

OS PROCESSOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO INCLUSÃO E RELEITURA DAS ATIVIDADES DAS PESSOAS JURÍDICAS DO TERCEIRO SETOR

THE CONSTITUTIONALIZATION PROCESSES INCLUSION AND REVIEW OF THE ACTIVITIES OF LEGAL ENTITIES IN THE THIRD SECTOR

Bruno Valverde Chahaira
Rennan Faria Krüger Thamay
Túlio Augusto Tayano Afonso

57

RESUMO: As reflexões acadêmicas contidas nesse trabalho visam a análise dos processos de constitucionalização inclusão e releitura do regime das pessoas jurídicas integrantes do terceiro setor no ordenamento jurídico brasileiro a partir da aproximação entre o direito público e privado. Notadamente, ante a inegável função do terceiro setor na efetivação de políticas públicas, refletir sobre esse tema atualmente é tarefa necessária à academia jurídica brasileira. A rigor, o cumprimento dos mandados constitucionais afetos, especialmente, aos direitos sociais, foi potencializado com a constitucionalização do direito e das atividades do terceiro setor. Assim, mediante processo de revisão de bibliografia e documental, com a análise de normas aplicáveis à matéria, trabalhou-se primeiro a história do desenvolvimento das pessoas jurídicas em âmbito nacional, especificamente no que atine às componentes do terceiro setor, caminhando para as entidades do terceiro setor e para a conclusão de que o processo de constitucionalização inclusão e releitura, ao mitigar a distinção entre público e privado, diante das influências recíprocas e sistemáticas, foi e é fundamental na afirmação de direitos sociais.

Palavras-chave: Terceiro Setor; Constitucionalização; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The academic reflections contained in this work aim to analyze the processes of constitutionalization, inclusion and re-reading of the regime of legal entities that are part of the third sector in the Brazilian legal system, based on the approximation between public and private law. Notably, given the undeniable role of the third sector in the implementation of public policies, reflecting on this topic is currently a necessary task for the Brazilian legal academy. Strictly speaking, compliance with constitutional mandates, especially social rights, was enhanced with the constitutionalization of the law and activities of the third sector. Thus, through the process of reviewing the bibliography and documents, with the analysis of rules applicable to the matter, the history of the development of legal entities at the national level was first worked, specifically with regard to the components of the third sector, moving towards the entities of the third sector and to the conclusion that the process of constitutionalization of inclusion and re-reading, by mitigating the distinction between public and private, given the reciprocal and systematic influences, was and is fundamental in the affirmation of social rights.

Keywords: Third sector; Constitutionalization; Fundamental rights.

1. INTRODUÇÃO

Em âmbito nacional, o terceiro setor, especialmente nas última décadas, passou a ocupar posto de destaque, especialmente diante da atuação concreta de seus componentes na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, o que se fez e faz pelas organizações sociais (OS), organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), organizações não governamentais (ONGS) e serviços sociais autônomos, para o qual foi delegado atribuições de natureza predominantemente pública, passando este setor a ser responsabilizado pela prestação eficiente desses serviços.

Nessa toada, avalia-se a qual regime jurídico o terceiro setor se submete, uma vez que se encontra consubstanciado em normas de jus privactorum, que versam a respeito da integralidade de sua pessoa jurídica, e, também, normas de jus publicum quando passar a atuar lado a lado com o Estado.

Observa-se, ainda, os fenômenos de constitucionalização e publicização do direito privado. Este submete o regime privado a ditames de direito público limitando a autonomia da vontade em detrimento da supremacia do interesse coletivo; aquele eleva a status constitucional normas de direito ordinário, fazendo refletir sobre esses aspectos principiológicos como a função social e a dignidade da pessoa humana.

Estudou-se a evolução do instituto da pessoa jurídica, com enfoque no terceiro setor, fazendo um paralelo com a evolução do próprio direito, com fins a observar a transformação da situação enciclopédica da ciência do direito e seus reflexos no ordenamento jurídico vigente.

Ademais, destacou-se a importância dos processos de constitucionalização inclusão e releitura na aproximação entre o direito público e privado, que, atualmente, operam em um sistema de influências recíprocas e sistemáticas.

Para tanto, foi realizado pesquisa de ordem bibliográfica consubstanciada na liberdade interpretativa.

2. AS PESSOAS JURÍDICAS NA HISTÓRIA DA CIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

Desde o início da espécie humana, o homem vem percebendo a necessidade de viver em comunhão com seu semelhante. Nesse cenário, primeiramente surge o Direito, como agente regulador das relações sociais e, com a evolução da ciência jurídica, o instituto da pessoa jurídica, que resguarda uma ficção social advinda da evolução da sociedade em estabelecer vínculos complexos.



Baseada no direito romano,¹ que iniciou a distinção entre o direito público e direito privado, assim se tornando baluarte do direito moderno, a pessoa jurídica passou por um moroso processo até possuir um conceito determinado.

O instituto da pessoa jurídica encontra suas origens nos primórdios do direito romano, como leciona Venosa (2007, p215), “Os romanos não designavam a pessoa jurídica com o termo *persona*, preferindo sempre os termos *universitas*, *corpus* ou *collegium*”, deixando claro sua abstenção ao tratar desses agrupamentos como pessoa.

Apesar da lenta e dificultosa evolução, é possível notar que foram estabelecidas algumas normas a respeito do tema como a *Lex Julia de collegiis*². Dessa forma, tem-se que as primeiras civilizações contribuíram para que mais a frente o instituto da pessoa jurídica fosse cada vez mais discutido.

No cerne da discussão acerca da existência da pessoa jurídica, passou-se a dar importância em estabelecer formalmente um consenso a luz do termo, o que destarte desencadeou diversas teorias, as quais podem se dividir entre negativistas e afirmativistas. A primeira, grosso modo, negava de todas as formas de existência da pessoa jurídica, já a segunda vinha com o intuito de explicar o que ela viria a ser.

Nessa fase de entendimento surgiram várias outras teorias entre os afirmativistas, dentre elas a teoria da ficção, sustentada por Savigny³, segundo a qual acreditava-se que a pessoa jurídica se tratava de uma simples ficção ou uma criação artificial, pois apenas a pessoa natural é passível de existência real, sendo assim considerada apenas para fins patrimoniais. Essa teoria não foi aceita, pois que seria impossível tratar o Estado como pessoa jurídica ficta, já que esta possui autonomia real.

