

Fluxo entre os espaços públicos e privados: reflexões sobre a hipercomplexidade jurídica

Maria Francisca Carneiro*

Agradecimentos ao Economista
José Geraldo de Mendonça Júnior

Esse chamado trânsito ou aumento de fluxo – até com algumas inversões de posições – entre as esferas públicas e privadas, ocorre de modo peculiar no chamado tronco jurídico continental (que engloba os ordenamentos jurídicos da tradição francesa, italiana, alemã e portuguesa, principalmente – e aqui estão incluídos o Brasil e América do Sul).

O chamado tronco continental não se reporta diretamente aos países da Common Law – v.g. os EUA, a Escócia e a Inglaterra. Todavia, nos países da Common Law esse trânsito também acontece, só que de modo diferente, porque os respectivos ordenamentos jurídicos desses países têm composição própria, com aspectos diferentes e em comum com o nosso.

O que estamos dizendo é que se trata de realidades jurídicas diferentes; e talvez o exame pela Teoria dos Ordenamentos possa ser de alguma utilidade para o estudo de questões como a ALCA, o MERCOSUL, os demais mercados comuns, a harmonização de legislação díspares, as supranacionalidades, etc.

Os movimentos do âmbito público para o privado e vice-versa não são casuais. Ao nosso ver, respaldando-nos em juristas de escol, teoricamente pode-se apontar, no mínimo e preliminarmente, dois fundamentos para esse fenômeno: 1) a tendência à constitucionalização, uma Constituição forte acarreta que os direitos civis rumem da lei ordinária, que é privada; em direção à Constituição Federal, que é pública. Como a Constituição é a Lei Maior – e, portanto é mais forte – atrai as demais e a elas se sobrepõe. Nos Estados Unidos, por exemplo, os direitos civis são constitucionais já por natureza; aqui no Brasil, não. Então, o modo pelo qual se dá a chamada “migração” dos direitos e deveres, de uma banda à outra, é peculiar a cada ordenamento.

O outro fundamento que se pode apontar, a uma primeira vista, para o referido “fenômeno”, é decorrência de questões de ordem social e econômica (e não especificamente jurídicas, como vimos no item anterior), operacionalizadas no tripé contrato / propriedade / família. Assim, pode-se tratar em separado das transformações havidas em cada um desses três suportes das relações jurídicas básicas na organização da sociedade.

Por essa razão, alguns pontos básicos da discussão derivam da constituição, modificação e extinção das propriedades; como também da desmaterialização da propriedade em títulos e outros ativos, que geram um micro-sistema próprio, já diferente do estatuto da propriedade originalmente fundado na posse da terra. Eis uma questão: até que ponto se pode tratar igualmente tipos diversos de propriedades, embora eles tenham um cerne comum, em sua origem?

Sobre o contrato, discute-se a hipertrofia ou hipotrofia da vontade pública e da vontade individual, refletindo-se criticamente sobre as mudanças que o instrumento contratual tem sofrido - uma verdadeira erosão, ao longo dos últimos anos, se comparado em relação à sua concepção jurídica originária, embora esta esteja ainda bem presente em nossas leis, não obstante e a despeito das modificações ocorridas no referido instituto do direito obrigacional. Então aqui novamente, teremos micro-sistemas pulverizando-se multifacetados, de sorte que um dos pontos centrais da discussão é se devemos ou podemos tratar como um bloco monolítico questões que já se encontram altamente desdobradas em nichos especializados, no âmbito das contratações públicas e privadas.

Em relação à família, que é um instituto jurídico de ordem privada por excelência, veremos como alguns aspectos públicos o envolviam de tal modo e a tal ponto, que cabia mais ao Estado do que às partes decidir sobre o que a família deveria ou não fazer: as obrigações dos cônjuges entre si e para com os filhos, etc., tudo já vinha previamente definido em lei, de sorte que bastava “encaixar-se” naquela moldura e pronto. Felizmente, com o novo Código Civil, essa situação - e outras - estão já bem atendidas.

Estes são apenas alguns pontos de vista através dos quais os problemas do nosso tempo podem ser analisados. A Teoria Jurídica é mais uma ótica; mas de nada ela pode servir sem os saberes econômicos, políticos e sociais e, sobretudo, se ela não se aquecer pelos clamores humanos.

Ao fundo, mais adiante e mais além, por trás de toda essa discussão, está presente o conceito de sujeito de direito: quem é esse sujeito, por quem fazemos isso, para quem queremos isso ou aquilo? Destarte, segue-se também a importância da visão crítica do sujeito de direito, que o entende como um produto histórico-ideológico, que agrega, inclusive, uma porção de símbolos e mitos; e não como um ente metafísico, jusnaturalista.

