE 412.368 AgR, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Brasília, 01-03-2011, DJE 01-04-2011).

¹⁵² A doutrina administrativista é extremamente crítica com relação aos *serviços sociais autônomos de segundo tipo*, pois boa parte dessas pessoas de Direito privado foram instituídas a partir da extinção de uma entidade da administração indireta — tal como ocorreu com a citada Associação das Pioneiras Sociais criada em razão da extinção da Fundação Associação das Pioneiras Sociais —, evidenciando com isso burla ao regime jurídico publicístico (Cf. MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini da. *Serviços sociais autônomos*. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 147-148, mai./ago. 2013).

¹⁵³ O *processo de publicização* pregado pela reforma estatal dos anos 90, que se materializou no Brasil nos anos seguintes, consubstanciou a *ampliação do setor público não-estatal*, mediante a transferência de serviços sociais e científicos para a sociedade civil ("transformação desses serviços em 'organizações sociais' - uma entidade pública de direito privado"), e o financiamento total ou mesmo parcialmente pelo orçamento público (Cf. BRESSER PEREIRA, **A reforma do Estado dos anos 90**, op. cit., p. 28-29). No entanto, essa manobra jurídica da *publicização* sofreu bastante resistência por parte da doutrina pátria (por todos conferir MARTINS, **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 137-148).

¹⁵⁴ O uso da figura do *contrato de gestão* pela Administração Pública não se restringe apenas aos vínculos travados junto às Organizações Sociais, antes mesmo da edição da lei regulamentar em 1998 esse modo de formalização do vínculo jurídico já era utilizado. Cf. DI PRIETO, **Parcerias na administração pública**, op. cit., p. 258-264.

desvirtuamento do fomento estatal, conforme, as palavras de FIGUEIREDO:

Verifica-se que pretende — e pretende mesmo — o Estado se demitir de suas funções essenciais, traspassando-as para a pessoas privadas, que se "publicizarão" e atuarão, na verdade, com recursos do Estado. Portanto, acreditamos ser tal proceder de manifesta inconstitucionalidade.¹⁵⁵

A apontada incompatibilidade com a Constituição foi objeto de controle concentrado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, via ação direta requerida pelo PT – Partidos dos Trabalhadores e pelo PDT – Partido Democrático Trabalhista (ADI 1923-DF), cujo acórdão proferido em abril de 2015, confirmou a constitucionalidade dos dispositivos combatidos da Lei federal n. 9.637/98. Porém, importa destacar que o houve divergência entre os posicionamentos dos ministros. Enquanto o Ministro Relator Carlos Ayres Britto e os ministros Marco Aurélio e Rosa Weber se manifestaram pela procedência parcial da ação e, consequentemente, pela inconstitucionalidade de algumas normas, os demais ministros acompanharam o voto-vista do ministro Luiz Fux, que acabou prevalecendo, afastando qualquer desacerto da Lei da OS com os dispositivos constitucionais.

O notável voto do ministro Relator Carlos Ayres Britto, considerou em seu conteúdo que parte da norma atacada — mormente o inciso II do artigo. 2º; artigos 5º, 6º e 7º; § 1º e § 2º do artigo 14; os artigos 18 ao 22 da Lei federal n. 9.637/98; artigo. 1º da Lei n. 9.648/98 (que incluiu o inciso no artigo 24 da Lei federal n. 8.666/93) — se mostrava em desarmonia com a Constituição argumentando em síntese que:

- i) “[...] assim como seria inconstitucional uma lei que ‘estatizasse’ toda a atividade econômica (a participação do Estado se dá por exceção, para atender ‘*aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo*’), também padeceria do vício de inconstitucionalidade norma jurídica que afastasse do Estado toda e qualquer prestação direta (pelos próprios órgãos e entidades da Administração Pública) dos serviços que são dele” (p. 30);
- ii) “A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22, da Lei n. 9.637/98 (dispositivos que falam em ‘*absorção*’, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir.” (p. 32);
- iii) “Isso, tendo em vista que a organização social é pessoa não integrante da Administração Pública. Logo, o Estado passaria a exercer, nos serviços públicos, o mesmo papel que desempenha na atividade econômica: o de agente indutor, fiscalizador e regular, em frontal descompasso com a

¹⁵⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 167.

vontade objetiva da Constituição Federal.” (p. 32-33);

- iv) “[...] todos os requisitos para a qualificação de uma pessoa jurídico-privada como organização social são de índole rigorosamente formal (registro do ato constitutivo, nos termos do inciso I do art. 2º, composição e atribuições do Conselho de Administração, conforme dicção dos arts. 3º e 4º). A pantear que não sobra mesmo espaço para decisão desataviada ou totalmente discricionária da Administração Pública.” (p. 40);
- v) “E no que tange ao contrato de gestão (arts. 5º, 6º e 7º), é de explicitar, via interpretação conforme à Constituição, o que, por implicitude, já se contém no art. 7º da multicitada lei: sem a realização de um processo publico objetivo para a celebração do contrato de gestão — não, necessariamente, de um processo licitatório —, resultariam inobservados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, economicidade e isonomia.” (p. 43);
- vi) “[...] toda a retribuição pecuniária paga pelo trabalho de servidores públicos, mesmo que cedidos, é de ser prevista em lei (ainda que o ônus desse pagamento recaia sobre o órgão ou entidade cessionárias. Logo, inconstitucional é o § 1º do art. 14 da Lei n. 9.637/98, atinente a pessoa jurídica privada pagar vantagem pecuniária a servidor público, sem que lei específica o autorize.” (p. 44).¹⁵⁶

O ministro Marco Aurélio destacou no corpo do votos-vista superado, que a inconstitucionalidade seria mais ampla e alcançaria também outros dispositivos — artigo 1º; II do artigo 2º; V, VII, VIII, X do artigo 4º; artigo 9º; artigo 10; artigos 11 ao 15; artigo 17; artigos 20 e artigo 22 — artigos 5º, 6º e 7º; § 1º e § 2º do artigo 14; os artigos 18 ao 22 da Lei n. 9.637/98; XXIV do artigo 24 da Lei federal n. 8.666/93 —, além dos epigrafados no voto preterido do Ministro relator:

- i) “[...] — característica central do chamado ‘*Programa Nacional de Publicização*’, de acordo com o artigo 20 da Lei n. 9.637/98 —, configura privatização que ultrapassa as fronteiras permitidas pela Carta de 1988.” (p. 98-99);
- ii) “Com toda vênica ao ministro Luiz Fux, muito embora se reconheça a existência de uma margem de conformação para o legislador e para o administrador, as rigorosas balizas definidas pela Lei das Leis impedem a Administração de desobrigar-se da execução direta dos serviços públicos socialmente relevantes.” (p. 100);
- iii) “No mundo dos fatos, portanto, a legislação impugnada autoriza que uma entidade, como rótulo de pessoa jurídica privada — selecionada discricionariamente pelo gestor público —, mas com patrimonio publico, servidores publicos, receitas publicas e dirigentes integrantes do Poder Público, exerça as próprias atividades sem repetir as regras do regime jurídico publico. E mais, livre do controle do Tribunal de Contas e do Ministério Público.” (p. 102);
- iv) “Estou convencido de que as normas das Leis nº 9.637/98 e 9.648/98 — que admitem a destinação de receitas orçamentárias, bens e servidores públicos a entidades qualificadas como organização social sem a observância do regime jurídico publico aplicável à Administração — consubstanciam

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923-DF**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961> Acesso em: 18 ago. 2021.

verdadeira fraude à regra do artigo 37, inciso XXI, da Carta Federal e implicam grave afronta ao princípio republicano, razão pela qual descabe a utilização da técnica da interpretação conforme.” (p. 103);

- v) “O artigo 10 do aludido diploma federal, em afronta aos artigos 127 e 129 da Carta da República, restringe ainda a atuação do Ministério Público à representação dos ‘responsáveis pela fiscalização’ [...]. A mesma limitação ocorre, no artigo 9º da Lei n. 9.637/98, em relação ao Tribunal de Contas, o que contraria o disposto nos artigos 70 e 71 da Carta Federal. Não pode a legislação infraconstitucional condicionar a atuação do órgão de controle a que dos ‘os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão’.” (p. 109)¹⁵⁷.

Por outro lado, o voto-vista vencedor, de autoria do Ministro Luiz Fux¹⁵⁸, pode ser examinado pelo resumo do julgado constante na ementa assim redigida:

Ação direito de inconstitucionalidade. Constitucional. Administrativo. Terceiro setor. Marco legal das organizações sociais. Lei n. 9.637/98 e nova redação, conferida pela Lei n. 9.648/98, ao art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93. Moldura constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico e social. Serviços públicos sociais. Saúde (art. 199, *caput*), educação (art. 209, *caput*), cultura (art. 215), desporto e lazer (art. 217), ciência e tecnologia (art. 218), meio ambiente (art. 225, *caput*), atividades cuja titularidade é compartilhada entre o poder público e a sociedade. Disciplina de instrumento de colaboração publico-privada. Intervenção indireta. Atividade de fomento público. Inexistência de renúncia de deveres estatais de agir. Margem de conformação constitucionalmente atribuída aos agentes políticos democraticamente eleitos. Princípios da consensualidade e da participação. Inexistência de violação ao art. 175, *caput*, da Constituição. Extinção pontual de entidades públicas que apenas concretiza o novo modelo. Indiferença do fator temporal. Inexistência de violação ao dever constitucional de licitação (CF, art. 37, XXI). Procedimento de qualificação que configura hipótese de credenciamento. Competência discricionária que deve ser submetida aos princípios constitucionais da publicidade, moralidade, eficiência, e impessoalidade, à luz de critérios objetivos (CF, art. 37, *caput*). Inexistência de permissivo à arbitrariedade. Contrato de gestão. Natureza de convenio. Celebração necessariamente submetida a procedimento objetivo e impessoal. Constitucionalidade da dispensa de licitação instituída pela nova redação do art. 24, XXIV, da Lei de Licitações e pelo art. 12, § 3º, da Lei n. 9.637/98. Função regulatória da licitação. Observância dos princípios da impessoalidade, da publicidade, da eficiência e da motivação. Impossibilidade de exigência de licitação para contratos celebrados pelas organizações sociais com terceiros. Observância do núcleo essencial dos princípios da administração pública (CF, art. 37, *caput*). Regulamento próprio para contratações. Inexistência de dever de realização de concurso público para contratação de empregados. Incidência do princípio constitucional da impessoalidade, através do procedimento objetivo. Ausência de violação aos direitos constitucionais dos servidores públicos cedidos. Preservação do regime remuneratório da origem. Ausência de submissão ao princípio da legalidade para o pagamento de verbas, por entidade privada, a servidores. Interpretação dos arts. 37, X e 169, § 1º, da Constituição. Controles pelo Tribunal de Contas da União e pelo Ministério Público. Preservação do âmbito constitucionalmente definido para o exercício do controle externo (CF, arts. 70, 71, 74 e 127 e seguintes). Interferência estatal em associações e fundações privadas (CF, art. 5º, XVII e XVIII). Condicionamento

¹⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 1923-DF**, op. cit.

¹⁵⁸ Voto esse que culminou numa obra publicada pelo Ministro com outros juristas sustentando a constitucionalidade das *organizações sociais* (FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto F. **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017).

à adesão voluntária da entidade privada. Inexistência de ofensa à Constituição. Ação direta julgada parcialmente procedente para conferir interpretação conforme aos diplomas impugnados. ADI 1923-DF, Requerentes Partido dos Trabalhadores e Partido Democrático Trabalhista, Ministro Relator Ayres Brito, Brasília, 16-04-2015, DJE 11-02-2016.¹⁵⁹

Vislumbra-se aí dois extremos entre as posições exaradas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, a posição vencida muito mais próxima da escoreita hermenêutica constitucional e a posição prevalecente mais suscetível ao viés político da reforma gerencial do Estado, que com todo o respeito “não encontra guarida num ordenamento jurídico estruturado sobre as bases do *constitucionalismo*”¹⁶⁰.

Feito o apontamento sobre a dissonância da finalidade normativa com a Constituição de 1988, agora avaliaremos o principal sentido teleológico da norma em questão, o da qualificação da pessoa jurídica de Direito privado como uma OS. A Lei n. 9.637/98 delineou ao longo do seu texto todos os requisitos indispensáveis para que o Estado possa investir a pessoa jurídica de Direito privado da qualidade de OS. É imprescindível que o sujeito de direito interessado demonstre natureza jurídica de associação ou fundação (únicos tipos admitidos em Direito que comportam finalidades outras que não estritamente econômica)¹⁶¹, portanto que corrobore pelo estatuto social à *ausência de finalidade lucrativa* ("a", "b" e "h" do artigo 2º). O objeto social deverá necessariamente se relacionar com áreas de atuação socialmente relevante: *ensino; pesquisa científica; desenvolvimento tecnológico; proteção e preservação do meio ambiente; cultura; saúde* (artigo 1º). O ato constitutivo deverá evidenciar: i) a existência de órgãos de deliberação superior e de direção — conselho de administração e diretoria — com composição e atribuições expressamente definidas ("c" e "e" do artigo 2º); ii) a composição mista do conselho de administração — participação de representantes da pessoa jurídica (membros eleitos, indicados ou associados), da comunidade, com notória capacidade profissional e idoneidade moral ("d" do artigo 2º), e do Poder Público (os dois últimos somados devem representar mais de 50% - III do artigo 3º); iii) a obrigação de prestação de contas anual — relatórios financeiros e de execução do *contrato de gestão* — com publicação no Diário Oficial da União ("f" do artigo 2º); iv) a possibilidade e as condições para aceitação de novos

¹⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADI 1923-DF**, op. cit., p. 01-03.

¹⁶⁰ MARTINS, **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 142.

¹⁶¹ "De fato, o modelo normativo das organizações sociais não se dedica a criar ou constituir uma nova forma de pessoa jurídica, como muitos afirmaram. [...] Mas ser organização social não significa apresentar uma estrutura jurídica inovadora, mas possuir um título jurídico especial, conferido pelo Poder Público em vista do atendimento de requisitos gerais de constituição e funcionamento previstos expressamente na lei." MODESTO, **Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil**, op. cit., p. 07.

associados, quando o formato da pessoa jurídica for associativo ("g" do artigo 2º); v) a previsão de incorporação integral do patrimônio — inclusive de legados, doações e excedentes financeiros —, no caso de extinção ou desqualificação, em outra OS qualificada ou ao patrimônio de um dos entes federados, na proporção dos recursos e bens por estes alocado ("i", artigo 2º). Uma vez atendidos os pressupostos exigidos pela lei, o pedido de qualificação deverá ser direcionado ao Poder Executivo federal, que submeterá ao crivo discricionário do Ministro de Estado titular da pasta competente (II, artigo 2º).

De acordo com ROCHA, a “qualificação de um ente como Organização Social configura um modo de exercício da atividade administrativa de fomento”¹⁶². De fato, a declaração de interesse social e utilidade pública reflete típico *ejercicio de actividad administrativa* entre o *poder de policia* e o *servicio público* — “una vía media entre la inhibición y el intervencionismo del Estado”¹⁶³ — destinada a “induzir, mediante estímulos e incentivos, os agentes fomentados a adotarem certos comportamentos, prescindindo, no entanto de investimentos imperativos ou cogentes”¹⁶⁴. Em face do tipo de vantagem auferida, a outorga da qualificação à OS¹⁶⁵ pode ser compreendida como espécie de *fomento honorífico*¹⁶⁶ já que é usual a veiculação do título para autopromoção da *organización* dentro do próprio *terceiro setor* ou do *mercado*¹⁶⁷. A

¹⁶² ROCHA, *Terceiro setor*, op. cit., p. 111.

¹⁶³ POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo. *Revista de estudios políticos El Instituto*, Madrid, v. 54, nov./dez. 1949, p. 46.

¹⁶⁴ MELLO, Célia Cunha. *O fomento da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 29.

¹⁶⁵ POZAS classifica a atividade de fomento quanto à vontade do sujeito a ser induzido pelo Estado em: i) *negativos* — “[...] los que significan obstáculos o cargas creadas para dificultar por medios indirectos aquellas actividades o establecimientos contrarios a los que el gobernante quiere fomentar”; ii) *positivos* — “[...] significan verdaderos privilegios, en cuanto suponen una excepción ventajosa de la norma general a favor de personas o clases determinadas.” (*Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo*, op. cit., p. 50-51). A concessão do título público a OS certamente por ser inserida na atividade de *fomento positivo*, tendo em vista a vantagem obtida pela *organización da sociedade civil*.

¹⁶⁶ “Os *honoríficos* incluem os títulos e recompensas em função de uma conduta reputada exemplar, e ainda que apresentem vertentes econômicas ou jurídicas, estas seriam apenas acessórias. Podem-se mencionar, como exemplos desta modalidade no ordenamento brasileiro, o Título de Utilidade Pública Federal, o Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social (CEBAS) e o enquadramento como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP). Não há dúvidas de que a obtenção destes títulos gera impactos econômicos relevantes para quem os detém, seja por privilégios na celebração de contratos com o Poder Público, seja pela possibilidade de usufruir de isenções fiscais (especialmente, no caso do CEBAS). Entretanto, ainda que tais títulos confirmem benefícios que possam se traduzir em vantagens econômicas ou configurem requisitos para a obtenção de renúncias de receitas ou transferências, eles não são viabilizados por instrumentos essencialmente econômicos, e, portanto, são considerados instrumentos de fomento honorífico.” GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. *O controle financeiro da atividade de fomento*: o TCU e a aferição de resultados. Orientador: Fernando Facury Scaff. 261 f. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 37.

¹⁶⁷ A respeito da classificação da atividade de fomento a doutrina nacional e estrangeira sustenta três modos distintos de classificação. A posição *intermediária* reconhece como espécies de fomento o *honorífico*, o *econômico* e o *jurídico* (Cf. POZAS, *Ensayo de una teoría del fomento em el derecho administrativo*, op. cit., p. 52-53). A posição *ampla* argumenta que o fomento *econômico* inclui o auxílio entre órgãos e entidades públicas além do

qualificação como OS não gera direito subjetivo de contratar com o Estado, mas apenas expectativa de direito de celebração futura do *contrato de gestão*¹⁶⁸. Eventualmente, a OS poderá se valer de *fomento tributário positivo*, ainda que sem a materialização de um liame formal com o Estado e, talvez, nesta hipótese, a qualificação facilite a fruição do benefício fiscal, com base no reconhecimento da *existência de interesse social e utilidade pública* sobre a atividade prestada pela pessoa jurídica, sem finalidade lucrativa.

Entretanto, não se pode dizer o mesmo sobre as outras espécies de *fomento econômico*. Explicaremos. A celebração do *instrumento administrativo atípico*¹⁶⁹, denominado de *contrato de gestão* pelo legislador, faculta ao Estado destinar à OS, previamente qualificada, *recursos orçamentários*, nos termos do cronograma de desembolso (§§ 1º e 2º do artigo 12 da Lei federal n. 9.637/98), *permitir o uso privativo de bem público*, mediante previsão expressa no contrato (§ 3º do artigo 12 da Lei federal n. 9.637/98) e *ceder, extraordinariamente, servidores públicos* com ônus para a origem (§ 3º do artigo 12 da Lei federal n. 9.637/98). Esse amplo rol de benefícios — pecuniário, real e pessoal — a rigor, não pode ser enquadrado como atividade de

concedido aos particulares e, que também, ocorre fomento por *meios psicológicos* “capazes de persuadir, suggestionar e induzir opiniões atividades e valores”, em decorrência da propaganda pública (Cf. MELLO, **O fomento da administração pública**, op. cit., p. 86 e 90-91). Por fim, a *posição restrita* defende que a atividade administrativa de fomento presume uma *atribuição material* ao sujeito a ser fomentado, restando excluída do gênero a espécie honorífica, por conta da ausência dessa presunção (Cf. VALIM, Rafael. **A subvenção no Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015, p. 56). Concordamos com a posição *intermediária* principalmente porque dentro do Federalismo cooperativo desenhado pela Constituição federal a ajuda entre órgãos e entidades públicas não pode ser classificada como atividade de fomento, uma vez que não decorre, necessariamente, desse tipo de subvenção a satisfação indireta de interesses da pessoa jurídica de Direito público fomentadora (cf. ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. **RAP – Revista de administración pública**, Madrid, n. 54, p. 75, 1967).

¹⁶⁸ Para um estudo mais completo do *contrato de gestão*, com todas as nuances importantes, verificar GALIL, **Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor**, op. cit., p. 217-226.

¹⁶⁹ Para a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal o *contrato de gestão* possui natureza jurídica de convênio, portanto de acordo jurídico sem interesses contrapostos (Cf. ADI 1923 — nota de rodapé 118), mas “[a]o observador atento vai ficando nitidamente obsoleta a pretensão de universalidade da tradicional descrição de convênio disseminada pela obra de Hely Lopes Meirelles, vez que ela não dá mais conta de toda a realidade das parcerias.” (SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 58, jan./mar. 2011). Contemporaneamente podemos localizar dois tipos de posicionamentos doutrinários, que não se compactuam com o entendimento majoritário da alta Corte brasileira. Há quem siga a linha da *contratualização* como MARQUES NETO, que defende ser o *contrato de gestão* uma espécie de *contrato administrativo de cooperação — interesses comuns, equivalente e convergentes —*, possuindo como finalidade básica o incentivo aos particulares para o desenvolvimento de tarefas públicas (Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 164). Mas há também uma vertente crítica, que defende a existência de *contrafação administrativa* - emprego equivocado de um conceito administrativo, de forma consciente ou inconsciente, ou atribuição de regime jurídico incompatível com a situação qualificada pelo conceito —, pois a “única diferença em relação à prestação direta é que, no caso das organizações sociais a *gestão* é privada”, então para MARTINS, as Organizações Sociais, qualificadas, realizam por meio do *contrato de gestão* “atividades da Administração, numa autêntica *delegação*, submetem-se ao direito privado, numa escancarada *fuga* das restrições próprias do regime administrativo.” (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, abr./jun. 2016, p. 142).

*fomento*¹⁷⁰, por falta de compasso finalístico, como bem acentuado por ALMEIDA:

Isso porque há diferença, em termos finalísticos, entre o que é a busca pela Administração, de cooperação para o desempenho de suas atividades, ainda que compartilhando a mesma finalidade com a outra parte contratante, e o que o incentivo a que a outra parte contratante desenvolva atividade dela, mesmo que de interesse geral. Assim, afasta-se da noção de fomento a relação convencional que se estabelece por meio de alguns convênios, de consórcios (públicos ou privados), de contratos de gestão (com OS), de sociedades ou associações, pela qual a Administração efetivamente tem por fim o desempenho de atividade própria sua — fim esse, como visto, compartilhado pela outra parte contratante.
171

Do exposto, verifica-se que o propósito da norma, com a concessão dessa espécie de título público de OS, não foi o de criar uma nova modalidade de sujeito de direito, mas apenas de subsumir uma pessoa jurídica de Direito privado, sem finalidade lucrativa, a um regime jurídico diferenciado — ainda que não concordemos com os vícios teóricos —, com benefícios públicos e, também, obrigações extraordinárias —, tal como salienta MODESTO:

O título de organização social, conferido pelo Poder Público, faz incidir sobre as instituições reconhecidas um plexo de disposições jurídicas especiais, que asseguram vantagens e sujeições incomuns para as tradicionais pessoas jurídicas qualificadas pelo título de utilidade pública.¹⁷²

No ano subsequente ao da publicação do ato normativo que disciplinou as Organizações Sociais, o Presidente da República sancionou a Lei federal n. 9.790/1999 — objeto de conversão do projeto de lei de iniciativa do Conselho da Comunidade Solidária, vinculado à Presidência da República, datado de 1998¹⁷³ —, que prescreveu normais gerais para a qualificação como OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, OSCIP –

¹⁷⁰ "Há contudo, um problema teórico grave: *fomentar é ajudar, é apoiar*. O que vem ocorrendo no mundo fenomênico não é ajuda estatal. Pelo 'contrato de gestão' o Estado passa *recursos financeiros, bens e agentes públicos* a OS. Perceba-se: ele, na prática, *faz tudo*, exerce a atividade. A única coisa que o Estado não faz é *gerenciar*: tudo é público, exceto a *gestão*. Isso não é fomento. De maneira prosaica, ao invés de ajudar a pescar, o Estado fornece o anzol, a isca, o pescador, remunera o pescador e, ainda, paga um valor pecuniário para o particular enquanto este aguarda a pescaria." MARTINS, **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 142.

¹⁷¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quarter Latin, 2012, p. 259.

¹⁷² MODESTO, **Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil**, op. cit., p. 07.

¹⁷³ O CCS – Conselho da Comunidade Solidária — órgão integrante do Programa Comunidade Solidária criado pelo Decreto Presidencial n. 1.366/95 —, foi responsável pela proposição junto à Câmara dos Deputados do projeto de lei n. 4.690/98, que deu origem à Lei n. 9.790/99. O referido projeto nasceu do diálogo político estabelecido, a partir do ano de 1997, entre o Estado brasileiro, intermediado pelo CCS, e as organizações da sociedade civil. O projeto de lei original pode ser consultado na íntegra no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados (disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14OUT1998.pdf#page=223> Acesso em: 12 ago. 2021).

mais uma espécie de *organização do terceiro setor*¹⁷⁴. Esse outro formato de qualificação apresenta contornos bem diferentes, mas também muitas similitudes com o regime estabelecido para as Organizações Sociais, como bem acentua BARBOSA:

As OSs refletem uma tendência — não especificamente nacional — de transferência de determinados serviços de interesse coletivo ou mesmo de natureza pública a entidades sem fins lucrativos de direito privado, porém decorrentes de um processo de *reforma do Estado*. Diversamente, vislumbro na qualificação como OSCIP uma resposta institucional a outra tendência, também internacional, caracterizada pela emergência do associativismo — um movimento por assim dizer, *de base*, de mobilização da sociedade civil.¹⁷⁵

A primeira simetria, o título público de OSCIP só será outorgado à pessoa jurídica de Direito privado, sem finalidade lucrativa (§ 1º do artigo 1º)¹⁷⁶. Porém, a lei estabeleceu um requisito adicional, além do viés não econômico, a associação ou fundação deverá comprovar regular funcionamento por no mínimo 3 anos (*caput* e § 1º do artigo 1º). Com relação ao objeto social, o legislador deixou muito claro quem são as *candidatas positivas* e quem são as *candidatas negativas*¹⁷⁷, discriminando, portanto, as atividades que podem (artigo 3º) e as que não podem (artigo 2º) ser contempladas pelo título público. A respeito dos órgãos sociais, para a qualificação da OSCIP, além da indispensável criação do órgão colegiado deliberativo superior e da diretoria — permitida a participação de servidores públicos na composição de um ou de outro órgãos (parágrafo único do artigo 4º) — é obrigatória a instituição de conselho fiscal ou de órgão equivalente “dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil e sobre as operações patrimoniais realizadas” (III do artigo

¹⁷⁴ A Lei n. 9.790/99 representou um avanço legislativo ao acolher boa parte das críticas doutrinárias no que diz respeito ao regime da concessão de títulos públicos ao *terceiro setor*. Contudo, tal como ocorreu com a Lei n. 9.637/98, a *novel* legislação não se livrou das críticas doutrinárias (Por todos conferir MARTINS, **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 151-153), com as quais concordamos parcialmente, cumprindo aqui o registro que a demonstração, por meio das normas expressas no estatuto da OSCIP, acerca da observância dos princípios basilares que informam o regime administrativo (I do artigo 4º da Lei n. 9.790/99), não corresponde à submissão direta ao regime de Direito público, trata-se de medida justificada pela futura parceria, que contará com a presença estatal e, porventura, com o fomento por meio do termo de parceria.

¹⁷⁵ BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade civil de Interesse Público (OSCIP). In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 504.

¹⁷⁶ A Lei n. 9.790/99 definiu expressamente o que se entende por entidade sem finalidade lucrativa no § 1º, do artigo 1º, a saber: “[...] que não distribui, entre seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos e líquidos, dividendo, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.”

¹⁷⁷ Entre as organizações proibidas encontram-se as pessoas jurídicas qualificadas como OS, as *cooperativas*, as fundações públicas, as fundações, associações e sociedades civis de Direito Privado criadas pelo Poder Público (IX ao XII, art. 2º, Lei n. 9.790/99). Esse rol denota uma grande diferença entre a disciplina da OSCIP, o legislador não pretendeu transferir serviços públicos como fez com a *publicização* estabelecida pela lei da OS (Lei n. 9.637/98).

4º). O estatuto social da OSCIP deverá ser extremamente detalhado, a fim de comprovar à observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (I do artigo 4º); à adoção de práticas de gestão administrativas (II do artigo 4º); à previsão de incorporação integral do patrimônio em outra OSCIP, de preferência na mesma área de atuação (IV do artigo 4º); o dever de transferir o patrimônio adquirido com recurso público, no caso de perda da qualificação, para outra OSCIP, preferencialmente com mesmo objeto social (V do artigo 4º); à possibilidade de instituir remuneração aos dirigentes, de acordo com os valores usualmente pagos para a mesma função pelo mercado de trabalho (VI do artigo 4º); o dever de prestação de contas nos termos legais (VII do artigo 4º e artigo 15-B).¹⁷⁸

O pedido de qualificação deverá ser endereçado ao Ministério da Justiça e formulado, via requerimento escrito, com os seguintes anexos: estatuto registrado em cartório; ata da eleição da atual diretoria; balanço patrimonial e demonstração de resultado financeiro; declaração de isenção de imposto de renda; prova de inscrição no CNPJ — Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (artigo 5º). O Ministério da Justiça decidirá, no prazo de 30 dias, mediante o exercício de competência vinculada¹⁷⁹, sendo admissível o indeferimento nas hipóteses do § 3º, do artigo 6º. Caso deferido o pleito, o certificado de qualificação será emitido em 15 dias (§ 1º, do artigo 6º). A qualificação poderá ser revogada a pedido da OSCIP ou ser cassada a pedido do Ministério Público ou por iniciativa popular (vedado o anonimato - artigo 8º), via regular processo administrativo ou judicial, respeitados o contraditório e a ampla defesa (artigo 7º).

O asseverado em passagem anterior, sobre a qualificação da OS e o *fomento honorífico*, se aplica inteiramente à OSCIP, pois a emissão do certificado do título público é resultado do exercício de atividade administrativa e, dessa qualificação, decorre vantagens de caráter geral e específico, pois como “qualquer outro título oficial, tende a oferecer credibilidade à entidade

¹⁷⁸ Dentre as novidades da Lei da OSCIP (n. 9.790/99) podemos destacar mais algumas como: o dever de gravar o bem imóvel com cláusula de inalienabilidade, caso adquirido com recursos provenientes do *termo de parceria* (art. 15); a proibição expressa de participação das organizações qualificadas em campanhas de caráter político-partidárias ou eleitorais, sob quaisquer meios ou formas (art. 16); a possibilidade de manutenção simultânea de mais de uma qualificação — outro título qualquer + o de OSCIP —, por até 5 anos, a contar da vigência da Lei (portanto não vigora nos dias atuais pelo implemento do termo final), esgotado o prazo, caberá a pessoa jurídica renunciar expressamente uma delas, no silêncio perderá automaticamente o título de OSCIP (art. 18).

¹⁷⁹ “É manifesta a preocupação da nova lei com a redução da margem de discricção das autoridades administrativas na concessão do novo título. É um propósito positivo e louvável. Neste sentido, a nova lei responde a um dos problemas mais conhecidos do título de utilidade pública.” MODESTO, **Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil**, op. cit., p. 14.

que o obtém”¹⁸⁰, mas com relação à OSCIP “o título traz como vantagem específica a possibilidade de a entidade remunerar dirigentes — vedada para outros títulos”¹⁸¹.

Mais uma vez, frisa-se, a qualificação não implica no direito subjetivo à celebração do vínculo de cooperação — *termo de parceria* (*caput* do artigo 9º)¹⁸² — com o Estado, *a parceria é facultativa*¹⁸³. Preenchido o pré-requisito necessário, mas não suficiente, da qualificação, caberá ainda consulta prévia aos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes, para análise definitiva¹⁸⁴ — em tese, por meio de critérios técnicos e objetivos, para evitar ofensa ao *princípio da impessoalidade*¹⁸⁵ — se o parceiro privado é adequado ou não para celebração do *termo de parceria* (§ 1º do artigo 9º da Lei federal n. 9.790/1999). Acerca da *ajuda estatal — fomento econômico* — aqui há uma significativa diferença com relação à OS¹⁸⁶, como comprovam as palavras de DI PIETRO:

Trata-se, no caso, de real atividade de fomento, ou seja, de incentivo à iniciativa privada de interesse público. O Estado não está abrindo mão de serviço público (tal como na organização social) para transferi-lo à iniciativa privada, mas fazendo parceria, ajudando, cooperando com entidade privadas que, observados os requisitos legais, se disponham a exercer as atividades indicadas no artigo 3º, por se tratar de atividades, que, mesmo sem natureza de serviços públicos, atendem necessidades coletivas.¹⁸⁷

Por último, examinaremos superficialmente a Lei federal n. 13.019/2014 que disciplinou o regime de cooperação mútua das *parcerias* firmadas entre a Administração Pública e as

¹⁸⁰ BARBOSA, **Experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade civil de Interesse Público (OSCIP)**, op. cit., p. 496.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Aparentemente a doutrina é mais concorde, embora não unânime, a respeito da natureza jurídica de convênio do *termo de parceria*. A posição favorável é sustentada por DI PIETRO (**Direito administrativo**, op. cit., p. 572); MOREIRA NETO (Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed., ref. e atua. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 317); CARVALHO FILHO (**Manual de direito administrativo**, op. cit., p. 517). Por outro lado, a linha contrária, defensiva da natureza *sui generis* é asseverada por JUSTEN FILHO (**Curso de direito administrativo**, op. cit., p. 134).

¹⁸³ ROCHA, **Terceiro setor**, op. cit., p. 91.

¹⁸⁴ O ato normativo regulamentar da Lei n. 9.790/99 (Decreto Presidencial n. 3.100/99), prescreve que a manifestação prévia, em 30 dias, do Conselho de Políticas Públicas é considerada tomada de decisão final em relação ao termo de parceria (§§ 1º e 2º, art. 10).

¹⁸⁵ Sobre a obrigatoriedade ou não de realização de procedimento licitatório para a materialização do vínculo de cooperação, via *termo de parceria*, conferir BARBOSA, **Experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade civil de Interesse Público (OSCIP)**, op. cit., p. 506-508; GALIL, **Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor**, op. cit., p. 237-239.

¹⁸⁶ "A Lei n. 9.790/99 é superior à Lei n. 9637/98 em outros aspectos. Não previu a indigna cessão de servidores: pelo texto é possível apenas ceder para a OSCIP bens públicos e recursos financeiros. Excluído o repasse de servidores, a 'ajuda' governamental é menos acentuada, mas pode também ser bem intensa." MARTINS, **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**, op. cit., p. 152.

¹⁸⁷ Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 571.

