

REFLEXÕES SÔBRE A CORRELAÇÃO ECONOMIA-DIREITO

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA

1-1 — Na fase atual da cultura, em que a *especialização* parece constituir preocupação constante, não se nos afigura inteiramente desprovida de interesse a tentativa de desfazer a idéia de compartimentos estanques do conhecimento, para analisar os fatos tal como se apresentam na realidade.

Mòrmente no que tange às mútuas influências e dominâncias verificadas entre fatos jurídicos e fatos econômicos, havemos de encontrar farto material para uma pesquisa desta ordem. E, se por acaso estiveram, os respectivos fenômenos, excluídos de qualquer destes dois campos, não se ousaria negar que as suas relações se estreitam cada vez mais. O mais certo, mesmo, parece ser o pensamento daqueles que vêm nestas características diferentes, apenas pontos de referência em que se coloca o observador para o estudo do mesmo fenômeno, ou seja, do fato social, quando a atitude valorativa destaca do conjunto um fator dominante e, em tórno dêle, ou dirigido a êle, faz girar todo o sentido de suas apreciações.

Assim sendo, conceituaríamos o mesmo fato ante princípios referenciais de nucleos valorativos diversos e o considerariamos perante valores morais, jurídicos ou econômicos. Nem por isto, entretanto, haveríamos de nos preocupar com o achado dos elementos mais simples, efetivamente capazes de funcionar como base dos demais, e caindo, assim, nas inacabadas contendas relativas à predominância do fato econômico sôbre o jurídico ou dêste sôbre aquêle.

1-2 — Em verdade, mais aconselhável nos parece evitar o enredado cipoal das discussões apaixonadas e preferir a análise do mecanismo de aproximação ou de mútua influência de ambos.

Qual seria, pois, o tipo de relação dominante entre o Direito e a Economia? De que forma as leis econômicas agirão sôbre os fatos, mesmo quando os observemos pelo prisma dos valores jurídicos? Tratar-se-ia de uma relação pura e simples, de correlação, conexão ou interação?

Max Weber (1) conceitua *relação* como sendo uma conduta plural, seguida por vários e que traz, em seu próprio sentido, uma reci-

(1) — Max Weber — *Economia y Sociedad* — Vol. I, págs. 24 ss.

proximidade referida, pela qual se orienta. Muito diferente de *conexão de sentido*, que funciona na compreensão, não sendo forma de agir, mas de entender, de interpretar o fenômeno e que se prende, pois, ao sentido mentado subjetivamente. Assim, a compreensão será a captação interpretativa do sentido.

De tal forma se desenvolve o conceito em Weber, que se o sentido é construído *cientificamente*, sobre bases seguras de uma afirmativa constante na repetição das mesmas causas, adota-se o método tipológico e se chega ao *tipo-ideal* do fenômeno freqüente.

A *correlação* tem características bem diversos, sendo mais um conceito matemático do que filosófico, traduzindo o maior ou menor afrouxamento na relação de duas variáveis.

Bem diferente é a *interação*, que funciona mais propriamente como *processo* (2), desenvolvendo-se em quatro campos diferentes, ao se manifestar com sua característica social: o *ecológico*, o *econômico*, o *político* e o *sociológico*. Cada um destes campos funciona como sistema fechado, verificando-se apenas a influência da interação de um campo sobre o outro, pelas suas formas conhecidas de *comunicação* e *competição*, ou pelos seus processos de *competição*, *conflito*, *acomodação* e *assimilação*.

Pensamos que a maioria das manifestações de mútua influência jurídico-econômica deve ser tomada como *correlação*. Seus efeitos mais ou menos sensíveis, não são registrados com a precisão matemática das funções, porém com aquela reação que denota os desgastes de ordem psíquica e sua posterior caracterização social, decorrentes da acomodação aos fatos, da decrescente capacidade de antepor obstáculos igualmente enérgicos a causas repetidas, da formação do hábito ou da sua transformação em costumes.

1-3 — A recíproca influência verificada e inegável, não nos oferece à análise um material cristalizado ao primeiro contacto com a realidade, contendo formas e expressões definitivas. Ao contrário, a mais freqüente forma de sua manifestação é a da influência demorada, acrisolando modos de ver e de julgar, por força mesmo da insistência com que os fatos agirão, fatos estes, por sua vez, apresentados como outras tantas formas de acrisolamento da realidade, na constante ebulição da própria vida.