Surge, então, a teoria da realidade objetiva, que defende que a vontade, pública ou privada, é capaz de dar vida a um organismo, passando, assim, a ter existência própria, distinta da de seus membros, capaz de tornar-se sujeito de direito,

¹ O “complexo de normas vigentes em Roma, desde sua fundação (lendária, no século VIII a.C.) até a codificação de Justiniano (século VI d.C.)” (MARKY, 1995, p. 05)

² A *Lex Julia de collegiis* foi um marco para a regulação dos colégios romanos, pois, ao reconhecer a utilidade pública desses entes, dotou-os de personalidade jurídica. Com o advento da personalidade jurídica, a separação patrimonial entre os bens dos sócios e os bens do colégio ao qual pertenciam, que anteriormente não tinha qualquer efeito em relações travadas com terceiros, passa a poder ser oposta também contra estes. Tal situação leva à proposição da seguinte questão: como conciliar a separação patrimonial concedida pela *Lex Julia de collegiis* com a regra do pagamento integral, quando os bens do colégio não fossem suficientes para saldar os seus débitos. Sendo o *pactum ut minus solvatur* e o *beneficium competentiae* as duas únicas exceções apontadas pela doutrina à regra do pagamento integral, cabe analisar se o instituto do *beneficium competentiae*, ou seja, a limitação da condenação às forças do patrimônio do devedor, aplicava-se também ao que diz respeito aos colégios, tal como ocorria com as sociedades. Desta forma, pretende-se responder a essa questão, observando-se a execução do patrimônio dos colégios beneficiados com a concessão de personalidade jurídica, e averiguando-se a eventual incidência do *beneficium competentiae* a esses casos. (SILVA, 2013)

³ A esse respeito, aduz Reale: (1988:230) “preferiu Savigny ver no conceito de pessoa jurídica mais um exemplo de *fictio juris*, existente apenas como artifício técnico imposto pelas necessidades da vida em comum”.



real e verdadeiro. Esta teoria não foi adequada uma vez que considerada extremamente objetiva.

Mais adiante se fundamentou a teoria da realidade técnica, esta sim a teoria mais aceita, visto que considera a personalidade jurídica como um expediente de ordem técnica, útil para alcançar indiretamente alguns interesses humanos, tal qual afirmam Colin e Capitant (1939). Assim, o Estado viu a necessidade de se reconhecer a existência de tal personalidade.

Nesse sentido, a doutrina pondera que:

A personalidade jurídica é, portanto, um atributo que o Estado defere a certas entidades havidas como merecedoras dessa benesse. O Estado não outorga esse benefício de maneira arbitrária, mas sim tendo em vista determinada situação, que já encontra devidamente concretizada, e desde que se observem determinados requisitos por ele estabelecidos (GONÇALVES, 2011).

Por conseguinte, há de se estabelecer que a pessoa jurídica se instituiu da necessidade do agrupamento de pessoas naturais ou de patrimônios para um determinado fim, ciente de que não seria possível este se fazer sozinho. Assim houve a precisão de separar o indivíduo e transformar a ficção em pessoa, a fim de tornar-se sujeitos de direitos e deveres possuindo a capacidade de responder por seus atos.

2.1 AS PESSOAS JURÍDICAS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

Sob a dicotomia existente entre direito público e privado, as pessoas jurídicas também são divididas entre estes, sendo elas caracterizadas pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado devido a seus diversos regimes e peculiaridades.

As pessoas jurídicas de direito público são decompostas entre pessoas de direito público interno e externo, sendo este os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público, como Santa Sé e organismos internacionais; já aquele tratam-se dos entes da administração direta e indireta⁴.

As pessoas jurídicas, instituídas pelo direito privado, necessitam de várias prerrogativas para sua constituição, dentre elas a vontade humana de criação, o ato constitutivo⁵ e a finalidade lícita, características próprias de seu regime. De maneira adversa, as pessoas jurídicas de direito público, são estabelecidas normalmente

⁴Art. 41 do Código Civil. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei. Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

⁵ O ato constitutivo se trata do estatuto que é estabelecido tanto as associações e sociedades quanto as fundações. Esse ato constitutivo deve ser registrado para que se tenha validade legal, assim, declarada a personalidade jurídica da entidade.



advindas “de outros fatores, como a lei e o ato administrativo, bem como de fatos históricos, de previsão constitucional e de tratados internacionais” (GONÇALVES, 2011, p 220).

O Código Civil Brasileiro, em seu art. 44 estabelece as pessoas jurídicas de direito privado como sendo: “I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos. VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada”, das quais podem ser “as sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, as associações de utilidade pública e as fundações, as sociedades mercantis.” (RODRIGUES, 2002, p. 90).

Em regra, as pessoas jurídicas regidas por regime jurídico de direito privado têm por intuito o interesse individual para a efetivação dos ditames privados. Entretanto não é por este fato que tais entidades visam exclusivamente o lucro, visto que cabe especificamente ao direito empresarial gerir as entidades que possuam tal finalidade.

2.2.1 Associações

A composição das associações dá se com a união de pessoas que se organizam com fins não econômicos. Assim, essas entidades são incidentemente entidades que tem por intuítos científicos, artísticos, religiosos, beneficentes, culturais, esportivos, dentre outros.

Vale indagar que o termo fins não econômicos não é o melhor termo a ser empregado, visto que essas entidades podem realizar atividade lucrativa, mas que tenha como destino do ganho a manutenção da própria pessoa jurídica e não de seus fundadores. Deste modo, o que o legislador deve indagar é a imposição de que as associações não devem findar em lucros, podendo, contudo, realizar atividade lucrativa.

As associações são reguladas por estatuto que deliberam todas as suas normas internas, sendo estabelecido, de acordo com o que reza o art. 54 do Código Civil, sob a pena de nulidade na falta de qualquer dos requisitos previstos. Sobretudo, o art. 55 dispõe que todos os associados possuem direitos iguais, podendo apenas haver prerrogativas a certas categorias a determinados membros em razão de exercício de função.