Organizações da Sociedade Civil¹⁸⁸, para a consecução de finalidades e diretrizes de *interesse público* — detalhadas nos artigos 5º e 6º. MODESTO conclui que a grande inovação do diploma em referência foi o *abandono do processo prévio de qualificação pública* pelo legislador, no mais, as normas gerais prescritas fixaram importantes aspectos normativos para as relações colaborativas entre o Estado e o particular:

A Lei n. 13.019/2014 *consolida* de modo expressivo essa terceira etapa evolutiva das parcerias público-sociais no Brasil. Não cria qualquer título jurídico novo. Disciplina vínculos de parceria social entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos, mas sem pressupor prévia atividade certificadora pública. As modificações promovidas pela Lei n. 13.204/2015 apenas acentuaram esse aspecto. O centro da disciplina normativa deixou de ser a caracterização prévia de *estruturas orgânicas do terceiro setor* diretamente envolvidas nas parcerias público-sociais para focar na própria relação de fomento e parceria, isto é, na *dinâmica das relações de colaboração do Poder Público com organizações da sociedade civil de fins públicos*. Há uma ruptura com o paradigma tradicional da *cientificação-fomento*. Esta talvez seja a grande novidade da lei.¹⁸⁹

A Lei federal n. 13.019/2014 inicia traçando alguns conceitos relevantes que pautarão todo o relacionamento cooperativo entre o Estado e a pessoa jurídica da Direito privado. A compreensão sobre a OSC – Organização da Sociedade Civil se manteve com as características de outrora — ausência de finalidade lucrativa ("a" do I do artigo 2º) —, tal como descrito no § 1º da Lei federal n. 9.790/99. Restaram inclusas, dentro do que se entende por OSC, as *sociedades cooperativas* ("b" do I do artigo 2º) criadas com base na Lei federal n. 9.867/99, e as *organizações religiosas* que se dediquem a atividades ou projetos de cunho social ("c" do I do artigo 2º)¹⁹⁰. Embora o alcance subjetivo seja bem amplo, algumas pessoas jurídicas restaram literalmente excluídas do conceito de OSC pelo artigo 3º, a exemplo da OS com *contrato de gestão* em pleno vigor (III) e da OSCIP com *termo de parceria* ainda vigente (VI)¹⁹¹. Alguns requisitos de ordem formal (prova mediante estatuto), deverão ser corroborados

¹⁸⁸ A vigência da Lei n. 13.019/14, prevista no artigo 88, foi duas vezes prorrogada via medida provisória do Poder Executivo (a primeira n. 658/14 e a segunda n. 684/15). Quando da conversão do segundo ato normativo, o Congresso se valeu da lei de conversão (n. 13.204/15) para modificar substancialmente texto originário da Lei n. 13.019/14. Essa atitude legislativa — questionável — praticamente desvirtuou todo o regime estabelecido pelo projeto inicial do marco regulatório das *organizações da sociedade civil* (Cf. MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação e transparência nas parcerias voluntárias. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 278-282).

¹⁸⁹ MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais em transformação. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 23.

¹⁹⁰ Essas duas figuras jurídicas foram excluídas expressamente da possibilidade de se qualificarem como OSCIP (III e X, artigo 2º, Lei federal n. 9.790/99).

¹⁹¹ "Todas essas exclusões justificam-se no fato de que as relações ali previstas estão disciplinadas por normas específicas." FORTINI, Cristiana; et. al. O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei n. 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 70.

pela OSC para a formalização vínculo jurídico com o Estado: funcionamento há, no mínimo, três anos, ou com CNPJ — Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica ativo por esse prazo ("a" do V do artigo 33); objeto voltado à promoção de atividades e finalidade de relevância pública e social (I do artigo 33); dever de transferir o patrimônio, em caso de extinção, para outra pessoa jurídica de igual natureza que preencha os pressupostos legais e preferencialmente com mesmo objeto social (III do artigo 33); escrituração dos livros de modo compatível com os princípios e as normas fundamentais de contabilidade (III do artigo 33)¹⁹².

Os incisos III, III-A e III-B do artigo 2º prescrevem o que o legislador considerou como *parceria, atividades e projetos*¹⁹³, definições relevantes dentro do cenário de cooperação solidária fundada em interesses comuns. Segundo MODESTO, o conceito de *parceria* não pode ser estanque, porquanto “não designa uma estrutura relacional uniforme passível de definição objetiva, mas arranjos variados de colaboração duradoura, voluntária e estável, como manifesto acento no aspecto funcional e finalístico”¹⁹⁴. As *atividades de interesse público* que serão desenvolvidas pela OSC não poderão evidenciar qualquer forma de delegação, direta ou indireta, de atividades estatais exclusivas — regulação, fiscalização e poder de polícia (artigo 40). Não há obstáculo na Lei federal n. 13.019/2014, que impeça órgãos ou entidades públicas de serem destinatários exclusivos das *atividades de interesse público* prestadas pela OSC. Para NOHARA esse vácuo legislativo acaba por autorizar uma *terceirização* às avessas¹⁹⁵.

Outros dois conceitos importantes no contexto das *parceiras* com a OSC são, respectivamente, o de *procedimento de manifestação de interesse social* (artigos 18 ao 21) e o

¹⁹² No que toca às organizações religiosas, o legislador as dispensou de corroborar disposições no estatuto de objetivo compatível e da transferência do patrimônio a outra OSC, no caso de extinção (§ 2º, art. 33). As *sociedades cooperativas* foram desvinculadas de parte das exigências formais da Lei federal n. 13.019/14 (§ 3º, art. 33), lhes cumprindo evidenciar o atendimento aos pressupostos da legislação específica.

¹⁹³ "III - parceria: conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; III-A - atividade: conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil; III-B - projeto: conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil;" BRASIL. Artigo 2º. **Lei Federal n. 13.019/14**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁹⁴ MODESTO, *Parcerias público-sociais em transformação*, op. cit., p. 18.

¹⁹⁵ NOHARA, Irene Patrícia. O regime jurídico das organizações da sociedade civil (OSC): benefícios, exigências e vedações. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 240.

de *chamamento público* (artigos 23 ao 32). A lógica do *procedimento de manifestação de interesse* já consta no artigo 21 da Lei federal n. 8.987/1995, que regulamentou a concessão de serviço público no Brasil, como uma fase preparatória, na qual o interessado, por sua conta e risco — embora seja passível de remuneração — promova estudos e levantamentos prévios sobre a viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica da ação governamental¹⁹⁶. Uma dinâmica parecida restou positivada Lei federal n. 13.019/2014 para facultar à OSC o direito de apresentar propostas ao Estado — com os elementos elencados no artigo 19 — de possíveis *parceiras*. A proposta será avaliada por critérios de conveniência e a oportunidade e, caso considerada favorável, será realizado um *chamamento público* aos demais interessados, previamente à celebração do *vínculo de cooperação mútua* (artigo 21).

O *chamamento público* é uma das aclamadas novidades da Lei federal n. 13.019/2014 (XII do artigo 2º), pois tornou-se regra geral — infelizmente previu-se exceções desarrazoadas como a do artigo 29 — que toda parceria seja precedida de processo seletivo — com critérios claros, objetivos e simplificados (artigos 23 ao 28) e julgado por um órgão colegiado constituído *ad hoc* (X do artigo 2º) —, a fim de prestigiar os princípios basilares que regem o exercício da função administrativa¹⁹⁷ e, na mesma medida, a regra constitucional que torna obrigatória a realização de certame licitatório (*caput* e XXI do artigo 37 da Constituição)¹⁹⁸. Os artigos 30

¹⁹⁶ Cf. BELEM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse social. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 214-215.

¹⁹⁷ "Partindo-se do pressuposto de que, num universo com múltiplos interessados, nem todos aqueles que aspiram a uma determinada posição de vantagem, relativamente aos demais do mesmo gênero, conseguirão celebrar ajuste de parceria com o Poder Público, a realização de um procedimento que seja público, objetivo, isonômico, transparente e imparcial de seleção para a escolha de determinado vínculo de cooperação bem prestigia os princípios constitucionais orientados da atuação estatal, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal." OLIVEIRA, Rafael Arruda. O chamamento público na lei federal lei n. 13.019/14: procedimento legal, avanços e desafios. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 313.

¹⁹⁸ Independente do acerto do rótulo que se valeu o legislador na Lei n. 13.019/14 para indicar o procedimento de seleção — *chamamento público* (expressão manejada originalmente pelo Supremo Tribunal Federal quando da análise da constitucionalidade da Lei da OS na ADI 1923-DF) — da *organização da sociedade civil*, não acreditamos que esse modelo configure uma burla ao procedimento licitatório, nem tampouco a criação de uma nova modalidade de licitação, tal como afirmado por alguns juristas. Para que não reste dúvida, cumpre reforçar que o legislador fixou nos artigos 23 a 32 requisitos objetivos e claros para orientar à seleção da OSC que cooperará com Poder Público, seguindo a mesma lógica do procedimento licitatório ao prestigiar os princípios constitucionais insculpidos no artigo 37, a saber: i) adoção de critérios claros, objetivos e simplificados (*caput* do art. 23); ii) fixação, sempre que possível, das características do objeto, metas, custos, indicadores, quantitativos ou qualitativos de avaliação de resultados (I, II, IV e VI do art. 23); iii) publicação de edital contendo, no mínimo, programação orçamentária, objeto da parceria, datas, prazos, condições, local e forma de apresentação das propostas, datas e critérios de julgamento (metodologia de pontuação e pesos atribuídos), valor previsto para realização do objeto da parceria, condições para interposição de recurso administrativo, minuta do instrumento por meio de qual será celebrada a parceria (I, II, IV, V, VI, VIII, e IX do art. 23); iv) previsão no edital de medidas de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e idosos, sempre que o objeto da parceria admitir (X do art.

ao 32, prescreveram hipóteses de dispensa do *chamamento público* que se aplicam, ocasionalmente, quando decretadas situações de excepcionalidade — guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem, entre outros — ou, em sua maioria, quando o objeto demandar à formalização direta da parceria, como a proteção de pessoas ameaçadas por exemplo.

O delineamento dos contornos da relação, que visa o compartilhamento do *valor interesse público* entre o Estado e a OSC, restará a cargo de três tipos de acordos jurídicos, com duas variantes, a depender do tipo de *incentivo* estatal: *termo de colaboração* ou *termo de fomento* — sempre que a consecução de finalidades públicas envolver a transferência da recursos financeiros (VII e VIII do artigo 2º); *acordo de cooperação*¹⁹⁹ — para a consecução de finalidades públicas, sem o envolvimento de recurso estatal (IX do artigo 2º)²⁰⁰. Para as *parcerias* que se valerão de *fomento econômico*, o *plano de trabalho* se apresenta como um documento indispensável (*caput* do artigo 22), devendo dele constar elementos essenciais sobre o objeto, prazos, metas, receitas, despesas e execução (I ao IV do artigo 22). “É inconteste o dever de todo aquele que maneja algum tipo de recurso público (dinheiro e bens) demonstrar como ele foi utilizado”²⁰¹, para tanto é obrigatória a *prestação de contas* pela OSC, demonstrando oficialmente como os recursos e bens públicos foram empregados no exercício da atividade social, quais foram as metas alcançadas e os resultados positivos/negativos consumados (XIV do artigo 2º). A metodologia, os prazos e a forma de publicidade da *prestação de contas* pela OSC deverão constar de cláusula específica no instrumento da

23); v) vedação ao estabelecimento de cláusulas editalícias que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do *chamamento público*, bem como de cláusulas impertinentes ou irrelevantes em face de objeto (*caput* do artigo 25); vi) divulgação ampla e eletrônica do edital com antecedência mínima de 30 dias (art. 26); vii) julgamento das propostas por uma comissão de seleção previamente designada — com impedimento para a participação de pessoas que, nos últimos cinco anos, tenha mantido relação jurídica com uma das entidades participantes do *chamamento público* (§§ 1º e 2º do art. 27); viii) homologação oficial e divulgação eletrônica do resultado; ix) verificação dos documentos de habilitação das participantes somente depois de encerrada a fase competitiva e ordenada as propostas (art. 28). Para uma posição contrária, que prega a inconstitucionalidade do *chamamento público* vide GALIL, **Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor**, op. cit., p. 255-262.

¹⁹⁹ O § 1º, artigo 33, Lei federal n. 13.019/14, isenta a OSC de comprovar alguns requisitos formais — exigindo tão-somente prova de objetivos voltados à promoção de atividades e finalidades de relevância pública social (I, art. 33) — sempre que a parceria for formalizada via *acordo de cooperação* e, portanto, não envolver repasse financeiro pelo Poder Público.

²⁰⁰ “De início, vale fazer uma observação quanto à terminologia adotada na Lei n. 13.019. As expressões *termo de colaboração*, *termo de fomento* e *acordo de cooperação* são, em sua essência, sinônimas.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordo de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 188.

²⁰¹ LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **Prestação de contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados**. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 385.

parceria e no *plano de trabalho* (VII do artigo 42), conforme as cominações legais (artigos 63 ao 72). Fora à fiscalização a ser exercida pela Administração Pública, pelos órgãos de controle e pelos Conselhos de Políticas Públicas, a OSC poderá sofrer o *controle social* sobre a execução da *parceria* (artigos 58 ao 60).²⁰²

Esse é o retrato normativo das *parcerias voluntárias* com as Organizações da Sociedade Civil, que se alinham ao Estado por meio das figuras jurídicas descritas na Lei federal n. 13.019/2014²⁰³, para compartilhar *valores de interesse público* e, na mesma medida, se beneficiar — ou não, já que existe essa possibilidade legal — da *atividade administrativa de fomento*, seja ela pela via da *subvenção*, que corresponde “ao auxílio financeiro, previsto no orçamento público, para ajudar particulares a desenvolver atividades”²⁰⁴ de *interesse público* e/ou pela via da “permissão de uso bem público, que implica na utilização privativa para fins de interesse coletivo”²⁰⁵.

Dos diplomas normativos acima trabalhados é possível se ter uma noção política e jurídica, ainda que singela, do que usualmente a doutrina denomina de *terceiro setor* no Brasil, que embora não seja o escopo do estudo dissertativo, o seu delineamento se mostrou imprescindível para fixarmos as características desse importante *espaço institucional*, mesmo cientes de que “nenhuma das leis que tratam das diversas modalidades de parceria com o terceiro setor hoje vigentes no Brasil, contudo, disciplina o tema de modo exaustivo”²⁰⁶

²⁰² Sobre o delineamento do princípio da transparência nas parcerias voluntárias (artigos 7º ao 15, Lei federal n 13.019/14) conferir MARTINS, **Acesso à informação e transparência nas parcerias voluntárias**, op. cit., p. 273-306.

²⁰³ CARVALHO FILHO afirma que a natureza jurídica dos liames estabelecidos entre o Estado e as Organizações da Sociedade Civil, com base na Lei federal n 13.019/14, é convenial, não se enquadrando no que se entende por contrato administrativo (**Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordo de cooperação**, op. cit., p. 186-187).

²⁰⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008, p. 380.

²⁰⁵ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica — o regime jurídico das utilidades públicas**. São Paulo: Malheiros Editores, 200, p. 339.

²⁰⁶ MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 133.

CAPÍTULO III — EMPRESA SOCIAL – SETOR 2 ^{1/2}

3.1 EMPRESA SOCIAL – INTRODUÇÃO

A existência no campo pragmático de diversos *empreendimentos sociais* impossibilita ao intérprete conceber que na atualidade o *espaço privado* de um sistema *capitalista* seja composto somente por *agentes econômicos* direcionados por interesses individuais, que se mobilizam unicamente pelo desejo de aumento dos lucros — muito embora reconhecemos que essa é ainda a realidade da maioria esmagadora¹.

Há algum tempo surgiram no *mercado concorrencial* iniciativas privadas socioeconômicas que contrastam com a finalidade, até então *unidimensional*, do *espaço privado*, de apenas internalizar o lucro nas pessoas dos *agentes econômicos* envolvidos. Esse cenário institucional é extremamente peculiar porque busca, na mesma medida, empreender de maneira lucrativa para reversão contínua dos novos capitais no desenvolvimento do objeto social — existindo vedação ou não para o emprego de parte dos excedentes financeiros em finalidade diversa — seguindo de certo modo a lógica do *mercado concorrencial*, mas intimamente ligado a valores solidários e, portanto, desvinculado do caráter individualista ínsito ao *espaço privado*. De tal sorte, “emerge como ator coadjuvante, mas não menos importante para a preservação do sociometabolismo do capital, o empresariado como protagonista de intervenções sociais privadas”².

E esse *ator coadjuvante* da escala social, que introduziu um modelo de *empreendimento privado* com propósito *híbrido* — ou melhor, *bidimensional* ou *tridimensional* —, que focaliza sua atuação na concretização de valores sociais e/ou ambientais simbólicos para o *interesse público*, resultando daí uma nova fórmula de alcance das finalidades institucionais do *espaço público* e, simultaneamente, não se distancia da racionalidade lucrativa do *mercado*

¹ Afinal “os mercados irrestritos, em sua forma atual, não se destinam a resolver problemas sociais” (Cf. YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**, op. cit., p. 21).

² PONTE, Júlio Ramon Teles da. Novos complexos ideológicos do capital: a emergência da responsabilidade social das empresas e do terceiro setor na contemporaneidade. In: VITULLO, Gabriel Eduardo. **A ideologia do "terceiro setor": ensaios críticos**. 2. ed. Natal: Editora da UFRN, 2015, p. 92.

concorrencial capitalista, seguindo parcialmente a tendência do *espaço privado*³, merece, no mínimo, uma classificação própria, intermediária entre os principais setores sociais.

Todavia, antes de adentrarmos na *teoria das empresas sociais*, trabalharemos alguns conceitos — *empreendedorismo social*; *economia solidária*; *negócio inclusivo*; *negócio com impacto social* — que não podem ser manejados aleatoriamente pelo intérprete, porquanto se prestam a classificações distintas e individualizadas.

Dentro do que os economistas entendem por *empreendedorismo social* — aos menos os que seguem a linha contemporânea de DEES⁴ — encontram-se os *agentes econômicos* que *desempenham um papel de mudança no cenário social* por meio: i) da adoção de missão de criar e sustentar um valor social; ii) da busca contínua por novas oportunidades para servir a essa missão; iii) do envolvimento permanente no processo de inovação, adaptação e aprendizagem; iv) da atuação ousada, sem se limitar aos recursos disponíveis; v) da responsabilidade vinculada aos valores sociais criados e às pessoas por eles afetadas⁵.

Os autores nacionais acompanham, parcialmente, essa diretriz. MELO NETO e FROES partem de *empreendedorismo* para depois incluírem o signo *social* e definir a abrangência desse somatório. O primeiro conceito é compreendido como:

“[...] um o processo dinâmico pelo qual indivíduos identificam idéias e oportunidades econômicas e atuam desenvolvendo-as, transformando-as em empreendimentos e, portanto, reunindo capital, trabalho e outros recursos para a produção de bens e serviços”⁶

MELO NETO e FROES mencionam que o conteúdo acima transcrito é levemente

³ "New kinds of hybrid enterprises are rapidly appearing. For example, WaterHealth international, a fast-growing for-profit, uses innovative water purification techniques to distribute clean water at minimal cost to more than one million people in rural India, Ghana, and the Philippines.", PORTER Michael E.; KRAMER, Mark R. Creating shared value: how to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth. Boston: **Harvard Business Review**, jan./fev. 2011, p. 07. Disponível em: <https://sharedvalue.org.au/wp-content/uploads/2015/12/Harvard-Business-Review-Creating-Shared-Value.pdf> Acesso em: 21 mai. 2021.

⁴ Esse conceito é trabalhado de modo extremamente interessante por consolidar a visão econômica do século 19 sobre empreendedores como participantes do progresso econômico (Jean Baptiste Say), do século 20 sobre a capacidade de inovação dos empreendedores que revisam e revolucionam o processo produtivo (Joseph Schumpeter), e do século 21 que incluem a noção de oportunidade (Peter Drucker) e de desenvoltura (Howard Stevenson) à figura do empreendedor. A partir dessa ressignificação contemporânea DEES desenvolveu um conceito bem amplo de *empreendedorismo social* (Cf. J. Gregory, **The meaning of “social entrepreneurship”**, op. cit., p. 01-02).

⁵ Idem, p. 04-05.

⁶ Francisco de Paulo; César. **Empreendedorismo social**: a transição para a sociedade sustentável. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002, p. 09.

modificado em dois aspectos, quando inserido o indicativo *social*. Tal como no empreendimento ordinário, no *social* os sujeitos se envolvem formalmente para criar e expandir uma *atividade econômica*, dentro de um nicho do *mercado* com viabilidade, e com isso produzir riquezas. No entanto, o objetivo da atividade não se resume na simples oferta de bens ou prestação de serviços, mas se concentra na *real intenção de solucionar questões sociais para atingir um segmento específico de beneficiários que se encontram em situação de vulnerabilidade*. Justamente por isso o “retorno é medido com base na melhoria da qualidade de vida”⁷ daqueles que obtêm vantagens em decorrência do *empreendimento social*.

Assim, o posicionamento da doutrina estrangeira é muito mais amplo, pois emprega o conceito de *empreendedor social* para se referir tanto às *organizações da sociedade civil*, às *cooperativas*, como às *empresas sociais*, mormente porque tal definição não leva em consideração o critério da finalidade lucrativa, ausente no *terceiro setor* e na *economia solidária*, mas presente no “setor 2 1/2”. A indiferença sobre o caráter econômico para essa classificação é confirmada pelo entendimento da renomada associação do setor, a ASHOKA, fundada em 1981, para identificar e apoiar empreendedores sociais ao redor do mundo⁸.

Em razão de todo o discurso dogmático que já foi e ainda será delineado nessa dissertação sobre o tema das *empresas sociais*, adotamos a posição *latu sensu* sustentada por DEES, por acreditarmos que o termo *empreendedorismo social* se refere ao gênero e, dentre as suas espécies, encontram-se tanto às *empresas sociais* quanto às *organizações da sociedade civil* e as *cooperativas*. Para confirmar essa asseveração, descreveremos abaixo três modelos pragmáticos.

De acordo com o asseverado no subitem 2.3.2, as *organizações da sociedade civil* que integram o clássico *terceiro setor* da escala social são instituídas por um dos formatos jurídicos de pessoa jurídica sem finalidade lucrativa — associação ou fundação — para a promoção de *ações materiais com função social e valores de solidariedade*, as quais atendem aos *interesses públicos*. A associação Vaga Lume de São Paulo, qualificada pelo Ministério da Justiça como

⁷ MELO NETO; FROES, **Empreendedorismo social**, op. cit., p. 10.

⁸ “[...] social entrepreneur: a person driven by an innovative idea that can help correct an entrenched global problem. The world’s leading social entrepreneurs pursue system-changing solution that permanently alter existing patterns of activity.”, ASHOKA. **Ashoka’s history**. Arlington: Ashoka, [2021]. Disponível em: <https://www.ashoka.org/en-us/story/ashokas-history> Acesso em: 24 ago. 2021.

OSCIP desde 2004, foi criada para concretizar por prazo indeterminado, em todo território nacional, ações sociais voltadas, principalmente, à cultura e à educação⁹. Na prática essa a OSCIP constrói infraestruturas de bibliotecas em comunidades rurais da Amazônia brasileira, capacita mediadores de leitura dentre os moradores da própria comunidade, fomenta a gestão comunitária desse patrimônio, valoriza a cultura local, a produção de livros artesanais e estimula o intercâmbio cultural entre os jovens atendidos pelo projeto e os jovens de escolas e outras organizações do sudeste brasileiro para o *compartilhamento de saberes*. Dessa forma, a Vaga Lume pode ser classificada como um tipo de *empreendedorismo social* por se identificar com os caracteres traçados por DEES, que podem ser resumidos em: *agente econômico que modifica o contexto social* — o dessa hipótese das comunidades rurais da Amazônia não atendidas por *políticas públicas* — *por meio de uma missão inovadora* destinadas à *melhoria da educação e ao aprimoramento da nossa cultura* — fomento à leitura e às diversidades regionais.

Uma *sociedade autogestionária* pertencente a classe da *economia solidária*, regida por um regime jurídico particular¹⁰, também pode denotar pelos seus elementos estruturantes ser uma espécie do gênero *empreendimentos sociais*. A Cooperativa Ecovida Palha de Arroz, sediada na zona norte do Recife, num local que antes funcionava uma fábrica de arroz, liderada e formada apenas por mulheres catadoras de lixo reciclável é um exemplo extraordinário. Antes de unirem os seus esforços materiais para gerar proveito comum por meio da *cooperativa*, parte dessas mulheres pernambucanas já trabalhavam em condições precárias como carroceiras nas ruas do Recife, recolhendo material reciclável para venda autônoma. Hoje essas mulheres laboram em condições muito mais salubres, separando o lixo para depois conferir à destinação correta do resíduo sólido. Em 2020 a Cooperativa Ecovida Palha de Arroz recebeu da Prefeitura do Recife a primeira célula de reciclagem criativa do programa Recicla Mais, com máquinas de *upcycling*, permitindo que as mulheres transformem o lixo reciclável em objetos comercializáveis no mercado¹¹. Logo, a Cooperativa Ecovida Palha de Arroz é um *agente econômico que modifica o contexto social* — diretamente de inúmeras mulheres e, indiretamente, das respectivas famílias — *por meio de uma missão inovadora* que contribui

⁹ Estatuto social disponível em: <https://vagalume.org.br/anexos/estatuto.pdf> Acesso em: 21 jul. 2021.

¹⁰ Conferir o subitem 2.3.1, onde trabalhamos mais detalhadamente a economia solidária.

¹¹ Cf. PREFEITURA DO RECIFE. **Prefeitura do Recife transforma Cooperativa Ecovida Palha de Arroz em primeira célula de reciclagem criativa do programa Recicla Mais**. Recife: Prefeitura do Recife, [2020]. Disponível em: <http://www2.recife.pe.gov.br/noticias/23/12/2020/prefeitura-do-recife-transforma-cooperativa-ecovida-palha-de-arroz-em-primeira> Acesso em: 24 ago. 2021.

para a política nacional dos resíduos sólidos (Lei federal n. 12.305/10), além de fomentar uma existência mais digna a todos os envolvidos.

As *empresas sociais* podem igualmente ser classificadas como um dos formatos de *empreendimentos sociais*. Analisaremos a empresa brasileira de responsabilidade limitada denominada de Meu Copo Eco Ltda., estabelecida em Florianópolis desde 2011. A referida pessoa jurídica, com finalidade lucrativa, possui como foco principal uma missão ambiental muito clara, que é a de impulsionar o consumo consciente de copos reutilizáveis em substituição aos produtos descartáveis, fabricados em plástico, que levam mais de 400 anos para se decompor. Segundo o portfólio técnico da empresa¹², o propósito social é realizado no mundo fático mediante a venda ou o aluguel de copos reutilizáveis fabricados em material extremamente resistente — *polipropileno* (PP 5) —, 100% reciclável, com boa durabilidade, mesmo depois de higienizados inúmeras vezes, além de serem objeto de *logística reversa*¹³. Diante disso, podemos encaixar a Meu Copo Eco Ltda. no conceito de *empreendedorismo social* moldado por DEES, por retratar típico *agente econômico que modifica o contexto social* — aqui a problemática do meio ambiente não suportado de modo satisfatório por *políticas públicas* — *por meio de uma missão inovadora destinadas mudar a relação de consumo em eventos e eliminar os descartáveis* — venda e aluguel de copos reutilizáveis ecologicamente corretos.

Por fim, abordaremos os *negócios com impacto social*, amplamente difundido no território acadêmico nacional¹⁴. Vale ressaltar, que nos demais países da América Latina o

¹² Disponível em: <https://www.meucopoeco.com.br/site/porque-usar> Acesso em: 21 jul. 2021.

¹³ De acordo com a lei federal 12.305/2010 que estabeleceu a Política Nacional de Resíduos Sólidos no território brasileiro, a *logística reversa* consiste em “instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada” (inciso XII artigo 3º). Todos os produtos que envolverem materiais descritos nos incisos e parágrafos do artigo 33 (incluindo os fabricados em plástico) são obrigados a estabelecer uma política de *logística reversa*, independente dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, possibilitando aos consumidores a devolução dos produtos para a destinação ambiental adequada.

¹⁴ A Escola de Administração de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP) criou um laboratório para ampliar os estudos sobre os *negócios*, que dentro do território nacional, atingem os consumidores da base da pirâmide — essa teoria será tratada no subitem a seguir — ou de baixa renda (sobre o laboratório vide: FGV-EAESP. **EAESP representa Brasil em fórum internacional sobre o consumo de baixa renda**. São Paulo: FGV – Fundação Getúlio Vargas, [2013]. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/eaesp-representa-brasil-forum-internacional-sobre-consumo-baixa-renda> Acesso em: 24 ago. 2021). Foi a partir daí que a qualificação do *negócio com impacto social* foi amplamente disseminada no meio acadêmico brasileiro e, supostamente, também porque o termo *empresa social* “não adquiriu tanta aceitação em regiões da América Latina” (Cf. TISCOSKI, Gabriela Pelegrini; ROSOLEN, Talita; COMINI, Graziella. **Empreendedorismo social e negócio sociais: um estudo bibliométrico da produção nacional e internacional**. Rio de Janeiro: XXXVII Encontro ANPAD, p. 04, set. 2013. Disponível em: http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_APB1365.pdf Acesso em: 24 ago. 2021).

termo versado corriqueiramente é o de *negócios inclusivos*, por influência da rede de pesquisadores SEKN – Social Enterprise Knowledge Network formada em 2001, da qual o Brasil também faz parte por intermédio da Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP)¹⁵.

O significado atribuído aos *negócios com impacto social* é bem alargado, porquanto abarca “qualquer atividade empresarial que tenha impacto social dentro de sua ação de negócio”¹⁶, independente do setor social a que essa organização pertença. Logo, dentro desse raciocínio cabem todas as pessoas jurídicas, com ou sem finalidade lucrativa — como se fosse sinônimo de *empreendimentos sociais*. Uma *organização da sociedade civil do terceiro setor* é necessariamente também um *negócio com impacto social*, de igual modo, uma gigantesca multinacional, que cumpre regularmente as obrigações assumidas em razão da *responsabilidade social corporativa* ou da *política do ESG*, também é necessariamente um *negócio com impacto social*.

Por outro lado, consideram-se *negócios inclusivos* os empreendimentos capazes de estabelecer uma conexão entre os setores de baixa renda e os *mercados* convencionais, permitindo com essa aproximação que as comunidades carentes exerçam de forma mais efetiva e plena a cidadania¹⁷. No bojo da pesquisa realizada em 2010 pelo SEKN – Social Enterprise Knowledge Network e pelo seu parceiro norte-americano, *The David Rockefeller Center Series on Latin American Studies – Harvard University*, foram considerados modelos de negócio com e sem finalidade lucrativa — mais um conceito sinônimo de *empreendimentos sociais* —, porque na América Latina as *cooperativas* e as *organizações da sociedade civil* há tempos deixaram de considerar o *mercado* a principal causa dos problemas socioeconômicos, atuando tal como ele para minimizar a desigualdade, ao invés de contar somente com os subsídios públicos, diferente do cenário norte-americano em que as grandes multinacionais investem nos setores de baixa renda¹⁸. Os demais critérios destacados para os *negócios inclusivos* são: i)

¹⁵ De acordo com as informações sobre a composição dos pesquisadores do SEKN divulgadas no sítio eletrônico disponível em: <http://www.sekn.org/pt-br/quienes-somos/> Acesso em: 24 ago. 2021.

¹⁶ COMINI, Graziella; BARKI, Edgard; AGUIAR, Luciana. O novo campo dos negócios com impacto social. In: BARKI, Edgard; et. al. (orgs.). **Negócios com impacto social no Brasil**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2013, p. 52.

¹⁷ MÁRQUEZ, Patricia; REFICCO, Ezequiel; BERGER, Gabriel (edits.). **Negócios inclusivos: iniciativa de mercado con los pobres de Iberoamérica**. Bogotá: Zona Ltda.; Amaral Editores, 2010, p. 04. Disponível em: <http://www.sekn.org/wp-content/uploads/2016/12/SEKN-Negocios-inclusivos-version-espanol.pdf> Acesso em: 24 ago. 2021.

¹⁸ Idem, p. 05.

geração de *valor econômico e social*, para garantir sustentabilidade financeira e rentabilidade e a partir disso o progresso social da comunidade vulnerável; ii) potencial relevância da criação do valor social, que deve ser, preferivelmente, atividade principal da pessoa jurídica; iii) priorizar as oportunidades de negócio com os setores de baixo ingresso econômico¹⁹.

Enfim, trata-se de verdadeira lambança conceitual que não auxilia o conhecimento padrão do intérprete, porque os termos são foneticamente próximos — *negócios inclusivos* e *negócios com impacto social* — e introduzem significados bem semelhantes²⁰. Ademais, sob o manto do mesmo rótulo são inclusos fenômenos distintos, ou seja, a sociedade empresária que possui uma finalidade *bidimensional* ou *tridimensional* — socioeconômica e socioambiental — é posta ao lado da sociedade empresária que possui uma finalidade *unidimensional* — *maximização dos lucros* — e, que ocasionalmente, direciona parte dos excedentes financeiros a projetos sociais ou ambientais. O conceito abaixo transcrito é manejado como uma das espécies de *negócio com impacto social*, quando na realidade representa o que entendemos como *empresa social*:

No entanto há um aumento considerável de pequenas organizações que atuam segundo uma concepção de negócios com impacto social e utilizam uma estratégia deliberada, ou seja, são empreendedores que identificam oportunidades de negócios, mas que buscam também um significado maior, e não apenas o retorno financeiro. Eles querem fazer diferente e fazer a diferença. Por isso, muitas dessas organizações se introduzem em campos de vulnerabilidade do consumidor da base da pirâmide, como educação, emprego e habitação.²¹

3.2 CENÁRIO TEÓRICO DAS EMPRESAS SOCIAIS

A princípio, impõe-se fixarmos alguns pontos importantes das diferentes perspectivas teóricas sobre os *empreendimentos sociais* que assumem o formato de *empresas sociais*. O tema do propósito socioambiental aliado ao propósito econômico — *finalidade bidimensional* ou *tridimensional* — começou a ser suscitado depois que PRAHALAD e HART divulgaram a

¹⁹ MÁRQUEZ; REFICCO; BERGER, *Negócios inclusivos*, op. cit., p. 06.

²⁰ “O movimento do empreendedorismo social também foi intensamente disseminado nos países desenvolvimento, porém o termo empresa social não adquiriu tanta aceitação em regiões como a América Latina e Ásia. Uma possível explicação é o fato de existir certa resistência política em relação ao termo “empresa”, herdada dos movimentos sociais que fizeram emergir as organizações sociais. Assim, surgiram novas nomenclaturas, como negócios sociais e negócios inclusivos.” TISCOSKI; ROSOLEN; COMINI, *Empreendedorismo social e negócio sociais*, op. cit., p. 4.