Encontraremos subsídios para estas conclusões também nos modernos defensores do *valor* como conceito eminentemente filosófico. Radbruch, por exemplo, separa com cuidado os conceitos *jurídica-mente relevantes*, dos *genuínos conceitos jurídicos*, quando a ciência jurídica vai buscar em outras ciências os conceitos que lhes são pró-

(2) — Donald Pierson — *Teoria e Pesquisa em Sociologia*.

prios (pre-jurídicos, no caso) e os reelabora, passando-os por uma espécie de *deformação teleológica*, destinando-os a fins jurídicos (3).

Iria o direito encontrar na ciência econômica, pois, o farto material de conceitos pre-jurídicos, e deformando-os, atribuir-lhes-ia valores jurídicos que justificariam plenamente esta escolha do elemento básico na explicação dos fenômenos para os quais uma atitude afetiva ou política do observador exigiria penetração mais profunda.

Mas, notemos que esta não é a única explicação dada à apreciação das realidades econômicas e feita pelo jurista. Johannes Hessen, ao classificar os valores em *materiais* e *formais*, encontra entre estes últimos os *valores sensíveis*, hedonísticos, traduzidos pelo prazer; os *vitais* e os de *utilidade*. Pois bem, ante a evolução do conceito econômico de *valor*, facilmente perceberemos como nêle se enquadram todos estes três tipos enunciados por Hessen.

Assim, o hedonismo econômico, justificativo do que se costuma enunciar por "lei do menor esforço", aplicado pelos economistas matemáticos, e especialmente por Maffeo Pantaleoni (5), como elemento referencial das ações humanas interessadas nesse sentido, vai trazer à ciência novas contribuições que lhe permitem a explicação do "cálculo econômico". Este, todos nós fazemos, sem o perceber, ante as conveniências e as inconveniências, as vantagens ou desvantagens, os lucros ou os prejuízos que nos pode causar cada atitude.

Não nos esqueçamos de que a tese não é pacífica. Hedonistas e marginalistas muito tiveram que lutar na defesa de suas cidadelas contrárias. E os primeiros, filhos legítimos e muito fiéis de Bentham, levando todos os comportamentos à prévia decisão da balança do prazer e das penas, criaram a figura do "homo oeconomicus", de que tanto se tem falado.

O fato, porém, é que os instrumentos de análise econômica no terreno psicológico, aperfeiçoaram-se rapidamente. Gossen pôde enunciar as leis que lhe tomaram o nome, afirmando que um prazer continuado decresce de intensidade e acaba por se extinguir. Também, se um prazer se repete, tem uma intensidade inicial menor e uma duração mais breve do que da primeira vez, sendo sua intensidade menor e sua duração submetidas a um decréscimo tanto mais rápido quanto as próprias repetições sejam mais freqüentes. Conclui, por fim, que para uma dada necessidade, existe um máximo de satisfação correspondente a uma certa duração e uma certa freqüência das satisfações sucessivas, como se sabe.

(3) — *Filosofia do Direito*, Radbruch, págs. 172 ss.

(4) — Johannes Hessen — *Filosofia dos Valores*, pág. 107, ss.

(5) — Maffeo Pantaleoni — *Principios de Economia Pura*.

Por outro lado, fácil é perceber-se como êste caráter estritamente individual da apreciação, ampliou-se e se expandiu no terreno dos conceitos sociais, na própria relação de homem a homem, ou seja, na reciprocidade que têm as ações humanas ao se enquadrarem na engrenagem social, ao se integrarem nas relações. Os próprios bens, em vez de serem apreciados pelo prisma pessoal de quem os utiliza, tiveram o seu conceito transportado para cenário mais amplo, marchando-se da *complementariedade* simplesmente técnica para a *complementariedade* psíquica. Nesta, nenhum dêles se exclui da apreciação, levando até ao "cálculo econômico abreviado" que figura em tôdas as atitudes econômicas e que justifica tôdas as ações desta espécie (6).

