

## **O CONFLITO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DIREITO**

**REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA  
PROFESSOR TITULAR DA USP,  
DEPUTADO FEDERAL E SÓCIO DE REGIS  
DE OLIVEIRA, CORIGLIANO E BENETI  
ADVOGADOS**

**01. Há limitação do público e do privado, no direito?  
02. Participação privada nos negócios públicos. 03. Crise do Estado ou do governo?  
04. Regulação normativa. 05. O mundo global. 06. Democratização do Estado. E a  
sociedade? 07. Sociedade civil x sociedade de empresários. 08. Segmentos sociais  
fracos. 09. Divergências políticas. 10. Conclusão.**

**01. Há limitação do público e do privado, no direito?** De duas uma, o Estado ou é liberal ou é intervencionista, como ensinam os cientistas políticos. No meio termo, há uma série de possibilidades, mesclando-se os interesses. Verifica-se,

no entanto, que os binômios público/privado e sociedade civil/Estado estão perdendo a razão de ser.

O mundo já não vive apenas de confrontos maniqueístas. O bem e o mal se unem e se separam, ao mesmo tempo, nas mesmas condições temporais e espaciais, relativizando-se. Separa-se, nitidamente, o interesse do Estado do interesse da sociedade. Não é só isso. Os interesses do Estado nem sempre são os da sociedade.

Não se pode falar que o Estado titulariza apenas coisas importantes e seletivas e busca, sempre, o bem estar da sociedade. Ao contrário, a perseguição incessante de objetivos menos nobres corrompe o estamento burocrático que o domina. De seu turno, não se pode dizer que a sociedade apenas persegue objetivos particulares. Ao contrário, com a instituição das ONGs, dos partidos políticos, dos sindicatos, das associações, etc., os segmentos sociais objetivam, cada vez mais, finalidades públicas. Mesclam-se, pois, as conveniências recíprocas.

Não se pode dizer, hoje, que haja demarcação absoluta entre as esferas. Não se pode precisar onde está a equação exata do dilema hamletiano.

Outrora, havia confusão entre os bens públicos e os bens do imperador (“aerarium” e “fiscus”) que, aos poucos, foram sendo separados. O que era hierarquicamente mandado, passa a ser verticalmente dialogado. O rei já não mais podia dispor da *res publica* como coisa sua. Floresce a teoria da responsabilidade do Estado em que é possível imputar faltas ao governo e aos governantes. Nascem novas formas do exercício de poder. A sujeição vertical submete-se à persuasão do outro e, pois, o relacionamento deixa de ser assimétrico.

Dáí originarem-se, no seio da sociedade, as legitimações públicas de ações diversas (ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, mandado de segurança coletivo, etc.). Advém a nova dimensão assumida pelo Ministério Público. Nasce o convênio público/privado e surge o tema da Parceria Público/Privado. O privado mescla-se com o público em gostosa simbiose.

A pureza da separação dos interesses deixa de ter sentido.

**02. Participação privada nos negócios públicos.** Como opera a sociedade, hoje? Ao lado da prestação intensiva de serviços públicos, mediante concessões e permissões, recebe o impacto de normas editadas por órgão do Executivo (agências) e tenta efetuar o controle e a regulação do Poder Público.

E o Estado? Busca concentrar poderes, dizendo-se titular dos interesses públicos. Ocorre que boa parte dos problemas roda em torno da economia. O Estado pretende, então, chamar a si todo seu controle. Só que, ao invés de ser produtor, em termos jurídicos, é mero indutor. Daí perder espaço em termos de assenhoreamento do domínio econômico.

Neste confronto, perde-se o Estado na edição de normas que já não têm mais sentido. Modernamente, a competência do Estado esgota-se na disciplina de seu funcionamento interno. Resta-lhe dispor sobre a estrutura dos órgãos de exercício do poder (Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público) e servir de *agente indutor* da economia. A própria exclusividade de edição de leis perde um pouco do seu sentido, na medida em que as atuais agências “reguladoras” efetivamente têm editado normas inovadoras que invadem a esfera íntima daqueles que a elas estão sujeitas.