Todavia, mesmo sendo um produto histórico-ideológico, o conceito de sujeito de direito implica problema de valor, além disso, ele está grandemente ampliado e aprofundado por causa da Constitucionalização. O conceito jurídico de sujeito de direitos de agora, não corresponde mais ao de alguns anos atrás. Por exemplo, a idéia de “sujeito de direito” remonta logo ao ser humano, mas no Direito Ambiental, e no Desenvolvimento Sustentável, todos os elementos ambientais: pedra, mar, céu são também, em um certo sentido, sujeito de direitos, não só o homem, então temos aqui um conceito difuso e vago para sujeito de direitos.

Já em outras áreas do Direito, o sujeito é um conceito mais preciso, algo determinado e, em certo sentido, definido. Portanto, concluímos que pode haver diferentes lógicas subjacentes

aos institutos de um mesmo ordenamento jurídico, como por exemplo, no caso brasileiro. Este é mesmo um País plural.

Considere-se que a grande bifurcação tradicional dos ordenamentos do Direito em Público e Privado (cuja formulação consolidou-se mormente nos séculos XVIII e XIX) encontra-se talvez algo alterada, em face da complexidade dos eixos sociais, econômicos, políticos e culturais das organizações do nosso tempo. Assim, sobre a base clássica binomial, superpõem-se outras configurações, dando origem aos chamados micro-sistemas jurídicos. O fluxo entre os aspectos públicos e privados das relações jurídicas dos micro-sistemas entre si e para com o todo é de tal modo intenso, que se afiguram novas situações, tidas como fenômenos da história jurídica.

Vejamos alguns exemplos: o micro-sistema Direito de Família - como já vimos anteriormente - que tradicionalmente é considerado como sendo de direito privado, sofria tamanha regulamentação pelo Estado que poderia ser considerado, em grande parte, como de Direito Público. A Responsabilidade Civil, que é instituto jurídico civilista (portanto privado), espraiou-se pelos ordenamentos “invadindo” praticamente todos os outros ramos do direito, de modo que hoje temos a famosa “Responsabilidade Civil do Estado”, quer dizer, um instituto privado com amplas funções no espaço público.

Mais exemplos: Os contratos, classicamente situados no âmbito privado – porque calcavam-se na livre manifestação da vontade das partes – multifacetaram-se de tal modo em sub-espécies, a ponto de hoje termos contratos de índole “pública”, como as tarifas de energia elétrica, água e outras formas de contratações por adesões, etc.

Certamente a Teorias dos Micro-Sistemas Jurídicos nos impele a repensar a lógica dos ordenamentos do Direito (por exemplo, do modelo clássico kelseniano podem-se derivar tipagens heterodoxas, etc.) inclusive repensando o problema do “equilíbrio”. Por isso fala-se também em retomar no direito estudos sobre as chamadas theory of games e sobre tipos diversos de equilíbrio.

Tradicionalmente, um contrato é considerado equilibrado quando as cargas entre as partes são simétricas; é célebre a idéia da balança, com dois pesos iguais. Porém, para que alguns contratos surtam efeitos de equilíbrio, eles têm de ser assimétricos: é o caso do direito tributário. E assim por diante. Citam-se ainda, para ilustrar, as contratações complexas, com 3, 4, 5... até nas partes contratantes, com várias aleas, o que é típico das terceirizações, factoring, contratações virtuais, ativos intangíveis, etc.

Há ainda a questão da diversificação da natureza jurídica das empresas. Nem sempre se pode falar apenas e simplesmente em autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, etc.; porque os tipos de composições organizacionais são cada vez mais diversos e complexos nas cadeias das sucessivas negociações com outras organizações. Os próprios partidos políticos flexibilizam-se e admitem a agregação de facções ideológicas plurais, na marcha histórica evolutiva do nosso tempo. Então, se não queremos ser reducionistas, por analogia, não devemos deixar de lado essas ponderações, que atendem à mesma índole plural.

Em suma, o que se propõe é que existem modos de pensar não tipicamente binomiais, tendo em conta que sobre a plataforma tradicional há mais configurações sobrepostas e superpostas.