2.2.1 As Sociedades

As sociedades tem a mesma origem que as associações, quais seja, a união de pessoas e de interesses privados, todavia, divergem em razão de sua finalidade, que é essencialmente econômica. Assim, as sociedades, no mais das vezes, são reguladas pelo diploma empresarial em detrimento da natureza de sua atividade e finalidade. Contudo, existem sociedades que não possuem caráter empresarial, havendo assim a divisão entre sociedades empresárias e sociedades simples. Estas podem ser consideradas na existência de atuação de profissionais de uma mesma área ou a prestação serviços técnicos; já aquela se caracteriza pelo estabelecimento de



“quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, conforme dispõe o art. 966 do Diploma Privado:

O comércio de pescados, por exemplo, é explorado por grandes redes nacionais de supermercados e por pequenos comerciantes nos mercados municipais de cidades praianas. Os primeiros são sociedades empresárias; estes últimos (a menos que sejam empresários individuais), sociedades simples (COELHO, 2010).

Por fim, reitera-se o entendimento de que cabe às sociedades, a depender de sua finalidade, normas de direito civil e também de direito empresarial, sendo a legislação civil suscetível de aplicação, também, em relação às sociedades empresárias em razão do princípio da subsidiariedade.

Com base nessas teorias, é possível entender a relação entre o Terceiro Setor e o Estado. Segundo Amorim *et al.* (2018, p. 3) “partindo de discussões que envolvem Terceiro Setor e Estado, é relevante destacar que há posicionamentos divergentes quanto a essa relação, que podem ser de cooperação ou competição”. No entanto, há uma terceira via, denominada de “Coopetição”, que significa estabelecer uma relação híbrida e simultânea entre competição e cooperação (NALEBUFF; BRANDENBURGER, 1996). A relação de coopetição, tem como base os fundamentos da Teoria dos Jogos e as relações de poder para a maximização da capacidade de uma organização em gerar rede de valor, e é vista como uma forma diferente de entender essas relações, tendo em vista que nas interações entre organizações muitas vezes ocorrem simultaneamente cooperação e competição (EIKEBROKK; OLSEN, 2005).

2.2.3 As fundações

As fundações podem ser compreendidas como “um patrimônio (propriedades, créditos ou dinheiro) colocado a serviço de um fim especial” (DINIZ, 2012).

Cabe a menção a respeito das fundações que estas se subdividem em fundações públicas e fundações privadas, a depender de seu instituidor. As fundações, de maneira diversa das associações, concebem-se não como uma união de pessoas, mas sim de capital, que deverá ser aplicado com vistas a uma finalidade lícita, determinada no estatuto.

2.2.4 As organizações religiosas e os partidos políticos

As organizações religiosas e os partidos políticos, ambas pessoas jurídicas disciplinadas pelo regime jurídico de direito privado⁶, distinguem-se das demais

⁶ Com o espírito “de proteção às entidades religiosas que a Lei Federal n. 10.825, de 2003, alterou o art. 44 do Código Civil, a fim de incluir as organizações religiosas e os partidos políticos, como pessoas jurídicas de direito privado e, ao mesmo tempo, acrescentar o parágrafo primeiro, o qual veda ao poder público a negativa do reconhecimento, ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento. A



pessoas supramencionadas em razão de sua finalidade específica. As organizações religiosas, novação no ordenamento jurídico, se destinam à finalidade pastoral, evangelizadora, não podendo ser confundida assim com a finalidade stricto sensu das associações. Assim, compreende-se que, às organizações religiosas, aplica-se o referente às associações no que for cabível.

Os partidos políticos, por fim, se caracterizam em razão de sua finalidade, qual seja, o viés político e, em razão de não terem vistas a qualquer atividade de aspecto cultural, assistencial, moral ou religioso, não pode, ser considerados associações, sociedades ou fundações. São regidos pela Lei n. 9.069/95, que regulamenta os art. 14, §3º, V e 17 da Carta Política.

3. O TERCEIRO SETOR

O Estado brasileiro vem, desde meados da década de 1990, iniciando um processo de desburocratização da máquina estatal com fins de construir uma administração gerencial que tenha como baluarte a eficiência na prestação de serviços.

Nesse diapasão, foi promulgada em 1998 a Emenda Constitucional de nº. 19, que traçou os moldes da chamada Reforma Gerencial⁷. Previa essa modificação legislativa um novo modelo de gestão pública, inspirado nas teorias neoliberais⁸, vindo como resposta à manifesta incapacidade⁹ do Estado de atuar ativamente contribuindo de forma efetiva na vida social do particular, como previra a Constituição Federal vigente. Criou-se, então, a concepção do Estado Mínimo¹⁰.

vedação presente em tal artigo não pode ser considerada como absoluta, cabendo ao Judiciário tutelar interesses a fim de certificar-se, precipuamente, do cumprimento da legislação pátria, vale dizer, há que se averiguar se a organização religiosa atende os requisitos necessários ao registro do ato constitutivo.

⁷ A reforma do Estado é vista frequentemente como um processo de redução do tamanho do Estado, envolvendo a delimitação de sua abrangência institucional e a redefinição de seu papel. (PEREIRA, 1997, p. 62). Nesse sentido, foi adicionado ao rol de princípios da Administração Pública, presente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a eficiência, que funcionaria como primado estatal.

⁸ Desta forma, a desregulamentação e flexibilização das relações trabalhistas e a reestruturação produtiva vão da mão da reforma do Estado, sobretudo na sua desresponsabilização da intervenção na resposta às sequelas da “questão social”. Agora o mercado será a instância por excelência, de regulação e legitimação social. O “igualitarismo” promovido pelo Estado intervencionista deve ser, na ótica neoliberal, combatido. No seu lugar, a desigualdade e a concorrência são concebidas como motores do estímulo e desenvolvimento social. (MONTAÑO, 2002, p. 3).

⁹ No Brasil a percepção da natureza da crise e, em seguida, da necessidade imperiosa de reformar o Estado ocorreu de forma acidentada e contraditória, em meio ao desenrolar da própria crise. Entre 1979 e 1994 o Brasil viveu um período de estagnação da renda per capita e de alta inflação sem precedentes. Em 1994, finalmente, estabilizaram-se os preços através do Plano Real, criando-se as condições para a retomada do crescimento. A causa fundamental dessa crise econômica foi a crise do Estado - uma crise que ainda não está plenamente superada, apesar de todas as reformas já realizadas. Crise que se desencadeou em 1979, com o segundo choque do petróleo. Crise que se caracteriza pela perda de capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Crise que se define como uma crise fiscal, como uma crise do modo de intervenção do Estado, como uma crise da forma burocrática pela qual o Estado é administrado, e, em um primeiro momento, também como uma crise política (PEREIRA, 1996, p. 2-3).