1-4 — O que se verifica, portanto, é que o conceito de valor hedônico, valor do *agradável* e do *prazer*, também evoluiu graças às pesquisas psicológicas realizadas em Economia, campo no qual se tenta estabelecer-lhe uma medida. Mais importante é o resultado a que se chega com a conciliação dos princípios do prazer e da utilidade. O professor Carlos Campos (7) analisa o tema, após penetrar as considerações de Freud. Nestas, encontramos de certo modo a idéia do limite de satisfação, que no psicanalista leva à explicação dos casos angustiosos e psicóticos, em virtude da excitação que faz, exceder um certo limite ínfimo da vida psíquica que o aparelho psíquico procura manter constante. E, devemos perceber que um conceito de limite de satisfação é o que primitivamente enunciam também os economistas da mesma cidade de Viena, com a explicação da utilidade marginal que a coisa tem para o indivíduo que a vai utilizar.

Se Freud entra pelas considerações de caráter mórbido, entretanto, os economistas puderam ver, igualmente, o efeito contrário da continuação da satisfação de um prazer, com a diferença de que aí se estudava o limite máximo do mesmo, seguindo-se, então, em linha descendente.

Estudando o mesmo fenômeno com o intuito de estabelecer as linhas do equilíbrio econômico, Vilfredo Pareto (8) percebeu a existência do que chamou "resíduo" de satisfação, podendo êste ser positivo ou negativo se os gostos fôrem ou não contentados, e marchando para o estabelecimento das *linhas de indiferença*, que decorrem dos próprios índices decrescentes de ofelividade. Tal linha ou curva de indiferença foi assim chamada por Edgeworth, como se sabe, e, en-

(6) — A. Murat — *Initiation à la Théorie Economique*; Léon Walras, *Economie Sociale*; Gaetan Pirou, *La Valeur et Les Prix*.

(7) — Carlos Campos — *Sociologia e Filosofia do Direito*, pág. 195.

(8) — Vilfredo Pareto — *Manual di Economia*, pág. 130.

quanto este supõe a existência da utilidade e dela deduz as curvas, Pareto prefere a trilha oposta, partindo destas e deduzindo o que toma por necessário para a sua teoria do equilíbrio. Por outro lado, como este autor antepõe aos gostos os obstáculos para a realização dos desejos, temos os elementos da apreciação que nos levam ao cálculo econômico de que falamos.

O prazer assim considerado, pois, não conduz aos exagêros ou deslimitados excessos que definem o hedonismo tomado em sentido vulgar, mas está intimamente ligado à utilidade, sendo expressão de satisfação das necessidades e limitando-se pelo próprio desprazer ou desutilidade. O simples prazer, portanto, teria caráter eminentemente individual, enquanto que a utilidade seria "o prazer socializado", na expressão do utilitarismo.

Aqui encontramos, pois, valioso material de trabalho para o jurista que se disponha a considerar os fatos pelo prisma econômico, visto que a vontade, a preferência, a escolha, a utilidade, o esforço, o sacrifício, serão justificativas de teorias e interpretações diversas, visando, tôdas, o mesmo fim ou a explicação dos mesmos fatos.

Concordaremos, pois, que estamos à procura de um *fim*. E Radbruch afirma que nesse sentido, a Ihering devemos a mais valiosa contribuição no campo do raciocínio, pois se não estivesse êle preocupado com a aplicação do puro monismo metodológico, poderia ter atingido um sentido teleológico de fim, por vêzes veladamente oferecido em passagens de suas obras, e que o levaria do terreno da Sociologia ao da Filosofia Jurídica. Bastava que estabelecesse os contrastes entre as realidades empíricas do direito e uma tabua de valores jurídicos normativos, encontrando, então, a idéia de um fim último e absoluto, o que fêz, de certo modo, ao tomar a jurisprudência conceitual, na formação teleológica dos conceitos.

1-5 — Se, pois, chegarmos ao fato mais simples da vida humana, se avançarmos para além da *solidariedade* e atingirmos o campo da *coexistência*, quando o homem cede apenas em razão da própria necessidade de tirar vantagens outras das privações que aceita, estaremos ante material de análise jurídica ou econômica?

Afirma o professor Carlos Campos que a *coexistência* é o fato simples e, neste caso, direito, moral, religião, economia; seriam apenas técnica de realização dos interesses vitais, à serviço da própria vida.

Dizem os marxistas que o fato econômico é fundamental. Se se applicassem a analisar a coexistência, vindo a tomá-la como fato básico, também a considerariam como eminentemente econômica, considerando a satisfação da própria necessidade de nutrição como uma constante oportunidade de afirmativa do cálculo econômico.