Ressalte-se que não estamos negando a base binomial (público-privado) do ordenamento jurídico; ela existe, é válida e esta aí como fundamento para a toda a complexidade que sobre ela se assenta. Apenas propomos a possibilidade de se incluir, nas reflexões da espécie, as formações supervenientes a esse “desenho”. Na verdade, em termos estritos de raciocínio jurídico (tecnicamente cunhado pela lógica como legal reasoning), essa é uma tendência inevitável, quando se tem em vista o atendimento aos direitos constitucionais; e aqui se enseja uma outra longa e instigante discussão.

Diante dessas aparentes antinomias, os fatos parecem complicados; mas pode ser que sejam apenas complexos. Por isso é que não se pode desconsiderar a idéia de hipercomplexidade do Direito e dos saberes a ele correlatos, para as nossas reflexões. Nem tão pouco, podemos esquecer as influências sociais e econômicas provocadas pela Globalização que tem desencadeado a redefinição e uma nova configuração da sociedade, dos Estados e das organizações.

Esse chamado trânsito ou aumento de fluxo – até com algumas inversões de posições – entre as esferas públicas e privadas, ocorre de modo peculiar no chamado tronco jurídico continental (que engloba os ordenamentos jurídicos da tradição francesa, italiana, alemã e portuguesa, principalmente – e aqui estão incluídos o Brasil e América do Sul).

O chamado tronco continental não se reporta diretamente aos países da Common Law – v.g. os EUA, a Escócia e a Inglaterra. Todavia, nos países da Common Law esse trânsito também acontece, só que de modo diferente, porque os respectivos ordenamentos jurídicos desses países têm composição própria, com aspectos diferentes e em comum com o nosso.

O que estamos dizendo é que se trata de realidades jurídicas diferentes; e talvez o exame pela Teoria dos Ordenamentos possa ser de alguma utilidade para o estudo de questões como a ALCA, o MERCOSUL, os demais mercados comuns, a harmonização de legislação díspares, as supranacionalidades, etc.

Os movimentos do âmbito público para o privado e vice-versa não são casuais. Ao nosso ver, respaldando-nos em juristas de escol, teoricamente pode-se apontar, no mínimo e preliminarmente, dois fundamentos para esse fenômeno: 1) a tendência à constitucionalização, uma Constituição forte acarreta que os direitos civis rumem da lei ordinária, que é privada; em direção à Constituição Federal, que é pública. Como a Constituição é a Lei Maior – e, portanto é mais forte – atrai as demais e a elas se sobrepõe. Nos Estados Unidos, por exemplo, os direitos civis são constitucionais já por natureza; aqui no Brasil, não. Então, o modo pelo qual se dá a chamada “migração” dos direitos e deveres, de uma banda à outra, é peculiar a cada ordenamento.

O outro fundamento que se pode apontar, a uma primeira vista, para o referido “fenômeno”, é decorrência de questões de ordem social e econômica (e não especificamente jurídicas, como vimos no item anterior), operacionalizadas no tripé contrato / propriedade / família.

Assim, pode-se tratar em separado das transformações havidas em cada um desses três suportes das relações jurídicas básicas na organização da sociedade.

Por essa razão, alguns pontos básicos da discussão derivam da constituição, modificação e extinção das propriedades; como também da desmaterialização da propriedade em títulos e outros ativos, que geram um micro-sistema próprio, já diferente do estatuto da propriedade originalmente fundado na posse da terra. Eis uma questão: até que ponto se pode tratar igualmente tipos diversos de propriedades, embora eles tenham um cerne comum, em sua origem?

Sobre o contrato, discute-se a hipertrofia ou hipotrofia da vontade pública e da vontade individual, refletindo-se criticamente sobre as mudanças que o instrumento contratual tem sofrido - uma verdadeira erosão, ao longo dos últimos anos, se comparado em relação à sua concepção jurídica originária, embora esta esteja ainda bem presente em nossas leis, não obstante e a despeito das modificações ocorridas no referido instituto do direito obrigacional. Então aqui novamente, teremos micro-sistemas pulverizando-se multifacetados, de sorte que um dos pontos centrais da discussão é se devemos ou podemos tratar como um bloco monolítico questões que já se encontram altamente desdobradas em nichos especializados, no âmbito das contratações públicas e privadas.

Em relação à família, que é um instituto jurídico de ordem privada por excelência, veremos como alguns aspectos públicos o envolviam de tal modo e a tal ponto, que cabia mais ao Estado do que às partes decidir sobre o que a família deveria ou não fazer: as obrigações dos cônjuges entre si e para com os filhos, etc., tudo já vinha previamente definido em lei, de sorte que bastava “encaixar-se” naquela moldura e pronto. Felizmente, com o novo Código Civil, essa situação - e outras - estão já bem atendidas.