¹⁰ Foi no advento do Estado mínimo e, em decorrência, da reforma gerencial, que a máquina estatal percebeu a necessidade de enxugar seu contingente e atuação no setor privado, passando, assim, a



Foi nesse cenário, de crise e reformulação do capital que se difundiu a ideia do Terceiro Setor como contributo à atividade estatal. O conceito de terceiro setor se encontra notoriamente atrelado à necessidade de coexistir com um primeiro e segundo setores, quais sejam o Estado e o mercado e a sociedade civil, respectivamente. Assim, por terceiro setor pode-se compreender no seio de uma análise neopositiva “aquele que é composto por entidades da sociedade civil de fins públicos e não lucrativos” (PIETRO, 2006 p. 482).

Assim, consubstancia-se o entendimento de que o terceiro setor atua de forma paralela ao Estado, auxiliando a Administração Pública na prestação de serviço eminentemente público e essencial com fins de amparo social, como a proteção aos hipossuficientes, por exemplo. Nesse contexto, tem-se que caber às pessoas que integram o terceiro setor o vocábulo paraestatal, uma vez que caminham paralelamente ao Estado e, por vezes, realizam atividade típica da Administração Pública. Nesse sentido:

Terceiro setor é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente, à realização de objetivos socialmente valiosos e economicamente desinteressados. (MELLO, 2009, p. 224)

Nesse aspecto, faz-se necessário o comentário de que não há, sob qualquer aspecto, entendimento pacífico a respeito da natureza dos entes pertencentes ao terceiro setor. Dito de outra forma, não se pode precisar doutrinariamente a qual regime jurídico estão as paraestatais submetidas. Para Crettela Júnior (1980, p. 140), as paraestatais por serem “autarquias que conversam fortes laços de dependências burocráticas”, obedecem a um regime jurídico público; há todavia o entendimento de que o terceiro setor possui natureza jurídica de direito público, apesar de não se consubstanciar como elemento integrante da administração pública, (PIETRO, 2006).

Divergências a parte, algumas características inerentes ao terceiro setor são constantemente apontadas pelas administrativas, cujo comentário se faz necessário. A esse respeito, tem-se que as paraestatais, como regra, não possuem fins lucrativos, devendo toda sua atividade ser voltada à persecução do interesse público. Tal preceito não significa dizer que é vedado aos entes de colaboração a obtenção de lucro; ora, o lucro pode existir desde que seja voltado para a sociedade como forma de fomento à livre iniciativa privada. Diante do exposto, advém o aspecto de controle estatal sobre a atividade do terceiro setor.

A formação de entes de cooperação se dá quando pessoas jurídicas, *ab initio* de natureza eminentemente privada, passam a atender alguns requisitos previstos

privatizar. As privatizações trouxeram como consequência para o Estado, o dever de regular a relação entre o trinômio Administração-serviços concessionários-administrado.



em lei¹¹, obtendo a titulação de entes de cooperação estatal. A partir daí, recebem incentivos estatais, ao tempo em que se tornam subordinados do *imperium*¹² da Administração Pública, em vários aspectos, a destacar o tributário.

Finalmente, considera-se integrante do terceiro setor as organizações sociais, as organizações da sociedade civil de interesse público e os serviços sociais autônomos, não sendo possível observar qualquer vínculo de hierarquia entre estes e a Administração Pública direta e indireta.¹³

3.1 ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

As organizações sociais (OS) são pessoas jurídicas de direito privado, criadas por particulares para desempenhar serviços públicos não exclusivos do Estado sem finalidade lucrativa.

Observa-se do disposto que as organizações sociais não se consubstanciam como nova categoria de pessoa jurídica, mas apenas como qualificação especial concedida pelo poder público. Logo, o regime jurídico das OS, apesar de predominantemente público, não perde seu caráter privado, uma vez que toda a disciplina das pessoas jurídicas se encontra no Código Civil.

A referida qualificação é obtida quando a entidade privada cumpre diversos requisitos previstos em lei, o que permite a celebração de um contrato de gestão¹⁴, ensejador da parceria público-privada. Todavia, cabe o comentário de que a aprovação da qualificação pelo Ministro de Estado ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da OS é ato discricionário, ficando assim o administrador com certa liberdade para analisar a conveniência e oportunidade do ato.

Por fim, tem-se que as organizações sociais não são delegatárias de serviço público, ou seja, realizam atividades privadas e públicas, desde que não exclusivas do Estado, em nome próprio, com incentivo fiscal do poder público. Nesse

¹¹ Nesse sentido, destacam-se, dentre outras, a lei nº 9.637/1998, que dispõe acerca das organizações sociais e a lei nº 9.790/99, sobre as organizações da sociedade civil de interesse público.

¹² Entende-se poder de *imperium* como o poder dominante e típico dos Estados soberanos, exercido de maneira imperativa, não existindo outra forma de poder que concorra com este. É o poder originário que legitima a elaboração e aplicação de leis, diante de um determinado povo, nos limites de um determinado território.

¹³ Nesse sentido, tem-se que as sociedades de economia mista e as empresas públicas, entes integrantes da administração pública, apesar de possuírem natureza jurídica de direito privado, não podem ser considerados como paraestatais. Ora, tal classificação se mostra inviável uma vez que estes são entes do primeiro setor (Estado).

¹⁴ Para os contratos travados com as “organizações sociais” há, sim, um conceito legalmente formulado. É o que foi expresso no art. 5º da Lei 9.367, de 15.5.98. Ali, se estabelece que, para os fins dessa mesma lei, contrato de gestão é “o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade qualificada como organização social, com vistas à formação de parceria entre as partes para o fomento e execução de atividades relativas às áreas relacionadas no art. 1º” Tais atividades são: ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, cultura, saúde e proteção e preservação do meio ambiente. (MELLO, 2009 p.225)



sentido, as OS foram idealizadas para absorver atividades da administração pública realizadas por entidades que viriam a ser extintas.

3.2 AS OSCIPs

As organizações da sociedade civil de interesse civil (OSCIPs), regulamentadas pela Lei 9.790/90 e pelo Decreto 3.100/1999, são pessoas jurídicas de direito privado¹⁵, que não integram a Administração Pública direta ou indireta e que, da mesma forma que as OS, exploram atividades de interesse social sem fins lucrativos. Tem-se que os regimes jurídicos estatuidores das OSCIPs e das OS são muito semelhantes, fazendo-se, assim, mister a análise das suas diferenças. Nesse aspecto, aduz Di Pietro (2006, p. 487): "...as organizações da sociedade civil de caráter público, se comparada com a organização social, está mais bem estruturada e impõe requisitos mais rígidos para a obtenção da qualificação."