²¹ BARKI, Edgard; AGUIAR, Luciana. Negócios com impacto social em grandes e pequenas empresas. In: BARKI, Edgard; et. al. (orgs.). *Negócios com impacto social no Brasil*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2013, p. 71.

teoria da *base da pirâmide* (BoP) no final do século XX, como uma advertência pública sobre a indispensável releitura do modelo *capitalista do mercado concorrencial*. De lá para cá inúmeras análises teóricas surgiram, os estudiosos do assunto passaram a divergir com relação aos pressupostos essenciais das *empresas sociais*, defendendo cada qual um modelo diverso de atuação, a saber:

1. A teoria econômica da *base da pirâmide* — reconhecia pela sigla em inglês BoP — de PRAHALAD e HART, amplamente difundida no final da década de 90 do século passado, impactou sobremaneira a esfera do *empreendedorismo social*²². Sustentaram os autores que a *base da pirâmide*, composta pela população de baixa renda — correspondente a $\frac{2}{3}$ da população mundial, com renda anual *per capita* inferior a US \$ 1.500 —, seria um nicho do *mercado* altamente atrativo para as grandes empresas multinacionais, que poderia proporcionar a longo prazo um crescimento empresarial exponencial, lucros incalculáveis e diversos benefícios sociais. A rigor, o público-alvo da *base da pirâmide* é ignorado pelas grandes corporações e atendido exclusivamente por *organizações da sociedade civil* sem fins lucrativos e pelas escassas políticas públicas governamentais. Esse segmento social, até então não alcançado pelos métodos tradicionais do *mercado* de prestação de serviços e fornecimento de bens de qualidade, é potencialmente interessante e ao mesmo tempo desafiador, porque exigirá do empreendedor estratégias inovadoras e sustentáveis — a combinação perfeita seria: baixo custo + qualidade + sustentabilidade = lucro + benefícios sociais²³. A reestruturação do *mercado* nesse sentido, surtindo reflexos sociais positivos sobre a *base da pirâmide* poderia, em última análise, modificar o formato de consumo das classes mais abastadas, alterando de igual modo o funcionamento do sistema *capitalista*;

2. POTER e KRAMER algum tempo depois, passaram a defender que cumpria aos agentes econômicos já existentes, e aos novos também, direcionarem suas preocupações não apenas para a conversão da péssima reputação pública — que lhes imputa responsabilidade pelo

²² PRAHALAD, Coimbatore Krishnarao; HART, Stuart L. The fortune at the bottom of pyramid. **Estratégia e negócios**, Florianópolis, n. 2, v. 1, p. 01-24, dez. 2008,. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260943834_The_Fortune_at_the_Bottom_of_the_Pyramid Acesso em: 24 jul. 2021.

²³ Um dos exemplos de sucesso é o do detergente para lavar roupas *ALA 5 em 1*, desenvolvido por uma das empresas do grupo econômico UNILEVER — que segundo os autores, adotou a *base da pirâmide* como estratégia corporativa (Idem, p. 08) — para atender as exigências dos consumidores das regiões norte e nordeste do Brasil, unindo qualidade, baixo custo e ativos biodegradáveis que não prejudicam o meio ambiente. Sobre o produto vide informações disponível em: <https://www.unilever.com.br/brands/our-brands/ala.html> Acesso em: 24 jul. 2021.

agravamento dos problemas sociais — por meio da implementação de ferramentas de *responsabilidade social*. O único modo efetivo para modificar a visão negativa seria por meio da adoção de estratégias sociais no próprio escopo de atuação da pessoa jurídica, que ao final resultariam no *compartilhamento de valor*²⁴. Vale dizer, ao invés de proporcionar investimento social privado desconectado da realidade corporativa e da sociedade do seu entorno — o que seria para eles uma solução formal e contraproducente —, caberia ao agente econômico forjar um novo raciocínio empresarial para unir esforços em identificar os pontos de intersecção entre a empresa e a sociedade, avaliando de que forma uma impacta a outra (condições de trabalho; política salarial; estímulo à profissionalização; incentivo aos investidores externos); selecionar as questões sociais a serem tratadas (ambientais; trabalhistas; culturais; de saúde pública), que a curto e a longo prazo proporcionem benefícios significativos para a sociedade e ao mesmo tempo agregue resultados financeiros para a pessoa jurídica; criar uma agenda social corporativa, categorizando e classificando as questões sociais e os possíveis meios de alcance de determinado fim²⁵. No contexto de *compartilhamento de valor* de POTER e KRAMER não entra em cena a questão da distribuição ou não dos dividendos, restando o enfoque exclusivo na questão social²⁶;

3. BORZAGA e DEFOURNY apoiaram-se no estudo multidisciplinar realizado para o EMES – *Emergence of Social Enterprise in Europe*²⁷ em 2001 sobre *empresa social*. Com base na experiência empírica da União Europeia e na análise científica, o EMES traçou três campos — econômicos, sociais e de governança participativa — que podem atestar ser o empreendimento uma *empresa social*, a saber: a) *econômico* – atividade contínua de produção de bens e serviços; um nível significativo de risco econômico; um valor mínimo de trabalho remunerado; b) *social* – um objetivo explícito de beneficiar a comunidade; uma iniciativa lançada por um grupo de cidadão ou *organizações da sociedade civil*; uma distribuição limitada de lucros; c) *governança participativa* – um alto grau de autonomia; um poder de decisão não baseado na propriedade do capital; um caráter participativo que envolve várias partes afetadas

²⁴ POTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility. Boston: **Harvard Business Review**, dec. 2006, p. 78-92. Disponível em: <https://hbr.org/2006/12/strategy-and-society-the-link-between-competitive-advantage-and-corporate-social-responsibility> Acesso em: 18 jul. 2021.

²⁵ Cf. POTER; KRAMER, **Strategy and society**, op. cit., p. 84-88.

²⁶ Cf. PORTER; KRAMER, **Creating shared value**, op. cit., p. 04-17.

²⁷ O EMES – Internacional Research Network foi fundado em 1996, por um grupo internacional de estudiosos, para desenvolver estudos sobre *empreendedorismo social*. Essa rede de pesquisa é financiada pela União Europeia e conta com a participação de 15 países. Para mais informações acessar o sítio eletrônico do EMES disponível em: <https://emes.net> Acesso em: 20 ago. 2021.

pelas atividades²⁸. As características delineadas pelo EMES são meros indicadores, que descrevem um *tipo ideal*, assim a qualificação de um empreendimento como *empresa social* pode reunir parte dos requisitos ou todos eles, que variam, comumente, de acordo com o nível de desenvolvimento econômico-social da sociedade em que o estiver inserido²⁹, admitindo considerar até mesmo que os *agentes econômicos da economia social* — organizações sem finalidade lucrativa — distribuam dividendos³⁰;

De fato, os autores reconhecem que entre os países da Europa ocidental as *empresas sociais* apresentam distintos aspectos em sua estrutura societária. Contudo, é usual que essas organizações, embora privadas, exerçam uma função redistributiva ao criar postos de trabalho adicionais, aliviar problemas sociais ou promover o desenvolvimento local — *interesses públicos* portanto —, e com isso contribuir para transformar o Estado do bem-estar —, atuando em paralelo ao *mercado* e ao Poder Público³¹, típico da *economia social*. O reflexo da ação redistributiva beneficia a *empresa social*, melhorando a sua reputação no *mercado* e selando uma relação de confiança com a comunidades afetada³². As *empresas sociais* atuam em dois grandes blocos na Europa ocidental, um de integração profissional e social para trabalhadores desfavorecidos e outro de prestação de serviços comunitários para pessoas necessitadas ou excluídas dos benefícios públicos³³. De frente essas particularidades, as *empresas sociais* devem ser tidas com uma nova forma organizacional ou uma tendência inovadora na arena econômico-social da União Europeia³⁴;

4. DESS e ANDERSON sustentam que esse tipo de *empreendimento* com dualidade social e financeira — “*double bottom line*” — é uma realidade presente em muitos países democráticos e, exatamente por essa característica dual, diferenciam-se dos demais

²⁸ EMES. **Focus areas**. Lier, Bélgica: EMES — International Research Network, [2021]. Disponível em: <https://emes.net/focus-areas/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁹ “These country variations can be explained by referring to a number of factors. The most common are: the level of development of the economic and social systems; the characteristics of the welfare systems and of the traditional third sector; and the development of the legal systems. We will consider these factors in turn.” BORZAGA Carlo; DEFOURNY, Jacques. **The emergence of social enterprise**. New York: Routledge, 2001, p. 355.

³⁰ Nos países do continente europeu é admissível à distribuição limitada de eventuais dividendos por associações, fundações e *cooperativas*, ainda que exerçam atividade sem finalidade lucrativa (Cf. KERLIN, Janelle A. Social enterprise in the United States and Europe: understanding and learning from differences. **Voluntas –International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations**, Springer Publishing, New York, p. 249, 2006. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11266-006-9016-2>. Acesso em: 24 ago. 2021).

³¹ BORZAGA; DEFOURNY, **The emergence of social enterprise**. New York: Routledge, 2001, p. 357-362.

³² Idem, p. 361.

³³ Idem, p. 351-352.

³⁴ Idem, p. 366.

setores sociais³⁵. Esse formato de estrutura organizacional peculiar oferece uma vantagem financeira que excede o mero acúmulo de capital, pois a motivação lucrativa pode refletir também: i) em estímulo à eficiência e inovação; ii) na abertura de capital para atrair mais investidores³⁶; iii) na maior receptividade às flutuações de demanda do mercado; iv) em recompensas melhores aos trabalhadores em comparação às *organizações da sociedade civil*. Porém, a integração do propósito social ao caráter lucrativo é uma missão desafiadora, uma vez que a gestão empresarial sofre algumas dificuldades, especialmente, pela intangibilidade dos benefícios sociais, que não possuem a mesma métrica dos impactos financeiros. E isso, na prática, pode gerar certos preconceitos políticos e descrédito dos consumidores e investidores sobre o *empreendimento social*, que podem ser revertidos com a adoção de condutas estratégicas e posturas empresariais tenazes³⁷;

5. KERLIN ao efetuar um exame comparativo entre as estruturas das *empresas sociais* no território norte-americano e no europeu conclui que nos Estados Unidos da América o termo é veiculado na área acadêmica³⁸ e focado nos empreendimentos que pretendem produzir receita — lucrativos portanto — e na mesma medida se engajam em atividades econômicas socialmente benéficas³⁹, ao passo que na Europa existem duas correntes de pensamento científico, uma que propaga o termo se reportando às organizações que buscam potencializar o impacto social de suas atividades produtivas — com finalidade lucrativa ou não

³⁵ DESS, J. Gregory; ANDERSON, Beth Battle. **For-profit social ventures**. International Journal of Entrepreneurship Education – IJEE, Dublin, Senate Hall Academic Pub. Duke University's Fuqua School of Business, Durham, p. 01-26, 2002. Disponível em: <http://catcher.sandiego.edu/items/soles/DeesAndersonCase.pdf> Acesso em: 20 ago. 2021.

³⁶ Mas os autores reconhecem que as expectativas dos investidores podem prejudicar o compartilhamento de valor social, porquanto buscam apenas o retorno financeiro. Idem, p. 10.

³⁷ Para os autores todas as dificuldades geradas pela integração do social com o lucro podem ser afastadas mediante adoção de condutas direcionadas para: evitar a falta de definição estratégica da missão social; construir um modelo de negócio social viável, que considere os riscos reais; oferecer melhores condições de trabalho, para criar uma equipe comprometida; buscar por grupos de clientes negligenciados (procura por novos consumidores – oportunidades na *base da pirâmide* aos moldes da teoria de HART e PRAHALAD); atingir consumidores que valorizem o impacto social; avaliar o desempenho com seriedade e transparência, mesmo certo da dificuldade de mensurar o impacto social; manter o controle empresarial (administração) nas mãos de pessoas com empatia pela missão social; atrair investidores interessados no duplo retorno, financeiro e social; antecipar à resistência *política* e antever os meios para revertê-la; desenvolver a reputação da marca vinculada com qualidade e desempenho; celebrar parcerias com *organizações da sociedade civil* para compartilhar modelos de impacto social (Idem, p. 13-22).

³⁸ A autora sinaliza que fora do âmbito acadêmico o termo *empresa social* é amplamente divulgado até mesmo para se referir às *organizações da sociedade civil* sem finalidade lucrativa que pertencem ao *terceiro setor*, mas que desenvolvem estratégias para gerar excedentes financeiros e auxiliar o movimento filantrópico. A associação nacional *The Social Enterprise Alliance* é um exemplo de organização que as inseri no conceito de *empresas sociais* (KERLIN, *Social enterprise in the United States and Europe: understanding and learning from differences*, op. cit., p. 248).

³⁹ Idem.

—, e outra que se alinha ao o *tipo ideal* com os elementos indicativos elencados pelo EMES — *Emergence of Social Enterprise in Europe*, conforme elencamos acima⁴⁰. As principais distinções entre os empreendimentos residem: i) na *governança organizacional* — gestão democrática com a efetiva participação dos beneficiários e inclusão de grupos vulneráveis; ii) no *amplo relacionamento com o Estado* — apoio significativo dos governos regionais e federal; iii) na *amplitude do atendimento* — não se reduz à integração do trabalho e aos serviços sociais individualizados, abraçando também outras demandas, como ambientais por exemplo⁴¹. As duas primeiras características estão de fato presentes nas *empresas sociais* da Europa e praticamente nulas nas dos Estados Unidos da América, enquanto a última predomina como objetivo das *empresas sociais* norte-americanas e pouco alcança as da Europa;

6. YUNUS⁴² e WEBER acreditam que a estrutura do *capitalismo* é semidesenvolvida, porquanto não atende todas as demandas sociais das complexas sociedades contemporâneas, com o enfoque exclusivo na *maximização dos lucros*⁴³. Uma solução possível para aprimorar esse modelo econômico seria a partir do estímulo à criação de estruturas organizacionais diferenciadas, com objetivo de criar valor social para as pessoas afetadas pela exploração da *atividade econômica lucrativa*, seguindo os moldes do *Grameen Bank* fundado por YUNUS em 1983, em Bangladesh, que oferece microcrédito aos cidadãos pobres, em sua maioria mulheres da zona rural⁴⁴. A *empresa social* proposta pelos autores segue a linha da internalização contínua do lucro no desenvolvimento da sua finalidade estatutária — sempre com viés social —, para que a geração de excedentes permita cada vez mais a ampliação do impacto social, atingindo outros espaços geográficos, aperfeiçoando seus produtos e serviços, fomentando pesquisa, tecnologia e inovação entre outras vantagens⁴⁵. Mas isso não significa um critério econômico absoluto — embora seja com relações aos investidores externos —, vez

⁴⁰ KERLIN, *Social enterprise in the United States and Europe: understanding and learning from differences*, op. cit., p. 249-250.

⁴¹ Idem, p. 259-260.

⁴² O economista e professor Muhammad Yunus recebeu o prêmio Nobel da Paz no ano de 2006 pelas suas ações sociais ligadas ao microcrédito em Bangladesh, sua terra natal. Em 1983 fundou um Banco oficial denominado de *Grameen Bank* para fornecer empréstimos para as pessoas economicamente desfavorecidas, em especial, para as mulheres residentes na zona rural. Os mútuos são até hoje realizados pelo *Grameen Bank* com uma taxa de juros muito inferior à praticada pelo mercado financeiro de Bangladesh e a inadimplência dos mutuários é baixíssima. Em 2011 Muhammad Yunus e Saskia Bruysten fundaram a Yunus Social Business Global, para difundir o conceito de empresa social pelo mundo, que inclusive desembarcou aqui no Brasil no ano de 2013 (Yunus Negócios Sociais no Brasil), como parte da sua rede mundial, para intermediar às transação entre empresa e filantropia, auxiliado na criação de novos *empreendimentos sociais* que possam gerar impacto social positivo para humanidade (Cf. <https://www.yunusnegociossociais.com.br/quem-somos> Acesso em: 22 ago. 2021).

⁴³ YUNUS; WEBER, *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*, op. cit., p. 33-34.

⁴⁴ Idem, p. 57-65.

⁴⁵ Idem, p. 38.

que os próprios autores admitem que o lucro adicional seja “pago na forma de dividendos aos residentes pobres e de baixa renda que são donos da empresa, beneficiando-os, assim, direta e financeiramente”⁴⁶. A formação do capital da empresa social pode ser diversificada ou não, admitindo até mesmo à participação do Poder Público⁴⁷ e de *organizações da sociedade civil*, contanto que, os investidores estejam cientes de que o capital injetado será reavisto na medida exata do investimento inicial, sem a faculdade de perceber dividendos no futuro, isto é, o lucro obtido não é repartido além do reembolso necessário⁴⁸. Para atrair mais investidores, os autores sustentam algo audacioso, a criação de um mercado de ações separado do mercado de capitais comum — denominado de “mercado de ações sociais”⁴⁹;

7. ETCHART e COMOLLI ao analisar o contexto dos *mercados* emergentes da América Latina constataram a existência de um novo espaço na escala social formado por organizações híbridas e sustentáveis — denominado por eles de *fourth sector*⁵⁰ — criadas para alcançar demandas sociais e ambientais, que aumentaram exponencialmente nos últimos tempos, e não se alinham com a capacidade e a habilidade dos setores tradicionais. As *empresas sociais* que integram esse quarto espaço atuam para fortalecer o impacto social e ambiental, mas sem desfocar da meta econômica — o excedente financeiro da atividade lucrativa é parcialmente investido no objeto social, distintamente das *organizações da sociedade civil* que se sujeitam na integralidade⁵¹. As *empresas sociais* podem direcionar a sua estrutura societária para a gestão empresarial — *management driven* —, com enfoque em estratégias societárias do *mercado*, ou para a comunidade — *community driven* —, espécie de governança corporativa participativa, dentro da própria comunidade afetada, antes excluída⁵²;

8. TISCOSKI, ROSOLEN e COMINI creditam o termo *empresas sociais* aos empreendimentos que surgiram na América do Norte na década de 70 do século XX, para suprir demanda sociais desamparadas pela retração dos subsídios estatais⁵³. Esse formato de empreendimento apresenta duplo objetivo, visto que, adaptam à lógica lucrativa as metas

⁴⁶ YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo, op. cit., p. 43.

⁴⁷ Esse formato de financiamento diversificado, incluindo à participação do Poder Público — como mero investidor, sem controle acionário, por meio de uma empresa estatal —, é uma proposta bem interessante e será explorado melhor no subitem 3.6 adiante quando trataremos do fomento do setor 2 ½.

⁴⁸ YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo, op. cit., p. 37-39.

⁴⁹ Idem, cap. 8., p. 173-191.

⁵⁰ ETCHART Nicole; COMOLLI Loïc. **Social enterprise in emerging market countries**: no free ride. New York: Palgrave Macmillan, 2013, p. 61.

⁵¹ Idem, p. 01.

⁵² Idem, p. 61.

⁵³ TISCOSKI; ROSOLEN; COMINI, **Empreendedorismo social e negócio sociais**, op. cit., p. 03.

sociais, posto isso seriam negócios híbridos. Não obstante, as autoras evidenciam que dentro da inteligência norte-americana de *empresa social*, as *organizações da sociedade civil* que se destinam a alguma atividade comercial, mesmo não contendo essencialmente uma finalidade lucrativa, também se enquadram para os devidos fins⁵⁴. As atividades socioeconômicas regularmente são prestadas em complementação às políticas públicas e às iniciativas sociais do *mercado*. Por outro lado, o painel europeu se vincula aos princípios da *economia social* — *associativismo* e *cooperativismo*. As *empresas sociais* entraram em cena na Europa como empreendimentos lucrativos e colaborativos, instituídos para atuar em paralelo ao Estado e ao *terceiro setor* no atendimento dos interesses sociais emergentes da sociedade⁵⁵;

9. THOMPSON e SCOTT apontam que na Inglaterra, desde 2002, o órgão oficial competente — *DTI – Department of Trade and Industry* —, divulgou a seguinte definição de *empresa social*: uma empresa com objetivos essencialmente sociais, cujos excedentes são principalmente reinvestidos para esse propósito (social) no negócio e na comunidade, ao invés de serem impulsionados pela necessidade de maximizar lucros para os acionistas e proprietários⁵⁶. Essa concepção é relevante para exclusão de todos os empreendimentos, que embora baseados na comunidade e direcionado aos seus interesses — os quais também são extremamente valiosos —, não seguem a lógica do *mercado competitivo*, isto é, para apartar os que não possuem uma visão de negócio operando de forma potencialmente inovadora⁵⁷. Partindo do conceito estatal e das posições doutrinárias, os autores estabelecem sete elementos para identificar uma *empresa social*, que são: i) propósito social; ii) ativos e riquezas utilizados para criar benefícios para a comunidade; iii) exercício de atividade comercial (ao menos em parte), ofertando diretamente aos clientes bens e serviços a preços módicos; iv) reinvestimento dos excedentes financeiros na própria finalidade e na comunidade, ao invés de serem somente distribuídos; v) funcionários e membros exercem um papel na tomada de decisão sobre a gestão empresarial (governança participativa); vi) fiscalização tanto pelos membros quanto pela comunidade em geral; vii) resultado duplo ou triplo — “*double or triple bottom line*” —, de

⁵⁴ TISCOSKI; ROSOLEN; COMINI, **Empreendedorismo social e negócio sociais**, op. cit., p. 03.

⁵⁵ Idem, p. 04.

⁵⁶ BIS – Department for Business Innovation & Skills. **A guide to legal forms for social enterprise**. London: BIS – Department for Business Innovation & Skills, [2011]. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf Acesso em: 20 ago. 2021.

⁵⁷ THOMPSON Jonh; SCOTT Jonathan M. **Social enterprise or social entrepreneurship: which matters and why?** In: DENNY, Simon; SEDDON, Fred (edit.). *Social enterprise: accountability and evaluation around the world* New York: Routledge, 2014, p. 15.

cunho econômico, social e, por vezes, ambiental⁵⁸;

10. REISER e DEAN ao interpretar esse terreno particular composto pelas *empresas sociais*, concluíram que tais organizações societárias são instituídas para proporcionar lucros aos seus instituidores, mas sem negligenciar a missão social⁵⁹. O propósito social pode ser incorporado em negócios lucrativos de inúmeras maneiras⁶⁰, demonstrando com isso ser perfeitamente possível adotar uma finalidade *bidimensional* — “doing well by doing good”⁶¹ — beneficiando minorias; pessoas ou grupos de risco e/ou marginalizados; imigrantes excluídos. Diferente das *organizações da sociedade civil* que buscam, de forma contínua, reinvestir o superávit no desenvolvimento de um objetivo social, é legítimo aos fundadores das *empresas sociais* perceberem lucros em decorrência da *atividade econômica* com enfoque social. A *empresa social*, tal como um empreendimento lucrativo do *mercado*, terá que angariar capital para suportar a materialização do projeto inicial e implementar a sua participação no *mercado* e, futuramente, idealizar uma expansão econômica. A questão do acesso ao capital pode ser solucionada com a aceitação de investidores duplamente intencionados, ou com uma visão econômico-social⁶².

11. JOÃO examinou o contexto latino-americano, mas especificamente o do Brasil, e arrematou, prontamente, que o conceito de *empresa social* por aqui utilizado “não corresponde exatamente à visão europeia e nem à americana”⁶³, especialmente, porque a escassa doutrina é carregada de lacunas — e para nós, cheia de equívocos hermenêuticos causados pelo uso dos títulos *negócios com impacto social* e *negócios inclusivos* como sinônimos de *empresas sociais*. A autora acredita que as diferentes denominações utilizadas no Brasil e na América Latina decorre da falta de legislação específica sobre a matéria⁶⁴. Devido

⁵⁸ THOMPSON; SCOTT, **Social enterprise or social entrepreneurship**, op. cit., p. 15-16.

⁵⁹ REISER Dana Brakman; DEAN, Steven A. **Social enterprise law: trust, public benefit, and capital markets**. New York: Oxford University Press, 2017, p. 09.

⁶⁰ A partir das seguintes práticas ou objetivos: i) privilegiar fornecedores de grupos sociais excluídos ou compostos por minorias que também adotem práticas sustentáveis; ii) contratar imigrantes ou pessoas com deficiência, que num primeiro momento demandará mais gastos com treinamento, mas certamente impactará esse grupo, suas famílias e comunidades; iii) selecionar um modo de produção ou prestação de serviços que reduza a produção de carbono como a sua missão social — adoção de tecnologia verde; iv) produção de bens de qualidade para consumidores da base da pirâmide. (Cf. idem, p. 09-10).

⁶¹ Idem, p. 10.

⁶² Idem, p. 11.

⁶³ JOÃO, Iraci de Souza. **Modelo de gestão da inovação social para empresas sociais**. Orientador: Simone Vasconcelos Ribeiro Galina. 2014. 151 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014, p. 29. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-16122014-163807/pt-br.php> Acesso em: 026 ago. 2021.

⁶⁴ Idem, p. 31.

à deterioração contínua das condições socioeconômicas no Brasil, discute-se muito como se daria a intersecção das *empresas sociais* com a teoria da *base da pirâmide* (BoP). Uma solução factível seria a substituição, pela sociedade e pelo Estado, da visão de vitimização das pessoas em risco e excluídas, pela real intenção de transformação desses sujeitos, que também podem ser empreendedores inovadores e não meros dependentes de caridades, bastando que lhes seja concedida uma oportunidade de modificar suas vidas para se tornarem efetivos cidadãos e com isso, reflexamente, atingir o ecossistema que os margeia⁶⁵. Nos países emergentes, como no Brasil, pequenos e médios empreendedores assumem o papel de contrariar a tradição assistencialista, legado da Igreja Católica, para transformar pessoas vulneráveis em sujeitos ativos da transformação socioeconômica, por meio de uma gestão comunitária e participativa⁶⁶;

A partir da interpretação de cada autor do fenômeno da *empresa social*, principalmente dos trabalhados nos parágrafos superiores, é fácil percebermos que não há um conceito absoluto, nem tampouco, um que possa ser tido como o correto e perfeito para demonstrar quais são de fato às realidades que ele representa. Não obstante essa indefinição, é possível revelarmos algumas características básicas e comuns na visão de todos ou, ao menos, da maior parte dos doutrinadores, como também, é possível identificarmos elementos isolados que só se apresentam em alguns conceitos.

O primeiro ponto unânime entre todos os autores é que a *empresa social* é uma entidade moral constituída sob as regras e os princípios de Direito Privado. Em sendo assim, o exercício da *atividade econômica* por este agente privado é pautado na *autonomia de vontade*, que não mais retrata um caráter absoluto, mas ainda confere um poder jurídico amplíssimo assegurando liberdade às pessoas físicas ou jurídicas para empreender capital, de maneira isolada ou coletiva, conforme orientação do livre-arbítrio, observadas às proibições legais.

A respeito da finalidade dessa estrutura organizacional há em entre os autores um certo descompasso, alimentado pelo aspecto econômico. Vale dizer, parte dos autores admite ser factível que o conceito de *empresa social* possa ser implementado por empresas, *organizações da sociedade civil* e *cooperativas*, independente de a *atividade econômica* possuir ou não, como escopo precípua, a obtenção de excedentes financeiros. Contudo, a maioria sustenta o inverso,

⁶⁵ JOÃO, *Modelo de gestão da inovação social para empresas sociais*, op. cit., p. 30-31.

⁶⁶ Idem, p. 31.

que apenas empreendimentos instituídos para alcançar lucro, que fazem dele o seu objetivo, é que podem se afigurar como *empresas sociais*.

Parece-nos que a indiferença sobre a lucratividade faça mais sentido nos países europeus, onde o conceito de *empresa social* surgiu intimamente ligado ao de *economia social* — *terceiro setor e cooperativas*⁶⁷. A exemplo da Itália, que o Parlamento aprovou legislação em 1991⁶⁸ disciplinando a figura jurídica da *cooperativa social*. E a grande particularidade disso é que a lei italiana criou uma estrutura societária até então única, que segue os padrões de gestão empresarial inerentes aos *agentes econômicos* e, ao mesmo tempo, persegue objetivo que vai além do lucro, atendendo demandas sociais — verdadeiros *interesses públicos*, relacionados com a geração de emprego; proteção de idosos e pessoas com deficiência; conservação do meio ambiente —, que o *mercado concorrencial* não é capaz de suportar⁶⁹. KERLIN ao analisar o cenário europeu verificou que alguns países possibilitam a distribuição de dividendos por organizações sem finalidade lucrativa, mormente por considerarem as *cooperativas* como parte da *economia social*⁷⁰. Até por essa ligação com a *econômica social* que a questão da governança participativa é tão relevante para o conceito de *empresa social* delineado como ideal pelo EMES, “visto que valoriza os objetivos sociais e a propriedade coletiva dos meios de produção de bens ou prestação de serviços”⁷¹.⁷² Dos 16 países europeus que disciplinaram normativamente as *empresas sociais*, quatro deles — França, Portugal, Espanha e Grécia — adotaram uma legislação fundamentada na tradição do *cooperativismo*⁷³.

Por outro lado, os países com tradição anglo-saxã, como o Reino Unido e os Estado

⁶⁷ DEFOURNY; Jacques; NYSENS, Marthe. Introduction. In: NYSENS, Marthe (edit.). **Social enterprise: at the crossroads of market, public policies and civil society**. Oxon: Routledge, 2006, p. 04.

⁶⁸ Legge n. 381, de 8 de novembro de 1991. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1991/12/03/091G0410/sg> Acesso em: 26 ago. 2021.

⁶⁹ Cf. THOMAS, Antonio. The rise of social cooperatives in Italy. **Voluntas – International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations**, Springer Publishing, New York, n. 03, v. 15, p. 247-249, sept. 2004. Disponível em: <https://staging.community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/article-thomas.pdf> Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷⁰ Cf. KERLIN, **Social enterprise in the United States and Europe**, op. cit., p. 249.

⁷¹ COMINI, BARKI, **O novo campo dos negócios com impacto social**, op. cit., p. 46.

⁷² O conceito de *empresa social* introduzido em 2011 pela OECD – Organização para a Cooperação do Desenvolvimento Econômico na União Europeia também corrobora à indispensável vinculação com a *economia social*, senão vejamos: “an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders. It operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives. It is managed in an open and responsible manner and, in particular, involves employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities” OECD/EU. **Boosting social enterprise development: good practice compendium**. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 22.

⁷³ Cf. JOÃO, **Modelo de gestão da inovação social para empresas sociais**, op. cit., p. 28.

Unidos da América, apresentam um conceito que leva em conta o critério econômico, relacionado com o caráter lucrativo⁷⁴. No Reino Unido, além do conceito de *empresa social* ter sido divulgado oficialmente pelo Departamento do Comércio e Indústria em 2001, há também uma figura jurídica, aprovada pelo Parlamento em 2004, intitulada de *CIC – Community Interest Company* e regulada pelo órgão *Regulator of Community Interest Company*, cuja principal atribuição é decidir se a organização privada é elegível para receber ou manter a classificação como uma *CIC*. Trata-se de sociedade empresária, de responsabilidade limitada, que exerce *atividade econômica* para gerar benefícios às comunidades que servem e, concomitantemente, gerar lucro. A distribuição de dividendos é permitida, mas de modo equilibrado e razoável, apenas o suficiente para encorajar o investimento nessa espécie de *empreendimento social*⁷⁵.

Nos Estados Unidos da América, o entendimento sobre as *empresas sociais* se fragmenta em três linhas distintas, segundo YOUNG⁷⁶: i) uma econômica, que perpassa pelo envolvimento das corporações empresariais com as *organizações da sociedade civil*, num amplo espectro de atividades de *interesse público*; ii) uma acadêmica, que interpreta esse *empreendimento social* como uma organização entre o público e o privado, priorizando a inovação social; iii) uma política, que visualiza a *empresa social* como uma nova forma institucional, pessoa jurídica híbrida, uma empresa econômica que combina a obtenção de lucro com metas sociais. De toda sorte, no território norte-americano predomina a ênfase lucrativa⁷⁷, como característica ínsita da *empresa social*. Isso se deu em razão das atividades comerciais desenvolvidas por *organizações da sociedade civil* desde os primórdios da fundação do país, onde grupos religiosos e comunitários realizavam bazares para angariar fundos e complementar os recursos captados⁷⁸.

Ainda, a respeito do aspecto econômico, importa ressaltar que nem todos estão de acordo

⁷⁴ DEFOURNY; NYSENS, **Introduction**, op. cit., p. 04.

⁷⁵ Cf. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY. **Information and guidance notes**. Office of the Regulator of Community Interest Companies, [2016]. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/626088/cic-12-1333-community-interest-companies-guidance-chapter-1-introduction.pdf Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷⁶ YOUNG, Dennis R. A unified theory of social enterprise. **Working Paper 07-01**, Nonprofit Studies Program, Andrew Young School of Policy Studies – Georgia State University, Atlanta, p. 03-04, jan. 2007. Disponível em: <https://community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/paper-young07.pdf> Acesso em: 24 ago. 2021.

⁷⁷ “However, in the United States the social enterprise remains a very broad and often quite vague concept, referring primarily to market-oriented economic activities serving a social goal.” DEFOURNY; NYSENS, Marthe, **Introduction**, op. cit., p. 04.

⁷⁸ Cf. KERLIN, **Social enterprise in the United States and Europe**, op. cit., p. 251.

com relação à distribuição dos excedentes financeiros aos investidores externos, para além do montante de capital investido quando do seu ingresso na *empresa social*. Vale dizer, é certo que todos os autores concordam que a figura do investidor externo é de extrema importância para injetar capital na *empresa social* e, com isso, impulsionar suas atividades para promoção de valores sociais. Contudo, nem todos os autores aceitam que o lucro conquistado não seja prioritariamente — ou até 100% — reinvestido na atividade social, sob pena de transformar a *empresa social* em mais um agente econômico do *mercado concorrencial*. YUNUS e WEBER asseveram que se os administradores não conseguirem maximizar os lucros prometidos aos investidores, e o impeditivo for a meta social, certamente ela será deixada de lado, posto isso, investidores externos devem permanecer como proprietários da sua parcela de participação e tão-somente perceber o capital dispensado para a entrada na sociedade⁷⁹. DEES e ANDERSON reconhecem que as expectativas dos investidores — lucro, crescimento e liquidez — podem subverter a finalidade social e a intangibilidade do impacto social também não facilita, comprometendo a sua valoração econômica para eventual distribuição⁸⁰. Porém, a presença de investidores só é irrelevante para os empreendimentos iniciados por milionários bem-sucedidos que podem montar um negócio de forma impendente, no mais ela é indispensável⁸¹.

