



O ESTADO E O PÚBLICO. ENCONTROS E DESENCONTROS

STATE AND PUBLIC. WHAT MATCHES AND WHAT DOESN'T MATCH

Celso Luiz Braga de Castro¹

RESUMO

O presente artigo pretende estabelecer distinções possíveis entre os significados das expressões “público”, “estatal” e “privado”, procurando demonstrar que o que é público não se confunde com o que é estatal, na medida em que o primeiro conceito é finalístico e o último é orgânico.

Palavras-Chave: Público. Estatal. Privado.

ABSTRACT

The current article pretends to establish possible distinctions between the meaning of the expressions “public”, “state-owned” and “private”, trying to demonstrate that what is *public* will not necessarily be *state-owned*, on the way that the first concept is finalistic and the second one is organic.

Keywords: Public. State-Owned. Private.

¹ Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Professor Associado da Universidade Federal da Bahia. E-mail: celso@celsocastro.adv.br.



1 INTRODUÇÃO

O Estado não mantém o monopólio das ações públicas, do mesmo modo que o conceito de público não se encontra radicado necessariamente no Estado.

O conceito de *privado*, por sua vez, não se encontra fincado exclusivamente entre particulares. Os questionamentos presentes neste artigo partem, fundamentalmente, destas premissas.

Nesse sentido, anima-nos a incursão da afirmativa de Miguel S. Marienhoff², segundo a qual o direito administrativo ainda se encontra em plena construção, podendo ser considerado um direito em formação.

No particular consideremos que o signo de público não está conveniente apartado da significação de estatal, tanto quanto a expressão “privado” não tem o seu desenho definido.

Questiona-se, assim, a viabilidade de uma dicotomia entre público e privado como conceitos essenciais ao âmbito de determinadas relações. Em outras palavras, vale indagar se existe algo essencialmente público e, ainda, se há outro algo essencialmente privado.

Essa questão remonta a antiguidade clássica, embora até aqui não solvida. Por tal razão é que a compreensão da ambiguidade entre esses dois polos exige, inicialmente, uma análise da utilização destes institutos ao longo da história recente da formação do Estado.

2 O “PÚBLICO” E O “PRIVADO”: ANÁLISE HISTÓRICA DOS INSTITUTOS

Consultado pelos persas se compareceria a uma reunião como personalidade pública ou privada, o representante de Esparta teria respondido “pública se tivermos êxito, caso contrário, como pessoa privada”³.

Em Athenas costumava-se distinguir o homem enquanto participando do *oikos* e, portanto dotado de personalidade privada, e, depois integrante da *polis*, aí como personalidade pública.

Em Roma, por sua vez, mesmo as relações da *autoritas* eram vistas sob um modelo privado.

² MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995. v. 1.

³ PASQUALINI, Alexandre. **O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 16.



Não obstante, Ulpiano estabeleceu distinções entre o público, enquanto algo que interessasse ao Estado, e o privado, concernente aos usos pessoais.

Nesse sentido, nota-se que a própria ideia de Fisco (*Fiscus* – arca, baú), inicialmente, foi construída em torno do Direito Privado. Mais tarde, essa classificação serviria de mote, na Alemanha, para garantir a responsabilidade do Estado que, não podendo ser imputada ao príncipe, enquanto ente público, era atribuída ao Fisco como expressão patrimonial de arrecadação.

Já na Idade Média, a relação pública de subordinação passava por um vínculo de contratualidade privada, tendo como base o contrato de vassalagem. É clássica a afirmação de que o domínio gerava o Império, ou seja, de que a propriedade privada era a fonte do poder.

No momento em que a propriedade feudal cedeu espaço à burguesia, favorecendo, assim, a implantação do absolutismo, a vontade privada do Rei passou a não conhecer limites. Daí porque continuamos sem uma definição mais adequada entre público e privado.

Já o liberalismo, contrapondo-se ao absolutismo, trabalha fortemente as relações privadas, apregoando um abstencionismo estatal e um acentuado culto à individualidade e ao mercado.

O papel das instituições estatais limitava-se simplesmente a garantir a projeção máxima dos indivíduos, de tal sorte que o privado assumiu nítida superioridade sobre o público. Aqui, o Estado assumiria o papel de vassalo do setor privado.

A reação ao Estado Liberal projetaria a chamada Questão Social, polarizando o mundo e colocando, de um lado, o bloco socialista e, de outro, o *welfarestate*. Esses dois modelos disputaram o monopólio da realização pública em uma reação histórica, traduzida em uma incisiva resposta aos que acusavam o Estado da privatização.