As OS foram idealizadas com a finalidade de substituir órgãos e entidades da administração públicas, o que não ocorreu com as OSCIPs. Outra distinção é pelo fato da qualificação que confere natureza de OSCIP a determinada pessoa jurídica se dá por meio de termo de parceria, que se configura como ato vinculado, ao passo que as OS são caracterizadas pela discricionariedade do poder público em celebrar com o particular o contrato de adesão.

Por fim, destaca-se que tanto as OSCIPs como as OS não são delegatárias de serviço público, atuando em nome próprio em um regime de parceria para com o Estado.

3.3 OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Por fim, cabe destrinchar o conceito dos serviços sociais autônomos, do qual fazem parte o SESI, SESC, SENAI, SENAC, entre outros, o que faz com que estes entes de cooperação sejam conhecidos por "sistema S".

Acerca dessa espécie de paraestatais, caracteriza Medauar (2011, p. 104): "pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, destinadas a propiciar assistência social, médica ou ensino à população ou a certos grupos profissionais." Tem seus recursos oriundos do Estado, repassados pela Previdência Social, apesar de não integrarem a Administração Pública.

¹⁵ Algumas pessoas jurídicas foram impedidas pela Lei 9.790/1190 de se classificarem como OSCIPs. São elas: I - as sociedades comerciais; II - os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional; III - as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais IV - as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações; V - as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios; VI - as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; VII - as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; VIII - as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras ;IX - as organizações sociais; X - as cooperativas; XI - as fundações públicas; XII - as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; XIII - as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.



4. OS PROCESSOS DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO INCLUSÃO E RELEITURA E O TERCEIRO SETOR

Os processos de constitucionalização inclusão e releitura são uma decorrência inexorável da constitucionalização do direito, que, na Europa, ocorreu após a queda do regime nazista e no Brasil, mais tardiamente, teve gênese com a promulgação da CRFB/1988 (SARMENTO, 2004).

A constitucionalização-inclusão refere-se à inclusão, na pauta constitucional, de temas que antes eram relegados à legislação infraconstitucional ou que ainda não possuíam nenhuma disciplina.

Já a constitucionalização-releitura refere-se à conformação das normas do ordenamento à constituição, tendo em vista sua suprarreferencialidade, decorrente de sua supremacia, rigidez e força normativa.

O Direito, como produto científico¹⁶, é uno; um todo formado por normas e princípios que tem como objeto de estudo as relações em sociedade com vistas a solucionar os conflitos existentes. Outrossim, para fins de compreensão, é dividido em público e privado. Tal divisão pode ser observada desde a fundamentação do Direito romano, conforme preleciona Sampaio (2010):

Ora, como vimos, a tradição é rica na formação de tais *topoi* ou lugares comuns. A própria frase de Ulpiano é um ponto de partida de várias possibilidades: de um lado, a *civitas romana*; de outro, os particulares como *sujeitos* distintos; de um lado, o *interesse*, a *utilidade* dos particulares; de outro, o da *civitas*; de um lado, a *precedência*, até no estado da coisa romana; de outro; o caráter menor da utilidade dos particulares.

O critério utilizado para legitimar tal divisão da ciência do Direito é em relação ao interesse. Nesse sentido, o direito público é aquele que regula as relações

¹⁶ A experiência jurídica, como objeto de estudo da ciência e da filosofia do direito, não se reduz à norma jurídica, ao comportamento jurídica, aos atos jurídicos ou aos valores jurídicos, apesar de englobá-los. Reduzi-la à base do saber jurídico significa assumir posição antinormativista, sem negar o normativismo; antiestatal, sem negar a importância do direito do Estado; antijusnaturalista, sem negar que o Homem é valor fundamental, anti-intelectualista e anti-racionalista, não obstante admitir o papel da razão no processo de conhecimento; antiempirista, por não abraçar qualquer forma de empirismo ou positivismo, ainda que reconheça o valor da experiência global no conhecimento jurídico; antiidealista, apesar de não negar a ¹⁶ A experiência jurídica, como objeto de estudo da ciência e da filosofia do direito, não se reduz à norma jurídica, ao comportamento jurídica, aos atos jurídicos ou aos valores jurídicos, apesar de englobá-los. Reduzi-la à base do saber jurídico significa assumir posição antinormativista, sem negar o normativismo; antiestatal, sem negar a importância do direito do Estado; antijusnaturalista, sem negar que o Homem é valor fundamental, anti-intelectualista e anti-racionalista, não obstante admitir o papel da razão no processo de conhecimento; antiempirista, por não abraçar qualquer forma de empirismo ou positivismo, ainda que reconheça o valor da experiência global no conhecimento jurídico; antiidealista, apesar de não negar a importância da ideia, da mente e do espírito na criação do direito; anti-sociológica, não obstante ter nascido na Sociologia; anti-realista, por entender que o direito não é um dado da realidade física, mas da realidade construída pela mente humana e, como tal, elaboração humana, de certa forma, objeto cultural, como são as obras de arte e as literárias. (GUSMÃO, 2010, p. 5)



jurídicas em que há a predominância do interesse público, ao passo que aquelas relações em que há supremacia do interesse dos particulares, falar-se-á em direito privado. Ferrara (1921, p. 215) conceituou o direito público como aquele em que o Estado atua com o uso do poder do *jus imperii*, colocando-se em uma posição acima da do particular, e, portando, possuindo prerrogativas exclusivas com o fim de garantir o interesse coletivo. Já no Direito privado, aponta ser este o ramo do Direito em que Estado e particular se encontram em uma situação de paridade, não havendo de se falar em supremacia.

Tal classificação se faz necessária visto que há uma verdadeira dicotomia existente entre o direito público e o privado. Vale dizer, muitos institutos, ainda que presentes em ambos os ramos do direito, adotam, em cada vertente contornos significativos que devem ser analisados. Cumpre, então, destacar as principais contestações entre o direito público e o privado.

Nesse diapasão, Gusmão (2010, p. 146) considera o direito público como irrenunciável, ou seja, a Administração, na gestão da *res publicae* possui um dever de agir, o qual não é observado no direito privado, uma vez que, neste ramo, os interesses são disponíveis. O poder público, na consecução de determinado ato, independe da vontade das partes, malgrado é essa vontade o agente legitimador dos atos de direito privado.