Importa salientar que os autores que admitem a distribuição de dividendos a defendem de forma limitada e razoável, que obviamente não poderá em qualquer hipótese comprometer a finalidade social, afinal, não se trata de um *agente econômico* ordinário do *mercado concorrencial*. Posto isso, acreditamos que a grande questão para aqueles que não admitem será sempre a de como obter a confiança de investidores externos com a singela promessa de: i) retorno do capital investido, sem qualquer ganho financeiro adicional; ii) internalização de bem imaterial — satisfação pessoal e espiritual — pela concretização de valores sociais. No entanto, YUNUS e WEBER insistem que mesmo sem a repartição dos excedentes financeiros ainda assim haverá interessados em investir o seu capital, pois existem “pessoas ainda mais loucas: elas abrem mão do seu dinheiro suado para criar fundações e apoiar instituição de caridade”⁸², então por que não confiar que alguns se interessarão pelas *empresas sociais*?

No que toca à qualificação dos destinatários que se beneficiarão das *atividades*

⁷⁹ YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo, op. cit., p. 50.

⁸⁰ DEES; ANDERSON, **For-profit social ventures**, op. cit., p. 10.

⁸¹ REISER; DEAN, **Social enterprise law**, op. cit., p. 11.

⁸² YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo, op. cit., p. 175.

econômicas desenvolvidas pela *empresa social* é bem similar entre todos os autores, trata-se de pessoas ou grupos desfavorecidos, sem acesso a direitos fundamentais essenciais, como educação de qualidade; posto de trabalho digno, que resulta na paupérrima renda ou na dependência de benefícios sociais por parte do Estado; serviços públicos de primeira ordem, como água encanada e esgotamento sanitário; ou seja, sem acesso ao núcleo mínimo da *dignidade*, da *igualdade* e da *justiça social* — ou ao mínimo existencial. Essa parcela da população mundial marginalizada e esquecida vive uma era emblemática no século XXI, tentando sobreviver em meio ao dilema das melhorias geradas pelo avanço da tecnologia em várias áreas do conhecimento e da ciência e do abissal abismo social que a separa das demais classes sociais, como brilhantemente elucidam SANTOS e RODRIGUEZ:

O nosso tempo é um tempo paradoxal. É, por um lado, um tempo de grandes avanços e de transformações dramáticas, dramaticamente designadas por uma revolução das informações e da comunicação, revolução eletrônica, revolução da genética e da biotecnologia. Mas é, por outro lado, um tempo de inquietantes regressões, do regresso dos males sociais que pareciam superados ou em vias de ser: o regresso da escravidão e do trabalho servil; o regresso da alta vulnerabilidade a doenças antigas que pareciam erradicadas, pelo menos nos países desenvolvidos, como tuberculose, e a doenças novas de proporções pandêmicas, como o HIV/Aids; o regresso das repugnantes desigualdades sociais que deram nome à questão social no final do século XIX; enfim; o regresso do espectro de guerra, talvez agora mais mundial do que nunca e com uma temperatura (quente? fria?), por agora indefinível.”⁸³

Diante da concepção teórica mundial, amplamente examinada, é possível apresentarmos um conceito dogmático de *empresa social*, que se mostre praticável dentro da realidade política, econômica, social e jurídica da sociedade brasileira, especialmente para que haja uma linha de intelecção mais linear da doutrina jurídica nacional. Mais de que nunca é preciso romper com a classificação que empilha tudo sob um único rótulo — *negócios com impacto social* ou *negócios inclusivos* — como se não houvesse uma razão metodológica para diferenciar as atividades com e sem finalidade lucrativa desenvolvidas pela *iniciativa privada*. A título demonstrativo, ao menos dentro da área que nos interessa, do Direito Administrativo, não é crível concebermos que a *regulação* da *atividade econômica* pelo Estado seja análoga entre as empresas com finalidade lucrativa e sem finalidade lucrativa, e também que as espécies de incentivo estatal — *atividade de fomento* — sejam de forma semelhante concedidas para uma

⁸³ SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, César. Prefácio. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 13.

sociedade anônima que cumpre obrigações da *responsabilidade social corporativa* ou da *política do ESG* e para uma *organização da sociedade civil* qualificada como OSCIP. A divisão escalonária das instituições sociais possui um préstimo metodológico e essa verdade não pode ser ignorada, assim, não é possível ao intérprete misturar todos os atores sociais numa perfeita salada mista e nela ainda incluir um novo ator coadjuvante, a *empresa social* — “setor 2 1/2” para nós e *fourth sector* para ETCHART e COMOLLI⁸⁴.

O termo *empresa social* deve ser atribuído à espécie de *empreendimento social* instituído por pessoa(s) física(s) e/ou jurídica(s) de Direito Privado⁸⁵, no qual seja permitido o ingresso de pessoa jurídica de Direito Público, quando sua formação for coletiva⁸⁶. A entidade moral com personalidade jurídica e finalidade lucrativa deve adotar um dos tipos admitidos pelo Direito brasileiro. A *atividade econômica* voltada para a produção de bens ou prestação de serviços de interesse da sociedade deve ser desenvolvida pela *empresa social* com assunção dos *riscos econômicos* — “zona de dúvida inerradicável, não-computável, insuscetível de cálculo actuarial e por isso insuscetível de seguro”⁸⁷ — como qualquer outra atividade empresarial. Cumpre destacar que o campo de exploração pelo *agente econômico* se reserva às atividades não privativas⁸⁸ — também denominadas de *serviços sociais* citados no subitem 2.1 —, às quais a Constituição brasileira assegura titularidade ao Estado e, concomitantemente, outorga a possibilidade de prestação pela *iniciativa privada*, restando, portanto, excluídos do nicho de atuação das *empresas sociais* os *serviços públicos*, salvo se regularmente formalizada uma parceria para a consecução indireta.

A *empresa social* deve lidar com lucro de um modo peculiar, encarando-o como uma mera ferramenta que propiciará o alcance da sua finalidade social ou socioambiental. Para ela a maximização dos excedentes financeiros não servirá exclusivamente para apropriação individualizada, mas principalmente para propiciar o reinvestimento contínuo no próprio *empreendimento social*. Além disso, se a empresa social permitir à distribuição equilibrada de

⁸⁴ ETCHART; COMOLLI, *Social enterprise in emerging market countries*, op. cit., p. 61.

⁸⁵ À época da publicação do Código Civil no ano de 2002 (Lei Federal n. 10. 406) era indispensável a união de esforços materiais e intelectuais — entre mais de um sujeito de direito portanto — para exercer *atividade econômica* lucrativa. No entanto, hoje é possível que o *agente econômico* exerça o seu direito de empreender no *mercado concorrencial* isoladamente, porquanto foi incluso no rol das pessoas jurídicas de Direito privado (artigo 44) a figura jurídica das *empresas individuais de responsabilidade limitada* (inciso VI, incluído pela Lei Federal n. 12.441/11), em paralelo às sociedades empresárias (inciso II).

⁸⁶ Esse assunto será trabalhado no subitem 3.6 juntamente como a *atividade de fomento*.

⁸⁷ ARAÚJO, *Introdução à economia*, op. cit., 302.

⁸⁸ Cf. SUNDFELD, *Fundamentos de direito Público*, op. cit., p. 83-84.

dividendos — que nunca poderá comprometer as metas sociais ou socioambientais — é recomendável que as condições e os limites sejam definidos de forma extremamente transparente no contrato ou estatuto, mormente, se as retiradas forem condicionadas ou se os prazos forem estendidos e/ou diferenciados.

O foco social ou socioambiental — “*double or triple bottom line*”⁸⁹ — da *atividade econômica* deverá constar expressamente no contrato ou estatuto da pessoa jurídica, para restar cristalina a sua vinculação compulsória aos valores da solidariedade em detrimento do espírito individualista. À semelhança do que ocorre com as empresas brasileiras que buscam a certificação pelo *Sistema B*⁹⁰, a organização da sociedade civil que atesta não só a qualidade de um produto ou serviço, mas outros fatores que transcendem a visão econômica do negócio, como o desempenho social e ambiental que a empresa gera por meio de suas operações. A certificação é concedida depois de um longo processo de avaliação, que culmina na demonstração formal do comprometimento da empresa, mediante subscrição de declaração escrita e alteração do contrato ou estatuto para inclusão da “Cláusula B” com a explicitação da finalidade socioambiental e das responsabilidades dos administradores⁹¹.

Para uma estrutura ideal de *empresa social*, a governança deve ser liderada por pessoas totalmente comprometidas com a finalidade social ou socioambiental e receptíveis à participação coletiva na tomada de decisão — com envolvimento de colaboradores ou da comunidade beneficiada. O viés corporativo, como é usual, deve ser revisitado e transformado em participativo, para adoção de mecanismo éticos e transparentes que assegurem decisões “com a finalidade de maximizar as perspectivas de geração de valor a longo prazo para o

⁸⁹ THOMPSON; SCOTT, **Social enterprise or social entrepreneurship**, op. cit., p. 15.

⁹⁰ Esse movimento brasileiro, estabelecido em 2012, derivado do *B Lab* norte-americano de 2006, certifica e a estimula empresas que atuam no *mercado* como sujeitos ativos na solução dos problemas globais — desigualdade, mudanças climáticas e desordem social. Para que a empresa receba a certificação, o Sistema B realiza o BIA – Avaliação de Impacto B sobre o histórico da performance da empresa e com isso obtém uma ampla visão sobre governança, trabalhadores, clientes, comunidade e meio ambiente. Se o Sistema B verificar que pontuação dos altos padrões exigidos, para essas cinco áreas, foram satisfatórios ou podem ser, mediante algumas melhorias pontuais, a certificação é concedida e a empresa se responsabiliza a elevar o propósito de impacto social e ambiental ao centro do seu negócio lucrativo. O processo de certificação implica na revisão de todas as áreas da empresa e o Sistema B espera com isso contribuir para uma gestão mais transparente e responsável a longo prazo, além dos benefícios decorrentes da própria certificação. Para mais informações sobre essa certificação privada vide o site eletrônico do Sistema B disponível em: <https://www.sistemabbrasil.org> Acesso em: 26 ago. de 2021.

⁹¹ ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES DO BRASIL. **Sistema B reúne empresas que aliam lucro a preocupação socioambiental**. São Paulo: GIFE — Associação de Investidores do Brasil [2018]. Disponível em: <https://gife.org.br/sistema-b-reune-empresas-que-aliam-lucro-a-preocupacao-socioambiental/> Acesso em: 26 ago. 2021.

negócio”⁹², influenciadas não pelo poder do capital, mas pela perspectiva social e/ou ambiental da dupla ou tripla dimensão da finalidade da *empresa social*.

3.3 CENÁRIO LEGISLATIVO DAS EMPRESAS SOCIAIS

Aos olhos de alguns intérpretes a comparação entre o Direito estrangeiro e o Direito nacional pode parecer tolice, trabalho puramente inconveniente que não chega a lugar algum, afinal, cada Estado autônomo é regido soberanamente pelo seu próprio e peculiar sistema jurídico. Porém, com todo respeito aos que assim se posicionam, temos um entendimento diferente sobre o assunto, muito mais próximo da lição do mestre francês RIVERO, de que o *direito comparado* é mais um elemento de *compreensão do direito nacional*⁹³. Em especial, acerca do tema ora analisado — *empresa social* —, que ainda não foi objeto de regular processo legislativo pelo Congresso Nacional, assim, não pretendemos relacionar de forma precisa as características semelhantes entre os diversos sistemas jurídicos, tarefa impossível, como também não intentamos utilizar de modo abusivo o conceito “com a simples indicação da incidência do objeto da monografia no Direito estrangeiro”⁹⁴. O propósito aqui é o de traçar um panorama superficial de como o tema é tratado, já há algum tempo, pelo Direito de outros Estados soberanos e, talvez, com isso fornecer parâmetros para a discussão acadêmica do que futuramente pode vir a ser uma proposta normativa dentro do território brasileiro.

A doutrina assevera que o *empreendedorismo social* não é assunto novo, tanto que foi ensaiado em Londres pelo empresário Thomas Firmin já no século XVII⁹⁵. Em 1970 o termo *empresa social* eclodiu na Europa ocidental, ainda de maneira prematura, para se referir aos empreendimentos lucrativos concretizados por *organizações da sociedade civil* para a criação

⁹² SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança corporativa no Brasil e no Mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 02.

⁹³ E o mestre continua: “Agora, se alguém perguntar ‘qual a vantagem de adquirir tal conhecimento?’, essa pessoa não merece resposta. Deve-se proibir a esses indivíduos ler um romance de Greene, assistir a um filme soviético, viajar para fora da França e ouvir o programa de outra estação de rádio, a não ser a do seu país. Inútil discutir o óbvio. Do ponto de vista prático, e, mais ainda, do ponto de vista desinteressado, o conhecimento dos direitos estrangeiros é essencial da cultura jurídica e, numa dimensão maior, do conhecimento do mundo” RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. 2. ed. Tradução J. Cretella Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado: três projetos de constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 22.

⁹⁵ “Social enterprise is not new. In the UK Thomas Firmin (1632-1697) provided employment for London’s tradesmen thrown out of work as a result of a plague of 1665. Later, and more ambitiously, from 1676 until 1690s he ran a purpose-built factory employing up to 1,700 of London’s poor in linen manufacturing. Sadly the scheme never paid its way, but we can see Firmin as one of the earlier British social entrepreneurs, running a business with overtly social values.” DENNY; SEDDON, **Social enterprise or social entrepreneurship**, op. cit., p. 03.

de postos de trabalho destinados aos grupos desfavorecidos⁹⁶. Assim, infere-se que foi dentro do contexto do *terceiro setor* que as primeiras *empresas sociais* surgiram no continente europeu.

Anos mais tarde, as *empresas sociais* foram fortemente influenciadas pela onda do *corporativismo social italiano*, inaugurado em 1991⁹⁷. Desde então vários *empreendimentos sociais* desse tipo surgiram, motivados pela crise anunciada — significativo índice de desemprego e fracasso econômico —, que colocou em xeque a legitimidade do “*welfare state*”. Na era contemporânea a tendência europeia é que as *empresas sociais* desenvolvam atividades de *interesse público*, baseadas na diversificação de receitas, a fim de suprir o esgotamento do *terceiro setor* e não depender da captação de recursos públicos e/ou privados.

No Reino Unido a figura jurídica da *CIC - Community Interest Company*, prevista legalmente em 2004 — *Companies Act 2004*⁹⁸ e *Companies Act 2006*⁹⁹ —, comprova a propensão das *empresas sociais* no campo pragmático europeu, como um mecanismo necessário para garantir o desenvolvimento socioeconômico pela via lucrativa.

Na França o *SSE – Social and Solidarity Economy* é um compromisso antigo que sempre conectou à *economia social* com à *economia solidária (terceiro setor e cooperativismo)* e desde a década passada — *Loi n. 2014-856, du 31 juillet 2014*¹⁰⁰ — também conta com iniciativas privadas — denominadas de *ESUS – Solidarity Enterprises of Social Utility* — que misturam eficiência econômica com um objetivo social e respeitam regras de gestão democrática, governança participativa e repartição limitada de dividendos¹⁰¹.

⁹⁶ KERLIN, *Social enterprise in the United States and Europe*, op. cit., p. 251.

⁹⁷ “[...] made its first appearance in the early 1990s, at very heart of the third sector, following the impetus that was the first Italian, linked closely with the cooperative movement. [...] These cooperatives arose primarily in response to needs that had been inadequately met or not met at all by public service or private enterprise.” NYSENS, Marthe. Western Europe. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). *Social enterprise: a global comparison*. Medford: University Press of New England, 2009, p. 12.

⁹⁸ LEGISLATION UK. **COMPANIES (AUDIT, INVESTIGATION AND COMMUNITY INTEREST ENTERPRISE) ACT 2004**. London: Legislation UK, [2021]. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/27/2004-10-28> Acesso em: 30 ago. 2021.

⁹⁹ LEGISLATION UK. **COMPANIES ACT 2006**. London: Legislation UK, [2021]. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/6> Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁰⁰ LÉGIFRANCE. **Loi n. 2014-858 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire**. Paris: Législation France, [2021]. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000029313296> Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁰¹ Cf. EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report France**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjN2bbKodfyAhVkIJU>

Em Portugal o termo *empresa social* permaneceu adormecido nos meios acadêmico e político até o século passado, boa parte em razão do controle ditatorial que quase dominou o século XIX e impediu que muitos movimentos sociais e *organizações da sociedade civil* despontassem. Até que em 1996 as *cooperativas de solidariedade* ganharam forma legal por meio do Código Cooperativo e depois outras iniciativas que concentravam atividades de assistência social. Hoje, dentro da moldura legal da *economia social* portuguesa, datada de 2013 — Lei n. 30/2013¹⁰² —, encontram-se iniciativas diversas, de *cooperativas* a *instituições privadas de solidariedade social*, que reúnem três dimensões principais: econômica; social e de governança¹⁰³.

Na Alemanha entre os anos 70 e 90 do século XX algumas iniciativas alternativas foram lançadas ao lado da *economia social* e *solidária*, a maioria delas informais e direcionadas para as questões ambientais e ecológicas que, posteriormente, tornaram-se empresas de responsabilidade limitada. Muitas delas se desvincularam do formato *cooperativo* para evitar a filiação obrigatória e eventuais auditorias. Ainda não há um conceito legal unificado no território alemão, muito embora existam conceitos distintos adotados pelos Ministérios federais, como o último divulgado pelo *Federal Ministry of Economic Affairs and Energy* em 2016, que destacou três elementos importantes: persecução de uma missão social, empreendimento sustentável e contribuição para a coesão social¹⁰⁴.

A Itália, por sua vez, reconheceu legalmente além da figura da *cooperativa social* a da *empresa social* por meio do Decreto Legislativo n. 112/2017¹⁰⁵, para contemplar os empreendimentos privados engajados com alguma atividade econômica, que: i) explicita como

[CHZMRDysQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D16378%26langId%3Den&usg=AOvVaw2QCjkh6K8c75ZJ-Ob5WRc](https://data.dre.pt/eli/lei/30/2013/05/08/p/dre/pt/html) Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁰² DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. Lei n. 30/2013. Lisboa: Diário da República Eletrônico, [2021]. Disponível em: <https://data.dre.pt/eli/lei/30/2013/05/08/p/dre/pt/html> Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁰³ Cf. EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report Portugal**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiv-JnPo9fyAhUhpUChCbAhUQFnoECBsQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D21136%26langId%3Den&usg=AOvVaw3tX13AvPgruXOHQGGWGvk0> Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁰⁴ Cf. EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report Germany**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjvi0yztftfyAhVKqZUC-HUpGAAMQFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D20563%26langId%3Den&usg=AOvVaw3ut5Gfag4ra7p8Z4aJRzB0> Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁰⁵ GAZZETTA UFFICIALE. **Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 112**. Roma: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, [2021]. Disponível em: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/07/19/17G00124/sg> Acesso em: 30 ago. 2021.

função primária a busca pelo interesse geral; ii) permita a divisão limitada do lucro — não pode exceder a 50% do total do excesso financeiro (após todas as deduções necessárias, inclusive de anos anteriores), pois a cota restante do lucro deve ser reinvestida no próprio negócio; iii) proíba a distribuição de ativos ou parte deles aos sócios, investidores, trabalhadores ou membros; iv) possibilite o reembolso do capital investido, devidamente atualizado; v) possua autonomia organizacional; vi) adote padrões de governança democrática, participativa e transparente¹⁰⁶.

O quadro fático na América Latina é semelhante ao da Europa ocidental. No século XIX na Argentina foram criadas *cooperativas* para atuar nas áreas rurais e cuidar dos interesses dos imigrantes europeus, bem como *sociedades de beneficio mútuo*, baseadas em valores solidaristas e organizadas democraticamente por meio de esforços coletivos e neutralidade institucional¹⁰⁷. Todavia, o espaço institucional dos *emprendimientos sociales* na América Latina deu uma guinada nos últimos 10 anos com a criação legislativa da figura da *BIC* – *Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo*, que corresponde a um modelo empresarial evoluído, muito próximo da estrutura que defendemos como típica do “setor 2 1/2”. A iniciativa normativa pioneira foi a da Colômbia em 2018 (*Ley n. 1901*)¹⁰⁸ e, posteriormente, a do Equador em 2020 (*Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación*)¹⁰⁹, a do Peru em 2020 (*Ley n. 31072*)¹¹⁰, a da Argentina de 2021 (*Ley BIC*)¹¹¹ e a do Uruguay de 2021 (*Ley n. 19.969*)¹¹².

A *BIC* é um tipo de empresa privada que, por convicção e necessidade — pela urgência mundial de novas práticas comerciais —, incrementa propósito socioambiental para gerar

¹⁰⁶ Cf. EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report Italy**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiPy8yOidnyAhVaHbkGHYjeBTIQFnoECAMQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FblobServlet%3FdocId%3D16380%26langId%3Dden&usg=AOvVaw2kxmQQc_AzM4LbnfJ6tsUb Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁰⁷ ROITTER, Mario; VIVAS, Alejandra. Argentina. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009, p. 139-140.

¹⁰⁸ SUIN JURISCOL. **Ley 1901 de 2018**. Bogotá: Sistema Único de Información Normativas, [2018]. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30035321> Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁰⁹ REPÚBLICA DEL ECUADOR. **Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación**. Quito: República del Ecuador, [2020]. Disponível em: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2020-03/Documento_LEY-ORGANICA-EMPREDIMIENTO-INNOVACION.pdf Acesso em: 26 ago. 2021.

¹¹⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 31072 (SOCIEDADES B.I.C.)**. Lima: Congreso de la República del Perú, [2020]. Disponível em: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Db=201602533&View Acesso em: 30 ago. 2021.

¹¹¹ CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN. **Ley BIC**. Buenos Aires: Cámara de Diputados de La Nación, [2021]. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/0737-D-2021.pdf> Acesso em: 26 ago. 2021.

¹¹² PARLAMENTO UY. **Ley n. 19.969 (BIC)**. Montevideo: Cámara de Diputados de La Nación, [2021]. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/147986> Acesso em: 26 ago. 2021.

impacto positivo na sociedade e no meio ambiente, evitando com isso maximizar as suas utilidades apenas para sustentar os interesses dos sócios e acionistas. No aspecto formal, a qualificação de uma empresa como *BIC* pode ser requerida, voluntariamente, por qualquer tipo societário existente ou futuro. A instituição de uma *BIC* ou a conversão de uma empresa privada já existente, implica na assunção do compromisso de perseguir interesses não exclusivamente financeiros, além do dever de melhorar a gestão e a transparência, reportando os impactos empresariais em cinco dimensões: modelo de negócio; governança corporativa; práticas laborais; práticas ambientais; práticas com a comunidade¹¹³. Diante disso infere-se que a qualificação da empresa como *BIC* é, de certo modo, análoga à certificação conferida pelo *Sistema B*, citado no subitem 3.2.

Na América do Norte a noção de empresa social, ao menos nos Estados Unidos da América, não é recente e remonta à década de 1960¹¹⁴. Os cortes financeiros praticados pelo Governo americano nas décadas de 70 e 80, especialmente sobre a atividade administrativa de fomento, estimularam a transformação do *terceiro setor*. O *empreendedorismo social* filantrópico — “*nonprofits*” —, fortemente subsidiado na década de 60, foi obrigado a se renovar com a retração, segmentando desde então o “setor 2 1/2” com o crescimento das *empresas sociais*. A seção 4 do artigo IV da sintética Constituição norte-americana impõe a forma republicana de governo a cada Estado da União federativa, assegurando com isso autonomia legislativa para publicar leis sobre assuntos regionais. Essa autonomia normativa resultou numa variedade de legislações estaduais sobre a *L3C – Low-profit Limited Liability Company*, que corresponde a uma sociedade limitada de baixo lucro. Segundo VITELLO, esse tipo de pessoa jurídica foi projetado legalmente nos Estados Unidos para extrair o melhor do setor produtivo — *mercado* — e do setor sem fins lucrativos — *terceiro setor* —, incluindo a filantropia dentro de uma estrutura *capitalista* adequada¹¹⁵. A limitação sobre o modo de lograr e desembolsar os lucros sempre foi uma questão para o *terceiro setor* norte-americano, a taxa anual de retorno das *organizações da sociedade civil* é igual a zero ou 100% negativa, o que

¹¹³ Cf. MINCIT. **Ebook Sociedades BIC**. Bogotá: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, [2021]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi3gOb78tnyAhWXpZUCHQZ5BpsQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.mincit.gov.co%2Fminindustria%2Fsociedades-bic%2Febook-sociedades-bic-02dic.aspx&usq=AOvVaw04Nm8pLTQZ_Acr9OI6pKwC Acesso em: 26 ago. 2021.

¹¹⁴ Cf. KERLIN, Janelle; GAGNAIRE, Kirsten. United States. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009, p. 87.

¹¹⁵ VITELLO, Cody. The new kid on the block. In: **Practical Guide to Business Lawyer**. Chicago: Loyola University Chicago School of Law, p. 566, 2010. Disponível em: <https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=lclr> Acesso em: 31 ago. 2021.

prejudica demais a promoção dos valores sociais¹¹⁶. Por outro lado, para os agentes econômicos que atuam no mercado concorrencial objetivos sociais não são rentáveis e, portanto, contrários aos interesses dos acionistas. Justamente para tentar somar os fatores favoráveis dos dois setores sociais foi criada a *L3C*, oferecendo a proteção de uma empresa de responsabilidade limitada, com a possibilidade de separar em categorias os interesses de proprietários ou membros, alocando os lucros de forma diversificada para cada negócio jurídico específico¹¹⁷. Sob o ponto de vista formal a *L3C* deve incluir cláusula no contrato social constando o propósito social; a finalidade lucrativa limitada; ausência de caráter político. No âmbito federal a disciplina tributária da *L3C* consta da sessão 4944(c) do *Internal Revenue Code (title 26)* do *United State Code*¹¹⁸. Regionalmente, alguns Estados norte-americanos já publicaram o estatuto legal da *L3C* — Illinois, Kansas, Louisiana, Maine, Michigan, Missouri, North Dakota, Rhode Island, Utah, Vermont e Wyoming¹¹⁹.

No Canadá na ausência de um conceito oficial unificado, o termo *empresa social* é utilizado pelo governo como sinônimo do que entendemos como *empreendimento social*, isso porque, “a social enterprise does not have a specific corporate form”¹²⁰, sendo possível concretizar a missão social inovadora a partir de qualquer tipo como, *organizações da sociedade civil*, *cooperativas* ou empresa lucrativa.

No continente asiático, a história bem-sucedida da instituição financeira — *Grameen Bank* — projetada e materializada pelo consagrado economista MUHAMMAD YUNUS estimulou o crescimento das *empresas sociais*. O mais curioso é que em Bangladesh, sua terra natal, o tema ainda não foi objeto de um projeto legislativo específico¹²¹. No entanto, outros Estados soberanos da Ásia já delinearão uma moldura legal para as *empresas sociais* e outros permanecem passivos como Bangladesh.

¹¹⁶ VITELLO, *Practical Guide to Business Lawyer*, op. cit., p. 566.

¹¹⁷ Idem, p. 569-570.

¹¹⁸ Cf. Idem, p. 569.

¹¹⁹ Cf. ROSEN-MOSON, Madeleine. *Companies whit Purpose: the L3Cs option in the US*. Austin: MissionBox, 2019. Disponível em: <https://www.missionbox.com/article/401/companies-with-purpose-the-l3c-option-in-the-us> Acesso em: 31 ago. 2021.

¹²⁰ GOVERNMENT OF CANADA. *Start, build, and grow a social enterprise: start your social enterprise*. Ottawa: Government of Canada, [2021]. Disponível em: http://www.ic.gc.ca/eic/site/053.nsf/eng/h_00006.html Acesso em: 26 ago. 2021.

¹²¹ Cf. RAHMAN, Anita Ghazi. *Framing a social enterprise law*. Ottawa: The Daily Star, [2017]. Disponível em: <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/law-vision/framing-social-enterprise-law-1419268> Acesso em: 31 ago. 2021.

No Japão desde os anos 2000, os *empreendimentos sociais* têm atraído a atenção pública, especialmente pela sua potencialidade na regeneração das comunidades locais e na integração social¹²². Porém, a falta de um ambiente legal favorável estimula o uso corrente do termo *empresas sociais* dentro do contexto do *terceiro setor*, além de ser comum o uso dos termos “*social enterprise*” e “*community business*” tanto para os negócios híbridos que mesclam a lógica comercial com a lógica filantrópica como para as *organizações da sociedade civil* sem finalidade lucrativa e para as *cooperativas*¹²³. Sem um status legal indispensável, as *empresas sociais* continuarão tendo que lidar com os desafios da mobilização de recursos públicos e/ou privados, bem como se valer de formatos organizacionais diferentes para reduzir as pressões institucionais inerentes ao mercado¹²⁴.

Em 2007, a Coreia do Sul aprovou o *SEPA – Social Enterprise Promotion Act* (n. 8217)¹²⁵, com objetivo de expandir os serviços sociais, por meio de apoio à criação e à operação das *empresas sociais*. O conceito positivado restou assim: empresa social é uma entidade certificada que persegue um objetivo social destinado à melhoria da qualidade de vida dos moradores da comunidade, fornecendo serviços sociais ou oportunidades de emprego a grupos soias vulneráveis, por meio de uma *atividade econômica* de produção de bens e/ou prestação de serviços. O *agente econômico* que pretender se certificar junto ao Ministro do Trabalho e Emprego deve adotar um dos tipos empresariais (sociedade de responsabilidade limitada ou sociedade anônima) ou associativo (organização da sociedade civil), desse modo, a lei admite finalidade lucrativa ou não. É obrigatória a adoção de práticas de governança democrática e participativa. Ao menos $\frac{2}{3}$ dos lucros decorrentes da atividade devem ser reinvestidos na manutenção e crescimento da empresa social, isso para as que adotarem um tipo empresarial com finalidade lucrativa.

Reconhecendo o relevante papel desenvolvido pelas *empresas sociais* na resolução de desafios sociais, econômicos e ambientais, a Tailândia aprovou em 2016, um diploma normativo para definir o formato jurídico desse modelo empresarial — *The Royal Decree on Tax Exemption* (n. 621) B.E. (A.D. 2016). A empresa social deve, necessariamente: ser

¹²² Cf. TSUKAMOTO, Ichiro; NISHIMURA, Mariko. Japan. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009, p. 163.

¹²³ Idem, p. 164-165.

¹²⁴ Idem, p. 181.

¹²⁵ ELAW KOREA. **Social enterprise promotion act**. Seul: Legislation of South Korea, [2007]. Disponível em: https://elaw.klri.re.kr/kor_mobile/viewer.do?hseq=24346&type=part&key=40 Acesso em: 31 ago. 2021.

estabelecida sob as leis tailandesas; ter como objeto a produção de bens ou a prestação de serviços direcionados para favorecer a comunidade local ou o meio ambiente; destacar 70% dos lucros para o reinvestimento na atividade social. A lei ainda prevê o direito a obter benefícios fiscais entre outros incentivos estatais, conforme regulamentação do Ministro das Finanças.¹²⁶

O Vietnã em novembro de 2014, promoveu uma revisão na legislação empresarial nacional para inserção da definição de *empresa social*. A Lei n. 68/2014/QH13 prescreve que esse tipo de *empreendimento social* se destaca por oferecer soluções aos problemas sociais e ambientais, mediante a exploração de *atividade econômica* lucrativa, com a destinação obrigatória de 51% dos excedentes financeiros aos projetos solidários que constituem seu escopo societário. A lei revisada foi regulamentada pelo Decreto n. 96/2015/QH13, que disciplinou importantes pontos silenciados pela norma regulada, como: i) formato de criação da *empresa social*; ii) indicação do órgão competente para o registro da atividade; iii) possibilidade de financiamento não governamental estrangeiro, que deverá ser reportado ao governo; iv) conversão de fundos sociais ou de caridade em *empresas sociais*¹²⁷.

Já no continente africano existem diversos *empreendimentos sociais* ativos — que fazem, na prática, as vezes das *empresas sociais* — em países como África do Sul, Ruanda, Zimbábue e Zâmbia, no entanto, nenhuma dessas nações soberanas estruturam uma moldura legal própria, mas isso não impediu o avanço do impacto social surtido pelas atividades lucrativas com propósito social e/ou ambiental.

A África do Sul apresenta um cenário bem diversificado de *empreendimentos sociais* que são sustentados por fontes mistas de financiamento, privada, pública, filantrópica e comercial. No geral, eles se comprometem com missões sociais e/ou ambientais para a criação de postos de trabalho, a produção de bens inovadores e o fomento de um futuro mais verde, por meio de atividades lucrativas. O regime jurídico atual, não dispõe sobre o formato da *empresa social*, contudo, os tipos já positivados possibilitam à flexibilização entre objetivo social e a finalidade

¹²⁶ Cf. BANGKOK POST. **A legal framework to promote social enterprises in Thailand**. Bangkok: Bangkok Post, [2017]. Disponível em: https://www.tilleke.com/wp-content/uploads/2017/03/2017_Mar17_Legal-framework-to-promote-social-enterprises-in-thailand.pdf Acesso em: 31 ago. 2021.

¹²⁷ Cf. VIET NAM NEWS. New laws promote social enterprises in Viet Nam. HA NOI: Viêt Nam News, [2015]. Disponível em: <https://vietnamnews.vn/economy/279915/new-laws-promote-social-enterprises-in-viet-nam.html> Acesso em: 31 ago. 2021.

lucrativa.¹²⁸

Em Ruanda, a questão social é de extrema relevância, já que uma parte gigantesca da população da África Subsaariana vive em condições de extrema pobreza — com menos de US \$ 1,90 por dia. Até o ano de 2017 os atores tradicionais, que compõem o *espaço público* e *privado*, não foram capazes de suportar a demanda de serviços essenciais de qualidade que possibilitem o acesso à água, à energia, ao saneamento, à educação e à saúde. Para atuar nessas áreas cheias de lacunas, as *empresas sociais* entraram em cena em Ruanda maximizando impacto social e ambiental. Hoje Ruanda possui uma forte presença desse tipo de *empreendedorismo social* e ampla aceitação comunitária, mas ainda não conseguiu desenvolver todo o seu potencial devido à falta de regulamentação pública, soluções adequadas de financiamentos e melhoria de infraestrutura e capital humano.¹²⁹

Recentemente, no Zimbábue as *organizações da economia social* sofreram diversos percalços para se manterem, em razão dos desafios de financiamento externo — falência do sistema de captação de recursos¹³⁰. Essa situação quase insustentável foi revertida nos últimos anos por meio da comercialização de alguns serviços pelas organizações, que ao seu modo, passaram a atuar como *empresas sociais*. E, essa tendência de recuperação mediante o retorno financeiro dos serviços comercializados, está permitindo a expansão das atividades de cunho social e ainda o crescimento organizacional entre as organizações da sociedade civil do *terceiro setor* e até mesmo das sociedades *cooperativas*¹³¹. A partir disso, muitas organizações sem fins lucrativos passaram a adotar práticas comerciais para geração de receitas e garantia da sua sustentabilidade. A DAPP – *Development Aid from People to People* na Zâmbia é um exemplo disso, a organização da sociedade civil foi fundada em 1990 e desde então se centra em projetos comunitários para a superação da pobreza, do analfabetismo e melhoria da saúde pública. Apesar de ter adotado um tipo societário sem finalidade lucrativa, a DAPP afirma que todas as suas atividades são econômicas e, portanto, realizadas para proporcionar excedentes financeiros

¹²⁸ Cf. BERTHA CENTRE FOR SOCIAL INNOVATION & ENTREPREURSHIP. **A guide to legal forms for social enterprise in South Africa**. Cape Town: Bertha Centre for Social Innovation & Entrepreneurship, [2016]. Disponível em: https://www.gsb.uct.ac.za/files/Bertha_GuideToLegalForms.pdf Acesso em: 31 ago. 2021.