Argumentando-se à base de Stammler (9), tomar-se-á o elemento econômico como *maléria* que teria por forma o *direito*, e quando aquê-le se modificasse, na sua característica dinâmica, teríamos o *direito* de *conteúdo variável*, explicando especialmente êste desajuste entre as leis e a realidade econômica, que se verifica nos tabelamentos de preços.

O que se pretende estabelecer numa fria análise científica, portanto, é que os excessos exclusivistas devem ser, o quanto possível, minorados, por provocarem uma distorsão da verdade. Temos para nós que o fato econômico exerce influência superior aos demais, na vida social, mas esta influência não se dá num sentido vertical e centrífugo e sim à base de uma correlação com os outros. Notam-se, por isto mesmo, com maior ou menor intensidade, êstes efeitos reflexos.

Quando partimos do fato, em sua manifestação caracterizada pelo campo em que se qualifiquem os efeitos considerados, para as disciplinas do conhecimento que enfeixam as leis de cada uma destas ciências, avançamos na direção do ponto de vista de que o observador superestimar-á o sentido que prefere dar à interpretação (conexão de sentido). Se não estiver capacitado para fazê-lo com segurança, expõe-se às conseqüências de erros mais ou menos grosseiros. Stammler parece enquadrar-se neste exemplo, apesar do aviso de Simmel de que "em todo o domínio do pensamento é a categoria de conteúdo e de forma uma das mais relativas e das mais subjetivas".

Pontes de Miranda oferece-nos, a respeito, uma imagem esclarecedora, dizendo que visto de *a* para *b*, o trilho da estrada de ferro parece-nos, não paralelo, mas angular, pois que ao se distanciar se estreita; mas se nos pomos no ponto *b*, dar-se-á o mesmo e a largura do ponto *a* parecerá menor. No entanto, nenhuma das duas visões é exata.

Transportado o princípio para o moderno conceito filosófico de valor, ou para as mais recentes teorias da própria ciência econômica, sempre teríamos considerado econômica a atividade do homem, ainda que o seu motivo fôsse o mais simples. As escalas valorativas seriam apreciações mais elevadas do conhecimento e do raciocínio humano.

A estas conclusões seremos levados quando tomamos os *valores vitais* de Hessen, aquêles de que a própria vida é portadora, no sentido naturalista da palavra, no tocante à *bios*. Nem nos esqueçamos, aliás, de que êstes foram os valores que Nietzsche considerou os únicos de sua escala axiológica, daí se podendo chegar facilmente ao biologismo ético. O próprio Johannes Hessen, pois, em sua classificação, ao atribuir uma participação dos *valores de utilidade* ou econômicos, nos demais valores sensíveis, não teria percebido o modo pelo qual os modernos

(9) — Rudolf Stammler — *Tratado de Filosofia del Derecho; Economía y Derecho, El Juez.*

conceitos econômicos de preferência, escolha ou renúncia exigem as características de tôdas as três classes de valor para se satisfazerem.

Se, por outro lado, o homem, como ente social, não prescinde da *coexistência*, na sua afirmativa biológica é pela existência, pela sobrevivência que estabelece a escala de preferências. E, quando vemos a coexistência figurando no pensamento de James Goldschmidt (10) como o próprio *fim* do direito, sendo a tarefa dêste possibilitá-la sempre, ou então levada a regulamentar as relações entre nações, na obra de Vanni (1), havemos de tomar por base a afirmação vital do homem e de compreender que são de utilidade êstes valores que se referem à *bios* e sem os quais êle não poderia participar da vida social.

2.1 — *De uma Justiça Econômica* — Estamos bem próximos do campo da conceituação do *justo*. E, vejamos as aportações da Economia neste terreno. Especialmente Hobson e Hawtrey desenvolvem os seus trabalhos no sentido de introduzir o elemento ético nos conceitos econômicos.