Consubstancia-se o entendimento de que a bipartição entre direito público e privado se encontra mais nítida, fácil de ser observada nos tempos de estabilidade social e econômica a que, segundo Gusmão (2010, p. 147): “não ocorre em época de crise, em que o poder público interfere em áreas tradicionalmente da alçada do direito privado. Nesses períodos, há interpenetração do direito público e do direito privado”.

O séc. XIX se caracterizou pela positivação do direito, com a eventual publicação do Código de Napoleão. Observa-se, então, um cenário que tinha como baluarte os princípios de direito privado, como a liberdade de contratar, por exemplo. Nesse diapasão, intentava-se esgotar o direito positivando todas as condutas sociais com vistas a garantir O séc. XIX se caracterizou pela positivação do direito, com a eventual publicação do Código de Napoleão. Observa-se, então, um cenário que tinha como baluarte os princípios de direito privado, como a liberdade de contratar, por exemplo. Nesse diapasão, intentava-se esgotar o direito positivando todas as condutas sociais com vistas a garantir a segurança jurídica. O Código de Napoleão, de cunho privado cumpria o papel de tutelar os interesses privados, sem qualquer interesse no disposto no código de direito público, destinado a legislar na esfera de interesse coletivo. Nesse sentido, observa-se que a completa distinção e separação das esferas públicas e privados perduram por um longo.

4.2 O TERCEIRO SETOR FRENTE À PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO



O direito privado, a destacar o civil e o comercial, se caracteriza pela incidência do princípio da autonomia privada, ou autonomia das vontades. Referido princípio é tido como o elemento necessário no aperfeiçoamento de todos os atos emanados pelo particular. Cabe, nesse aspecto, o entendimento de que o princípio da autonomia volitiva é baluarte na consolidação de diversos institutos do direito privado, como a realização de negócios jurídicos, como o contrato, por exemplo e, também de atos unilaterais, como a criação de uma pessoa jurídica.

Contudo, a ideia clássica de que no direito privado vige o princípio da autonomia privada vem sofrendo uma considerável relativização, resultado de uma releitura do direito privado sob o prisma de princípios e regras do direito público. Dito de outra forma, “a clássica bipartição romana do direito em público e privado não corresponde mais à realidade jurídica e não atende mais às complexidades das relações da sociedade moderna” (FARIAS, 2006).

O que se observa hoje é a superação da dicotomia romana e aceitação, por parte da doutrina, de um direito misto¹⁷, que agregue princípios de direito público e privado.

Acerca desse dito direito misto, consequência da publicitação do direito público, aduz Pessoa (2005, p. 9):

As entidades de Direito Público podem atuar como particulares e como tal devem ser tratadas, ficando sujeitas às leis de direito privado. Isso também ocorre no direito privado, onde o Estado pode impor sua vontade, reduzindo a autonomia do particular, formando os preceitos de ordem pública, com força obrigatória inderrogável pela vontade das partes, apesar de tratar-se de relações privadas.

Como consequência do exposto, pode-se citar a criação de normas cogentes¹⁸, ou seja, de ordem pública, no direito privado, em detrimento das normas dispositivas¹⁹, que até então predominavam nesse ramo do direito.

Cumprindo então dissecar como o fenômeno de publicização afeta as entidades componentes do terceiro setor, entendendo serem estas pessoas jurídicas reguladas *ad initio* pelo direito privado.

¹⁷ A bipartição romana do direito em público e privado não corresponde mais à realidade e à complexibilidade da sociedade moderna. No mundo atual, entre esses dois grandes e tradicionais campos do direito se encontra o direito misto, seja por tutelar tanto o interesse público ou social como o interesse privado, como por exemplo, é o caso do direito de família (§ 128), do direito do trabalho (§ 123), do direito profissional (§ 127), do direito sindical (§ 124), do direito econômico (§ 122), do direito agrário (§ 125) etc., seja por ser constituído de normas de direito público e de direito privado, como é o caso do direito marítimo (§ 119), do direito aeronáutico (§ 120) e do direito falimentar (§ 130), seja, finalmente, por ser constituído de direito internacional e de direito público interno (direito nacional), como é o direito nuclear (§ 131). Tem, pois, o direito misto, pontos de contato com o direito público e com o direito privado (GUSMÃO, 2010 p. 148)

¹⁸ Normas cogentes são aquelas que, de ordem pública, se opõem às normas dispositivas ou facultativas. Sua aplicação independe do consentimento do particular.

¹⁹ Normas dispositivas são aquelas dispõem sobre determinado assunto, contudo, sem coagir a vontade das pessoas.



As paraestatais, antes de cooperação qualificadas em razão de parceira pública, são, antes de mais nada, pessoas jurídicas das mais variadas formas admitidas no direito, tais como associações, sociedades e fundações, por exemplo. Compreende-se, então, que sua criação, com o registro no órgão competente (art. 45 CC), obrigações dos administradores e sócios (art. 47 CC), desconsideração (art. 50 CC) e extinção (art. 51 CC) são reguladas pelo direito privado.

Todavia, com a transferência da prestação de serviços públicos de caráter não exclusivo do Estado para entidades particulares por meio de celebração de contrato de gestão e termo de parceria, assegura-se a natureza pública da entidade de direito privado. As paraestatais executam o serviço público em nome próprio, mas sob um regime jurídico misto; obedecem ao mesmo tempo, normas de direito privado, a destacar o Código Civil e normas e princípios de direito público, como aquele que prevê a responsabilidade objetiva na ocorrência de conduta danosa.

Segundo Mello, (2009, p. 224) o terceiro setor se caracteriza por possuir natureza “*tertium genus* intermediário entre as pessoas públicas e privadas; por outras palavras, seria uma pessoa semi-pública e semi privada”.

Tal qual ocorreu com o direito obrigacional e o real, a regulamentação acerca da pessoa jurídica foi submetida à forte intervenção estatal no âmbito legislativo. Essa redução na autonomia privada, já comentada, não encerra a natureza jurídica do direito discutido; este continua privado, uma vez que rege relações entre titulares formalmente iguais, todavia encontra-se submetido à supremacia do interesse público, princípio corolário do *jus publicum*.

4.3. O TERCEIRO SETOR FRENTE À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ORDINÁRIO

A par do movimento de publicização, outro fenômeno também vem afetando o dogmatismo jurídico, e com isso cambiando as ideias clássicas acerca da divisão enciclopédica do direito. Fala-se acerca da constitucionalização, por meio do qual o *publicum* e o *privatorum* superam os contornos que os opuseram e passam a se sobrepor um ao outro sob os ditames da legislação constitucional.