Os problemas ocorridos no bloco socialista, ao lado de fortes reações contra o novo custo do Estado do Bem Estar Social, terminaram por dar força ao chamado movimento neoliberal.

A chamada crise do Estado Social foi provocada também pela verificação de que os limites de receitas públicas são insuficientes para atender as demandas crescentes e as chamadas políticas sociais.

Em uma leitura de Canotilho Paulo Luiz Netto Lôbo, ao proclamar que o Estado Social é vítima do seu próprio sucesso, ressalta a forte crítica que se faz às chamadas



Constituições “socialmente amigas”, consideradas “flagelo do bem, fim da igualdade e bancarrota do Estado”⁴.

No modelo neoliberal tem-se a volta do Estado, que, embora ostente uma posição de aparente supremacia, é visto pelo mercado como um ente que deve receber suas ordens.

Nessa contextualização, deflagra-se um *tertius genus*, que se interpõe entre o Estado e o Mercado em busca da realização dos valores da sociedade. Esse terceiro gênero costuma se identificar como quem não é nem Príncipe nem Mercado, mas cidadão.

Ocorre que o modelo histórico do liberalismo havia implantado a doutrina do confinamento do público no âmbito do Estado exatamente para deixar um espaço livre para o Mercado.

Assim, atrelar o público ao estatal passou a ser uma forma de deixar o público engaiolado em uma instituição orgânica para que, livre dele, o privado circule.

Disfarçadamente ou não, o liberalismo entregou ao Estado às chaves do público, para que se evitasse uma intromissão desse público no privado. Daí é que se assentou o público como prisioneiro do Estado.

Essa concepção, entretanto, não pode vingar ainda hoje, presa a uma conveniência histórico ideológica que não resiste a uma reflexão mais contemporânea e mais consentânea com o resgate da significação pública.

Habermas nos mostra claramente o momento em que o Estado passa a se assenhorear do público para transformar-se no que ele próprio denomina um “Estado de Impostos” onde a Administração Financeira é o cerne da sua existência⁵.

Depois disso, o mesmo jurisfilósofo, apoiado em Hanna Arendt, evidencia o périplo que a economia privada confinada ao ambiente familiar tem que percorrer para alcançar uma interação societária, convertendo-se em economia política.

No momento em que o estritamente privado é recebido na esfera pública, passa-se a resgatar o significado de público atrelado a ideia de social. O espaço público, nesse sentido, não é ocupado somente pelo Estado⁶.

A satisfação das necessidades dos indivíduos, que tomam sempre uma dimensão coletiva, não se resolve necessária e exclusivamente pelo caminho do Estado.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2243/direito-do-estado-federado-ante-a-globalizacao-economica>>. Acesso em: 27 jun. 2014.

⁵ HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 31.

⁶ Ibidem, p. 33.



Em artigo que abre o mais rico debate por nós conhecido na literatura nacional sobre o tema, Marçal Justen Filho, assevera que “apesar de o ser humano isolado continuar incapacitado de enfrentar todas as necessidades privadas, isso não significa que a única via de satisfação dessa necessidade seja a estatal.”⁷

O referido Paulo Lobo refere-se a uma espécie de dualidade entre o interesse público estatal e o interesse público social, na medida em que atesta uma convivência menos traumática entre o Estado e a chamada sociedade civil organizada. A partir desse momento, a distinção entre público e privado necessita ser revista.

O interesse público, como acentua o articulista, pode não estar no poder político organizado, mas estará habitando o espaço tido como nobre pela sociedade.

A concepção desse interesse público social distinto do estatal, sobre o que discutiremos adiante, revela-se mais visível quando o Estado, submisso aos interesses de uma economia globalizada, cede aos seus próprios interesses, passando a realizar fins privados, enquanto que o fim público efetivamente se contrapõe à conduta perseguida pelo Estado.

O Autor aflora, por exemplo, a questão da transgressão ambiental que pode ser perpetrada, obviamente de modo contrário ao interesse público social, pelo próprio Estado.

Em obra coletiva que coordenamos juntamente com Kaline Davi, intitulada “Gasto Público e Jurimetria”⁸, abordamos algumas hipóteses em que os interesses da organização estatal, põem-se em conflito com a dimensão pública em sua verdadeira expressão.

Feitas essas observações, vamos tentar sustentar que o conceito de público não tem rigorosa pertinência lógica com o conceito de Estado.

3 O SENTIDO DE “PÚBLICO”, “ESTATAL” E “PRIVADO” NA PÓS MODERNIDADE

Efetivamente, para nós, a ideia de público radica à transcendência, isto é, uma postura que vai além do próprio indivíduo.