A força e a compreensão das atividades do Estado agigantaram-se quando das ditaduras européias. O Estado todo-poderoso (Leviatã hobbesiano) e que encarnava os reais *interesses* da sociedade, perde espaço. A sociedade já não mais aceita a infiltração de interesses públicos em *seus* interesses privados.

Com o advento dos espaços democráticos no mundo atual, a sociedade, cada vez mais, passa a ocupar seu lugar, reduzindo o tamanho do Estado.

Os empresários e os grandes conglomerados econômicos querem ver-se livres da tutela do Estado. Este, de seu turno, busca agrilhoar as empresas, dentro de escaninhos que não mais cabem. Surge natural confronto de interesses, dando origem a choques ideológicos, cada vez mais descabidos. Esquerda e direita, ao invés de incorporarem idéias e ideais antagônicos, cedem diante de realidades outras, tais como globalização, despublicização da tutela da sociedade e choque em seus interesses com outros Estados.

A vinculação a planos econômicos internacionais (Mercosul, ALCA, Comunidade européia e tigres asiáticos) perde seu caráter ideológico de “não querer”, para assumir uma necessidade imperiosa de mercado. Tem que participar. O Brasil pode levar o jogo para mais adiante, mas terá que dele participar. Se não integrar algum conglomerado econômico, fica “fora do mundo”. Os governos deixam de optar pela sociedade e passam a optar pelo mercado.

Daí a pressão da sociedade civil (leia-se empresários) por seus inúmeros segmentos, para que o governo se vincule, se abra para o mundo, que reduza juros, que pague a dívida, que não rompa com os financiadores universais.

Neste complexo sistema, brota outro paradoxo, qual seja, o risco da explosão participativa contra o Estado do Bem Estar Social. Paralelamente, há o confronto entre os valores liberdade x igualdade. O Estado não pode restringir a liberdade dos indivíduos, além dos preceitos constitucionais, pois disse BOBBIO que o problema moderno não é a definição dos direitos, mas instrumentos que os assegurem. De seu turno, a manifestação das liberdades tem limites, uma vez que os direitos não têm caráter absoluto.

**03. Crise do Estado ou do governo?** Há, pois, uma crise de identidade do Estado, que é a crise da atual gestão federal. Não que haja falta de propostas, de planos ou de atuação. É a falta de uma definição real dos papéis do Estado e, como o governo gere a coisa pública e esta não está bem definida, nasce a crise do Estado. A sociedade pressiona para que o governo faça coisas que não são exigíveis dele e, compromissos políticos assumidos, entram em confronto com a eficácia do possível.

Se há crise da estrutura burocrática, pode-se dizer o mesmo da sociedade civil, pois esta aguarda a ação do Estado e permanece inerte. Há exigências políticas que decorrem de promessas de palanque (dez milhões de empregos, assentamento dos Sem Terra, redução de juros, rompimento com FMI, recusa de vinculação à ALCA, etc.), que se tornam incompatíveis com a realidade encontrada (herança maldita, juros elevados, mercados emergentes, excesso de tributação, etc.).

Pode-se, pois, dizer que ao invés da crise do Estado há crise de governo (denúncias que não se conseguem abafar, instalação de CPI) e vê-se ele envolvido em situações pegajosas de que não se consegue livrar. Não se trata de crise de governabilidade (esta se caracterizaria pela perda do rumo e de comando), mas de governo, isto é, de ação.

De outro lado, não se pode dizer que a virtude está no mercado (como se o mercado resolvesse tudo) ou que deva ser regulado. Mas, até onde? Quais os limites de atuação do governo? Daí os desencontros que surgem na base governista, com a perda do rumo entre o discurso e as soluções, entre as promessas e o realizável,

entre a satisfação ao eleitor e a descrição de uma nova realidade. A base política fica desnorteada com os rumos político-econômicos do governo. A oposição aproveita a desconexão do discurso para crítica dura e procura marcar um presidente tíbio e covarde.

Dentro de tal quadro, surge o dilema. É mais importante dar espaço à sociedade, fazendo com que ela *zele* pelos interesses públicos e *descentralizar* o Estado, de forma a despi-lo de suas competências ou trazer para o espaço público conveniências e interesses que cabem à sociedade? Os limites são bem indefinidos e compete a todos a discussão sobre eles.