Fala-se, assim, da constitucionalização do direito privado, com destaque no âmbito civil, em decorrência da supremacia do direito constitucional sobre todos os ramos do direito, como consequência da hierarquia verticalizada do ordenamento jurídico, sob a qual a norma constitucional é parâmetro e fundamento para todas as outras espécies normativas²⁰.

²⁰ Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (DA SILVA, 2011, p. 46)



A constitucionalização é consequência direta do advento do Estado Social, ou *Welfare State*²¹ que sobrepôs a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal²² ao interesse da coletividade. Oliveira, (2010, p. 113) entende que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade pura e simplesmente, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, a aproximação do Estado e o cidadão.

Barroso (2006, p. 20) preleciona que, em decorrência do fenômeno de constitucionalização do direito, todos os principais ramos de direito infraconstitucional tiveram, em maior ou menor quantidade, previsão constitucional. Dispõe que “A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário...” e mais além.

Fica clara, então a distinção entre a constitucionalização e a publicização, uma vez que esta fala de aspectos públicos trazidos ao direito privado por meio da intervenção estatal ao passo que aquela expressa o fenômeno pelo qual diferentes ramos do direito recebem status constitucional em razão da força normativa da lei suprema.

Com isso, pode-se falar no surgimento do direito civil constitucional e direito administrativo constitucional, expoentes da evolução zetética supramencionada e necessárias à compreensão do regime jurídico interposto às pessoas jurídicas, com destaque àquelas pertencentes ao terceiro setor.

A constitucionalização de diversas normas e princípios do âmbito civil, veio no sentido de reforçar a proteção jurídica regalada a esses institutos de direito ordinário. Assim, toda a legislação civil deve ser analisada sob o prisma do direito constitucional, fazendo-se mister, a interpretação conforme, adequando o maquinário legislativo civil à normas e princípios constitucional. Assim, ao falar-se em pessoa jurídica, deve-se questionar a dignidade dessa pessoa humana que, apesar de ficta, possui valor no ordenamento jurídico.

²¹ O estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se que o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais. (BONAVIDES, 2004, p. 184)

²² O chamado Estado liberal, exatamente por ser um regime popular, em que a vontade do povo ditava a lei, absorveu o indivíduo e o povo. Porque o indivíduo e o povo, diante dos novos problemas e das novas necessidades que iam surgindo, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, mesmo de compreender uns e outras, imploravam e exigiam do Estado a solução e o remédio para todas as suas dificuldades e males. Assim, o Estado se hipertrofiou exatamente para atender aos reclamos dos que mais tenazmente pretendiam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público; para cada problema, uma lei ou código; cada invocação e cada progresso da técnica determinam uma regulamentação. (AZAMBUJA, 2011, p. 171)



Nesse sentido, a autonomia da vontade não se encontra limitada apenas pelo princípio da supremacia do interesse público, consequência da publicização do direito privado, mas também pela necessidade constitucional de se dar função social à propriedade

Acerca do exposto, Stolze (2013, p. 54) compreende que “não se pode, pois, entender o Direito Civil – em suas vigas fundamentais: o contrato, a propriedade e a família – sem o necessário suporte lógico do Direito Constitucional.

O terceiro setor como pessoa jurídica de direito privado, ao ser regido em detrimento de suas funções, também pelo direito público, passa a submeter-se a este; malgrado o exposto, é alvo também de análise conforme os ditames preconizados pela Lex Superior em detrimento da constitucionalização que, ao abraçar várias normas do Código Civil, vislumbra a garantia dos princípios fundamentais, que sobressalta as necessidades do direito privado, tudo em detrimento do interesse coletivo.

Fala-se, então, da incisão do princípio da boa-fé objetiva, do tratamento igualitário e da legalidade, entre outros, que passam a atingir de sobremaneira o direito privado, atuando como baluarte de todos os atos praticados pelas pessoas jurídicas elencadas.

A esse respeito, prelecionam Chaves e Rosvenvald (2013), enxergando o caráter social da Constituição vigente:

A Lex Fundamentallis de 1988 realizou uma interpretação do direito público e privado, redefinindo os seus espaços, até então estanque e isolados. Tanto o direito público, quanto o privado, devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem estar da pessoa humana.

O terceiro setor, fruto da constitucionalização do direito civil e administrativo, deve ter como norte, também o princípio da solidariedade social, enraizado no art. 3º da Carta Política²³.

O direito administrativo constitucional é consequência do tratamento regalado pela Constituição Federal à matéria originalmente ordinária. Como exemplo, infere-se o art. 37 da Constituição que delineia os traços da administração pública, falando de obrigações, prerrogativas e, principalmente, de princípios administrativos constitucionais.

Por fim, tem-se que, face à constitucionalização, as relações em particulares, a destacar aquelas que tem como parte pessoas jurídicas, recebeu novo motor impulsionador. A propriedade e o interesse privado receberam novas cargas valorativas, no que pode se chamar de fenômeno de despatrimonialização; as condutas

²³ Art. 3º CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.



passaram a ser controladas pela índole pública com vistas a equilibrar as relações sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A bipartição histórica advinda do direito romano e que se perpetuou até muito recentemente, cuja qual o direito é dividido em público e privado se mostrou obsoleta frente aos reflexos da complexibilidade das relações sociais.

Assim, 25 anos após a promulgação da Carta Política, não se pode mais falar em uma separação absoluta desses ramos do direito. Volta-se ao conceito do direito como ciência una, indivisível e tal entendimento é exposto pelos fenômenos da publicização e constitucionalização do direito privado.

Constata-se, na publicização, a superposição das esferas públicas e privadas, que se dá pela intervenção legislativa, cada vez maior do Estado nos institutos do *jus privactorum*, relativizando alguns princípios que, na esfera privada, eram tidos como absolutos, tais como a autonomia das vontades que modificou o semblante dos institutos da propriedade, da celebração de contratos e, especialmente, da regulamentação acerca das pessoas jurídicas.

Nesse diapasão, merece destaque o trato dado às paraestatais que consubstanciam o terceiro setor, uma vez que, não integrantes do poder público, possuem natureza de direito privado, malgrado ao se qualificarem como entes de cooperação estatal passam a ser regulados, também, pelo *jus publicum*.