Estudando a justiça, Hawtrey (12) parte do conceito atual de *bem-estar*, após considerá-lo um fim da ação humana em geral e da ação econômica em particular, e o antepõe aos códigos e às regras de moral. Afirma que em nome da justiça é que clamamos por igualdade econômica, salientando que êste clamor tem vários aspectos distintos. O pensamento democrático rebela-se contra os privilégios vindos do feudalismo. O igualitarismo dos séculos XVIII e XIX afastou ainda mais, da legalidade, as garantias de tais privilégios e surgiu daí o princípio da distribuição, incorporado ao competitivismo. “A justiça econômica, diz Hawtrey, de acôrdo com o competitivismo, credenciou cada um a receber o equivalente pelo valor de troca. Êste foi um sistema de recompensas e de punições; aquêle que muito contribui, muito recebe; aquêle que contribui com parcela inferior ao necessário à sua subsistência, não poderia subsistir”. Prosseguindo, afirma que a humanidade não poderia aceitar o rigor de uma justiça assim concebida e antes que os serviços sociais tomassem desenvolvimento, medidas foram aplicadas para garantir a subsistência das camadas pobres. Quando o trabalho se oferecia em um mercado livre, parecia estabelecer-se um princípio de justiça baseado na distribuição. Entretanto, as grandes rendas canalizaram-se para poucas mãos, forman-

(10) — James Goldschmidt — *Problemas Generales del Derecho*, pág. 42.

(11) — Icilio Vianni — *Fil. Dir.*, pág. 338.

(12) — R.G. Hawtrey — *Economic Destiny*, págs. 210 ss.

do pequeno número de fortunas individuais. Foi quando se propôs uma outra concepção de justiça. A produção era o fruto do trabalho. Mediante a divisão do trabalho, cada qual contribuía para o resultado final e, à parte os que não tivessem dêle participado, todos os outros faziam jus a uma quota igual do produto. Enveredou-se para o campo dos princípios abstratos e as controvérsias se multiplicaram. Como não se chegasse a uma conclusão pacífica, surgiu a fórmula da distribuição de acôrdo com as necessidades de cada um. Assim, a justiça na distribuição não seria mais do que elemento *componente* do próprio *bem-estar*.

De qualquer modo, afirma Hawtrey que o sentimento em favor da justa distribuição é muito forte e depende da maneira de se encarar ou aplicar, sendo um aspecto da disposição humana para a felicidade.

Da mesma forma pela qual o sentimento de felicidade está além do campo do contacto pessoal para uma comunidade ou para todos os homens, a discriminação por indivíduos ou secções também pode infringi-la. Isto, porém, quando não há suficiente razão para tal discriminação, sendo que a razão suficiente não é obrigatoriamente adstrita a uma necessidade mensurável, tal como o sustento de uma família. Um homem pode ter uma capacidade criadora reconhecida, tanto se manifestando como a de participar efetivamente da produção, como a de jogar polo ou colecionar velharias. No entanto, o princípio da competição baseada no pagamento a serviços prestados, pode ser definido por ter suficiente razão: "Se o lucro é atacado como um abuso e uma injustiça, é porque o comerciante julga que deve tirar do mercado maior recompensa do que merecem os seus serviços".

A justiça econômica é, para Hawtrey, um fim. Mas, o que seja justiça ou injustiça depende do modo pelo qual se defina a opinião pública.

Finalmente, afirma Hawtrey que o conceito de justiça predominante em nossa época é o da igualdade de oportunidade, livre acesso a tôdas as carreiras que por vocação o indivíduo venha a preferir, suprindo-se as faltas de recurso pessoal para a satisfação desses desejos.

2.2 — Não deixaríamos de encontrar nessa tentativa levada a efeito por Hawtrey, os elementos básicos que têm norteado os estudos sôbre a justiça em geral. Aí encontramos de modo bem claro, como que uma evolução do princípio individualista da justiça *comutativa*, para o social, da justiça *distributiva*. Também nos mais recentes estudos de James Goldsmichdt notamos esta preocupação de situar o pensamento da época com referência à justiça como

idéia de direito, quando se identifica com *igualdade* e se vai encontrar, no alicerce do edifício jurídico, a *utilidade*. Esta utilidade que a Economia estuda com tanto carinho e que lhe tem garantido um progresso admirável, também está enquadrada nos dois tipos de justiça ainda quando destacamos como seus ramos a *distributiva*, a *atributiva* e a *retributiva*. Goldsmichdt coloca a justiça atributiva na base das normas jurídicas, dependendo do pensamento predominante e da cultura da época ou da nação que se observa.