Estes são apenas alguns pontos de vista através dos quais os problemas do nosso tempo podem ser analisados. A Teoria Jurídica é mais uma ótica; mas de nada ela pode servir sem os saberes econômicos, políticos e sociais e, sobretudo, se ela não se aquecer pelos clamores humanos.

Ao fundo, mais adiante e mais além, por trás de toda essa discussão, está presente o conceito de sujeito de direito: quem é esse sujeito, por quem fazemos isso, para quem queremos isso ou aquilo? Destarte, segue-se também a importância da visão crítica do sujeito de direito, que o entende como um produto histórico-ideológico, que agrega, inclusive, uma porção de símbolos e mitos; e não como um ente metafísico, jusnaturalista.

Todavia, mesmo sendo um produto histórico-ideológico, o conceito de sujeito de direito implica problema de valor, além disso, ele está grandemente ampliado e aprofundado por causa da Constitucionalização. O conceito jurídico de sujeito de direitos de agora, não corresponde mais ao de alguns anos atrás. Por exemplo, a idéia de “sujeito de direito” remonta logo ao ser humano, mas no Direito Ambiental, e no Desenvolvimento Sustentável, todos os elementos ambientais: pedra, mar, céu são também, em um certo sentido, sujeito de direitos, não só o homem, então temos aqui um conceito difuso e vago para sujeito de direitos.

Já em outras áreas do Direito, o sujeito é um conceito mais preciso, algo determinado e, em certo sentido, definido. Portanto, concluímos que pode haver diferentes lógicas subjacentes aos institutos de um mesmo ordenamento jurídico, como por exemplo, no caso brasileiro. Este é mesmo um País plural.

Considere-se que a grande bifurcação tradicional dos ordenamentos do Direito em Público e Privado (cuja formulação consolidou-se mormente nos séculos XVIII e XIX) encontra-se talvez algo alterada, em face da complexidade dos eixos sociais, econômicos, políticos e culturais das organizações do nosso tempo. Assim, sobre a base clássica binomial, superpõem-se outras configurações, dando origem aos chamados micro-sistemas jurídicos. O fluxo entre os aspectos públicos e privados das relações jurídicas dos micro-sistemas entre si e para com o todo é de tal modo intenso, que se afiguram novas situações, tidas como fenômenos da história jurídica.

Vejamos alguns exemplos: o micro-sistema Direito de Família - como já vimos anteriormente - que tradicionalmente é considerado como sendo de direito privado, sofria tamanha regulamentação pelo Estado que poderia ser considerado, em grande parte, como de Direito Público. A Responsabilidade Civil, que é instituto jurídico civilista (portanto privado), esprou-se pelos ordenamentos “invadindo” praticamente todos os outros ramos do direito, de modo que hoje temos a famosa “Responsabilidade Civil do Estado”, quer dizer, um instituto privado com amplas funções no espaço público.

Mais exemplos: Os contratos, classicamente situados no âmbito privado – porque calcavam-se na livre manifestação da vontade das partes – multifacetaram-se de tal modo em sub-espécies, a ponto de hoje termos contratos de índole “pública”, como as tarifas de energia elétrica, água e outras formas de contratações por adesões, etc.

Certamente a Teorias dos Micro-Sistemas Jurídicos nos impele a repensar a lógica dos ordenamentos do Direito (por exemplo, do modelo clássico kelseniano podem-se derivar tipagens heterodoxas, etc.) inclusive repensando o problema do “equilíbrio”. Por isso fala-se também em retomar no direito estudos sobre as chamadas theory of games e sobre tipos diversos de equilíbrio.

Tradicionalmente, um contrato é considerado equilibrado quando as cargas entre as partes são simétricas; é célebre a idéia da balança, com dois pesos iguais. Porém, para que alguns contratos surtam efeitos de equilíbrio, eles têm de ser assimétricos: é o caso do direito tributário. E assim por diante. Citam-se ainda, para ilustrar, as contratações complexas, com 3, 4, 5... até nas partes contratantes, com várias aleas, o que é típico das terceirizações, factoring, contratações virtuais, ativos intangíveis, etc.

Há ainda a questão da diversificação da natureza jurídica das empresas. Nem sempre se pode falar apenas e simplesmente em autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, etc.; porque os tipos de composições organizacionais são cada vez mais diversos e complexos nas cadeias das sucessivas negociações com outras organizações. Os próprios partidos políticos flexibilizam-se e admitem a agregação de facções ideológicas plurais, na marcha histórica evolutiva do nosso tempo. Então, se não queremos ser reducionistas, por analogia, não devemos deixar de lado essas ponderações, que atendem à

mesma

índole

plural.