¹²⁹ Cf. THE WORLD BANK. **Social enterprise ecosystem country profile - Rwanda**. Washington, DC: The World Bank, [2017]. Disponível em: https://www.innovationpolicyplatform.org/www.innovationpolicyplatform.org/system/files/Rwanda%20country%20profile_Apr14/index.pdf Acesso em: 31 ago. 2021.

¹³⁰ Cf. MASENDEKE, Absolom; MUGOVA, Alex. Zimbabwe e Zambia. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009, p. 114.

¹³¹ Cf. idem, p. 114-115.

e com isso financiar toda sua estrutura organizacional e ainda promover impacto social, tipicamente como faz uma *empresa social*, se distanciando muito das organizações do *terceiro setor*¹³².

No Brasil, desde à época da colonização no século XVI, inúmeras atividades de assistência social desembarcaram no território nacional, quase todas fomentadas pela Igreja Católica, e assim se manteve até o século XX. Com o fortalecimento do *terceiro setor* no final do século XX se deu a aproximação dos *empreendimentos sociais* — especificamente das *organizações da sociedade civil* — com o *mercado concorrencial*, e esse relacionamento institucional contribuiu para internalização de ferramentas de gestão e controle dentro das estruturas das pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa. Dentro dessa “nova configuração das organizações não governamentais, encontra-se a origem”¹³³ das *empresas sociais* no Brasil, que buscam mediar interesses econômicos com interesses sociais e ambientais. As fundações privadas instituídas por grandes empresas privadas, a fim de cumprir as pautas da *responsabilidade social corporativa*, também influenciaram o surgimento desse novo setor social.¹³⁴

No território nacional ainda não há um tratamento legislativo das *empresas sociais*, tal como se deu nos demais países da América Latina com a introdução da figura jurídica da *BIC*. Contudo, importa salientar que há um projeto de lei — o PL n. 4303, de 2012, de iniciativa do Deputado federal Laércio Oliveira — em trâmite Câmara dos Deputados, que propõe a inclusão da figura jurídica da *SAS – Sociedade Anônima Simplificada*, para fixar um regime jurídico simplificado na Lei n. 6.404/76, com a sujeição ao tratamento tributário favorecido da Lei Complementar federal n. 123/06, que disciplinou as micro e pequenas empresas no Brasil¹³⁵. Essencialmente, esse projeto visa facilitar a constituição ou adesão e o funcionamento desse tipo societário — com patrimônio líquido inferior a 48 milhões de reais — e flexibilizar a sua disciplina jurídica com regras como: i) criação por pessoa(s) física(s) ou jurídica(s), admitindo-

¹³² “Its activities are cost effective, providing best value for money in terms of outcomes and impact and are aligned with the Government of the Republic of Zambia’s 7th National Development Plan and the Sustainable Development Goals (SDGs).” (Cf. DAPP DEVELOPMENT AID FROM PEOPLE TO PEOPLE. **Welcome to development aid from people to people in Zambia**. Ndola: DAPP, [2021]. Disponível em: <http://www.dappzambia.org/contact-us/dapp-zambia-headoffice> Acesso em: 31 ago. 2021).

¹³³ JOÃO, *Modelo de gestão da inovação social para empresas sociais*, op. cit., p. 30.

¹³⁴ Cf. Idem, p. 29-30.

¹³⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4303/2012**: mensagens, ofícios e requerimentos. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029> Acesso em: 30 ago. 2021.

se sociedade unipessoal; ii) obrigações administrativas simplificadas, modo peculiar de convocação da assembléia, participação e votação à distância, registro dos atos; iii) possibilidade de distribuição desproporcional de lucros e dividendos, conforme previsão estatutária; iv) prazo indeterminado para gestão dos diretores e membros de conselho de administração, desde que expresso no estatuto; v) retirada e exclusão extrajudicial de acionistas de forma mais singela¹³⁶. Apesar do projeto não evidenciar uma norma particularizada para a *empresas sociais* no Brasil, à semelhança das aprovadas para a *BIC*, já será um progresso significativo, caso esse projeto venha a ser aprovado para impulsionar ainda mais aqueles que se arvorarem de *empreendedores sociais* com *finalidade bidimensional* ou *tridimensional* — impacto social ou socioambiental — por meio de *atividade econômica* lucrativa.

Esse é um retrato legislativo parcial do “setor 2 1/2” no contexto mundial, que em alguma medida poderá oferecer substratos jurídicos para a ampliação e difusão do estudo acadêmico sobre as *empresas sociais* no território brasileiro.

3.4 FINALIDADE E FUNDAMENTO JURÍDICO DA EMPRESA SOCIAL

Nesse momento, aprofundaremos algumas características singulares das *empresas sociais* para a fixação de dois relevantes aspectos, a *finalidade* e o *fundamento*, dessa espécie de *agente econômico*.

3.4.1 FINALIDADE – COMPARTILHAMENTO DE VALOR SOCIAL

O escopo basilar da *empresa social* é impactar o entorno socioambiental, por meio do

¹³⁶ “A lei proposta é também necessária, porque as formas de organização jurídica da pequena e média empresa, atualmente disponíveis, são incapazes de alcançar os fins a que foram projetadas. Não se trata de aboli-las; ao contrário, mas apenas de constituir mais um ‘caminho’ à organização das pequena e média empresas e de fomentar a liberdade de escolha. As sociedades limitadas, que durante quase um século protagonizaram essa tarefa, foram recentemente desnaturadas, com o advento do Código Civil de 2002, menos por culpa dos grandes juristas que o elaboraram, e mais pelo abismo temporal – de quase 30 anos – entre o seu projeto e a sua promulgação; nesse interregno, o mundo e o direito mudaram. Foram inseridas no contexto de uma matriz regulatória das sociedades em geral, que é de difícil compreensão. O seu funcionamento é complexo e o seu regramento oscila entre o laconismo e o dirigismo. Nesse contexto, vale lembrar, a disciplina das sociedades anônimas consolidou-se em seus fundamentos e foi modernizada, aqui e ali, sob o influxo de novas tendências que compassaram o seu regramento às melhores práticas de governo. Esse regramento, ao menos por hipótese, curvou-se e aos interesses dos minoritários, assumindo abertamente a sua importância ao financiamento da macroempresa brasileira. Em um país de grandes disparidades sociais e econômicas, o legislador esmerou-se no tratamento da grande empresa, esquecendo-se da pequena e da média. Mas o legislador deve legislar, sobretudo, para o povo.” (Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição e motivos do PL 4303/2012**. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node019aaluvnyyzkp111vj44rmx5l1x3059810.node0?codteor=1018083&filename=PL+4303/2012 Acesso em: 30 ago. 2021.)

desenvolvimento de uma *atividade econômica* de caráter lucrativo. Na *empresa social* o *poder econômico* é manejado tão-somente para o *compartilhamento de valor social* e/ou *ambiental* em benefício da comunidade. Esse tipo de *empreendimento social* nasceu marcado pela descrença sobre o modo absurdamente individualista do *espaço privado* e o formato burocrático do *espaço público*, como também pela incompatibilidade com os ideais *neoliberais*. THOMPSON e SCOTT explicam o espírito por trás do *value driven*, que impulsiona a *empresa social*:

Value driven: A new (and different) type of organization that distinctive governance and a more social and a commercial perspective — to conform with the values that are often attributed to social enterprises generally and also because: (i) some hold a belief that commercial model will not deal with the relevant needs; (ii) the public sector arguably does not possess the resources required, as it involves some very difficult choices and rationing (demand for services exceeds resources-driven supply potential), as well as a desire for a better way of providing the service in question. The new model ought to be all-around and reinvest any relevant surpluses into the organization. This perspective will be attractive to people who shun the traditional commercial, capitalist or neo-liberal model.¹³⁷

Diante disso, podemos concluir que a finalidade da *empresa social* pode ser *bidimensional* ou *tridimensional* — “*double bottom line*”¹³⁸ ou resultado triplo¹³⁹ —, uma vez que o *compartilhamento de valor social* e/ou *ambiental* é diretamente associado ao critério econômico da própria atividade desenvolvida.

O *compartilhamento de valor* pelo *agente econômico* privado consiste na promoção de algo *que é importante, útil ou vantajoso dentro de uma ordem social ou material*. Os sujeitos atingidos por essas utilidades ou vantagens podem ser determinados ou indeterminados, isto é, a *atividade econômica* pode alcançar um grupo específico de pessoas ou sujeitos difusos. É habitual que esse conjunto de pessoas se encontre em condições de vulnerabilidade. Logo, se unirmos o objeto primordial da *atividade econômica* e os destinatários dela — *compartilhamento de valor* + grupo determinado ou indeterminado de cidadãos vulneráveis — chegaremos a uma fórmula muito parecida com a traçada pela doutrina administrativista a respeito do *interesse público*.

¹³⁷ THOMPSON; SCOTT, *Social enterprise or social entrepreneurship*, op. cit., p. 14.

¹³⁸ “Thus, whether they view economic value as a means for creating social value or as inherently valuable on its own, for-profit social entrepreneurs have dual social and financial objectives that guide their managerial decision-making and determine their success. This goal is commonly referred to as the ‘double bottom line’.” DEES; ANDERSON, *For-profit social ventures*, op. cit., p. 02.

¹³⁹ YUNUS; WEBER, *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*, op. cit., p. 33.

HABERLIN relembra que a própria “história do Direito é uma história dos interesses e de sua proteção”¹⁴⁰, sendo que a evolução do estado de natureza, ou da situação de guerra de todos contra todos¹⁴¹, para o império do Direito visou isso, a tutela de interesses. Num contexto jurídico, o termo *interesse* pode ser concebido como *as finalidades e os valores promovidos a um grau de relevância por determinada sociedade organizada*, ou, em outras palavras, “las metas que esos mismos hombres, individualmente y en su conjunto, desean obtener, por considerarlas valiosas”¹⁴². Contudo, dentro de um Estado de Direito, tal como é a pretensão do Estado brasileiro (artigo 1º da Constituição), as respectivas *finalidades e metas essenciais* devem ser extraídas da *ordem objetiva de valores*, consubstanciada nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Já o termo *público* pode ser definido *como aquilo que a todos pertence*, sem qualquer vinculação à pessoa do Estado ou à divisão entre o *espaço público* e o *espaço privado*. Essa dicotomia, como um reflexo inevitável, corresponde à automática reprodução de um *antagonismo ficto*, pois o *público* está contido no *privado*, conforme leciona BANDEIRA DE MELLO, “o interesse do todo é ‘função’ qualificadora do interesse das partes, um aspecto, uma forma específica, de sua manifestação”¹⁴³. Então, sob esse contexto, o que é do público não é necessariamente contrário ao que é do privado e, nem tampouco, o público é de titularidade exclusiva do Estado.

Sobre a titularidade do *interesse público*, JUSTEN FILHO acertadamente assenta que “com o desenvolvimento político e social, há tendência a reconhecer a possibilidade de

¹⁴⁰ HABERLIN, Mártin. **Uma história do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017, p. 95.

¹⁴¹ O estado de natureza que dominou o homem por séculos afora pregava basicamente uma luta sangüinária e interminável, estimulada pelo instinto animal de sobrevivência. Entre os homens não havia confiança ou solidariedade, o que predominava era o medo, a incerteza e a obstinação pela defesa solitária do seu corpo e de seus bens. Não obstante o estado de natureza assegurasse a *liberdade negativa*, na sua forma mais pura, sem qualquer amarra externa que impedisse o homem de realizar aquilo que desejasse (Cf. BERLIN, **Estudos sobre a humanidade**, op. cit., p. 229), ao mesmo tempo ele resultava na *guerra de todos contra todos* (Cf. HOBBS; Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 94-98). A partir do momento que o estado de sociedade tomou o lugar do estado de natureza, “o homem perdia a liberdade, mas ganhava, em troca, a certeza de conservação” (BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 39) ao integrar o pacto social coletivo e outorgar ao Estado a incumbência de zelar pela sua integridade física e pelo seu acervo patrimonial, ou a de garantir institucionalmente a *liberdade política* (Cf. MONTESQUIEU, **O espírito das leis**, op. cit., p. 268).

¹⁴² ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público: como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989, p. 49.

¹⁴³ BANDEIRA DE MELLO, **Grandes temas de direito administrativo**, op. cit., p. 182.

interesses públicos não estatais”¹⁴⁴, a exemplo dos fins institucionais, de ordem socioambiental, concretizados pelas *empresas sociais*, os quais podem ser perfeitamente classificados como *interesses públicos não estatais*.

É exatamente nesse ponto que gostaríamos de chegar, na interseção entre a *finalidade bi* ou *tridimensional* da *empresa social* e o *interesse público*, demonstrando que é possível a concretização de *interesse público* pela via privada. Para demonstrar o nosso entendimento utilizaremos um modelo pragmático de *empresa social* brasileira.

A empresa Ver Bem, pessoa jurídica de Direito privado, instituída como sociedade anônima, possui como objetivo social transformar o excludente cenário da saúde visual no Brasil. Para tanto, a cada venda de 1 óculos na sua rede de óticas outro óculos é doado para crianças e adultos em situação de vulnerabilidade. Os óculos doados possuem uma tecnologia alemã — *Good Vision Glasses*¹⁴⁵ — de baixo custo, fácil montagem e extrema qualidade e duração, enquanto os óculos alienados nas óticas são compatíveis com os modelos convencionais oferecidos no *mercado*, que custam muito mais. A sociedade lucrativa Ver Bem transfere gratuitamente os óculos inovadores para a Renovatio, *organização da sociedade civil* sem finalidade lucrativa, criada pela sociedade anônima, para a realização das ações sociais que englobam uma consulta oftalmológica em um ônibus adaptado, a distribuição dos óculos de grau em escolas públicas e comunidades carentes/ribeirinhas em todo o Brasil e a capacitação para montagem dos óculos pela comunidade. Então, enquanto a Ver Bem S.A. se responsabiliza por explorar a atividade lucrativa, dentro do mercado concorrencial, assumindo todos os riscos econômicos do negócio e as estratégias competitivas para obter excedentes financeiros, ao mesmo tempo ela se compromete em transformar essa exploração num fim social ligado à saúde pública e à educação dos cidadãos brasileiros. Até o ano de 2021 a Renovatio já doou mais de 60 mil óculos, em 23 Estado do Brasil e, também no Haiti, e já realizou mais de 61 mil consultas oftalmológicas gratuitas.¹⁴⁶

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, *O conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo*, op. cit., p. 117.

¹⁴⁵ Para mais informações sobre o projeto alemão vide o sítio eletrônico disponível em: <https://www.goodvisionglasses.org> Acesso em 02 set. 2021.

¹⁴⁶ As iniciativas, lucrativa e não lucrativa, foram fundadas em 2017 por um jovem brasileiro de 28 anos, Ralf Toenjes, que após ser premiado pela Unilever em 2013, como o melhor projeto universitário de impacto social, participou do Mundial Enactus no México e conheceu um grupo de estudo alemão que indicou que 680 milhões de pessoas no mundo apresentam problemas de visão e não possuem condições financeiras para arcar com os custos da consulta e dos óculos. Sobre a Ver Bem e a Renovatio acessar, respectivamente, os sítios eletrônicos disponíveis em: <https://www.verbem.com.br> e <https://www.renovatio.org.br> Acesso em: 02 set. 2021.

Como visualizar esse modelo de relacionamento voluntário entre o “setor 2 1/2” e o *terceiro setor* e não reconhecer que a *atividade econômica* desenvolvida pela *empresa social* não corresponde ao que entendemos como *interesse público*? A condição da saúde ocular dos brasileiros é alarmante. Segundo o estudo realizado pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia em 2019, a cegueira e a deficiência visual atingiram em 2018, 2,8% da população que compõe a Classe A; 21% da população que compõe a Classe B; 47,7% da população que compõe a Classe C; 28,5% da população que compõe a Classe D/E¹⁴⁷. Os dados divulgados do Projeto Olhar Bem, formado em parceria entre os Ministérios da Saúde e da Educação para atender os alunos matriculados na rede pública de ensino e os adultos acima de 60 anos alfabetizados e cadastrados no Programa Brasil Alfabetizado (de 2014 a 2019), informam que mais de 5.370 consultas oftalmológicas foram realizadas e mais de 2.470 óculos foram distribuídos¹⁴⁸. Só a *organização da sociedade civil* Renovatio, financiada pela *empresa social* Ver Bem S.A., de 2017 a 2021, ofereceu mais de 61 mil consultas oftalmológicas gratuitas e doou mais de 60 mil óculos para crianças e adultos vulneráveis, em menos tempo de funcionamento do que o de duração do projeto implementado pelo Poder Público brasileiro.

Diante disso, não é crível que esse tipo de *atividade econômica* privada, que culmina num verdadeiro processo de transformação social, não esteja intimamente ligado com a noção de *interesse público*, ou, melhor dizendo, com a de “promover um estado ideal de coisas”¹⁴⁹. A Constituição promulgada em 1988, por uma Assembléia constituída, que representou o povo brasileiro, preconiza claramente que a saúde e a educação são direitos fundamentais e a sua concretização é dever do Estado (artigo 196 e 205), portanto, *interesse público* que tanto se materializou pela via do *serviço público*, como também, de forma espontânea e complementar, pela atuação de *agente econômico* privado com finalidade lucrativa.

Ademais, a conclusão de que as empresas sociais concretizam *interesses públicos não estatais* não pode ser rechaçada pelo leviano argumento de que é extremamente difícil a

¹⁴⁷ CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA. **As condições da saúde ocular no Brasil - 2019**. São Paulo: CBO – Conselho Brasileiro de Oftalmologia, [2021]. Disponível em: https://www.cbo.com.br/novo/publicacoes/condicoes_saude_ocular_brasil2019.pdf Acesso em: 02 set. 2021.

¹⁴⁸ EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. **Projeto Olhar Brasil**. Brasília, DF: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-sul/hu-furg/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas-projetos-e-acoes/projeto-olhar-brasil> Acesso em: 02 set. 2021.

¹⁴⁹ HEINEN, **Interesse público**, op. cit., p. 92.

valoração do impacto social e ambiental pelos *empreendimentos sociais*, ainda mais com finalidade lucrativa, pois a falta de informações transparentes pode levar ao temor de que o *agente econômico* apenas favoreça os seus desejos pessoais, ao invés de produzir bens ou prestar serviços acessíveis e de qualidade¹⁵⁰. Todavia, esse desafio pode ser superado porque o *compartilhamento de social e ambiental* não é algo absolutamente intangível. Para o cálculo do *retorno* ou dos “ganhos materiais e imateriais pela empresa que canaliza recursos”¹⁵¹ é indispensável mensurar corretamente qual o impacto social e/ou ambiental que a *empresa social* pretende entregar para a sociedade — o mesmo propósito evidenciado claramente para os investidores externos —, ou seja, quais são “os efeitos no tecido social de determinada comunidade e suas influências para o bem-estar dos indivíduos e das famílias que o compõe”¹⁵². A partir disso, a empresa social avaliará quais foram os *investimentos realizados* para o desenvolvimento da *atividade econômica* — *inputs* —; os *produtos entregues*, os *serviços prestados* e a *clientela alcançada* — *outputs* —; os *resultados a longo prazo* na vida das pessoas expostas — *outcomes* —, e com isso chegará ao resultado da existência ou não de impacto socioambiental¹⁵³.

A história de sucesso da *empresa social* norte-americana *TOMS – Tomorrow’s Shoes* pode nos ajudar a interpretar, com mais facilidade, que o cálculo do *compartilhamento de valor* gerado não é algo impossível, embora na visão de um jurista isso seja demasiadamente complexo, mas tentaremos simplificar.

Numa viagem de férias a uma província da argentina, o californiano Blake Mycoskie conheceu uma *organização da sociedade civil* que coletava calçados usados e os doava para pessoas, que as vezes não possuíam um par sequer. No entanto, essa atividade filantrópica passava uma grave dificuldade, a demanda de pessoas necessitadas não correspondia à quantidade de pares coletados pela organização. Daí, em 2006, surgiu a grande idéia de aprimorar esse projeto social e transformá-lo numa *empresa social* que fabrica alpargatas argentinas de qualidade e as comercializa nas grandes redes de lojas do *mercado* e a cada venda de um par outro será doado para uma criança em situação de vulnerabilidade — *one for one* —

¹⁵⁰ Cf. DEES; ANDERSON, *For-profit social ventures*, op. cit., p. 08.

¹⁵¹ MELO NETO, Francisco Paulo; FROES, César. *Responsabilidade social & cidadania empresarial: a administração do terceiro setor* Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999, p. 166.

¹⁵² OLIVEIRA FILHO, Gilberto R.; KIYAMA, Renato Seiki; COMINI, Graziella. Os desafios de mensurar o impacto social. In: BARKI, Edgard; et. al. (orgs.). *Negócios com impacto social no Brasil*. São Paulo: Editora Peirópolis, 2013, p. 213.

¹⁵³ Idem.

“não haverá porcentagens, nem fórmulas”¹⁵⁴, simples assim. Dessa singela fórmula se fortaleceu um *empreendimento social* de grande sucesso — certificado pelo *Sistema B* — e hoje a *TOMS* além de manter a sua *atividade econômica* inicial com um propósito social específico, passou a investir $\frac{1}{3}$ de seus lucros em outras organizações que criam mudanças em nível local e impulsionam o progresso do zero¹⁵⁵. Entre os anos de 2019 e 2020, a *TOMS* e os seus 71 parceiros, distribuídos em 28 países, doaram mais de 7 milhões de pares de alpargatas para crianças, além de apoiar financeiramente outros projetos socioambientais pequenos, que impactam na vida das pessoas — 180 mil dólares subsidiados¹⁵⁶.

A partir do exposto, resta evidente que o *compartilhamento de valor socioambiental* pode ser mensurado, como também é cristalino que a função da *empresa social* vai muito além da *iniciativa privada* lucrativa, promovendo o *interesse público* pela via não estatal.

3.4.2 FINALIDADE – ASPECTO ECONÔMICO

Sob o aspecto jurídico-formal, as *empresas sociais* podem adotar um dos tipos societários, admitidos pelo Direito — artigos 1.039 a 1.092 do Código Civil¹⁵⁷ —, com viés lucrativo. Significa dizer que, a entidade moral é instituída para adquirir personalidade jurídica e explorar regularmente *atividade econômica* de produção bens ou prestação de serviços e, a partir disso, obter um *saldo econômico positivo* e direcioná-lo ao *compartilhamento de valor socioambiental*. Conforme apontamos no subitem anterior (3.1), a *empresa social* nasce necessariamente para ser autossustentável — se esquivando da dinâmica da *captação de recursos* típica das organizações do *terceiro setor* — e, assim, obter lucro ao invés de prejuízo. SUNDEFELD afirma que a relação entre *lucro x prejuízo* é de natureza avaliatória, pois “os conceitos de lucro e prejuízo estabelecem uma comparação entre o resultado de certa atividade e seus fins determinantes”¹⁵⁸. Para melhor compreensão do sentido jurídico podemos nos valer do caso hipotético fornecido pela doutrina:

¹⁵⁴ MYCOSKIE, Blake. *Comece algo que faça a diferença*. Belo Horizonte: Editora Voo, 2014, p. 15.

¹⁵⁵ Cf. sítio eletrônico da *TOMS* disponível em: <https://www.toms.com/us/impact.html> Acesso em: 02 set. 2021.

¹⁵⁶ TOMS. *Impact report 2019-2020*. Los Angeles: TOMS, [2021]. Disponível em: https://www.toms.com/on/demandware.static/-/Library-Sites-toms-content-global/default/pdfs/TOMS_Impact_Report.pdf Acesso em: 02 set. 2021.

¹⁵⁷ “[...] o Código também cuida das sociedades personificadas, quais sejam: a **sociedade simples pura**, a **sociedade limitada**, a **sociedade anônima**, a **sociedade em nome coletivo**, a **sociedade em comandita simples**, a **sociedade em comandita por ações** [...]” RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 337.

¹⁵⁸ SUNDEFELD, *Entidades administrativas e a noção de lucro*, op. cit., p. 264.

Instalo empresa de comércio de alimentos sem, em meu íntimo, almejar lucro, mas apenas colaborar no desenvolvimento físico do povo brasileiro. Posso dizer, desde uma visão externa ao Direito, que meu negócio não tem fim lucrativo; logo, não pode gerar lucro. Mas, para o direito, as sobras de caixa propiciadas por minha empresa são lucro, pois para as normas jurídicas, atividade do gênero tem escopo de lucro, ainda quando o empreendedor não o esteja buscando. Na linha kelseniana: esse saldo de balanço (o conteúdo de um acontecer fático) coincidirá com o conteúdo de uma dada norma tida como válida no sistema e terá, em consequência, significação jurídica própria, mesmo que não desejada no mundo do ser. Logo, para saber se uma atividade se destina ao lucro (e, portanto, o propicia, no sentido jurídico), devo consultar, não as reservas mentais do empreendedor, mas a qualificação jurídica dos fins do empreendimento.¹⁵⁹

De tal sorte, para o Direito, “o lucro é o *fim* em relação à atividade, que é instrumento”¹⁶⁰. Portanto, a *empresa social* deve ser classificada como lucrativa — no tocante ao critério objetivo, da finalidade —, pois a *atividade econômica* é desenvolvida para a materialização de excedentes financeiros, ainda que a sua finalidade não seja *unidimensional* como a de qualquer *agente econômico* que atua no *mercado concorrencial*. O fim da *empresa social* é *bidimensional* ou *tridimensional*, sendo igualmente importante conquistar um *saldo econômico positivo* e *compartilhar valor social* e/ou *ambiental*. Entre esses dois ou três componentes há uma relação fática condicional, no sentido de subordinação recíproca, pois *sem lucro não há compartilhamento de valor socioambiental* e *sem o compartilhamento de valor socioambiental o lucro perde a sua valia*.

Uma vez desfeito o entrelaçamento entre o *lucro* e o *compartilhamento do valor social* e/ou *ambiental*, o lucro por si só perde a sua serventia, porque não faz parte do escopo precípua da *empresa social* a apropriação das sobras financeiras pelos seus instituidores. Mas isso não significa que a distribuição de dividendos seja absolutamente vedada, ela até pode ser admitida nos limites do contrato ou estatuto social, todavia, essa característica é secundária e não se sobrepõe à finalidade *bidimensional* ou *tridimensional* desse tipo de *empreendimento social*, que possui “como medida de sucesso o impacto”¹⁶¹ socioambiental, que advém da realização, no mundo do ser, de *atividade econômica* lucrativa.

Por outro lado, o excesso financeiro que não faz parte da finalidade da pessoa jurídica é denominado juridicamente de superávit, em substituição ao lucro, tal como ocorre com a pessoa jurídica de Direito Público. Isso porque a prestação de *serviços públicos* se volta para a

¹⁵⁹ SUNDFELD, **Entidades administrativas e a noção de lucro**, op. cit., p. 264-265.

¹⁶⁰ ATALIBA; GONÇALVES. **Excedente contábil**, op. cit., p. 277.

¹⁶¹ MELO NETO; FROES, **Empreendedorismo social**, op. cit., p. 10.

promoção de utilidades materiais para a coletividade e, desse modo, para a consecução de *interesses públicos*. Nas palavras do ilustre mestre BANDEIRA DE MELLO, “o típico da personalidade jurídica pública é o desempenho de atividade econômica desinteressada, alheia aos objetivos de ganhos, enquanto a pessoa privada tem finalidade lucrativa”¹⁶². Então, a obtenção de proveito econômico não é própria do Estado, logo, suas atividades institucionais não podem ser tipificadas como lucrativas porque para o Direito “lucro é um conceito finalístico”¹⁶³, tal como afirma MARTINS.

Uma interpretação similar à feita com relação aos *serviços públicos* poderia ser realizada no tocante ao *terceiro setor*, pois a finalidade desse *agente econômico* não é lucrativa, não constitui objetivo das *organizações da sociedade civil* obter lucro com a exploração de suas atividades sociais, mas também não há impedimento legal para que isso aconteça, eis que a organização pode apresentar superávit. O que é vedado pelo legislador é a distribuição dos excedentes entre os associados e os fundadores, conforme prescreve a legislação do setor — “[...] considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social.” (§ 1º do artigo 1º da Lei federal n. 9.790/99).

Posto isso, parece-nos que o legislador brasileiro, ao tratar da ausência de finalidade lucrativa do *terceiro setor*, considerou apenas o critério subjetivo, bem típico da área econômica. Vale dizer, o “lucro econômico é, essencialmente, apurado pelo incremento no valor presente do patrimônio líquido, envolvendo aspectos ligados à subjetividade”¹⁶⁴. A ciência econômica visualiza o lucro dentro da ótica *capitalista* estabelecendo uma conexão remuneratória entre a capacidade de produção empresarial e dos demais fatores produtivos como a terra, o capital e o trabalho, atribuindo a cada um desses uma recompensa pelo envolvimento no processo produtivo — renda de terra, juro e salário¹⁶⁵. A maximização dessas

¹⁶² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 269.

¹⁶³ MARTINS, *Regulação administrativa à luz da constituição federal*, op. cit., p. 248.

¹⁶⁴ FUJI, Alessandra Hirano. O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada. *Revista Contabilidade e Finanças, Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo*, n. 15, dez. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcf/a/BMyQDXqFgNNKmSvkY4H7tKq/?lang=pt> Acesso em: 05 ago. 2021.

¹⁶⁵ Cf. idem.

recompensas tem como resultado final o acúmulo de riqueza para os *proprietários* e *investidores* e, na mesma medida, direciona a futura tomada de decisão sobre a expansão da atividade empresarial e a internalização pessoal de capital. Assim, o lucro é manejado para que a capacidade empresarial continue a *recompensar* os envolvidos e, certamente, a função teleológica da norma do *terceiro setor* foi a de evitar que associados e fundadores das *organizações da sociedade civil* se desviem do seu foco exclusivo, da manutenção constante da atividade social de relevância pública. Então, a evidente conclusão é que a tomada de decisão no *terceiro setor* não deve se orientar pela produção de capital, como fazem exclusivamente os *agentes econômicos* que atuam no *mercado concorrencial*.

Sob o prisma econômico de lucro, poderíamos conceber a *empresa social* como uma *atividade econômica* híbrida, que mistura características de atividade lucrativa e de atividade não lucrativa. Isso porque, na mesma medida que se concentra em maximizar as recompensas do processo produtivo para incrementar melhorias na atividade empresarial e fornecer aos proprietários e investidores os excedentes acordados, concentra-se com mais intensidade em *compartilhar valor socioeconômico*, portanto vai muito além do mero viés *capitalista*. PORTER e KRAMER sinalizam que nem todo lucro é igual, e os que envolvem um propósito social devem representar uma forma superior de *capitalismo*, porquanto criam um ciclo positivo de prosperidade da empresa e da comunidade¹⁶⁶.

Na seara tributária, TORRES ao analisar o fato gerador da CSLL – contribuição social sobre o *lucro líquido*, fonte de financiamento da seguridade social, prevista na alínea “c” do inciso I do artigo 195 da Constituição, esclarece que não há distinção substancial entre os conceitos de lucro, fato gerador da CSLL, e de *renda*, fato gerador do IRPJ – imposto sobre a renda e proventos de pessoa jurídica (III do artigo 153 da Constituição), porque “em ambos só ocorre o fato gerador se houver *acréscimo do patrimônio*”¹⁶⁷. Ao analisar a suposta inconstitucionalidade entre essa dualidade de fatos geradores — a *bitributação* pelo mesmo ente político é vedada pelo inciso I do artigo 154 da Constituição — o Supremo Tribunal Federal consignou que:

Nem seria possível a utilização do argumento no sentido de que teríamos, no caso, *bis in idem* — o lucro das pessoas jurídicas constituindo fato gerador do imposto sobre a renda e da contribuição — por isso é que a Constituição que, expressamente, admite a contribuição

¹⁶⁶ Cf. PORTER; KRAMER, *Creating shared value*, op. cit., p. 15.

¹⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário*: os tributos na constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. IV, p. 602.

sobre o lucro (C.F., art. 195, I)¹⁶⁸

Posteriormente, em 2010, os Ministros do Supremo Tribunal Federal firmaram entendimento — dividido (6 x 5 votos) — de que a imunidade objetiva sobre as receitas decorrentes de exportação, prevista no § 2º do artigo 149 da Constituição, não alcança à CSLL, “haja vista a distinção ontológica entre os conceitos de lucro e receita”. No voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, restou claro que o lucro faz parte do conceito de receita, mas com ela não se confunde:

Não obstante, sejam, em termos contábeis, econômicos, tributários ou jurídicos, conceitos diversos, o lucro sempre pressupõe a receita, e as diferenças entre esses institutos não são suficientes para excluir o lucro do âmbito de incidência da norma desonerativa. [...] Da legislação tributária, portanto, extrai-se que lucro significa o resultado positivo em um determinado exercício, ou seja, a receita auferida nesse período menos as despesas necessárias à sua obtenção.¹⁶⁹

A diferença conceitual entre lucro e receita foi confirmada pelo voto vencedor do Ministro Marco Aurélio, que sustentou não ser a CSLL uma contribuição social propriamente dita, por isso não lhe seria aplicável à imunidade constitucional, já que a hipótese de não incidência é clara e alcança só a receita e não o lucro, que são coisas distintas porque “poderá haver receita sem existir lucro”¹⁷⁰.

Portanto, na seara tributária o vocábulo lucro é apartado da noção de renda e de receita pelo Supremo Tribunal Federal, sendo utilizado pela doutrina para se referir aos *acréscimos patrimoniais* demonstrados pelo contribuinte em cada exercício competente. Essa visão teórica se aproxima muito da seguida pela área econômica, que leva em conta o critério subjetivo — da *recompensa financeira* do agente econômico.

Dessa forma, em face da diversidade de entendimentos acerca do lucro, é preciso nos posicionarmos sobre um dos seus sentidos para chegarmos ao tema que nos concerne e, nesse caso, a mais acertada seria a definição para o Direito que leva em conta o critério objetivo, da finalidade da atividade econômica — “[...] a atividade empresarial é instrumental, é veículo de

¹⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 138.284**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1517963> Acesso em: 05 set. 2021.

¹⁶⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 474.132**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1992, p. 39-40. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2347641> Acesso em: 05 set. 2021.