⁷JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo**. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/artigos/conceito-de-interesse-publico-e-a-personalizacao-do-direito-administrativo>>. Acesso em: 01dez. 2015. p. 11.

⁸CASTRO, Celso Luiz Braga de; DAVI, Kaline Ferreira. Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos. In: _____ (Coords.). **Gasto público e jurimetria**. Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013.



Essa relação transcendental, mesmo em perspectiva, é seguramente a que configura a natureza pública de uma ação, enquanto que uma consideração de imanência radica-se no conceito de privado.

Eis aí um conceito metafísico e metajurídico que, a nosso ver, pode ajudar melhor na compreensão do distintivo público X privado do que as especulações no plano do Direito.

Relembre-se de logo, que público e privado, sequer são conceitos originalmente jurídicos, mas, antes, agregados ao próprio modo de relacionamento da humanidade.

Veremos agora que o simples resgate etimológico histórico vai nos revelar a ideia de público voltada a origem do *populus*, ou seja, do povo.

Por aí, se tomarmos uma definição clássica de Estado, no sentido de que é o ente político formado de governo, de território e de povo chegaremos à conclusão, de que, no mínimo o público, ou seja, o povo seria apenas um dos elementos da organização estatal.

Em sentido mais amplo, podemos pensar que o que é público é o que interesse ao povo organizado e não às individualidades.

Nesse caso, é razoável imaginar-se que o Estado procure atender aos interesses do público, mas não se confunda com este.

Afinal de contas, atrelar-se a ideia de público ao conceito de estatal resultará em uma redução tautológica pela qual ai dizer-se que o Estado persegue um fim público estaríamos a enunciar que ele persegue um fim estatal, o que absolutamente resultaria em uma petição de princípios.

Com muita frequência hoje se alude à expressão público-nãoestatal para diferenciar-se do público-estatal.

A nosso ver o público deve guardar tanto quanto possível um certo núcleo rígido conceitual, que não o torne variável, quando afetado ao Estado, ou quando buscado pelos indivíduos.

De logo, acentue-se que o conceito de Estado é orgânico, enquanto que o de público é absolutamente funcional.

Propomo-nos inclusive a demonstrar a seguir que público jamais pode ser sinônimo de Estado, porque muitas vezes é antônimo.

Por primeiro, verifiquemos que não há na natureza da vida social algo que possa ser considerado essencialmente público ou essencialmente privado, senão que podemos dar aos atores sociais um tratamento público ou lhes conferir um tratamento privado.



Ser público ou ser privado depende do direcionamento que efetivamente queremos dar, ou, de modo mais preciso do olhar que projetamos sob o fenômeno.

Sejamos mais explícitos.

Se alguém pergunta se a educação tem natureza pública a resposta mais imediata é que sim, pela inequívoca repercussão que o patamar educacional projeta na organização da sociedade.

Com efeito, uma sociedade só se organiza a base de um processo de conhecimento e autoconhecimento dos seus partícipes que saberão com mais clareza discernir os seus objetivos e propósitos.

Esse olhar que diríamos público sobre a educação, absolutamente não repele a configuração do mesmo fenômeno sob um prisma privado, quando, por exemplo, obtenção de um título acadêmico é vista como fonte de melhoria de vencimentos de um servidor.

Sob esse ângulo, o título acadêmico o doutoramento acode a um interesse privado, embora o verniz que normalmente que lhe acentua o valor costume ser sempre público.

A água como bem essencial à vida é inequivocamente um bem público, mas se nela penso como jorrando em uma fonte luminosa para ornamentar uma casa, estou a lhe atribuir um viés privado.

Tomemos o polo oposto, de objetos que mais amiúde têm recebido a consideração privada, mas que podem ser contemplados sob a visualização pública.

Não precisamos ir longe.

Fiquemos com a honra, a privacidade e a intimidade, que são atributos imanentes ao homem no que tem de mais pessoal, de mais particular, mas sobre os quais há que se debruçar sempre um olhar público.

A casa, na antiguidade, era o símbolo do privado, por excelência, o refúgio do homem, sua fortaleza intransponível.

O direito de moradia é como sabemos, contemplado como uma garantia pública atrelada a dignidade humana.

Assim, tanto posso ver a casa como o altar da privacidade, como enxergar a morada como o espelho do público.

Afinal, as favelas, que mais não são que casas mal ajambradas, teriam uma descrição muito pobre se parássemos por aí e, certamente, seria de um reducionismo extremo considerá-las apenas como face de um contexto social que evoca a má distribuição da renda e o subdesenvolvimento.