Em suma, o que se propõe é que existem modos de pensar não tipicamente binomiais, tendo em conta que sobre a plataforma tradicional há mais configurações sobrepostas e superpostas.

Ressalte-se que não estamos negando a base binomial (público-privado) do ordenamento jurídico; ela existe, é válida e esta aí como fundamento para a toda a complexidade que sobre ela se assenta. Apenas propomos a possibilidade de se incluir, nas reflexões da espécie, as formações supervenientes a esse “desenho”. Na verdade, em termos estritos de raciocínio jurídico (tecnicamente cunhado pela lógica como legal reasoning), essa é uma tendência inevitável, quando se tem em vista o atendimento aos direitos constitucionais; e aqui se enseja uma outra longa e instigante discussão.

Diante dessas aparentes antinomias, os fatos parecem complicados; mas pode ser que sejam apenas complexos. Por isso é que não se pode desconsiderar a idéia de hipercomplexidade do Direito e dos saberes a ele correlatos, para as nossas reflexões. Nem tão pouco, podemos esquecer as influências sociais e econômicas provocadas pela Globalização que tem desencadeado a redefinição e uma nova configuração da sociedade, dos Estados e das organizações.

*Doutora em Direito. Mestre em Educação. Advogada e Bacharel em Filosofia. Pós-doutoranda em Direito e Pós-doutoranda em Filosofia. Autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior.

Outras Publicações da Autora:

[Artigo] - DUAS VISÕES E UMA SUGESTÃO SOBRE DIREITO AUTORAL NA OBRA DE ARTE, TEXTO E PROPRIEDADE INDUSTRIAL

[Artigo] - Duas visões e uma sugestão sobre direito autoral na obra de arte, texto e propriedade industrial

[Notícia] - Metodología y hermenéutica: Uno, dos, o más caminos para la interpretación del derecho

[Notícia] - El derecho como ciencia y como arte

[Notícia] - What do small claim courts have in common around the world?

[Notícia] - Public understanding of law

[Doutrina] - Aspectos da inteligência artificial jurídica

[Doutrina] - O projeto de vida como fator na avaliação do dano moral

[Doutrina] - Lógica e direito: A essencialidade das relações

[Doutrina] - Prelúdio para uma idéia de direito concebida a partir da teoria jurídica privada

[Doutrina] - Anotações sobre a responsabilidade no novo código civil

[Doutrina] - Considerações sobre a discrepância verificada entre autores em metodologia científica aplicada ao direito

[Doutrina] - A responsabilidade civil e o dano moral no contrato de seguro

[Doutrina] - Claúsulas álea e probabilidades: O direito obrigacional revisitado pela lógica

[Doutrina] - Una perspectiva lingüística del daño moral

[Doutrina] - DROIT ET ESTHÉTIQUE: RÉLATIONS ESSENTIELLES

[Artigo] - SIMETRIA EM CIRURGIA PLÁSTICA:FATOR PARA AVALIAÇÃO CRÍTICA DE OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

[Doutrina] - A BIOGRAFIA DOS CIENTISTAS COMO MEIO DE COMUNICAÇÃO DA CIÊNCIA: ANALOGIAS SOBRE UM PROBLEMA HERMENÊUTICO OU EMPÍRICO

[Doutrina] - DA FUNÇÃO ANALÍTICA EM RESPONSABILIDADE CIVIL: NORMA E FORMA

[Artigo] - Claúsulas álea e probabilidades: o direito obrigacional revisitado pela lógica

[Artigo] - O Fluxo entre os Espaços Públicos e Privados: Reflexões sobre a Hipercomplexidade Jurídica

[Artigo] - A Responsabilidade Civil e o Dano Moral no Contrato de Seguro - Segunda Parte

[Artigo] - A Responsabilidade Civil e o Dano Moral no Contrato de Seguro

[Artigo] - Considerações sobre a Discrepância Verificada entre Autores em Metodologia Científica Aplicada ao Direito

[Artigo] - Anotações sobre a Responsabilidade no Novo Código Civil

[Artigo] - Prelúdio para uma Idéia de Direito Concebida a partir da Teoria Jurídica Privada

[Artigo] - Lógica e Direito: A Essencialidade das Relações

[Artigo] - O Projeto de Vida como Fator na Avaliação do Dano Moral

[Doutrina] - Sobre as citações bibliográficas na pesquisa jurídica