**04. Regulação normativa.** Evidente está que não se pode padronizar a sociedade. Esta está bem informada, pela massificação dos meios de divulgação. O Estado, que era titular da comunicação de massa, perde tal característica diante modernos meios de transmissão de notícias. A mensagem chega rápida aos meios de decisão e o Estado não tem instrumentos para legislar com a eficiência exigida. Logo, perde espaço para as normas internas, decorrentes de convênios, de contratos e da competência regulamentadora de entes estatais (agências, autarquias, etc.).

Chega-se a questionar a extensão do princípio da legalidade, fruto de longas guerras e conquistas. O Parlamento, que era o freio e o contrapeso da ditadura do Executivo, perde espaço para novas funções que nascem, como semente frutificada que quebra a terra, no cio das estações, fazendo colocar em situação ambígua a própria teoria da tripartição.

A tripartição dos poderes pode ser questionada a partir do reconhecimento de que há a patologia a justificar indevidas inserções entre os respectivos espaços, até então bem definidos. O Legislativo perde espaço pela sua estrutura burocrática e lenta, ao tentar dar soluções normativas para novas situações que surgem no seio da sociedade. O Executivo assume tal papel (medidas provisórias e normas regulamentares das estatais) e, ao mesmo tempo em que vê reduzido seu espaço como titular das políticas públicas, que vão sendo assumidas por outras instituições. O Judiciário vê-se reduzido a sentenciador de soluções já superadas pelo tempo e decide por liminares, vendo outros mecanismos de solução de litígios tendo sucesso (arbitragem, conciliação, soluções informais em juizados, etc.). Outros atores sociais passam a desempenhar papel relevante (contraventores, traficantes, religiosos, policiais)

e ocupam espaço nas decisões de micro-segmentos. Nasce outro direito, paralelo ao direito oficial, desnordeando a sociedade. Atores marginais passam a desempenhar soluções que, em tese, caberiam aos agentes públicos.

Daí a crise político-institucional do Estado, que desemboca em crise de governo.

**05. O mundo global.** Urge, pois, que o governo supere a crise do Estado e, ultrapassada a crise governamental (não de governabilidade), se insira no mundo globalizado, vinculando-se a todos os acordos e tratados globais, abrindo espaço para o Brasil em todo o mundo. Com suporte (não ajuda) do Estado, os empresários poderão confrontar com outros de todos os continentes, buscando colocar seus produtos e serviços. A associação voluntária entre empresas brasileiras ou brasileiras e internacionais é essencial para que se coloquem em diversos lugares, juntando esforços e capitais.

O dilema público/privado e sociedade civil/Estado subsiste. Os diversos autores e professores que se debruçaram sobre a matéria ainda não lograram obter uma resposta razoável. O que é público para o Estado? Qual a noção de espaço público? Qual a participação efetiva da sociedade civil? Esta deve cuidar apenas de sua participação econômica ou deve invadir espaços outrora reservados ao Estado? Quais os limites do Estado em regrar os espaços privados?

**06. Democratização do Estado. E a sociedade?** É verdade que os problemas só afloram quando se fala na democratização do poder e da sociedade. O Brasil logrou democratizar as instituições, como se isso fosse um fim em si mesmo. Isto é, votar, poder ser votado, poder fiscalizar, etc., foi a consagração máxima da luta pela redemocratização do país, consagrado no movimento social das “diretas-já”. O direito ao voto passou a ser sinônimo de exercício pleno da democracia. Ledo engano. O voto é apenas um dos instrumentos de que se pode valer a sociedade organizada para exercer seus direitos.

O mais viria depois, isto é, a busca pela realização dos direitos consagrados na “Constituição-cidadã”. O direito à vida, à alimentação, à habitação, ao ensino, à saúde, ao meio ambiente sustentável, embora direitos declarados na Constituição, não se materializaram em bem estar para a população. Democratizaram-se as instituições, não se tendo democratizado a sociedade. Esta ficou à margem do

processo decisório, salvo quando da eleição dos governantes. A partir daí fica fora do processo, limitando-se ao papel de assistente, de torcida organizada e vestida com uniforme de seus jogadores.