¹⁷⁰ Idem, p. 58.

satisfação da finalidade própria do agente privado capitalista, que é o lucro”¹⁷¹ —, não sendo aplicável, ao menos para inteligência da finalidade *bidimensional* ou *tridimensional* da *empresa social* as definições: i) econômica — “[o] conceito de lucro, nesse contexto, é um importante referencial para orientar as decisões econômicas dos agentes”¹⁷² e ii) tributária — “acréscimo sobre o patrimônio da empresa”¹⁷³. Nem tampouco, caberia uma posição mais próxima da realidade contábil, que verifica o lucro sistematicamente, isto é, quantifica “de maneira lógica, objetiva e sistemática [...] as transações em termos físicos e monetários”¹⁷⁴.

Essa escolha, pelo significado jurídico, faz mais sentido para o universo desse tipo de *empreendimento social*, pois a *empresa social* não concebe sua *atividade econômica* lucrativa somente do ponto de vista subjetivo, da distribuição restrita de dividendos aos sócios, acionistas e investidores. Ao contrário, ela vislumbra de modo condicional o *compartilhamento de valor socioambiental* e o lucro. Na realidade, a empresa social pode consentir com a repartição limitada ou não, se permitir certamente será para suprir a necessidade de inversões privadas externas. A desvinculação do viés subjetivo é factível e pode ser comprovada pela admissão, por alguns países da Europa ocidental, da distribuição limitada de eventuais excessos financeiros *por organizações da sociedade civil e cooperativas*, ainda que exerçam atividade sem finalidade lucrativa^{175, 176}.

3.4.3 FUNDAMENTO JURÍDICO – FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Até este momento já vimos que as *empresas sociais* desenvolvem *atividade econômica lucrativa*, mas incorporam a ela um propósito social e ambiental, que vai muito além da

¹⁷¹ ATALIBA; GONÇALVES. *Excedente contábil*, op. cit., p. 278.

¹⁷² FUJI, *O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada*, op. cit.

¹⁷³ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 309.

¹⁷⁴ FUJI, *O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada*, op. cit.

¹⁷⁵ KERLIN, *Social enterprise in the United States and Europe*, op. cit., p. 249.

¹⁷⁶ Tal como ocorre também com a figura jurídica da *CIC - Community Interest Company* no Reino Unido (mencionada no subitem 3.3) — análoga à *empresa social* —, que mesmo sendo constituída como sociedade limitada ou sociedade por ação, para fins legais elas são consideradas sem finalidade lucrativa, mas nem por isso são proibidas de distribuir dividendos, a repartição limitada é admitida (Cf. DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY. **Office of the Regulator of Community Interest Companies: Leaflets – frequently asked questions for funding organizations**. London: Department for Business, Energy & Industrial Strategy UK, p. 05-06, [2016]. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605431/13-782-community-interest-companies-frequently-asked-questions-for-funding-organisations.pdf Acesso em: 30 ago. 2021). A partir de mais esse exemplo, inferimos que o conceito de lucro deve se alinhar sempre com o objetivo principal da pessoa jurídica (conceito jurídico) e não com a questão subjetiva da apropriação financeira (conceito econômico), uma vez que essa pode ocorrer ou não, independente da intenção de se obter saldo positivo.

satisfação dos interesses econômicos dos sujeitos que a fundaram ou nela investiram. A gestão da empresa social se compromete mutuamente com o *compartilhamento de valor socioambiental* e com a *obtenção de excedentes financeiros* e, a partir disso, promover a *dignidade, a igualdade e a justiça social*. Pois bem, mas e o seu fundamento jurídico qual seria, ou seja, em que norma positivada se sustentaria esse modelo de *empreendimento social*?

Sem dúvida, o seu fundamento jurídico mais cabal reside na *função social* assegurada no artigo 5º da Constituição de 1988 ao lado do direito fundamental de propriedade (incisos XII e XIII). É dela que advém à *função social da empresa*, pois “o conceito constitucional de propriedade é bem mais amplo que o tradicional do direito civil”¹⁷⁷.

A concepção do direito de propriedade como o símbolo mor da apropriação privativa e perpétua sobre determinada riqueza é inato à natureza humana e se confundia com a noção de liberdade e de família¹⁷⁸. Na idade moderna, a moldura liberal encartada no revolucionário século XVIII concentrou as preocupações da sociedade em torno da propriedade. Com a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, a propriedade recebeu um status metafísico¹⁷⁹ e se consolidou como um direito subjetivo, de caráter extremamente individualista, capaz de satisfazer os interesses do seu proprietário e nada mais.

LOPES afirma que o novo contorno jurídico atribuído ao direito de propriedade se deu antes mesmo da assunção dos valores de solidariedade social assumidos pelo Estado democrático de Direito¹⁸⁰. Antes da transição para o *Estado social* o pensamento jurídico já tinha se centrado em discutir o tema da solidariedade e a refletir “a respeito dos direitos subjetivos, os quais não poderiam ser mais absolutos”¹⁸¹, porquanto direcionados ao bem comum e, dessa forma, estruturados com a observância dos interesses sociais. No entanto, foi com o *Estado social* que a premissa solidarista se consolidou e impôs ao indivíduo, como

¹⁷⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 732, p. 43.

¹⁷⁸ Na antiguidade clássica o conceito de propriedade conjugava valores relativos à instituição familiar e à religião doméstica, surgindo dentro desse seio. Cf. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 660.

¹⁷⁹ “A propriedade dos bens é vista como uma manifestação interna do indivíduo. A propriedade é absoluta porque corresponde à natural vocação do indivíduo de fortalecer o que é seu.” BERCOVICI, **A constituição de 1998 e a função social da propriedade**, op. cit., p. 1.014.

¹⁸⁰ LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 109-114.

¹⁸¹ Idem, p. 110.

membro de uma sociedade juridicamente organizada, a obrigação de fomentar o bem-estar de todos. A partir daí, o direito de propriedade sofreu uma releitura voltada ao cumprimento de uma função coletiva.

A natureza jurídica da funcionalização do direito de propriedade é concebida pela doutrina brasileira sob óticas diversas. DI PRIETO defende ser a *função social* uma *limitação administrativa* originária do poder de polícia¹⁸², como um “mecanismo de frenagem empregado pela Administração Pública para deter o uso antissocial de direitos individuais”¹⁸³. Em sentido oposto, SILVA interpreta a função social como um “elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade”¹⁸⁴, podendo “se confundir com o próprio conceito de propriedade, diante de um caráter inafastável de acompanhamento”¹⁸⁵. Acreditamos que a funcionalização não pode ser tida como mero condicionamento externo — *limitação administrativa* — ligado exclusivamente ao exercício do direito. Não se trata de impor coercitivamente obrigações positivas ou negativas ao titular para o exercício das faculdades de usar, gozar e dispor. É mais do que isso, a *função social* possui uma densidade mais acentuada, “como fruto de uma ótica mais solidária e menos excludente”¹⁸⁶.

A perspectiva solidarista, ínsita à funcionalização, propaga-se por todos os ramos que se interligam com o que se entende por *propriedade*, tanto assim é que o constituinte erigiu a *função social da propriedade* com um dos princípios da *ordem econômica* (inciso III do artigo 170 da Constituição), estabelecendo com isso um contorno especial a *liberdade de iniciativa econômica*¹⁸⁷. MARTINS, esclarece que o “universo das condutas é restringido” com a *funcionalização da liberdade*, impondo ao *agente econômico* a eleição de sua conduta empresarial, depois de descartar as que sejam contrárias aos interesses sociais¹⁸⁸.

SILVA relaciona a funcionalização da *liberdade de iniciativa econômica* não apenas com

¹⁸² Cf. DI PIETRO, **Direito administrativo**, op. cit., p. 114-117.

¹⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 10 ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 99.

¹⁸⁴ SILVA, **Curso de direito constitucional positivo**, op. cit., p. 273.

¹⁸⁵ TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das coisas**. 9 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 4., p. 86.

¹⁸⁶ SCHREIBER, Anderson. **A função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**, p. 03. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf Acesso em: 5 set. 2021.

¹⁸⁷ “O princípio da função social da empresa é constitucional, geral e implícito.” COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed., rev. atual., ampl. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, v.1, p. 72.

¹⁸⁸ MARTINS, **Teoria jurídica da liberdade**, op. cit., p. 77-78.

o princípio da *função social da propriedade*, mas também com outros princípios constitucionais da ordem econômica — *valorização do trabalho humano* (caput do artigo 170); *defesa do consumidor* (V do artigo 170); *defesa do meio ambiente* (VI do artigo 170); *redução das desigualdades regionais e sociais* (VII do artigo 170); *busca pelo pleno emprego* (VIII do artigo 170) —, que reunidos dão origem ao que denominou de *função social da propriedade dos bens de produção*, significando o mesmo que a *função social da empresa* e a *função social do poder econômico*¹⁸⁹.

Em sendo assim, podemos firmar que a *funcionalização* imputa ao *agente econômico* o dever jurídico de exercer a sua liberdade da forma que melhor atenda ao bem comum, e isso se dá pela sua condição de *proprietário dos bens de produção*¹⁹⁰ e, portanto, responsável por atender, na condução da atividade empresarial, aos múltiplos interesses sociais alheios aos interesses exclusivos da pessoa jurídica de Direito privado. O sentido da *função social da propriedade dos bens de produção* deve corresponder ao “de não se concentrarem, apenas na titularidade do empresário, todos os interesses jurídicos protegidos que o circundam”¹⁹¹.

NEGRÃO alerta que a *função social* não pode se restringir a *propriedade dos bens de produção*, pois nem toda “atividade empresarial opera com bens classificáveis como propriedade (bens de produção) ou com concurso de colaboradores”¹⁹², desse modo, o intérprete deve voltar à atenção para a *atividade humana de produção de riquezas*, para a *atividade econômica* portanto, pois é sobre ela que incide de maneira ampla a *função social*.

De tal sorte, é inegável que a *empresa social* encontra guarida na *funcionalização* da *liberdade de iniciativa econômica*, decorrência normativa direta da moldura solidarista atribuída ao direito de propriedade pelo constituinte. Considerando que o exercício de *atividade econômica* com finalidade *bidimensional* ou *tridimensional* acarreta o comprometimento — no caso da *empresa social* um compromisso voluntário, muito além da obrigação jurídica imposta pela Constituição — do empresário com os deveres de solidariedade em paralelo à eficiência

¹⁸⁹ SILVA, Curso de direito constitucional positivo, op. cit., p. 828.

¹⁹⁰ “Por bens de produção, como conceito jurídico, devem-se compreender todos os reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial. Em sendo sobre estes bens nem sempre o empresário exerça especificamente o direito de propriedade (entre eles, há os alugados, os alienados fiduciariamente, os objetos de leasing, etc.), é de fato que os controla e decide se serão, e como serão, empregados na exploração da atividade econômica. Esta decisão deve se orientar pelo atendimento da função social da empresa.” COELHO, Curso de direito comercial: direito de empresa, op. cit., p. 71.

¹⁹¹ Idem.

¹⁹² NEGRÃO, Ricardo. Preservação da empresa. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 112.

lucrativa exigida pelo *capitalismo*, não poderia ser outro o raciocínio extraído pelo intérprete, o princípio da *função social da empresa* se enquadra, perfeitamente, como fundamento jurídico da *empresa social*¹⁹³.

3.5 CLASSIFICAÇÃO COMO UM SETOR INDEPENDENTE – SETOR 2 1/2

Vencida à temática conceitual, podemos iniciar o cotejo das *empresas sociais* com os *agentes econômicos* que exploram atividade no *mercado*, com o *cooperativismo* pertencente à *economia solidária* e com as *organizações da sociedade civil* que formam o *terceiro setor*.

Além da gritante disparidade entre a finalidade *unidimensional* do *agente econômico* privado comum e a finalidade *bidimensional* ou *tridimensional* da *empresa social*, o modo que cada um desses empreendimentos maneja os excedentes financeiros também não é coincidente. Valer dizer, a *empresa social* explora atividade focada no ciclo cíclico de reinvestimento do próprio lucro — com a intenção de expandir cada vez mais o *compartilhamento de valor*. Devido a isso, não caberia ao intérprete a inserir no conjunto de realidades institucionais que compõem o *espaço privado*, sob pena de resultar em vício metodológico. É ínsito ao *agente econômico privado* o desejo de aplicar o capital em algum empreendimento, seja ele coletivo ou individual, para obter a maior vantagem pessoal mediante o menor dispêndio possível ou, em outras palavras, para sempre auferir resultados positivos e enriquecer, acumulando mais e mais capital. Contudo, ao criar uma *empresa social* os *agentes econômicos privados* instituidores não visam ou, pouco visam, benefício econômico para si — amortização do capital inicial e/ou distribuição limitada de dividendos —, pois buscam primordialmente difundir valores socioambientais para uma parcela de indivíduos da sociedade, para tanto, exercem atividade empresarial empenhados em obter, na maior medida admissível, excedentes financeiros. Essa diferença não pode ser ignorada, afinal os objetivos são diametralmente opostos — “[...] this difference in vision is that power is not based on the accumulation of capital”¹⁹⁴.

Além disso, as *empresas sociais* são instituídas de modo autônomo, sem qualquer

¹⁹³ A *função social da empresa* é citada expressamente como um dos fundamentos da *BIC – Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo* — figura jurídica análoga à *empresa social* — pelo artigo 8º da legislação colombiana (Cf. SUIN JURISCOL, **Ley 1901 de 2018**, op. cit.).

¹⁹⁴ ROITTER; VIVAS, **Argentina**, op. cit., p. 141.

vinculação como outra pessoa jurídica de Direito privado¹⁹⁵, pois não se trata da criação de uma pessoa jurídica de Direito privado para que um grupo econômico possa fomentar, a partir dela, o *investimento social privado* e com isso cumprir parte da *responsabilidade social* assumida ou dos fatores do *ESG*. O “setor 2 1/2” ultrapassa as fronteiras do insatisfatório *investimento social privado* brasileiro.

O *compartilhamento de valor socioambiental*, característica marcante — senão à principal — das *empresas sociais*, também não pode ser equiparado com o investimento social privado, promovido por meio da *responsabilidade social corporativa* e dos *fatores do ESG*. Primeiro, porque a *empresa social* é, a rigor, instituída de modo autônomo, não se vinculando a grupos econômicos ou a um *agente econômicos* macro. Segundo, porque os esforços dos investimentos sociais privados são assumidos em termos genéricos e compensatórios, por isso PORTER e KRAMER acreditam que essa desconexão com o negócio lucrativo principal resulta na inadequação das missões sociais e ambientais¹⁹⁶. YUNUS e WEBER esclarecem que a empresa socialmente responsável é movida por boas intenções, no entanto, quando os interesses socioambientais se mostrarem contrários aos dos líderes empresariais e investidores não haverá mais espaço para eles dentro da corporação, por isso as *empresas sociais* são instituídas e equipadas para lidar, com prioridade, dos problemas sociais e/ou ambientais e não sofrer pressões puramente *capitalistas*¹⁹⁷.

É certo que entre as *empresas sociais* e as sociedades próprias da *economia solidária*, as *cooperativas*, há uma diferença determinante que recai sobre a finalidade econômica, pois enquanto a *empresa social* possui um caráter lucrativo, a *cooperativa*, por força de lei, deve necessariamente exercer atividade de proveito comum, sem objetivo de lucro (artigo 3º da Lei federal n. 5.764/71). Mas fora a questão da finalidade econômica, há entre as duas figuras jurídicas mais uma interessante assimetria, que se reporta à criação de valores externos.

Vale dizer, o *compartilhamento de valor socioambiental* é estrategicamente formulado

¹⁹⁵ Isso não significa que não possa ser criada por um grupo econômico uma *empresa social* autônoma e voltada exclusivamente para *compartilhamento do valor social*, é que o usual, ao menos no Brasil, é a criação de pessoa jurídica sem finalidade lucrativa (associação ou fundação), totalmente dependente do grupo fundador. Tanto é possível que a primeira *empresa social multinacional* — Grameen Danone Foods Ltd. — criada pela corporação francesa Danone e pelo Banco indiano Grameen é referência no assunto (Cf. YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo, op. cit., p. 11-16).

¹⁹⁶ Cf. PORTER; KRAMER, **Creating shared value**, op. cit., p. 16-17.

¹⁹⁷ YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza**: a empresa social e o futuro do capitalismo, op. cit., p. 32-33.

pela *empresa social* ao avaliar os pontos de intersecção da sua *atividade econômica* com a sociedade, intentando com isso reduzir os impactos negativos; proporcionar condições seguras de trabalho; oferecer salários justos e compatíveis com o posto ocupado; estimular e reconhecer as habilidades individuais; minimizar os riscos ambientais; como também se comprometer com a criação de vantagens significativas não apenas para os sujeitos envolvidos na cadeia produtiva, mas também para sujeitos determinados ou indeterminados alheios à produção bens e à prestação de serviços. De outra banda, as pessoas se associam para formar uma sociedade *cooperativa* e, com isso, compartilhar valor apenas para os sujeitos envolvidos na cadeia produtiva, pois a “empresa solidária é basicamente de trabalhadores, que apenas secundariamente são seus proprietários”¹⁹⁸. No *cooperativismo* os benefícios são internalizados diretamente pelos próprios *cooperados* e, indiretamente, pelos seus familiares, não há uma intenção de ampliação para além desse núcleo direito e indireto.

Pois bem, não há um encaixe preciso e perfeito entre a *empresa social* e o *espaço privado* e, menos ainda, entre a *empresa social* e o *cooperativismo*. Mas e com relação ao *espaço público-privado*, designado de *terceiro setor*, como restaria essa comparação? Será que entre eles há proximidade ou divergência a ponto de enquadrá-los, ou não, numa mesma categoria setorial?

Hipoteticamente, o conceito de *compartilhamento de valor socioambiental* poderia ser utilizado para unir num mesmo espaço institucional as *empresas sociais* e as *organizações da sociedade civil*, pois ambas se vertem aos axiomas da solidariedade — “have a deeply rooted commitment to benefiting society or the environment”¹⁹⁹ — e, portanto, representam uma via paralela ao Estado de atendimento ao *interesse público*. Porém, esse qualitativo em comum não é suficiente para acomodar os dois tipos de *empreendimento social* num mesmo conjunto, pois as figuras jurídicas apresentam dicotomias importantes e, bem por isso, não podem ser classificadas como pertencentes ao mesmo espaço institucional, nesse caso o *público-privado* — “the concept of shared value blurs the line between for-profit and nonprofit organizations”²⁰⁰.

¹⁹⁸ SINGER, Paul. A recente ressurreição da economia solidária no Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 83.

¹⁹⁹ REISER; DEAN, **Social enterprise law**, op. cit., p. 02.

²⁰⁰ PORTER; KRAMER, **Creating shared value**, op. cit., p. 07.

As *organizações da sociedade civil* são criadas, tradicionalmente, com uma característica inata, a *relação de dependência financeira permanente*, isto é, os instituidores desde o início buscam parceiros sociais alheios ao vínculo associativo ou fundacional para financiarem o exercício das atividades sociais, isso porque a estrutura interna não é organizada — e, no geral, não é capaz — para gerar capital necessário para a própria sobrevivência. A organização do *terceiro setor* pode apresentar um resultado positivo, mas, nesse caso, não é tido como lucro e sim superávit, pois o excedente financeiro não é por ela pretendido de forma conscientemente, é mera decorrência de sua atividade. PORTER e KRAMER assentem que uma das razões que nutre a dependência financeira das *organizações da sociedade civil* é a descrença sobre o fato de que seja possível impactar socialmente por meio de uma atividade lucrativa²⁰¹.

O perfil institucional das *organizações da sociedade civil* demonstra um financiamento por meio de fontes distintas, na medida em que os recursos podem ser captados perante a *sociedade civil*, o *mercado* e o Estado. Aliás, a *captação de recursos* — ou *fundraising* em inglês — é tarefa elementar dentro da estrutura interna das *organizações da sociedade civil*, que na atualidade é responsável por forte mobilização financeira²⁰². De acordo com o IDIS - Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social, em 2018, oito em cada dez cidadãos brasileiros, maiores de 18 anos, afirmaram terem doado dinheiro para algum tipo de *organização da sociedade civil*²⁰³. Segundo o IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, só a União repassou, entre os anos de 2010 e 2018, um montante de R\$ 118,5 bilhões de reais em recursos federais para 22 mil *organizações da sociedade civil*²⁰⁴. Do total de R\$ 3.25 bilhões investidos nas *organizações da sociedade civil* em 2018, 72% dos recursos foram repassados pelo *mercado* — empresas mantenedoras e fundos patrimoniais²⁰⁵ —, conforme o

²⁰¹ PORTER; KRAMER, *Strategy and society*, op. cit., p. 12.

²⁰² Desde os anos 2000, o Brasil conta com a ABCR — Associação Brasileira de Captadores de Recursos, cuja principal função é promover, desenvolver e qualificar a atividade de captação de recursos no país, apoiando o *terceiro setor* na construção de uma sociedade melhor. Para mais informações acessar o sítio eletrônico da associação. Disponível em: <https://captadores.org.br> Acesso em: 21 mai. 2021.

²⁰³ INSTITUTO PARA O DESENVOLVIMENTO DO INVESTIMENTO SOCIAL. *Giving report 2019 Brasil: um retrato da doação no Brasil IDIS 2019*. São Paulo: IDIS — Instituto para o Desenvolvimento do Investimento Social [2019], p. 06. Disponível em: <https://www.idis.org.br/wp-content/uploads/2019/02/CAF-Brazil-Report-2018-Final.pdf> Acesso em: 21 mai. 2021.

²⁰⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Apenas 2,7% das organizações da sociedade civil recebem recursos federais*. São Paulo: IPEA — Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada [2019]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34855 Acesso em: 21 mai. 2021.

²⁰⁵ Os *fundos patrimoniais* — ou *endowments* em inglês — passaram a ter um regime jurídico específico depois da edição da Lei Federal n. 13.800/2019. Resumidamente os *fundos patrimoniais* consistem em estruturas jurídicas que realizam a gestão de recursos financeiros e bens, a fim de preservar o valor do capital a longo prazo. Os rendimentos adquiridos poderão ser investidos em *organizações da sociedade civil* apoiadas para a consecução de atividades de finalidade de *interesse público*.

censo promovido pela GIFE - Associação de Investidores Sociais do Brasil²⁰⁶.

Por outro lado, as *empresas sociais* não apresentam subordinação a qualquer tipo de financiamento voluntário externo, seja ele do *mercado* ou do Estado, porém, a sua independência não significa falta de interesse em atrair novos investidores. Geralmente, esse tipo de *empreendimento social* é criado para ser autossustentável, ou seja, a responsabilidade primordial dos seus administradores é a de recuperar, continuamente, todos os custos operacionais do negócio, para tanto os serviços e os bens oferecidos no *mercado* de consumo devem ser potencialmente competitivos²⁰⁷. Então, enquanto os administradores das *organizações da sociedade civil* gastam demasiado tempo em gerenciar a captação de recursos, os administradores dos *empreendimentos sociais* se preocupam exclusivamente em recuperar o total dos custos e gerar excedentes financeiros para cada vez mais proporcionar benefícios socioambientais. Logo, o foco operacional é distinto, enquanto um se volta fundamentalmente para a caridade o outro é direcionado intencionalmente para concorrer no *mercado* e obter lucro, não cabendo qualquer vinculação da *empresa social* com a filantropia, como certifica a passagem doutrinária:

After all, social enterprise are not charities. The point of social enterprise is the value — both financial and social — to be gained from operation in a business form rather than charitable one. Part of this benefit comes from content of social enterprise production. Many nonprofit charities run job-training programs. But social enterprise can offer employment opportunity and training in an entity more like than companies at each trainee will seek future employment. It can become a true part of the marketplace, and prove the dual-mission concept for its other for-profit players.²⁰⁸

Demais disso, é perfeitamente possível que a *empresa social* explore o mesmo nicho do *mercado* privado das *organizações do terceiro setor*, mas de forma lucrativa. Para demonstrar a factibilidade desse argumento YOUNG se vale do exemplo de uma loja que comercializa souvenirs nos museus, gerida pela mesma organização sem finalidade lucrativa responsável pela curadoria do espaço cultural. Caso esse tipo de bem privado fosse estrategicamente organizado por uma *empresa social* a realidade seria outra, o estímulo ao lucro poderia gerar

²⁰⁶ ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES DO BRASIL. *Censo GIFE 2018*. São Paulo: GIFE — Associação de Investidores do Brasil [2018]. Disponível em: <https://mosaico.gife.org.br/censo-gife>. Acesso em: 02 abr. 2021.

²⁰⁷ “And it’s hard enough to raise grant funds to sustain a charitable organization, but social enterprise leaders seek to sustain and grow their organizations without relying on handouts. And social enterprise leaders set out to do this work in a world set up to support business and charity, but not their combination.” ETCHART; COMOLLI, *Social enterprise in emerging market countries*, op. cit., p. XI.

²⁰⁸ REISER; DEAN, *Social enterprise law*, op. cit., p. 165.

outros benefícios culturais para sujeitos externos e não apenas subsidiar parcialmente o funcionamento do museu. A grande questão aí é que as pessoas vão comprar os suvenires, sejam eles fornecidos por uma *organização da sociedade civil* ou por uma *empresa social*, pouco importando para o consumidor a natureza jurídica do vendedor. No entanto, a gestão pela *empresa social* pode ser ainda mais atrativa, porque grande parte dos consumidores pelo mundo prefere adquirir produtos com uma marca que impacte de maneira positiva socioambientalmente, e isso agrega valor aos produtos, além dos já agregados.²⁰⁹

As *empresas sociais* possuem uma estrutura organizacional basicamente igual às pessoas jurídicas de Direito privado que atuam no *mercado concorrencial*²¹⁰. A *atividade econômica* é inicialmente organizada mediante o emprego do capital e a estruturação dos meios materiais e pessoais necessários para a produção e circulação de bens ou serviços (artigo 966, Código Civil), vocacionados ao *compartilhamento de valores socioambientais*²¹¹. A partir disso, a *empresa social* passa a atuar no *mercado concorrencial* assumindo o *risco* de perder o capital inicial, caso sua atividade gere resultados negativos a curto prazo, ou de suportar futuros prejuízos, caso os custos não façam jus aos ingressos financeiros²¹². O fator *risco* econômico é inerente a qualquer atividade empresarial, inclusive a esse tipo de *empreendimento social*, que também objetiva superar a “força gravitacional da dependência financeira”²¹³.

E essa independência é alcançada pela oferta de produtos e serviços potencialmente competitivos na visão do *mercado*, por isso o *risco* e a *competição pelo lucro*²¹⁴ são fatores que

²⁰⁹ Cf. YOUNG, **A unified theory of social enterprise**, op. cit., p. 04-05.

²¹⁰ "Em sua estrutura organizacional, essa nova empresa é basicamente igual às EMLs já existentes. A diferença está em seus objetivos. Tal como as outras empresas, ela emprega funcionários, cria bens e serviços e fornece-os aos clientes a um preço compatível com seu propósito. Porém, o objetivo subjacente dessa nova empresa — e o critério pelo qual deve ser avaliada — é criar benefícios sociais para a pessoa cuja vida ela afeta." YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**, op. cit., p. 35.

²¹¹ Para um resumo das características gerais da atividade empresarial conferir CRISTIANO, **Empresa é risco**, op. cit., p. 134-135.

²¹² O ordenamento jurídico nacional positivou o *princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica* (artigo 1.024, Código Civil), que determina a separação entre o patrimônio social e o patrimônio de seus instituidores. Na prática essa norma implica na seguinte situação, apenas o capital — subscrito e integralizado — das sociedades empresárias honrarão pelas dívidas sociais (artigos 1.007, 1.008, Código Civil), sem afetar o patrimônio pessoal dos seus instituidores enquanto mantida à personalidade jurídica. De tal sorte, no Brasil, o fator *risco* inerente ao exercício organizado de *atividade econômica* foi limitado pelo legislador ao conferir autonomia patrimonial a pessoa jurídica.

²¹³ YUNUS; WEBER, **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**, op. cit., p. 37.

²¹⁴ PORTER esclarece que o conceito adequado de *competição pelo lucro* vai muito além o de combater os adversários óbvios, que exercem atividade empresarial no mesmo setor, "para também incluir outras quatro forças competitivas: clientes, fornecedores, entrantes potenciais e produtos substitutos" (Michael E. **Competição**. Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 03).

se entrelaçam dentro do conceito de sucesso empresarial, já que o fracasso econômico se distancia cada vez mais de empresas altamente competitivas. PORTER sustenta que a potência lucrativa da estratégia empresarial pode ser mensurada por meio de cinco forças competitivas: 1) análise setorial para compreender os fundamentos da competição; 2) verificação constante da ameaça de entrada de novos empresários no setor; 3) avaliação do poder dos fornecedores; 4) avaliação do poder dos clientes; e 5) exame da rivalidade entre os atuais concorrentes²¹⁵. No campo dos *empreendimentos sociais* híbridos é difícil traçar uma linha teórica padrão que indique as particularidades econômicas, como corrobora a variedade de concepções trabalhadas no subitem 3.2. No entanto, as pesquisas sobre como as *empresas sociais* apontam ao menos três elementos indispensáveis — *parceiros comerciais; comprometimento ético e social; consistência de comportamento* —, que ao se conectarem formam um diagrama representativo da credibilidade, confiança e integridade da organização²¹⁶. Então, para que a *empresa social* tenha chance de se estruturar como um negócio competitivo e, eventualmente, bem-sucedido, é preciso que os seus administradores se antecipem estudando de forma extremamente engenhosa todas as perspectivas da competição para garantir a diminuição do fator risco.

E nessa zona árida, entre *risco* e *competição*, também reside mais uma distanciação do *terceiro setor* e das *empresas sociais*, não obstante os dois atores sociais possam suportar prejuízos a princípio ou ao longo de sua duração. A *organização da sociedade civil*, desde seu nascedouro, não foca a sua atenção na competitividade e, também, não suporta com a mesma intensidade o *risco econômico* tal como as *empresas sociais*, que se arriscam dentro do modelo rudimentar de *mercado concorrencial*²¹⁷, mas com uma visão direcionada ao *compartilhamento de valor socioambiental*. Ainda, a título argumentativo, acreditamos que a consequência psicológica dos danos é muito mais intensa na pessoa jurídica de Direito privado com finalidade lucrativa e mais sensível na pessoa jurídica de Direito privado sem finalidade lucrativa, mormente em face do capital investido, que é na maioria das vezes de menor monta nas organizações do *terceiro setor*, por um motivo óbvio, a dependência permanente de financiamentos externos.

²¹⁵ PORTER, *Competição*. Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 03-35.

²¹⁶ Idem, 41-43.

²¹⁷ “Num modelo rudimentar que apresenta representa a concorrência no mercado, podemos presumir que as partes contrapostas — as empresas e as famílias — se movem por princípios de racionalidade em direção a finalidades maximizadoras e hedonistas, e que o mercado em que integram dispõe de uma tal capacidade de otimização do nível de satisfação de necessidades que ele me larga medida dispensa qualquer intervenção rectificadora do nível de satisfação das necessidades, nomeadas por parte do Estado.” ARAÚJO, *Introdução à economia*, op. cit., p. 84.

Defronte às disparidades acima delineadas, entre a *empresa social* e os demais setores da escala social, GATICA alega ser difícil inserir esse tipo de *empreendimento social* em uma das escalas sociais tradicionais, a saber:

Social enterprises emerge in this way among the many players taking part in this “blurring” process, particularly on the boundaries between the for-profit and nonprofit worlds (Haigh & Hoffman, 2012). Consequently, it is practically impossible to place social enterprises in one of the traditional sectors of the economy.²¹⁸

De fato, assiste razão ao autor, pois o desafiador caminho da solidariedade pela via lucrativa, idealizado e concretizado pelas *empresas sociais*, reclama por uma classificação individualizada, para que seja possível o seu destaque jurídico como uma nova ferramenta científica que propícia a consumação do *interesse público* e, justamente por isso, supera a visão ultrapassada do mundo bifurcado, onde o bem comum é materializado diretamente pelo Estado e, complementarmente, pelas *organizações da sociedade civil*, restando ao *mercado* ter como cuidado único o lucro. O “setor 2 1/2” entra em cena com essa intenção elementar, a de quebrar o paradigma da antiquada escala social, porquanto o mundo contemporâneo é muito mais complexo, conforme esclarece acertadamente BUGG-LEVINE:

The world used to be so much simpler. Business were only expected to focus on making profit for owners. And governments and grant-funded nonprofits took care of social problem the free markets did not solve. They existed in a bifurcated world filled with mutual suspicion. But a major, global shift in the last few decades has complicated that simple picture. Our social and environment challenges have grown beyond the capability of government and charity to address them. And business focused solely on maximizing financial returns are pushing the limits of their legitimacy among concerned citizens, employees and shareholders. The social enterprise movement has sprung up as a rejection of the bifurcated worldview.²¹⁹

3.6 FOMENTO DO SETOR 2 1/2

Tendo em vista que as *empresas sociais* são organizações que se alocam entre o *espaço público* e o *espaço privado*, — o que justificou a denominação de “setor 2 1/2” —, mostra-se de fundamental importância que esse limbo seja mediado pelo Estado. Cabe aí a assunção de um papel catalisador, para que esses novos atores sociais possam desempenhar todo o seu

²¹⁸ GATICA, Sabastian. Chile: the influence of institutional holdovers from the past on the social enterprise country model. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Shaping social enterprise: understanding institutional context and influence**. Bingley: Emerald Publishing Limited, 2017, p. 171.

²¹⁹ BUGG-LEVINE, Antony. Foreword. In: ETCHART, Nicole e COMOLLI, Loïc. **Social enterprise in emerging market countries: no free ride**. New York: Palgrave Macmillan, 2013. p. XI.

potencial e com isso mirar sempre para os *interesses públicos* da nossa comunidade territorialmente considerada. A primeira política pública que se espera é a legislativa, contudo, não nos cabe aqui defender proposições normativas, não há espaço para isso dentro do escopo que desenhamos para essa dissertação.

Todavia, é preciso explorarmos outro modo de atuação pública de extrema relevância, o exercício da *atividade administrativa de fomento* e, se dentro dessa espécie de intervenção — além dos auxílios direto e indireto ordinários —, caberia a participação do Poder Público no quadro societário como investidor externo, isto é, se esse tipo de investimento público é constitucionalmente válido e se também se enquadraria ou não nessa categoria intervencionista.

A *atividade administrativa de fomento* foi superficialmente tratada no subitem 2.3.3, ao analisarmos o tratamento normativo das organizações do *terceiro setor* no Brasil. Porém, nesse momento precisamos aprofundar um pouco mais o assunto para alicerçarmos as respostas que desejamos à luz da Constituição brasileira vigente.