O que queremos sustentar é que não há algo essencialmente público ou privado. O que existe são visualizações públicas ou visualizações privadas sobre um mesmo fenômeno.

Se é certo que é possível afirmar-se que determinadas ações despertam prioritariamente considerações públicas ou evocam preferencialmente reflexões privadas, isso se deve às nossas condicionantes culturais, e não ao fenômeno em si mesmo.

Essas condicionantes aguçam os nossos sentidos, ora em direção ao público, ora em busca do privado, e é assim que passamos a vê-los.

Com isso, estamos descartando a essencialidade conceitual entre público e privado para demonstrar que todo o aspecto se resolve na prioridade da ênfase.

O Estado nesse sentido pode ser considerado amorfo, na vertente em que ora persegue fins privados, ora almeja objetivos públicos, em função inclusive das nossas concepções sobre um e sobre outro.

Como na historicidade se entregou ao Estado o confinamento do público para apartar-se o Estado do privado, é natural que a ele se entregue prioritariamente o cometimento da realização pública.

E justamente porque se confiou ao Estado à realização dos propósitos públicos é que se permitiu a utilização de instrumentos do ponto de vista social tecnologicamente mais adequados ao alcance das metas.

O “Estado dos Impostos” de que fala Habermas é o Estado que se vale dos impostos para realizar fins públicos, muito embora esses impostos possam, quando mal arquitetados ou mal concebidos, exatamente conspirar contra esses mesmos fins.

Não temos nenhum receio em afirmar que o Estado desgruda-se amiúde da sua perspectiva pública para atingir fins absolutamente opostos.

No modelo brasileiro frequentemente a estrutura estatal opera na contramão do interesse público, quando, por exemplo, não honra as dívidas que contrai, retarda a entrega de benefícios previdenciários, sobrecarregando o judiciário por culpa exclusiva dos governantes.

Sobre o tema seria de se aconselhar a leitura da excelente monografia de Manuel Rebollo Puig com o singular título “El Enriquecimiento Injusto De La Administracion Publica”.

Dissemos alhures que o Estado pode, inclusive, se contrapor ao público e afirmamos que o público, em certas situações, se desenvolve melhor fora do Estado.

Vejam-se, por exemplo, as chamadas terras devolutas que se tornaram privadas quando foram arrecadadas pelo Estado sem uma destinação específica, ao passo que aquelas



que doadas aos particulares foram povoadas, cumprindo um fim público desgarrado da tutela estatal.

Em outras palavras, ao ingressarem no acervo do Estado tornaram-se privadas e quando saíram dele tinham vocação pública.

O compositor baiano Caetano Veloso afirmara em sua música alusiva a esse evento que “a praça Castro Alves é do povo, como o céu é do condor”, ao aludir ao espaço público, destinado a manifestação explosiva do lazer baiano nas festas de Momo.

Pois bem, as forças do mercado criaram os blocos carnavalescos, os camarotes, todos eles pagos e restritos aos que possam pagar altas somas.

O Município interveio para “organizar” os desfiles nas ruas e fez cercar os blocos de cordões dentro os quais só participam os pagantes e limitou a presença nas ruas praticamente aos que comprassem o ingresso para cordões ou camarotes.

A praça então deixou de ser do povo, privatizando-se na comercialização dos ingressos, sob a tutela e proteção do órgão estatal.

E o povo que brincava nas ruas foi expulso delas e agora os blocos disputam até por mandado de segurança a posição em que vão desfilar, porque a depender destas obterão maior visibilidade na mídia e, conseqüentemente, maior resultado econômico.

Foi, portanto, a presença do Estado o grande responsável pela privatização do espaço público.

De outro lado, imaginamos que determinadas organizações jamais poderiam receber vestimenta estatal, sem grave comprometimento das suas funções eminentemente públicas.

Não conseguimos imaginar os movimentos como Anistia e Transparência Internacional, Cruz Vermelha, Médicos Sem Fronteiras e outras organizações que atuam internacionalmente, submissos à bandeira de um Estado.

Inimaginável que se a Cruz Vermelha dependesse de verbas do Estado Norte-Americano fosse amparar um terrorista iraquiano.

Se a anistia estivesse vinculada a um Estado totalitário seria a sua própria negação, mas mesmo vinculada a um Estado liberal, estaria quanto a este atada nos seus movimentos.

São configurações hipotéticas que nos animam a propor esse desatrelamento, que infelizmente radica-se de modo muito forte na modelagem jurídica brasileira.

Façamos essa demonstração.



Leon Duguit⁹ cuidou no seu clássico tratado de direito constitucional de estabelecer contornos para propriedade pública, que de qualquer modo gravitaria em torno do Estado.