Por seu turno, orientando o conceito de direito na idéia de justiça, já Radbruch havia compreendido a justiça distributiva na igualdade ou no "tratamento igual de coisas iguais (homens e relações entre homens) e no tratamento desigual de coisas desiguais."

As formas de distribuição ou de retribuição, no entanto, mesmo quando enunciadas como princípio básico do direito — e tal se deu entre os romanos — traduzem manifestações do fato econômico supervalorizado ética ou juridicamente.

Herbert Spencer encontra na Economia Política as comprovações indutivas "referentes ao conceito de justiça, estudando a manifestação das leis econômicas nos fatos de tãda ordem e, pelo conhecimento, traçando os rúmos que devem nortear o justo" (13). Nestas leis, enquanto defendia o ponto de vista da liberdade igual para todos, encontrava também material para garantir a harmonia e a eficácia da cooperação social.

2.3 — Sendo a Justiça um dos valores puros que encontramos para o delineamento dos traços básicos do direito, por certo que ditará, mesmo dentro do campo econômico, os caminhos do *dever ser*, pelos quais o homem pauta a sua atividade neste ramo. Seria certo indagar, pois, se os modernos economistas aceitam a introdução do elemento ético nos conceitos de sua Ciência. Se o homem é o sujeito econômico por excelência e se os valores éticos estão estreitamente ligados ao seu discernimento, por acaso os excluíamos do fato econômico, desconhecendo-os completamente ao analisarmos tal atividade?

Mais ainda, se a própria Justiça é uma forma de *bem* moral, ou do moralmente bom, no dizer de Radbruch, denotando aquela qualidade humana, aquela virtude que ressalta de Ulpiano na "*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*", iria o homem excluí-la somente porque a atividade que num determinado momento praticasse, relacionava-se com o intuito de obter maior utilidade, de satisfazer as suas necessidades, assim orientando a escolha, a preferência num sentido absolutamente desprovido de qualquer valoração ética?

(13) — Herbert Spencer — *La Justicia*.

Afinal, aqui poderíamos voltar novamente à controvérsia das Escolas para ver que, muito embora o monismo historicista somente encontre o *ser* (sein) e compreenda os fatos como o *ter que ser* (müssen); ou então, que Hegel tenha identificado o *ser* e o *dever ser* (sollen) (14), sendo êste o aspecto determinante e aquêle o determinado; ou ainda, que o materialismo histórico tenha pôsto a dialética de pernas para cima, segundo a afirmativa de Marx na introdução a "O Capital"; ou então, que Knut Wiksell (15) saliente a necessidade de novamente se colocar Hegel na posição normal, o fato é que o *dever ser* estará sempre presente à atitude do homem, chegando mesmo a tomar foros de *auto-regência* no próprio marxismo, que assim passava a compreender o seu descuido do lado formal dos fenômenos, em proveito do material (16).

Adolf Weber (17) aborda o tema firmemente, salientando que a aliança entre a Economia Política e a Ética Econômica é o único fator capaz de elevar a Economia à categoria de ciência do *dever ser*. Agindo com plena consciência e liberdade, o homem não consegue deixar de ter por referência um fim supremo, que é o próprio ideal de Humanidade e o que com êle concorda é como *deve ser*, ou moralmente justo. Assim, as regras do moralmente justo são deduzidas do "conceito geral do mundo." Vai perdendo terreno o pensamento de Nell Breuning, citado pelo autor, segundo o qual as normas econômicas são apenas, de maneira relativa, normas últimas e supremas, ante as quais os princípios morais têm a dupla primasia de serem mais elevados em sua modalidade, figurando, além disto, e ao mesmo tempo, também como normas desta mesma ordem.

Realmente, tomando um dos fenômenos fundamentais da vida econômica, que é a divisão do trabalho, encontramos a base do contrato e do benefício, dando origem à sociedade. Porém, isto não exprime o progresso que se quer alcançar *pela e na* Economia, diz Weber. Para tanto, havemos de atender à compreensão de mútua dependência naquele tipo de convivência humana que Tönnies chamou de comunidade. E, tão logo êste sentido de continuidade se transforma em "conteúdo de consciência", temos os dados da ética econômica, o princípio de justiça que volta ao enunciado de Ulpiano com o "suum cuique tribuere", às idéias de Aristóteles com a justiça distributiva e comutativa, além daquela justiça que tem seu significado na jurisdição ou "iustitia tutatrix", kantiana, e ainda

(14) — Radbruch, vol. cit. 31; Hegel, *Principes de la Philosophie du Droit*.