A *intervenção estatal* se acentuou com a queda do *espírito liberal*, o Estado antes “alienado e retraído passou a assumir uma postura dirigente, intervindo direta e indiretamente no processo econômico”²²⁰. No *Estado social*, a *liberdade de iniciativa econômica* do agente privado passou a suportar intervenções positivas e/ou negativas, indispensáveis para satisfazer o *interesse público*, antes inconcebíveis pelo *Estado neutro*. Entende-se por *intervenção estatal* a “atuação em área de outrem”²²¹, portanto, ao intervir no domínio econômico o Estado invade o *espaço privado* para preencher as lacunas “impeditivas do equilíbrio das forças competitivas”²²², geradas pelos próprios *agentes econômicos*. Desse modo, é de extrema importância que a ordem constitucional permita a participação suplementar — afinal o exercício de *atividade econômica* é livre e de titularidade prioritária do agente privado — do Estado na medição da *iniciativa privada*, pois “é natural que, no sistema capitalista, a organização da economia se faça na suposição de que a economia privada aportará a solução para os problemas sociais”²²³, porém, na maioria das circunstâncias, isso não ocorre

²²⁰ MELLO, O fomento da administração pública, op. cit., p. 26.

²²¹ GRAU, A ordem econômica na constituição de 1988, op. cit., p. 93.

²²² TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; et. al. Curso de direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, v. II, p. 175.

²²³ AGUILLAR, Controle social de serviços públicos, op. cit., p. 57.

espontâneamente, aí entra a figura estatal intervencionista²²⁴. Na atualidade, o *Estado social* brasileiro intervém no domínio econômico para assegurar à existência digna e à *justiça social* (artigo 170 da Constituição), entre outros bens jurídicos com status constitucional.

GRAU identifica três tipos de *intervenção estatal*, que são: i) por *absorção* ou *participação* – atividades em regime de monopólio (artigo 177 da Constituição) e exploração subsidiária de *atividade econômica* em regime concorrencial (artigo 173 da Constituição); ii) por *direção* – comandos imperativos dirigidos a certos comportamentos, como políticas regulatórias de controle de preços de determinado setor; iii) por *indução* – estímulos não cogentes para a adesão de condutas (artigo 174 da Constituição), que pode variar de caráter, ora positivo (concessão de um benefício fiscal), ora negativo (onerar certa *atividade econômica* com forma de desestimular o setor)²²⁵.

A forma de *intervenção estatal* que mais nos interessa é a por *indução*, haja vista que a *atividade administrativa de fomento* aí se encaixa²²⁶, pois é por meio dela que a “Administração incita a realização do *interesse público* pelos próprios particulares”²²⁷. POZAS afirma que a finalidade do fomento é sempre a mesma, “*convencer para que se haga u omita algo*”²²⁸. No caso das *empresas sociais*, o que se espera do Estado é a adoção de políticas públicas que promovam o crescimento e a sustentabilidade e que, principalmente, desenvolva um programa de incentivos financeiros personalizado para essa espécie de *empreendimento social*²²⁹. Isso posto, nos caberá abordar a espécie de fomento mais adequada ao agente privado em questão,

²²⁴ MARTINS, em brilhante tese de doutoramento, que muito nos inspira, utiliza o termo *regulação* ao invés de *intervenção*, como é usualmente veiculado pela doutrina. O autor parte do texto constitucional originário, ou melhor do conceito jurídico-positivo insculpido no artigo 174 — “[...] agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento [...]” —, pois foi esse o signo linguístico utilizado pelo constituinte. (Cf. **Regulação administrativa à luz da constituição federal**, op. cit., p. 82-83).

²²⁵ GRAU, **A ordem econômica na constituição de 1988**, op. cit., p. 148-150.

²²⁶ Há quem sustente que a *atividade administrativa de fomento* não integra à classificação da *intervenção estatal*, por não possuir natureza impositiva (Cf. MOREIRA NETO, **Direito regulatório**, op. cit., p. 129). No entanto, acreditamos que dentro do processo econômico nem toda atuação estatal na esfera do particular seja imperativa, por vezes, o Estado intervirá de modo a seduzir o agente econômico a aderir, voluntariamente, certo comportamento. Justamente por isso adotamos à classificação tripartida de GRAU incluindo o fomento na *intervenção* por *indução* que não expõe um comportamento cogente (**A ordem econômica na constituição de 1988**, op. cit., p. 148-150).

²²⁷ MARTINS, **Regulação administrativa à luz da constituição federal**, op. cit., p. 262.

²²⁸ POZAS, **Ensayo de una teoria del fomento em el derecho administrativo**, op. cit., p. 50.

²²⁹ Cf. “Therefore, what is needed is the creation of specialized institutions and the implementation of public policies aimed at promoting the growth and sustainability of such enterprises. This requires technologically innovative system as well as adequate financial programs in order generate new productive and managerial skills” ROITTER; VIVAS, **Argentina**, op. cit., p. 158.

que seria o *fomento econômico*, em razão das vantagens a serem concedidas pelo Estado. MARTINS esclarece que o *fomento econômico* consiste na ajuda pecuniária (*fomento por subvenção*); na outorga de um benefício fiscal (*fomento tributário positivo*); na oneração da carga tributária (*fomento tributário negativo*); na outorga de um benefício real ou na concessão ou permissão de uso de bem público (*fomento real*)²³⁰.

Diante das formas do *fomento econômico* elencadas, destacamos que duas delas seriam mais interessantes, numa análise ainda perfunctória, para as *empresas sociais*. A do *fomento por subvenção* e a do *fomento tributário positivo*. Pois bem, mas em que termos essas espécies de incentivos estatais seriam constitucionalmente válidos?

A concessão do *fomento por subvenção* para as pessoas jurídicas de Direito privado, com finalidade lucrativa, pode se materializar por duas vias distintas, pelas *subvenções econômicas* e pelos *auxílios* (II do § 3º e § 6º do artigo 12 da Lei federal n. 4.320), que essencialmente se afiguram como ajudas financeiras estatais aos *agentes econômicos*, desde que previstas formalmente na legislação orçamentária. Contudo, é preciso sobressair de prontidão que a Constituição veda ao Estado a destinação de recursos públicos — auxílios ou subvenções — para as instituições privadas com fins lucrativos, que explorem atividades de assistência à saúde (§2º do artigo 199), logo, se a finalidade *bidimensional* da *empresa social* evolver, primariamente, a prestação de serviços de saúde não caberá qualquer tipo de *fomento por subvenção*. No mais, não há norma constitucional que impeça a ajuda financeira estatal para as *empresas sociais* que explorem qualquer outra *atividade econômica* de viés solidarista. Sob o aspecto orçamentário, a *subvenção econômica* e o *auxílio* se classificam, respetivamente, como *transferências correntes* e *transferências de capital*²³¹, sendo ambos tipos de despesa pública “se fazem segundo planos anuais e plurianuais”²³², exigindo para tanto planejamento financeiro prévio à previsão legal.

Eventualmente, se a *atividade econômica* explorada envolver ações culturais e artísticas, poderá a *empresa social* se empenhar em obter algum privilégio financeiro previsto na Lei federal de incentivo à cultura (n. 8.313/91), vulgarmente conhecida como *Lei Rouanet*, em

²³⁰ MARTINS, *Regulação administrativa à luz da constituição federal*, op. cit., p. 263.

²³¹ Nas notas de rodapé n. 103-104, do subitem 2.3.3, trouxemos o conceito de ambas às espécies de fomento e inclusive a sua classificação orçamentária, como transferências correntes e transferências de capital.

²³² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. V, p. 77.

razão do prenome do secretário da cultura à época da publicação. O FNC – Fundo Nacional de Cultura, responsável por subsidiar em até 80% dos projetos culturais e artísticos, criado pela lei regente, é alimentado por recursos públicos e privados, que advêm de fontes diversas, do tesouro nacional; de doações e legados; de subvenções e auxílios de organismos internacionais; da destinação de parte do imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas; entre outros (artigo 5º ao 7º). A *Lei Rouanet* se afigura como um hábil mecanismo legal de concretização da norma constitucional que imputa ao Estado o dever de apoiar e incentivar à valorização e à difusão das manifestações culturais no território nacional (artigo 215).

A título argumentativo — cientes das limitações do Direito comparado —, selecionamos alguns formatos de *fomento por subvenção* na legislação estrangeira para conferir estofa ao estudo acadêmico acerca da possibilidade por nós defendida, de o Estado brasileiro auxiliar as *empresas sociais*, a saber:

- i) no Reino Unido o fundo comunitário da Loteria Nacional criou em 2015 o programa *Power to Change* — inicialmente alimentado com 150 milhões de libras — para investir nas *CICs – Community Interest Companies* (figura análoga à *empresa social*)²³³;
- ii) na França o artigo 59 da Lei n. 2014-856, que disciplinou a *SSE – Social and Solidarity Economy*, prevê expressamente a possibilidade de constituição de subsídios públicos pelas autoridades administrativas responsáveis, justificados pela existência de interesse geral e destinados à implementação de ações e projetos ou à contribuição para o desenvolvimento de atividades privadas²³⁴;
- iii) em Portugal a lei lusitana da economia social — n. 30/2013 — estabelece na alínea “b” do item 2 do artigo 10º, que cabe ao Estado fomentar a criação de mecanismos (fiscais e financeiros) para reforçar a autossustentabilidade econômico-financeira das entidades pertencentes a esse ramo²³⁵;

²³³ GOV UK. **Power to Change – The biggest funder of CICs you’ve never heard of**. London: GOV UK, [2020]. Disponível em: <https://communityinterestcompanies.blog.gov.uk/2020/03/12/power-to-change-the-biggest-funder-of-cics-youve-never-heard-of/>. Acesso em: 12 set. 2021.

²³⁴ LÉGIFRANCE. **Loi n. 2014-858 (art. 59)**. Paris: Législation France, [2021]. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000029313567. Acesso em: 30 ago. 2021.

²³⁵ DIÁRIO DA REPÚBLICA ELETRÔNICO. **Lei n. 30/2013**. Lisboa: Diário da República Eletrônico, [2021]. Disponível em: <https://dre.pt/application/conteudo/260892>. Acesso em: 30 ago. 2021.

- iv) na América Latina a legislação da *BIC – Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo*, dispõe de alguns mecanismos de fomento estatal. A lei orgânica de empreendimentos e inovação do Equador preconiza no item 3 do artigo 3º, que é dever do Estado alocar os recursos públicos necessários para as políticas públicas de implementação da nova disciplina legal²³⁶. Na Argentina as autoridades administrativas são responsáveis por fomentar o desenvolvimento dessas sociedades mediante aportes não reembolsáveis (artigo 13 da *Ley BIC*)²³⁷;
- v) na Coreia do Sul a legislação que instituiu a figura jurídica da *empresa social* — *Social Enterprise Promotion Act* (n. 8217) — faculta ao Estado subsidiar os custos da aquisição de bens móveis (instalações) e imóveis (terras), entres outros, desde que necessários para a operação empresarial (artigo 11)²³⁸.

Já o *fomento tributário positivo*, outro modo de incentivo estatal, pode ser concedido pelo Estado mediante exoneração tributária — “redução de alíquota, remissão, anistia, diferimentos e fixação de prazos excepcionais de recolhimento de tributos, isenção e imunidade são exemplos clássicos [...]”²³⁹. Nessa hipótese, o fisco se valerá do poder de tributar, mas com uma finalidade extrafiscal, isto é, não meramente arrecadatória, pois a legislação “vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente válidas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos oneroso”²⁴⁰. Assim, o poder de império insito ao Estado, que admite impor obrigações pecuniárias compulsórias aos cidadãos, pode ser manejado para encorajar as *empresas sociais* no alcance do *interesse público*. Importa ressaltar que todo benefício fiscal exige o atendimento ao *princípio da legalidade estrita*, porquanto configura renúncia de receita e, portanto, deve ser objeto de planejamento responsável por parte do Estado (artigo 14 da Lei complementar federal n. 101/00), como também de aprovação legislativa anterior à concessão (§ 6º do artigo 150 da Constituição).

No Direito comparado, encontramos tipos diferenciados de benefício fiscal, a exemplo do artigo 18 do Decreto Legislativo italiano — n. 112/17 —, que trata da desoneração tributária das *empresas sociais*, mais especificamente do imposto de renda sobre o lucro da pessoa

²³⁶ REPÚBLICA DEL ECUADOR, *Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación*, op. cit.

²³⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Ley BIC*, op. cit.

²³⁸ ELAW KOREA, *Social enterprise promotion act*, op. cit.

²³⁹ MELLO, *O fomento da administração pública*, op. cit., p. 107.

²⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 230-231.

jurídica²⁴¹. Já o Decreto real tailandês — n. 621/16 — estabeleceu isenção parcial ou total do imposto de renda para as empresas certificadas como sociais pelo órgão oficial competente²⁴².

Talvez, uma das alternativas viáveis para o Brasil seria o enquadramento das *empresas sociais* no tratamento diferenciado e favorecido imposto pela Constituição federal aos micros e pequenos empreendedores (“d” do III do artigo 146). O *Simples Nacional*, positivado pela Lei complementar federal n. 123/06, abarca as obrigações tributárias, trabalhistas, previdenciárias, além de fomentar o acesso ao crédito e ao *mercado* e fixar à preferência na aquisição pelo Poder Público de bens e serviços ofertados por esses empreendedores. O regime estabelecido pelo legislador ordinário buscou “diferenciar, em iguais condições, os empreendedores com menor capacidade contributiva e menor poder econômico”²⁴³. Trata-se de verdadeira política pública afirmativa, direcionada para promoção da igualdade material dentro do *mercado* altamente competitivo e desigual. Posto isso, nos convencemos de que não óbice jurídico para a inclusão de *empreendedores sociais lucrativos*, tal como são os micro e pequenos, que comprovem auferir um dos tetos de renda anual bruta previstos na lei complementar (I e II do artigo 3º) e os demais requisitos indispensáveis.

Por fim, analisaremos a participação do Estado no quadro societário da *empresa social*, como forma de incentivar o desenvolvimento dessa espécie de *empreendimento social*, mediante *fomento por subvenção*, já que o capital público será injetado na *atividade econômica privada* e, em contrapartida, o Estado ocupará a posição de acionista minoritário. ARAGÃO ratifica que esse tipo de atuação estatal configura *atividade administrativa de fomento*, pois:

Em vez de materializar a atividade de fomento em incentivo fiscais, com a perda de arrecadação de recursos aos cofres públicos, ou em menos empréstimos a taxas subsidiadas, utiliza-se forma diversa de incentivo, na qual o Estado assume os riscos do negócio conjuntamente com a iniciativa privada, mas faz jus à proporção de eventuais lucros dele decorrentes [...] ²⁴⁴

A posição defendida por YUNUS e WEBER²⁴⁵ é uma proposta bem interessante para

²⁴¹ GAZZETTA UFFICIALE, *Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 112*, op. cit.

²⁴² Cf. BANGKOK POST, *A legal framework to promote social enterprises in Thailand*, op. cit.

²⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 627.543**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas público-privadas. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; et. al. (coords). **Enciclopédia jurídica PUC-SP: tomo administrativo e constitucional**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidades Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/79/edicao-1/empresas-publico-privadas> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁴⁵ YUNUS; WEBER, *Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo*, op. cit., p. 37.

alavancar esse tipo de *empreendimento*, no entanto, ela impõe alguns apontamentos relevantes. *A priori* é preciso relembra, como antecipamos no subitem 1.2.2, que não faz parte do enfoque institucional do Estado a busca livre pelo lucro. Caso ele ingresse no *mercado concorrencial*, pela via da participação societária em *empresas sociais*, o fundamento deve guardar uma correlação lógica e direta com os *interesses públicos*, caso contrário essa atuação será manifestamente inconstitucional.

No Brasil a participação do Estado em empresas privadas — sem a assunção do controle da companhia²⁴⁶ — por meio de *empresas estatais* é admissível pelo texto originário da Constituição de 1988 (XX do artigo 37), muito embora já constasse nas normas gerais de direito financeiro essa possibilidade desde 1964 (artigo Lei federal n. 4.320)²⁴⁷. Todavia, o constituinte foi bem claro ao exigir para esse tipo de atuação da Administração Pública indireta autorização legislativa prévia — “depende de autorização legislativa [...] assim como a participação de qualquer delas em empresa privada” —, isto é, para que se concretize uma parceria societária entre uma *empresa estatal* e uma empresa privada é indispensável a edição de uma norma autorizando tal ação. MARTINS afirma que nesse caso é, portanto, indiscutível que vigora uma *reserva legal*²⁴⁸.

Uma vez autorizada por lei a participação minoritária do Estado na formação do capital da empresa privada, isso significa que a empresa sofrerá certas ingerências do regime publicístico²⁴⁹, ainda que subsista o seu caráter privado. A Lei federal n. 10.973/04, que introduziu a disciplina da inovação tecnológica no Brasil é um exemplo de consentimento expresso que possibilita à União e os demais entes federativos a fazerem parte, sem deter

²⁴⁶ SCHWIND faz acertada distinção entre *propriedade acionária* e *poder de controle interno* e conclui que “há uma série de fatores que influem na alocação do poder de controle e que não se resumem a quantidade de ações detidas pelo sócio” (Rafael Wallbach. **O estado acionista**. Orientadora: Maria Sylvia Zanella di Pietro. 2014. 108 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014). Logo, a assunção do *poder de controle interno* pode ocorrer sem que o sócio detenha a maior quantidade de ações. Desse modo, o que se espera quando se afirma sobre a possibilidade de participação do Estado na empresa privada é que o *poder de controle interno*, capaz de conduzir toda a gestão empresarial, se mantenha nas mãos dos sócios privados.

²⁴⁷ A Lei federal n. 4.320/64 fixa no inciso II do § 5º do artigo 12 a classificação de inversões financeiras decorrentes da aquisição de títulos representativos do capital de empresas de qualquer espécie já constituída, por outro lado, o artigo 19 estabelece vedação à consignação pela lei orçamentária de ajuda financeira a empresas com finalidade lucrativa, salvo se tais subvenções foram objeto de lei especial autorizativa.

²⁴⁸ MARTINS, **Estatuto das empresas estatais à luz da constituição federal**, op. cit., p. 98.

²⁴⁹ A participação acionária do Estado acabará por sujeitar a *empresa social* ao controle finalístico por parte da Tribunal de Contas competente (parágrafo único do artigo 70 da Constituição); ao controle dos cidadãos via *ação popular* (artigo 1º da Lei federal n. 4.717/65); à configuração de ato de *improbidade administrativa* (§§ 6º e 7º do artigo 1º da Lei federal n. 8.429/92); dentre outras ingerências típicas de Direito público.

controle, do quadro societário de empresas privadas que visem o desenvolvimento de produtos ou projetos inovadores (artigo 5º).

Habitualmente, a aquisição minoritária de capital de uma empresa privada por uma *empresa estatal* “não se destina a influenciar a gestão social para cumprir objetivos de *interesse público*, mas busca estimular e eficiência empresarial à semelhança de qualquer sócio estratégico minoritário”²⁵⁰. Porém, em se tratando das *empresas sociais*, esse quadro seria ainda mais amplo e atrativo, porquanto já faz parte da finalidade privada o *compartilhamento de valor socioambiental* e, assim, a concretização de *interesses públicos*.

Destarte, em face do ordenamento jurídico pátrio, a proposta de YUNUS e WEBER se mostra legítima, sendo possível que o Estado evidencie interesse em integrar o quadro societário de uma *empresa social*, desde que haja autorização legislativa para tanto, para incentivar financeiramente — *fomento econômico* — o desenvolvimento e a autossustentabilidade de um *empreendimento social* que não visa exclusivamente à maximização do lucro, mas também à materialização de valores socioambientais e, portanto, de *interesses públicos*.

A princípio, seria esse o cenário da ajuda estatal brasileira para o “setor 2 1/2”, lastreado na presença fática de *interesse público* e na ordem normativa vigente que, juntos, possibilitam à concessão de *fomento econômico*: i) pela via da *subvenção* com a transferência de recursos públicos, regularmente prevista e contabilizada na legislação orçamentária, ou com a participação societária, sem *poder de controle interno*, devidamente autorizada por lei específica; ou ii) pela via tributária com a previsão em lei de benefícios fiscais — anistia, isenção, prorrogação de prazo, redução de alíquota, renúncia, entre outros —, apoiada no caráter extrafiscal atribuído o poder extroverso.

²⁵⁰ PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal**: função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010, p. 193.

CONCLUSÃO

O tratamento introdutório realizado no primeiro capítulo, a respeito do *Estado social e democrático de Direito* e sobre como a *ordem social* e a *ordem econômica* se formam dentro da estrutura estatal brasileira, coordenada pelo ordenamento constitucional, permitiu-nos ingressar no segundo capítulo sobre os *espaços institucionais*, delimitando o que hoje o Direito entende por *espaço público* e por *espaço privado*. A compreensão metodológica do tema cerne da dissertação exigiu a passagem pelo *espaço privado* ou pela *liberdade de iniciativa econômica*, mormente porque a pessoa jurídica de Direito privado — *empresa social* —, que integra o “setor 2 1/2”, é constituída sob a mesma ótica dos *agentes econômicos do mercado concorrencial*, com assunção de todos os elementos ínsitos à competição, inclusive o *risco econômico*.

Todavia, entre eles recai um considerável diferencial: enquanto o *agente econômico* possui uma *finalidade unidimensional*, voltada para maximizar os lucros aos proprietários e investidores externos e com isso expandir o caráter individualista, a *empresa social* possui uma *finalidade bidimensional* ou *tridimensional*, porquanto intenta com a exploração da *atividade econômica* muito mais do que a mera obtenção de saldos financeiros positivos, ela instrumentaliza o lucro para o *compartilhamento de valores sociais* e/ou *ambientais* a sujeitos alheios à relação societária. Defronte a essa característica elementar, não poderíamos afirmar qual seria o seu objetivo principal, tal como é perfeitamente possível em face do *agente econômico* privado, que objetiva apenas angariar mais e mais excedentes financeiros para os seus fundadores e sujeitos que voluntariamente disponibilizaram capital. Na *empresa social* há entre o lucro e o *compartilhamento de valor* uma subordinação recíproca, pois a subsistência de um se condiciona com a do outro, além de um ser o fundamento do outro, ou melhor, o *compartilhamento de valor* sem o lucro não é possível, pois esse tipo de *empreendimento social* nasce para ser autossustentável e não depender da contínua captação de recursos públicos e privado. Em sentido oposto, se o *compartilhamento de valor* for extirpado da sua finalidade, o lucro perde serventia, porquanto os instituidores e investidores externos se vinculam, prioritariamente, para partilhar melhorias sociais e/ou ambiental, se distanciando da visão monocular da percepção permanente de capital.

No campo pragmático, a *empresa social* promove uma releitura do sistema *capitalista* contemporâneo, extremamente desgastado e desconectado com a realidade socioeconômica e

socioambiental. Vale dizer, o memorável esforço do *agente privado* para minimizar os impactos ocasionados pela sua *atividade econômica*, por meio do cumprimento da *responsabilidade social* corporativa e/ou do monitoramento dos fatores do *ESG* — *environmental, social and governance* — não é o bastante para combater a desigualdade socioeconômica e à degradação ambiental. Apenas a postura de sustentabilidade socioambiental aderida pelo *agente econômico* não é apta a causar a comoção que os dias atuais demandam, os complexos problemas das sociedades reclamam novas soluções. Todos os dados estatísticos colacionados ao longo desse trabalho comprovam a assertiva de que é preciso uma resolução diferente do modelo tradicional oferecido pela iniciativa privada, pois a realidade impõe “[...] brotar esperança em meios dominados pela desesperança; fé onde a tônica era a descrença; oportunidades onde havia total carência; e conservação da natureza onde existia devastação”¹.

Esse novo *espaço corporativo* pode ser a resposta que precisamos para complementar as mínimas ações sustentáveis consumadas pelo *espaço privado* que, infelizmente, ainda se liga à intenção tóxica do *mercado concorrencial capitalista*, extremamente egoístico, sem qualquer pretensão de redistribuição de renda. A *empresa social*, por disposição contratual ou estatutária pode ou não distribuir dividendos entre os seus instituidores e investidores, para além do retorno do capital investido. Uma vez permitida à repartição, ela será limitada a um patamar razoável, que não obste em qualquer hipótese o *compartilhamento de valor socioambiental*. A razoabilidade da divisão é uma questão tratada em quase todas as legislações estrangeiras que disciplinam esse formato de *empreendimento social*, restando prescrito os percentuais impositivos de reinvestimento do lucro no propósito socioambiental, conforme nos revelou o no cenário legislativo mundial.

Além disso, a atuação da *empresa social* se aproxima muito do juízo solidarista do *Estado Social*, ao implementar cada vez mais melhorias aos *serviços sociais* e com isso auxiliar o Estado — *sem substituí-lo ou isentá-lo das funções outorgadas pelo contrato social* —, na busca do *interesse público* e, conseqüentemente, na diminuição da assimetria social e da destruição do meio ambiente que assola nosso vasto país, numa clara tentativa de tornar o *capitalismo brasileiro* um pouco mais humanitário. Assim, impõe-se ao intérprete do Direito a missão de reaver o conceito de outrora, para conceber o *interesse público* em toda a sua pluralidade, acompanhando o dinamismo social, a constante multiplicação de questões políticas

¹ MELO NETO; FROES, **Empreendedorismo social**, op. cit., p. 13.

e econômicas e a inquietude das relações axiológicas, que hoje exigem uma definição mais aberta, sem tanto rigor e aprisionamento, como se todos os *interesses públicos* possuísem uma titularidade difusa, ora assegurada a sua concretização pelo Estado, ora pela própria sociedade. Afinal, o poder político ao povo pertence, tal como anuncia o parágrafo único do artigo 1º, da Constituição brasileira.

Conquanto seu aspecto peculiar — o *compartilhamento de valor socioambiental* — possa numa interpretação apressada do fenômeno jurídico equiparar a *empresa social* às *organizações da sociedade civil*, essas figuras não podem ser empilhadas sobre a mesma classificação do *terceiro setor* por inúmeros motivos. Cada *empreendimento social* se estrutura com base num modelo próprio, enquanto o perfil institucional das *empresas sociais* é firmado na própria sustentabilidade, o das *organizações da sociedade civil* é fundamentalmente escorado na captação de recursos públicos e privados. Enquanto o *terceiro setor* sobrevive de parcerias voluntárias decorrentes de doações privadas e do fomento estatal, o “setor 2 1/2” funciona mesmo na ausência de incentivos estatais e investidores externos.

Não obstante a sua independência financeira, a necessidade de o Estado fomentar as empresas sociais é medida que urge, tal como nos mostrou a corrida dos últimos três anos da legislação da *BIC – Sociedad de Beneficio e Interés Colectivo* na América Latina. Esse tipo de *empreendimento social* é uma realidade ao redor do globo há tempos e a tendência é que os países pós-pandemia do COVID-19 necessitem cada vez mais de pessoas jurídicas de Direito privado verdadeiramente dispostas a ajudar e a aperfeiçoar as condições humanas em nome da *dignidade*, da *igualdade material* e da *justiça social*. E o panorama do Brasil não será diferente e, cada vez mais, se mostrará urgente o reconhecimento das *empresas sociais* como legítimas parceiras na consecução de *interesses públicos* e, assim, identificadas pelo Estado como titulares de direito subjetivo de usufruir de alguma espécie de fomento econômico, mormente porque não vislumbramos qualquer obstáculo normativo-constitucional para que essa atividade administrativa se concretize.

Do mesmo modo que não podemos traçar uma equiparação entre a *empresa social* e a *economia social — terceiro setor* —, também não é crível que façamos isso entre a *empresa social* e a *economia solidária — sociedades cooperativas*. À medida que a *empresa social* objetiva compartilhar valor fora da sua estrutura societária, para atingir sujeitos coletivos ou difusos alheios, especialmente os que se encontram em situação de vulnerabilidade, a

cooperativa, por sua vez, objetiva criar valor para os seus associados e, reflexamente, aos seus familiares, não mais do que esse restrito universo subjetivo. Assim, uma externaliza valor e a outra internaliza valor, exercendo *atividades econômicas* de maneira não congêneres.

O conceito dogmático de *empresa social*, que intentamos introduzir com a presente dissertação, almeja dissipar todas as confusões interpretativas que envolvem outras nomenclaturas, que se referem a fenômenos jurídicos não semelhantes. Esse tipo de *empreendimento social* deve ser concebido tal como ele é, ou melhor, por meio das realidades que os signos linguísticos somados representam para o Direito. A *empresa social* é constituída por pessoa(s) física(s) e/ou jurídica(s) de Direito Privado, a qual adquire personalidade jurídica autônoma quando da inscrição dos seus atos sociais no órgão competente e, a partir de então, passa a explorar *atividade econômica* — análoga aos *serviços sociais* — com intenção lucrativa no *mercado concorrencial*. Contudo, a sua diretriz empresarial é diferenciada por não focalizar exclusivamente na realização de saldos financeiros positivos, se empenhando de forma concomitante com o *compartilhamento de valor* a sujeitos não assistidos, ou insuficientemente assistidos, pelo Estado, *mercado* e *terceiro setor*. O lucro é por ela manejado como um o meio para o alcance do fim determinado expressamente em cláusula contratual ou estatutária, restando eventual distribuição, a quem de interesse, vinculada à manutenção de seu propósito socioambiental sendo, portanto, limitada por critérios de razoabilidade. A sua estrutura societária é orientada por princípios de governança participativa, sendo liderada por pessoas verdadeiramente comprometidas com o impacto socioambiental positivo, além de receptivas ao envolvimento de colaboradores e da comunidade beneficiada na administração da atividade desenvolvida. Essa é a sua mais crível concepção, confirmada pelos casos pragmáticos detalhados e por toda a vasta teoria analisada.

Diante das divergências dogmáticas evidenciadas, esperamos ter demonstrado, ao longo do presente estudo, que a *empresa social* não se acomoda nos espaços institucionais tradicionais, em razão disso o rigor metodológico clama pela sua inclusão numa categoria própria e apropriada, que se posiciona entre os principais setores sociais — *sociedade civil* e Estado. Daí a classificação como “setor 2 1/2”, um campo frutífero, mas ainda muito imaturo, que certamente despertará, em breve, o interesse do intérprete do Direito para o seu aprofundamento acadêmico-científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Demografia das empresas: em 2018, taxa de sobrevivência das empresas foi de 84,1%.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/29206-demografia-das-empresas-em-2018-taxa-de-sobrevivencia-das-empresas-foi-de-84-1> Acesso em: 02 abr. 2021.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Desemprego recua para 13,9% no 4º tri, mas taxa média do ano é a maior desde 2012.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2021]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30130-desemprego-recua-para-13-9-no-quarto-trimestre-mas-e-o-maior-para-o-ano-desde-2012> Acesso em: 18 mar. 2021.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **País tem quase 40% da população em municípios sem salas de cinema.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2018]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/26239-pais-tem-quase-40-da-populacao-em-municipios-sem-salas-de-cinema> Acesso em: 18 mar. 2021.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **PIA - Pesquisa industrial anual empresa 2018.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/cc12a3ee97a730b487a1e5526843126c.pdf Acesso em: 27 jun. 2021.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **PNS 2019: sete em cada dez pessoas que procuram o mesmo serviço de saúde vão à rede pública.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28793-pns-2019-sete-em-cada-dez-pessoas-que-procuram-o-mesmo-servico-de-saude-vao-a-rede-publica> Acesso em: 18 mar. 2021.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **Quase metade dos municípios ainda despeja resíduos em lixões.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2020]. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-08/quase-metade-dos-municipios-ainda-despeja-residuos-em-lixoes> Acesso em: 08 ago. 2021.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE NOTÍCIAS. **10% da população concentra quase metade da renda do país.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2018]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20844-10-da-populacao-concentram-quase-metade-da-renda-do-pais> Acesso em: 18 mar. 2021.

AGÊNCIA CNT TRANSPORTE ATUAL. **Investimento para infraestrutura de transporte em 202 será o menor em 16 anos.** São Paulo: CTN — Confederação Nacional do Transporte, [2019]. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/agencia-cnt/investimento-transporte-em-2020-menor-16-anos> Acesso em: 18 mar. 2021.

AGÊNCIA IBGE DE NOTÍCIAS. **Valor da transformação industrial foi de R\$ 679,4 bilhões em 2009.** Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2011]. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14043-asi-valor-da-transformacao-industrial-foi-de-r-6794-bilhoes-em-2009> Acesso em: 27 jun. 2021.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999.

ALCÁZAR, Mariano Baena del. Sobre el concepto de fomento. **RAP – Revista de administración pública**, Madrid, n. 54, p. 43-86, 1967.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970. t. 1.

ALEXANDER, Catherine. The third sector. In: HART, Keith; LAVILLE, Jean-Louis; CATTANI, Antonio David (eds.). **The human economy: a citizen's guide**. Cambridge: Polity Press, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na constituição de 1988**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quarter Latin, 2012.

ANDRADE, José Carlos Viera de. **O dever de fundamentação expressa de actos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Empresas público-privadas. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; et. al. (coords). **Enciclopédia jurídica PUC-SP: tomo administrativo e constitucional**. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidades Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/79/edicao-1/empresas-publico-privadas> Acesso em: 15 set. 2021.

ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

ARRETCHE, Marta. Trazendo o conceito de cidadania de volta: a propósito das desigualdades setoriais. In: ARRETCHE, Marta (org.) **Trajetória das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos**. São Paulo: Editora UNESP; CEM, 2015.

ASHOKA. **Ashoka's history**. Arlington: Ashoka, [2021]. Disponível em: <https://www.ashoka.org/en-us/story/ashokas-history> Acesso em: 24 ago. 2021.

ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES DO BRASIL. **INFOGRÁFICO SENSO GIFE 2018**. São Paulo: GIFE — Associação de Investidores do Brasil [2018]. Disponível em: <https://mosaico.gife.org.br/censo-gife/infograficos/2> Acesso em: 27 jun. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS. **Relatório final do grupo de trabalho marco regulatório das organizações da sociedade civil**. São Paulo: ABONG — Associação brasileira de organizações não governamentais [2012]. Disponível em: <https://www.abong.org.br/final/download/OBSERVATORIO.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021).

ASSOCIAÇÃO DE INVESTIDORES DO BRASIL. **Censo GIFE 2018**. São Paulo: GIFE — Associação de Investidores do Brasil [2018]. Disponível em: <https://mosaico.gife.org.br/censo-gife> Acesso em: 02 abr. 2021.

ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, J. A. Lima. Excedente contábil: sua significação nas atividades públicas e privadas. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 6, p. 277-280, 1994.

ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: PLENÁRIA DAS XVI JORNADAS ARGENTINAS DE FILOSOFIA JURÍDICA E SOCIAL, 2002, Azul: **XVI Jornadas Argentinas de Filosofia Jurídica e Social**, 2002, p. 01-46. Disponível em: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603159.pdf Acesso em: 20 mar. 2021.