Depreende-se que essa peculiaridade acerca do regime jurídico disposto às entidades do terceiro setor lhes concede natureza *tertium genus*, passando a ser consideradas como pessoas semi-públicas e semi-privadas. No caso concreto das paraestatais, não se fala em regime jurídico público ou privado, mas sim em regime jurídico predominantemente público ou privado, a depender da natureza, não do agente, mas do ato a ser realizado.

Apartado da publicização, cumpre mencionar ainda o fenômeno da constitucionalização do direito ordinário. Nesse diapasão, se observa ramos do direito ordinário, a citar o civil e o administrativo, por serem foco da discussão, elevados a nível constitucional uma vez que traz a Constituição Federal vigente disposições acerca do tema.

Assim, constitucionalização significa dizer que o direito ordinário, em detrimento à soberania da Carta Política, deve observar seus institutos à luz do exposto no direito constitucional. Tem-se, assim, que às paraestatais devem ser concebidas todas as regras e princípio de nível constitucional cabíveis. Dito de outra forma, sua atividade deve-se encontrar pautada nos ditames constitucionais, a destacar a dignidade da pessoa humana e a boa-fé objetiva, baluartes da ordenação jurídica pátria.



A constitucionalização vem como baluarte das teorias de neoconstitucionalismo com vistas a assegurar um ideal de unicidade dogmática, e por que não, zetética, no interior do ordenamento jurídico. Assim, tem-se que os institutos de direito infraconstitucional devem ser iluminados pelas regras e princípios do direito constitucional. É necessário a realização, assim, de uma interpretação conforme, do direito ordinário para com o disposto na Constituição.

O direito constitucional e o ordinário possuem características distintas, mas, em razão do primeiro ter como objetivo a estruturação do Estado e do próprio Direito, este deve submeter seus institutos às regras e princípios daquele. Publicização fala de normas públicas, constitucionalização vai além e diz da intervenção de ordem constitucional no ordenamento jurídico.

Malgrado o disposto, faz-se mister o comentário de que o direito privado ordinário, mesmo sob o prisma da publicização e constitucionalização não perde todo o seu caráter predominantemente *privactorium*, uma vez que os destinatários imediatos de suas relações ainda são os particulares, devendo a interferência estatal ser balizada pela necessidade de consonância com a norma constitucional e pelo princípio da subsidiariedade e da razoabilidade.

Ademais, reconhece-se que o terceiro setor fornece valiosos e substanciosos contributos na efetivação de direitos fundamentais, especialmente os sociais, tendo em vista funcionar como “suporte” para o Poder Público realizar determinadas políticas que não podem, em muita das vezes, ser executadas diretamente pelos entes federados.

Por fim, considera-se a natureza *sui generis* da pessoa jurídica privada no momento em que esta, em razão de celebração de contrato de gestão ou termo de parceria, passa a executar serviço essencialmente público. Nesse sentido, o terceiro setor, na aderência ao direito civil constitucional e direito administrativo constitucional, apesar de se consubstanciar como entidade de direito privado, atua na esfera típica do Estado, sendo regido tanto pelo jus publicum como pelo *jus privactorium*, sendo todos seus atos interpretados sob a égide do prisma constitucional.



REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Editora Globo, 2011, p. 171

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Themis : **Revista da ESMEC**, Fortaleza, v. 4 , n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.tjce.jus.br/esmec/pdf/THEMIS_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 27 jul 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.171 e 184.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002..** Institui o Código Civil.

COELHO, Fábio Ulhoa Coelho. *Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa*. 24ª ed. Editora Saraiva, São Paulo: 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília. Ano 25, n.º 97/5.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um direito civil constitucional*. Em: *Revista de Direito Civil*. Vol. 65, p.21-32, 1993.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*, RJ: Forense, 2001, verbete *Direito Público*.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB: Revista, ampliada e atualizada*. 11ª ed. Editora JusPodivm. Salvador: 2013.

FERRARA, Francesco. *Tratatto di diritto civile italiano*. Roma: Athenaeum, 1921. V.1.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 6ª ed. Editora Atlas, São Paulo: 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito* 43ª ed. Forense, Rio de Janeiro: 2010.

HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o Direito*. Rio de Janeiro: Editora forense, 2002 .

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 15º ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011



MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. Malheiros Editores, São Paulo: 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 26º ed. Malheiros Editores: São Paulo. 2009

MONTAÑO, Carlos. *Das "lógicas do Estado" às "lógicas da sociedade civil": Estado e "terceiro setor" em questão*. Serviço Social e Sociedades n° 59. São Paulo, 1999, Cortez Editora.

_____. *O Terceiro setor e a questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social*. 6º ed. Cortez Editora. São Paulo, 2010.

_____. *"Terceiro Setor" e "Questão Social" na Reestruturação do Capital. O Canto da Sereia*. Tese de doutorado. Rio de Janeiro, PPG-ESS, UFRJ, 2001.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. II Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública Isla Margarita, Venezuela, 14 - 18 de octubre 1997.

PESSOA, Maiana Alves. *O direito civil constitucional*. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/direito-civil-constitucional-maiana-alves.pdf> . Acesso em: 26 jul 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 26º ed. Editora Atlas: São Paulo. 2013.

RAÓ, Vicente. *O Direito e a vida dos direitos*, v. 1 t. II, Max Limonad, 1960.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil, parte geral*. Saraiva. São Paulo, 2003

SANTOS, Wanderley Guilherme dos *Fronteiras do Estado mínimo: indicações sobre o híbrido institucional brasileiro*, in Velloso, J. P. dos Reis (coord.), *O Brasil e as Reformas Políticas*, Rio de Janeiro, José Olympio. 1992.

SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, Austréa Magalhães Candido da. *Da "Lex Iulia de collegiis" e seus efeitos sobre a responsabilidade patrimonial das corporações romanas*. Disponível em: <http://www.bv.fapesp.br/pt/bolsas/135343/da-lex-iulia-de-collegiis-e-seus-efeitos-sobre-a-responsabilidade-patrimonial-das-corporacoes-romana/> Acesso em: 29 jul 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. Malheiros Editores, São Paulo: 2011.



STOLZE, Pablo. *Novo Curso de Direito Civil: parte geral*. 15ª ed. Saraiva, São Paulo: 2013.

USTARRÓZ, Elisa. *A constitucionalização do direito privado e o princípio da subsidiariedade*. Disponível em:

http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1714#_ftn19. Acesso em: 25 jul 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 7º ed. Editora Atlas: São Paulo. 2007.