**07. Sociedade civil x sociedade de empresários.** O risco que se corre é, em decorrência da privatização, ocorrer o esvaziamento da sociedade civil, dando lugar a uma sociedade de empresários. Aí estaria o problema, isto é, de substituir uma sociedade civil organizada, por uma sociedade em que os interesses seriam outros, menos nobres e mais mesquinhos, uma vez que movidos à força do dinheiro. Uma identifica-se com interesses sociais e busca o bem estar de todos; outra, protege seus próprios interesses, o que é maléfico para a coletividade. Identifica objetivos clientelistas e corporativos. Já se fala na separação da sociedade civil (organizada e politizada) e do povo, ignaro e inerme, desamparado de todos os benefícios públicos. Como a se imaginar uma democracia limitada a alguns participantes (com retorno temático à aristocracia).

Em sendo assim, o poder ficaria concentrado em mãos de quem poderia acumular mais dinheiro, não se efetuando correta e adequada distribuição de riqueza.

O que importa é que não se deixe ao Estado apenas o conteúdo de uma atuação política (de poder), uma vez que, diante da fragilidade social e da precariedade da distribuição da riqueza, tem que intervir para abrir caminhos, possibilitando equilíbrios sociais. A sociedade está tão desequilibrada, capenga, vesga e desestruturada que se faz necessário um razoavelmente Estado forte para equilibrar os pratos da balança. Imperioso que se tracem limites que não devem ser ultrapassados, a ponto de manter-se em tal espaço. Servindo à sociedade, retira-se o Estado; cumprindo sua função, deixa de intervir. Há, pois, que ser interferência pontual, específica, para apenas e tão-somente identificar pontos de aflição e resolvê-los. Imediatamente, deixa livre a intervenção, passando a ser mero indutor do processo.

Mantém espaço regulatório para disciplinar atividades privatizadas. Transferindo o exercício de determinadas atividades aos particulares, empresas ou não, continua o Estado titularizando interesses maiores do país e, pois, não pode permitir o desmantelamento das atividades transferidas, impondo-se permaneça

sobranceiro, no controle e regulação da atividade. Deve intervir, quando necessário, uma vez que continua senhor da indução econômica e dos processos de transferência.

O problema é que a sociedade empresarial não luta pela pacificação dos direitos. Ao contrário, se deixar por conta do “laissez-faire, laissez-passer”, pode até haver melhoria no asseguramento dos direitos, mas não é o que se deduz da história. Ao contrário, pode haver o que se rotulou de capitalismo selvagem, em detrimento dos direitos e garantias individuais. Por outro lado, a estabilidade na garantia dos direitos é pressuposto do desenvolvimento social e dá a certeza de que haverá investimento para se chegar ao pleno emprego, o que permite a pacificação social. É fato que a divergência é imperiosa, para se obter, via consenso, a convergência. O funcionamento das estruturas de solução dos conflitos é essencial numa sociedade em desenvolvimento.

**08. Segmentos sociais fracos.** Não se pode olvidar, também, que os atuais mecanismos de exercício das atividades no interior da sociedade civil ficam, aos poucos, superados. Os sindicatos perdem sua força reivindicatória, tornando-se meros pedintes de emprego. As associações tomam novo impulso. Os partidos políticos, instrumentos de conquista de poder, rarefazem-se, pulverizando os interesses que deveriam cuidar. Em verdade, tornaram-se mero jogo de conveniências, sob rótulos de aluguel.

Voltamos, pois, aos instrumentos de dominação, cujo caráter econômico volta ao primeiro plano, retornando ao conflito de classes. Os interesses esparsos na sociedade são os mais diversos, personificando lutas de conveniência corporativa. Cada qual por si, o que redundava em esvaziamento de pretensões legítimas. Ao invés de postularem no grande espaço dos interesses sociais, ficam na mesquinhez da prevalência de direitos sabidamente equivocados.

Cai-se, daí, no início de que, ao Estado é que vai incumbir definir, de novo, todos os interesses, deixando superados subsistemas corporativos. Tudo volta a depender do Estado, retomando-se a luta pelo poder político. Os demais poderes perdem-se no social e esvaziam-se, na medida em que pretendem a prevalência de escusos e nem sempre reconhecidos interesses.

Há a dificuldade de que o povo/sociedade civil retira-se do espaço político, deixando-o para os políticos profissionais. Estes não incorporam os reais

interesses destas, debatendo-se em conveniências ora corporativas ora temáticas, perdendo o sentido do todo, do inteiro, do global e, em síntese, do Brasil.