AURRECOA-GARTEIZ, D. Javier Divar. Las cooperativas: una alternativa económica. In: SOLER, Enrique Gadea; et. al. (coords.). **Las cooperativas como alternativa económica**: una visión de México y España. Madrid: Dykinson, S.L., 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BAGNOLI, Vicente. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BANCO CENTRAL EUROPEU. **Comité Delors (1988 — 1989)**. Frankfurt: BCE [2021]. Disponível em: https://www.ecb.europa.eu/ecb/access_to_documents/archives/delors/html/index.pt.html Acesso em: 06 abr. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 34. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

BANGKOK POST. **A legal framework to promote social enterprises in Thailand**. Bangkok: Bangkok Post, [2017]. Disponível em: https://www.tilleke.com/wp-content/uploads/2017/03/2017_Mar17_Legal-framework-to-promote-social-enterprises-in-thailand.pdf Acesso em: 31 ago. 2021.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Experiência dos termos de parceria entre o Poder Público e as Organizações da Sociedade civil de Interesse Público (OSCIP). In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). **Parcerias público-privada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARKI, Edgard; AGUIAR, Luciana. Negócios com impacto social em grandes e pequenas empresas. In: BARKI, Edgard; et. al. (orgs.). **Negócios com impacto social no Brasil**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2013.

BARROS, Ricardo de; MENDONÇA, Roseane Silva Pinto de. **Os determinantes da desigualdades no Brasil**. Rio de Janeiro, IPEA – Instituto de Pesquisas Economicas Aplicadas, p. 01-59, jul. 1995. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1727/1/td_0377.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; CARVALHOSA, Modesto. **As prestadoras de serviços e a contribuição devida ao SESC**: uma questão jurídica e de reponsabilidade social. São Paulo: Codex, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed., rev. e atual. Revisora e atualizadora Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BBC Brasil. **As 14 recessões dos últimos 150 anos — e porque a do coronavírus deve ser a 4ª pior.** São Paulo: BBC Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-53239921> Acesso em: 16 fev. 2021.

BELEM, Bruno. O procedimento de manifestação de interesse social. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BENEDICTO, Samuel Carvalho de; RODRIGUES, Ângelo Constâncio; PENIDO, Aline Micheli da Silva. **Surgimento e evolução da responsabilidade social empresarial: uma reflexão teórica analítica.** Rio de Janeiro: XXVIII ENEGEP - Encontro Nacional de Engenharia de Produção, 2008. Disponível em: http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2008_tn_sto_079_547_11666.pdf Acesso em: 27 jun. 2021.

BERCOVICI, Gilberto. A constituição de 1998 e a função social da propriedade. In: CLÈVE, Clèmerson; BARROS, Luís Roberto (orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional.** 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VI.

BERTHA CENTRE FOR SOCIAL INNOVATION & ENTREPREURSHIP. **A guide to legal forms for social enterprise in South Africa.** Cape Town: Bertha Centre for Social Innovation & Entrepreneurship, [2016]. Disponível em: https://www.gsb.uct.ac.za/files/Bertha_GuideToLegalForms.pdf Acesso em: 31 ago. 2021.

BERVOVICI, Gilberto. **Soberania e constituição: para um critério do constitucionalismo.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERLIN, Isaiah. **Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios.** São Paulo: Brasiliense, 1999.

BIS – Department for Business Innovation & Skills. **A guide to legal forms for social enterprise.** London: BIS – Department for Business Innovation & Skills, [2011]. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/31677/11-1400-guide-legal-forms-for-social-enterprise.pdf Acesso em: 20 ago. 2021.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil.** Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3. reimp. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política.** 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Qual democracia?** São Paulo: Edições Loyola, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 23. ed., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado.** 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BONELLI, Regis; RAMOS, Lauro. **Distribuição de renda no Brasil: avaliação das tendências de longo prazo e mudanças na desigualdade desde meados dos anos 70.** Rio de Janeiro, IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, p. 01-21, ago. 1992. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rbe/article/view/642/7993> Acesso em: 07 ago. 2021.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Bogotá: Universidad Externato de Colombia, 2003.

BORZAGA, Carlo; DEFOURNY, Jacques. **The emergence of social enterprise**. New York: Routledge, 2001.

BRASIL. **Agropecuária em números**. Brasília: Governo do Brasil [2018]. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/politica-agricola/todas-publicacoes-de-politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros/ABN201901> Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Artigo 170. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1934)]. Título IV. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 16 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1923-DF**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961> Acesso em: 18 ago.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 138.284**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1517963> Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RE 474.132**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 1992. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2347641> Acesso em: 05 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 627.543**. Brasília-DF: Plenário do Supremo Tribunal Federal, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10006961> Acesso em: 15 set. 2021.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**. Brasília - DF: Cadernos MARE - Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, v. 1., p. 26-28. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/documents/MARE/CadernosMare/CADERNO01.pdf> Acesso em: 06 abr. 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

BUGG-LEVINE, Antony. Foreword. In: ETCHART, Nicole e COMOLLI, Loïc. **Social enterprise in emerging market countries: no free ride**. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

BUSINESS ROUNDTABLE. **Business Roundtable redefines the purpose of a corporation to promote “an economy the serves all Americans”**. Washington, DC: Business Roundtable, [2019]. Disponível em: <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans> Acesso em: 17 ago. 2021.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1991. v. II.

CAETANO, Rodrigo. Melhores do ESG: veja quais são as 17 empresas premiadas. São Paulo: **Revista Exame**, 2021. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/as-melhores-do-esg/> Acesso em: 16 ago. 2021.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN. **Ley BIC**. Buenos Aires: Cámara de Diputados de La Nación, [2021]. Disponível em: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/0737-D-2021.pdf> Acesso em: 26 ago. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Escrevendo a história — séria brasileira**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados - Departamento de Taquigrafia, Revisão e Redação, [1988]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> Acesso em: 16 mar. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Exposição e motivos do PL 4303/2012**. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node019aaluvnyzpkp111vj44rmx5lx3059810.node0?codteor=1018083&filename=PL+4303/2012 Acesso em: 30 ago. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL 4303/2012: mensagens, ofícios e requerimentos**. Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, [2021]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553029> Acesso em: 30 ago. 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. **El neoconstitucionalismo en su labirinto**. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 3. ed., aum. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Regime jurídico dos termos de colaboração, termos de fomento e acordo de cooperação. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

CASSAGNE, Juan Carlos; ORTIZ, Gaspar Ariño. **Servicios públicos, regulación y renegociación**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.

CHEVALLIER, Jacques. **L'Etat de Droit**. Paris: Montchrestien, 1992.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed., rev. atual., ampl. São Paulo: Thompson Reuters Revista dos Tribunais, 2019, v.1.

COELHO, Simone de Castro Tavares. **Terceiro setor**: um estudo comparado entre Brasil e Estados Unidos. 3. ed. São Paulo: Senac São Paulo, 2005.

COMINI, Graziella; BARKI, Edgard; AGUIAR, Luciana. O novo campo dos negócios com impacto social. *In*: BARKI, Edgard; et. al. (orgs.). **Negócios com impacto social no Brasil**. São Paulo: Editora Peirópolis, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **Capitalismo**: civilização e poder. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 72, v. 25, mai./ago. 2011. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142011000200020&lng=pt&tlng=pt Acesso em: 19 mar. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **Estado, empresa e função social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, v. 732.

COMUNITAS. **BISC Relatório 2020**. São Paulo: COMUNITAS [2021]. Disponível em: https://www.comunitas.org/wp-content/uploads/2021/02/BISC_2020_RelatórioFinal_DIGITAL.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA. **Ley 31072 (SOCIEDADES B.I.C.)**. Lima: Congreso de la República del Perú, [2020]. Disponível em: https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Db=201602533&View Acesso em: 30 ago. 2021.

CONSELHO BRASILEIRO DE OFTALMOLOGIA. **As condições da saúde ocular no Brasil - 2019**. São Paulo: CBO – Conselho Brasileiro de Oftalmologia, [2021]. Disponível em: https://www.cbo.com.br/novo/publicacoes/condicoes_saude_ocular_brasil2019.pdf Acesso em: 02 set. 2021.

CONTROLADORIA GERAL DE UNIÃO. **Portal da transparência**. Brasília: São Paulo: CTN — Confederação Nacional do Transporte, [2019]. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/09-previdencia-social?ano=2020> Acesso em: 24 jun. 2021.

CORRY, Olaf. **Defining and theorizing the third sector**. *In*: TAYLOR, Rupert (edit.) Third sector research. New York: Springer, 2010.

COSTA, Cláudia Soares; VISCONTI, Gabriel Rangel. **Terceiro setor e desenvolvimento social**. *In*: Relatório Setorial da Área de Desenvolvimento Social do BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento do Brasil, 2001, n. 03. Disponível em: https://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/relato/tsetor.pdf Acesso em: 12 abr. 2021.

COSAN. **Relatório de resultados 4º trimestre do exercício social de 2019**. São Paulo: COSAN Sociedade Anônima [2020]. Disponível em: https://mz-filemanager.s3.amazonaws.com/6aa68515-2422-4cc4-bafa-8870ccdfedb0/central-de-resultadoscentral-de-downloadsakit-do-investidor/86e994266be13822b71a57c35a610d4cbef00a5e05c0067a7f5b4f6f2bcl1d133/release_de_resultados_4t19.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

CRISTIANO, Romano. **Empresa é risco**: como interpretar a nova definição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini da. **A subsidiariedade como vetor objetivo de restrição à intervenção regulatória do estado na economia**: definição e instrumentalização. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. 2013. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

CURI, Fábio Martins Bonilha. Uma possibilidade de desenvolvimento da democracia no âmbito econômico. *In*: KRUEGER, Guilherme (coord.). **Cooperativas na ordem econômica constitucional**: teoria e direito. t. 1. Belo Horizontes: Fórum, 2011.

CRUZ, Rachel Pellizzoni da. A prática da responsabilidade social empresarial no Brasil: dilemas e perspectivas. **RDTS – Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 1., n. 1., p. 1-15, jan./jun. 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 20. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Direito administrativo da infraestrutura**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: globalização e capitalismo. Curitiba: Juruá, 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DOS HOMENS E DOS CIDADÃOS. Artigo 1. **Declaração dos direitos dos homens e dos cidadãos**. São Paulo: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo [2021]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html> Acesso em: 02 mar. 2021.

DEES, J. Gregory. **The meaning of “social entrepreneurship”**. Duke University’s Fuqua School of Business, Durham, p. 01-05, mai. 1998. Disponível em: https://centers.fuqua.duke.edu/case/wp-content/uploads/sites/7/2015/03/Article_Deas_MeaningofSocialEntrepreneurship_2001.pdf Acesso em: 21 jul. 2021.

DE MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito econômico**. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

DENNY, Simon; SEDDON, Fred. **Social enterprise**: accountability and evaluation around the world. New York: Routledge, 2014.

DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY. **Information and guidance notes**. Office of the Regulator of Community Interest Companies, [2016]. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/626088/cic-12-1333-community-interest-companies-guidance-chapter-1-introduction.pdf Acesso em: 24 ago. 2021.

DEFOURNY; Jacques; NYSSSENS, Marthe. Introduction. *In*: NYSSSENS, Marthe (edit.). **Social enterprise**: at the crossroads of market, public policies and civil society. Oxon: Routledge, 2006.

DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2002.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.
DOS SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda. MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. 5. ed., rev. e atual. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DUGUIT, León. **Las transformaciones del derecho público**: estudio preliminar. Navarra: Anacleto Editorial, 2006.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão social do trabalho**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. Martins Fontes: São Paulo, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

ELAW KOREA. **Social enterprise promotion act**. Seul: Legislation of South Korea, [2007]. Disponível em: https://elaw.klri.re.kr/kor_mobile/viewer.do?hseq=24346&type=part&key=40 Acesso em: 31 ago. 2021.

EMES. **Focus areas**. Lier, Bélgica: EMES — International Research Network, [2021]. Disponível em: <https://emes.net/focus-areas/> Acesso em: 02 abr. 2021.

EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES. **Projeto Olhar Brasil**. Brasília, DF: Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-sul/hu-furg/aceso-a-informacao/acoes-e-programas/programas-projetos-e-acoes/projeto-olhar-brasil> Acesso em: 02 set. 2021.

ETCHART, Nicole; COMOLLI, Loïc. **Social enterprise in emerging market countries**: no free ride. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report France**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjN2bbKodfYAhVklJUCHZMRDysQFnoECAMQAAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D16378%26langId%3Den&usg=AOvVaw2QCjkh6K8c75ZJ-_Ob5WRc Acesso em: 26 ago. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report Germany**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjyioyzttyfAhVKqZUCHUpGAAMQFnoECBUQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D20563%26langId%3Den&usg=AOvVaw3ut5Gfag4ra7p8Z4aJRzB0> Acesso em: 26 ago. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report Italy**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewiPy8yOidnyAhVaHbkGHYjeBTIQFnoECAMQAAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D16380%26langId%3Den&usg=AOvVaw2kxmQQc_AzM4LbnfJ6tsUb Acesso em: 30 ago. 2021.

EUROPEAN COMISSION. **Social enterprise and their ecosystems in Europe – Country Report Portugal**. Luxembourg: Publication Office of the European Union, [2020]. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiv-JnP09fyAhUhpUChCbAhUQFnoECBsQAQ&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fsocial%2FBlobServlet%3FdocId%3D21136%26langId%3Den&usg=AOvVaw3tX13AvPgruXOHQGGWGvk0> Acesso em: 26 ago. 2021.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público**: como fundamento del derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1989.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de classes e subdesenvolvimento**. 5. ed., rev. São Paulo: Global, 2008.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade do Estado, direitos humanos e outros temas. São Paulo: Manole, 2007.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaios de pragmática da comunicação normativa. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA, Francisco H. G. **Os determinantes da desigualdade de renda no Brasil**: luta de classes ou heterogeneidade educacional. Rio de Janeiro: Seminário sobre desigualdade e pobreza no Brasil, ago. 1999. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24124169_Os_determinantes_da_desigualdade_de_renda_no_Brasil_Luta_de_classes_ou_heterogeneidade_educacional Acesso em: 07 ago. 2021.

FGV – EAESP. **EAESP representa Brasil em fórum internacional sobre o consumo de baixa renda**. São Paulo: FGV – Fundação Getúlio Vargas, [2013]. Disponível em: <https://portal.fgv.br/noticias/eaesp-representa-brasil-forum-internacional-sobre-consumo-baixa-renda> Acesso em: 24 ago. 2021.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

FORTINI, Cristiana; et. al. O regime jurídico das parcerias voluntárias com as organizações da sociedade civil: inovações da Lei n. 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário brasileiro de segurança pública**. Brasília: São Paulo: Forum Brasileiro de Segurança Pública, [2021]. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/07/anuario-2021-completo-v4-bx.pdf> Acesso em: 24 jun. 2021.

FUJI, Alessandra Hirano. O conceito de lucro econômico no âmbito da contabilidade aplicada. **Revista Contabilidade e Finanças, Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo**, n. 15, dez. 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rcf/a/BMyQDXqFgNNKmSvkY4H7tKq/?lang=pt> Acesso em: 05 ago. 2021.

FUNDAÇÃO RENOVA. **Demonstração financeira em 31 de dezembro de 2020**. Belo Horizonte: Fundação Renova, [2021]. Disponível em: https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2021/06/demonstracoes-financeiras-renova_2020_portugues.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

FUX, Luiz; MODESTO, Paulo; MARTINS, Humberto F. **Organizações sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GALIL, João Victor Tavares. **Licitação e celebração de parcerias com o terceiro setor**. Rio de Janeiro: Editora CEEJ, 2020.

GATICA, Sabastian. Chile: the influence of institutional holdovers from the past on the social enterprise country model. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Shaping social enterprise**: understanding institutional context and influence. Bingley: Emerald Publishing Limited, 2017.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. t. 1.

GOVERNMENT OF CANADA. **Start, build, and grow a social enterprise**: start your social enterprise. Ottawa: Government of Canada, [2021]. Disponível em: http://www.ic.gc.ca/eic/site/053.nsf/eng/h_00006.html Acesso em: 26 ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica. 12. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O serviço público e a constituição brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo econômico**. 1 ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. **ConJur: Revista Consultor Jurídico. Constituição e Poder**. São Paulo, ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional> Acesso em: 20 jun. 2021.

GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. **O controle financeiro da atividade de fomento**: o TCU e a aferição de resultados. Orientador: Fernando Facury Scaff. 261 f. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 37.

HAEBERLIN, Martín. **Uma história do interesse público**: fundamentos do estado meritocrático de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2.

HEINEN, Juliano. **Interesse Público**: premissas teóricas-dogmáticas e proposta de fixação de cânones interpretativos. Editora Jus Podivm, 2019.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Mendes Ferreira Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Company Inc., 2000.

HUNT, E. K. **História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica**. Tradução José Ricardo Brandão Azevedo; Maria José Cyhlar Monteiro. 2. ed. 10. Tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

IBGE EDUCA JOVENS. **Educação**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [2019]. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html> Acesso em: 18 mar. 2021.

IDIS. **Brasil 2020: um retrato da doação no Brasil**. São Paulo: IDIS [2020]. Disponível em: https://www.idis.org.br/wp-content/uploads/2020/07/CAF_BrazilGiving2020.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

IMAZOM. **Desmatamento na Amazônia cresce 30% em 2020 e bate recorde dos últimos dez anos**. Belém: IMAZOM – Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia [2021]. Disponível em: <https://imazon.org.br/imprensa/desmatamento-na-amazonia-cresce-30-em-um-2020-e-bate-recorde-dos-ultimos-dez-anos/> Acesso em: 16 ago. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Tabela de natureza jurídica 1995**. Rio de Janeiro: IBGE — Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, [1995]. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/estrutura/natjur-estrutura/natureza-juridica-1995> Acesso em: 02 abr. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **A iniciativa privada e o espírito público: a evolução da ação social das empresas privadas no Brasil**. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [2006]. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/acaosocial/IMG/pdf/doc-44.pdf> Acesso em: 27 jun. 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Água**. São Paulo: ITB - Instituto Trata Brasil, [2020]. Disponível em: <http://www.tratabrasil.org.br/saneamento/principais-estatisticas/no-brasil/agua> Acesso em: 18 mar. 2021.

JARILLO, María José Morillas; REY, Manuel Ignacio Feliú. **Curso de cooperativas**. 3 ed. t. 1. Madrid: Tecnos, 2018.

IPAM AMAZÔNIA. **Área desmatada a ser queimada em 2020 pode superar os 4.5 mil km²**. São Paulo: IPAM – Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia, [2020]. Disponível em: <https://ipam.org.br/area-desmatada-na-amazonia-a-ser-queimada-em-2020-pode-superar-os-45-mil-km2/> Acesso em: 16 ago. 2021.

JBS. **Relatório anual e de sustentabilidade 2019**. São Paulo: JBS Sociedade Anônima [2018]. Disponível em: https://www.jbs.com.br/relatorioanual2019/wp-content/uploads/2020/05/RAS-JBS-2019_PORT_FINAL.pdf Acesso em: 02 abr. 2021.

JBS. **Fazer o bem faz bem: alimentando o mundo com solidariedade**. São Paulo: JBS Sociedade Anônima [2020]. Disponível em: <https://jbs.com.br/fazerobemfazbem/> Acesso em: 02 abr. 2021.

JOÃO, Iraci de Souza. **Modelo de gestão da inovação social para empresas sociais**. Orientador: Simone Vasconcelos Ribeiro Galina. 2014. 151 f. Tese (Doutorado), Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2014. Disponível em:

<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96132/tde-16122014-163807/pt-br.php> Acesso em: 026 ago. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O conceito de interesse público e a personalização do direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 26, p. 115-136, 1999.

KERLIN, Janelle A. Social enterprise in the United States and Europe: understanding and learning from differences. **Voluntas – International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations**, Springer Publishing, New York, p. 247-263, 2006. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11266-006-9016-2> Acesso em: 24 ago. 2021.

KERLIN, Janelle; GAGNAIRE, Kirsten. United States. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo**. 2. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. Prestação de contas das organizações da sociedade civil: controle de meios ou de resultados. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

LIMA, Luiz Cruz; ROCHA, Adriana Marques. Reflexões sobre o terciário. **GeoTextos UFBA**, Salvador, n. 2., v. 5., p. 85-105, dez. 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/geotextos/article/viewFile/3788/2765> Acesso em: 02 jul. 2021.

LANGONI, Carlos Geraldo. **Distribuição da renda e desenvolvimento econômico do Brasil**. IPEA – Estudos econômicos, São Paulo, n. 5., v. 2., p. 05-88, out. 1972. Disponível em: <https://epge.fgv.br/conferencias/educacao-basica-no-brasil-2017/files/carlos-langoni-1972.pdf> Acesso em: 07 ago. 2021.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. **Empresa e propriedade: função social e abuso do poder econômico**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 25 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo direito do terceiro setor. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MÂNICA, Fernando Borges. **Panorama histórico-legislativo do terceiro setor no Brasil: do conceito de terceiro setor à lei das OSCIP**. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/panorama_historio_legislativo_do_terceiro_setor.pdf Acesso em: 14 abr. 2021.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo; CUNHA, Carlos Eduardo Bergamini da. Serviços sociais autônomos. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 135-174, mai./ago. 2013.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Bens públicos: função social e exploração econômica — o regime jurídico das utilidades públicas**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Serviços públicos e suas diferentes acepções. *In*: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2014. v. 4.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a constitucionalização do direito privado**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Acesso à informação e transparência nas parcerias voluntárias. *In*: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor: as inovações da lei n. 13.019/14**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Ato administrativo**. *In*: DI PRIETO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de direito administrativo: ato administrativo e procedimento administrativo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2019. v. 5.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Considerações críticas ao conceito de *compliance*. **RIDP – Revista Internacional de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 06, n. 10, p. 9-24, jan./jun. 2021.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Estatuto das empresas estatais à luz da constituição federal. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (orgs.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da constituição federal**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria das contrafações administrativas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 115-148, abr./jun. 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria jurídica da liberdade**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2015.

MASENDEKE, Absolom; MUGOVA, Alex. Zimbabwe e Zambia. *In*: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 10 ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELO NETO, Francisco de Paulo; FROES César. **Empreendedorismo social: a transição para a sociedade sustentável**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.

MELO NETO, Francisco Paulo; FROES, César. **Responsabilidade social & cidadania empresarial: a administração do terceiro setor** Rio de Janeiro: Qualitymark, 1999.

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

MELLO, Janine; PEREIRA, Ana Camila Ribeiro; ANDRADE, Pedro Gomes. **Afinal, o que os dados mostram sobre a atuação das ONGs?:** análise de transferências federais e projetos executados pelas organizações da sociedade civil no Brasil. Brasília: IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, [2019]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/190625_td_2483.pdf Acesso em: 27 jun. 2021.

MINCIT. **Ebook Sociedades BIC.** Bogotá: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, [2021]. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewi3gOb78tnyAhWXpZUCHQZ5BpsQFnoECAIQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.mincit.gov.co%2Fminindustria%2Fsociedades-bic%2Febook-sociedades-bic-02dic.aspx&usq=AOvVaw04Nm8pLTQZ_Acr9Ol6pKwC Acesso em: 26 ago. 2021.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e da constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MODESTO, Paulo. Parcerias público-sociais em transformação. *In*: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor:** as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 05, p. 01-17, mar./abr./mai. 2006. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=100> Acesso em: 14 abr. 2021.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social:** uma crítica ao padrão emergente de intervenção social. São Paulo: Cortez, 2010.

MONTESQUIEU, Baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Martin Claret, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo:** parte introdutória, parte geral e parte especial. 15. ed., ref. e atua. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito regulatório.** São Paulo: Renovar, 2003.

MOREIRA, Patricia Prieto. Direito fundamental de propriedade x função social: uma questão de ponderação? Belo Horizonte: **RIDP – Revista Internacional de Direito Público**, ano 3, n. 05, p. 195-216, jul./dez. 2018.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1978.

MYCOSKIE, Blake. **Comece algo que faça a diferença.** Belo Horizonte: Editora Voo, 2014.

NATIONAL ASSEMBLY. **Law n. 68/2014/QH13.** Ottawa: National Assembly of Socialist Republic of Vietnam, [2014]. Disponível em: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/en/pages/Detaildocument.aspx?vID=26963> Acesso em: 31 ago. 2021.

NEGRÃO, Ricardo. **Preservação da empresa.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NESTER, Alexandre Wagner. **Regulação e concorrência** (compartilhamento de infra-estruturas e redes). São Paulo: Dialética, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. O regime jurídico das organizações da sociedade civil (OSC): benefícios, exigências e vedações. *In*: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor:** as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais:** trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NYSSSENS, Marthe. Western Europe. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise:** a global comparison. Medford: University Press of New England, 2009.

OECD/EU. **Boosting social enterprise development:** good practice compendium. Paris: OECD Publishing, 2017.

OLIVEIRA José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e a sua autonomia constitucional.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. O chamamento público na lei federal lei n. 13.019/14: procedimento legal, avanços e desafios. In: MOTTA, Fabrício; et. al. (coords.). **Parcerias com o terceiro setor:** as inovações da lei n. 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor.** 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.

OLIVEIRA FILHO, Gilberto R.; KIYAMA, Renato Seiki; COMINI, Graziella. Os desafios de mensurar o impacto social. In: BARKI, Edgard; et. al. (orgs.). **Negócios com impacto social no Brasil.** São Paulo: Editora Peirópolis, 2013.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública:** sentido da vinculação à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2007.

PARLAMENTO UY. **Ley n. 19.969 (BIC).** Montevideo: Cámara de Diputados de La Nación, [2021]. Disponível em: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/147986> Acesso em: 26 ago. 2021.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Dimensiones de la igualdad.** 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** 4. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal:** função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.

POGGI, Gianfranco. **A evolução do estado moderno:** uma introdução sociológica. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

PONTE, Júlio Ramon Teles da. Novos complexos ideológicos do capital: a emergência da responsabilidade social das empresas e do terceiro setor na contemporaneidade. In: VITULLO, Gabriel Eduardo. **A ideologia do "terceiro setor": ensaios críticos.** 2. ed. Natal: Editora da UFRN, 2015.

PORTUGAL. [Constituição (1976)]. Artigo 61º. Item 1. **Constituição da República Portuguesa.** Lisboa: Parlamento, [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/CRPVIIrevisao.pdf> Acesso em: 29 mar. 2021.

PORTER, Michael E. **Competição**. Ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

PORTER Michael E.; KRAMER, Mark R. Creating shared value: how to reinvent capitalism — and unleash a wave of innovation and growth. Boston: **Harvard Business Review**, jan./fev. 2011, p. 07. Disponível em: <https://sharedvalue.org.au/wp-content/uploads/2015/12/Harvard-Business-Review-Creating-Shared-Value.pdf> Acesso em: 21 mai. 2021.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Strategy and society: the link between competitive advantage and corporate social responsibility. Boston: **Harvard Business Review**, p. 01-13, dec. 2006. Disponível em: <https://hbr.org/2006/12/strategy-and-society-the-link-between-competitive-advantage-and-corporate-social-responsibility> Acesso em: 18 jul. 2021.

POZAS, Luis Jordana de. Ensayo de una teoría del fomento en el derecho administrativo. **Revista de estudios políticos El Instituto**, Madrid, v. 54, p. 41-54, nov./dez. 1949.

PRAHALAD, Coimbatore Krishnarao; HART, Stuart L. The fortune at the bottom of pyramid. **Estratégia e negócios**, Florianópolis, n. 2, v. 1, p. 10-24, dez. 2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/260943834_The_Fortune_at_the_Bottom_of_the_Pyramid Acesso em: 24 jul. 2021.

PREFEITURA DO RECIFE. **Prefeitura do Recife transforma Cooperativa Ecovida Palha de Arroz em primeira célula de reciclagem criativa do programa Recicla Mais**. Recife: Prefeitura do Recife, [2020]. Disponível em: <http://www2.recife.pe.gov.br/noticias/23/12/2020/prefeitura-do-recife-transforma-cooperativa-ecovida-palha-de-arroz-em-primeira> Acesso em: 24 ago. 2021.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamentos, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: DE SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAHMAN, Anita Ghazi. **Framing a social enterprise law**. Ottawa: The Daily Star, [2017]. Disponível em: <https://www.thedailystar.net/law-our-rights/law-vision/framing-social-enterprise-law-1419268> Acesso em: 31 ago. 2021.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

REISER, Dana Brakman; DEAN, Steven A. **Social enterprise law**: trust, public benefit, and capital markets. New York: Oxford University Press, 2017.

REPÚBLICA DEL ECUADOR. **Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación**. Quito: República del Ecuador, [2020]. Disponível em: https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2020-03/Documento_LEY-ORGANICA-EMPREDIMIENTO-INNOVACION.pdf Acesso em: 26 ago. 2021.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo comparado**. Tradução J. Cretella Jr. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed., rev. e aum. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral. 30 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

ROITTER, Mario; VIVAS, Alejandra. Argentina. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise**: a global comparison. Medford: University Press of New England, 2009.

ROSEN-MOSON, Madeleine. **Companies whit Purpose: the L3Cs option in the US**. Austin: MissionBox, 2019. Disponível em: <https://www.missionbox.com/article/401/companies-with-purpose-the-l3c-option-in-the-us> Acesso em: 31 ago. 2021.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2015.

SALAMON, Lester M. The case of America. *In*: ANHEIER, Helmut K.; KENDALL, Jeremy. **Third sector policy at the crossroads: an international nonprofit analysis**. New York: Routledge, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. *In*: SALOMÃO FILHO, Calixto (coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, César. Introdução: para ampliar o cânone da produção. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza; RODRÍGUEZ, César. Prefácio. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na consituição de 1998**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais. *In*: CLÈVE, Clèmerson; BARROS, Luís Roberto (orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. VII.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Tradução Tito Livio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A função social da propriedade na prática jurisprudencial brasileira**. Disponível em: http://www.andersonschreiber.com.br/downloads/Funcao_Social_da_Propriedade_na_Pratica_Jurisprudencial_Brasileira.pdf Acesso em: 5 set. 2021.

SCHWIND, Rafael Wallbach. **O estado acionista**. Orientadora: Maria Sylvia Zanella di Pietro. 2014. 370 f. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na américa latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção**. 3. ed. São Paulo: Alameda, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 42. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

SILVA, José Afonso da. O Estado democrático de direito. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). **Edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos: doutrinas essenciais direito constitucional**. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado: três projetos de constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Márcia Regina Barros da. História da assistência hospitalar em São Paulo: a subvenção do Estado às misericórdias paulistas. **História, ciência, saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 26, jan. 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59702019000900079&tlng=pt Acesso em: 06 abr. 2021.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SINGER, Paul. A recente ressurreição da economia solidária no Brasil. *In*: SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **Produzir para viver: os caminhos da produção não capitalista**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SINGER, Paul. 1. ed. 6. reimp. **Introdução à economia solidária**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

SINGER, Paul. Prefácio. *In*: CONZÁLEZ, Paul (org.). **Empresa social administração autogestionária e Globalização: uma possibilidade de trabalho permanente**. São Paulo: ANTEAG, 1998.

SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. **Governança corporativa no Brasil e no Mundo: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução Norberto de Paula Lima. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

SOPESP. **Cosan mobiliza todas suas marcas para ajudar no combate da COVID-19**. São Paulo: Associação dos Oepradores Portuários do Estado de São Paulo [2020]. Disponível em: <https://www.sopesp.com.br/2020/05/26/cosan-mobiliza-todas-suas-marcas-para-ajudar-no-combate-a-covid-19/> Acesso em: 02 abr. 2021.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de. **Uma história de desigualdade**: a concentração de renda entre os ricos no Brasil 1926-2013. São Paulo: Hucitec; Anpocs, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; DE MORAIS, Jose Luis Bolzan. **Ciência política & teoria do estado**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUIN JURISCOL. **Ley 1901 de 2018**. Bogotá: Sistema Único de Información Normativas, [2018]. Disponível em: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/30035321> Acesso em: 26 ago. 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. As modernas parcerias públicas com o terceiro setor. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 57-89, jan./mar. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades administrativas e a noção de lucro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 6., p. 263-268, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito Público**. 4. ed., rev., aum. e atual. 7. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito das coisas. 9 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, v. 4.

TAVARES, André Ramos. A intervenção do Estado no domínio econômico. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; et. al. **Curso de direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, v. II.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 7 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 4 ed., ver. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

THE WORLD BANK. **Social enterprise ecosystem country profile - Rwanda**. Washington, DC: The World Bank, [2017]. Disponível em: https://www.innovationpolicyplatform.org/www.innovationpolicyplatform.org/system/files/Rwanda%20country%20profile_Apr14/index.pdf Acesso em: 31 ago. 2021.

THE NEW YORK TIMES. **Exxon's board defeat signals the rise of social-good activists**. New York: The New York Times, [2021]. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/06/09/business/exxon-mobil-engine-no1-activist.html> Acesso em: 17 ago. 2021.

THOMAS, Antonio. The rise of social cooperatives in Italy. **Voluntas – International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations**, Springer Publishing, New York, n. 03, v. 15, p. 243-263, set. 2004. Disponível em: <https://staging.community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/article-thomas.pdf> Acesso em: 24 ago. 2021.

TISCOSKI, Gabriela Pelegri; ROSOLEN, Talita; COMINI, Graziella. **Empreendedorismo social e negócio sociais**: um estudo bibliométrico da produção nacional e internacional. Rio de Janeiro: XXXVII Encontro ANPAD, p. 01-16, set. 2013. Disponível em: http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2013_EnANPAD_APB1365.pdf Acesso em: 24 ago. 2021.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 15. ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: os tributos na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. IV.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, v. V.

TORRES, Silvia Faber. Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas. In: GALDINO, Flávio; SARMENTO, Daniel (orgs.). **Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TSUKAMOTO, Ichiro; NISHIMURA, Mariko. Japan. In: KERLIN, Janelle A. (edit.). **Social enterprise: a global comparison**. Medford: University Press of New England, 2009.

VALIM, Rafael. **A subvenção no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. Colaboração Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

VIÊT NAM NEWS. New laws promote social enterprises in Viet Nam. HA NOI: Viêt Nam News, [2015]. Disponível em: <https://vietnamnews.vn/economy/279915/new-laws-promote-social-enterprises-in-viet-nam.html> Acesso em: 31 ago. 2021.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública: uma análise crítica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

VITELLO, Cody. The new kid on the block. In: **Practical Guide to Business Lawyer**. Chicago: Loyola University Chicago School of Law, p. 564-579, 2010. Disponível em: <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1033&context=lclr> Acesso em: 31 ago. 2021.

WEBER, Max. **Economica e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução Regis Barbosa; Karen Elsabe Barbosa. 4. ed. 4. reimp. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2015.

YOUNG, Dennis R. A unified theory of social enterprise. **Working Paper 07-01**, Nonprofit Studies Program, Andrew Young School of Policy Studies – Georgia State University, Atlanta, p. 01-23, jan. 2007. Disponível em: <https://community-wealth.org/sites/clone.community-wealth.org/files/downloads/paper-young07.pdf> Acesso em: 24 ago. 2021.

YUNUS, Muhammad; WEBER, Karl. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. São Paulo: Ática, 2008.

XXXIII ENCONTRO DA ANPAD, 2009, São Paulo — SP. NOGUEIRA, Fernando do Amaral; SCHOMMER, Paula Chies. **Quinze anos de investimento social privado no Brasil: conceitos e práticas em construção**. São Paulo: ANPAD — Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Administração, set. 2009. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/APS3252.pdf> Acesso em: 02 abr. 2021.