Sintetizando tal posição, em resenha do direito administrativo comparado Juarez Freitas¹⁰ nos garante que bens públicos seriam todos aqueles pertencentes às entidades estatais, autárquicas e congêneres.

O mencionado Autor chega a ensaiar uma nova categoria, a dos chamados bens quase públicos, em função de grau de afetação com o Estado.

Vai se ver que essa classificação está muito longe de satisfazer a uma teoria que contemple o significado de público.

Vamos buscar compreender, onde desejamos chegar.

Desde a vigência do Código Civil Brasileiro de 1917, passando pelo atual acostumamo-nos a uma classificação dos bens públicos que leva em conta exclusivamente a titularidade do Estado.

Em princípio, teríamos os bens públicos de uso comum do povo, de uso especial e dominicais, mas todos eles necessariamente de propriedade do Estado.

A própria Constituição Federal do Brasil dá mostra dessa insegurança, quando no seu art. 188, cogita das terras públicas e das devolutas, com se pela concepção tradicional as últimas não integrassem o bloco das primeiras.

O art. 223, dessa mesma Carta, determina que o regime de concessão de serviços de rádio-difusão e de imagens obedeçam ao princípio da complementaridade “dos sistemas privado, público e estatal”.

Está aí mais uma evidência de que o constituinte sentiu a necessidade de apartar o público do estatal, o estatal do privado e o privado do público.

A tudo isso poderia ainda se acrescentar a extravagante norma do art. 173, que ao conceber as empresas públicas, sujeita-as ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Valeria ainda dizer, que o Ministério Público, está impedido de defender entidades de direito público, porque aí o constituinte não se sentiu seguro em definir-lhe a noção do bem jurídico sob sua guarda, preferindo a locução “interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Não seriam esses os interesses públicos?

⁹DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: E. De Boccard, 1630 p. 348-349. v. 3.

¹⁰FREITAS, Juarez. **Estudo de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 72.



De forma babélica o legislador pátrio continua a miscigenar os verbetes público e estatal como se tivessem um sentido unívoco, desconhecendo-se até a natureza funcional de um e a configuração orgânica de outro.

Bem por isso criam-se “organizações da sociedade civil de interesse público”, consórcios públicos, relações de parcerias público privadas, sem qualquer preocupação contra essa insuficiência teórica evidentemente cristalizada.

4 CONCLUSÕES

O presente artigo, com as adaptações necessárias, resulta de reflexões que desenvolvemos desde 2004, na pesquisa com vistas ao Doutorado, realizado na prestigiosa Universidade Federal de Pernambuco, aquém não canso de render minhas homenagens, procura estabelecer critérios desconstrutivos da igualação entre os conceitos de público e estatal.

Buscamos encontrar a lógica do público enquanto perspectiva teleológica contraposta à visão do Estado, enquanto viés orgânico.

Distinguir-se o público do estatal torna-se fundamental para que aprimorem-se as proteções ao público sem que necessariamente tenha este que gravitar em torno do Estado.

Recusamos a postura ou impostura do Estado como monopolista das energias públicas, para buscar captá-las independentemente da origem.

O Estado será tão mais eficiente quanto melhor realize o desiderato público compreendendo que deve ser protagonista, mais nunca ator exclusivo, nesse intento.



BIBLIOGRAFIA

CASTRO, Celso Luiz Braga de. **Desvio de conduta da administração pública**. 2001. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Mestrado em Direito Econômico, Universidade Federal da Bahia.

CASTRO, Celso Luiz Braga de; DAVI, Kaline Ferreira. Limites legais ao gasto público com despesa de pessoal: jurimetria aplicada ao caso dos municípios baianos. In: _____ (Coords.). **Gasto público e jurimetria**. Salvador: Editora Fundação Faculdade de Direito da Bahia, 2013.

DUGUIT, Leon. **Traité de droit constitutionnel**. Paris: E. De Boccard. v. 3.

FREITAS, Juarez. **Estudo de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2243/direito-do-estado-federado-ante-a-globalizacao-economica>>. Acesso em: 01 dez. 2015.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de derecho administrativo**. 5. ed. actual. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo**. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/artigos/conceito-de-interesse-publico-e-a-personalizacao-do-direito-administrativo>>. Acesso em: 01 dez. 2015. p. 11.

PASQUALINI, Alexandre. **O direito público em tempos de crise**: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

REBOLLO PUIG, M. **El enriquecimiento injusto de la administracion pública**. Madrid: Marcial Pons, 1995. (Monografía Jurídica).