O Estado, de fartas tetas, vê seu interior dilacerado pela luta de interesses corporativos e de lideranças sazonais. Buscam ocupar espaços que não tinham, cargos que não lhes pertencem, numa autofágica luta sem fim.

As entidades que integram a sociedade civil cedem à lógica das conveniências passageiras.

A *sociedade civil*, identificada como organizada e participativa difere do denominado povo. Este é a grande massa que, por buscar sua subsistência, pouca atividade tem em relação aos direitos de cidadania. Discursos buscam legitimar a desigualdade em que se encontra a população. Há o povo do censo, que é meramente numérico. Por razões evidentes, dada a grande desigualdade social, fica alheio ao conflito político, limitando-se, a como expectador, assistir os embates. Somente tem valor quando das eleições. Aí assume o primeiro lugar em importância. Passada a eleição, volta a ser escravo outra vez, na exata análise de Jean Jacques Rousseau.

O que importa é a participação da sociedade e o ressuscitar da grande massa que deve ser, aos poucos, trazida para o mercado formal, ter endereço e buscar participação na cidadania.

**09. Divergências políticas.** A representação política entra em processo de desgaste, ficando rotulados seus participantes e integrantes de apenas acorrerem à sociedade para subsistência e satisfação de interesses pessoais ou corporativos.

O voto que legitima não deslegitima. Processos de cassação de mandatos deixam de atentar à legitimidade popular, para valerem-se de outros instrumentos de cassação mediante processos judiciais. Liminares intermináveis e julgamentos demorados permitem a continuidade de governantes ilegítimos ou ilaqueadores de boa-fé.

Correm paralelas outras estruturas que garantem o exercício do mandato mediante compra de votos, pressões políticas, corrupção, gravação de conversas ao arripio das garantias constitucionais, descontrole e controle da mídia, tudo a levar ao inferno os contratos sociais estabelecidos. Os pactos são descumpridos e interesses menores gravitam em torno das estruturas de exercício de poder.

As contestações aos governos eleitos fazem periclitarem a pacificação social. Instalam-se governos paralelos, com força paramilitar e intervenções em Estados deslegitimam instituições internacionais de grande tradição (ONU, por exemplo, desqualificada pelos EUA, quando da invasão do Iraque).

Internacionalmente, há a debilitação dos organismos criados para garantir a pacificação mundial. Conflitos étnicos superam a força da resistência. Há o esmagamento de países, descrédito das instituições internacionais. Descrença na força das convicções, com prevalência da força de bombas, foguetes, estratégia nuclear e cresce o império da sem-razão.

No âmbito interno dos países, o espaço público vem sendo ocupado por entidades particulares, seja na composição dos conflitos, seja na prestação de serviços públicos, incluindo novos atores sociais, com novas formas de participação (franquias, concessões, permissões, etc.). Tudo se faz à margem das instituições burocráticas. Embora o discurso político ainda esteja racionalizado, à custa de mensagens compreensíveis, desgasta-se o relacionamento público/privado com a inserção de novos atores sociais (MST, Sindicatos, Igrejas). As Igrejas, inclusive, fazem papel do Estado na pacificação de comportamentos agressivos e ilegais. O MST realiza, querendo ou não, a reforma agrária que é atribuição do Estado. As centrais sindicais confluem interesses corporativos e formam carapaça de garantias às agressões do próprio Estado.

O que se deve repensar é qual o espaço que cabe ao público e o espaço que cabe ao privado. Qual deles deve ser ampliado e qual deve ser reduzido?

**10. Conclusão.** Em suma, impõe-se a rediscussão dos interesses em jogo na sociedade e no Estado, para que haja uma redefinição de como compô-los e da prevalência de cada qual na realidade empírica. Na verdade, o Estado falha como titular dos interesses públicos e a sociedade, através da inclusão de novos atores, começa a ocupar espaços que eram públicos.

Neste conflito, urge que sejam repensadas as responsabilidades, que seja redimensionado o tamanho do Estado e que a sociedade civil tome e assuma seu novo rumo, apoderando-se de espaços poderosos de deliberação e decisão.