(15) — Kant Wiksell, *Lectures on Political Economy*, Vol. I.

(16) — Engels — *Carta a Mehering* — 14 de julho de 1893.

(17) — A. Weber — *Tratado de Economia Política*, Vol. I.

esta *justiça social*, definida por Jean Brethe de la Gressay e Marcel Laborde Lacoste como determinando o que toca a cada um membro do grupo como irmão, como semelhante (18).

Mesmo assim, poderíamos parrônicamente permanecer no ponto inicial de que a Economia nada tenha a ver com a moral ou o justo. Mas, precisamente porque as pesquisas sôbre o comportamento do homem e as suas atitudes valorativas se desenvolveram profundamente, é que podemos compreender as palavras de Messner, para quem é necessário que a ética social não se perca, afinal, em utópias, nem tão pouco em atitudes meramente críticas, ante a realidade atual. Ao contrário, deve formar as suas imagens de acôrdo com aspirações de ordem social e econômica.

O próprio sentido dêste predomínio de um conceito moral que evolui, tem levado elementos como Briefs a tentar o estabelecimento de leis que tracem os limites morais de uma organização como a capitalista, tratando assim da concorrência. Pode ser feito o mesmo para um tipo oposto de economia, como, por exemplo, a das formas planificadas totais.

Conceitos jurídicos e ordem econômica

3.1 — Chegando a êste ponto, havemos de considerar a evolução dos conceitos jurídicos e dos conceitos econômicos na sua correlação consentânea com a realidade.

Partindo dos princípios jurídicos mais liberais, havemos de encontrar a superestimação do indivíduo na fôrça dos contratos, elevando-os à categoria de lei entre os contratantes.

Georges Rippert analisa o fato e fala-nos de uma “ordem pública econômica” que leva a considerar a situação dos contratantes quando, apesar de liberdade política, não têm condições econômicas iguais, o que exclui, desde logo, a possibilidade de um livre entendimento. Torna-se, neste caso, muito acertado “não se ver nesta manifestação da vontade, o ato criado da obrigação”, diz este autor.

Sabemos que o mesmo princípio foi adotado pelas delegações brasileiras aos congressos internacionais, especialmente à Convenção de Havana, pois, exigências que assegurem igualdade entre nações de potencial econômico desigual constituem a tese de Roberto Simonsen na defesa dos interêsses brasileiros relativos aos tratados internacionais.

(18) — Jean Brethe de la Gressaye et Marcel Laborde Lacoste — *Introduction Générale a l'étude du Droit*, pág. 53.

Salienta Rippert que se o Código Civil Francês, ao ser elaborado, tinha um papel meramente político a desempenhar, hoje a sua preocupação deve ser de ordem econômica. E este pensamento vem de encontro ao ponto de vista que registra o declino da fôrça da vontade estipulada entre as partes, para valer como lei, surgindo como poder maior o interêsse público. Para se legislar a respeito, salientam-se dificuldades, especialmente de natureza técnica, porque as cláusulas dos contratos não podem valer pela sua extrema rigidez, registrando-se fato idêntico com as próprias Leis. Acrescenta ainda êste jurista francês, que "a nova ordem pública não é constituída de regras que durem. A legislação econômica é essencialmente variável e instável, porque deve jogar com elementos que se modificam cada ano, cada mês. O legislador deve, sem cessar, retomar uma tarefa que não pode ser provisória; sua vontade nada pode contra os fatos econômicos, e os fatos de que êle precisa ter conhecimento não são apenas os que se produzem no interior da nação, mas no mundo inteiro."

Isto vem dificultar a ação até mesmo da jurisprudência, porque as condições de elaboração da própria lei se modificam a cada instante. As modificações do valor da moeda, as oscilações das colheitas, as condições do mercado externo para importação ou exportação de produtos, são fatos econômicos que agirão, por sua vez, sôbre os salários, o poder aquisitivo interno, a capacidade de consumir ou de produzir, e a legislação há de estar sempre atual, sob pena de ineficácia ou desmoralização.

É o próprio Georges Rippert quem nos dá em *Le declin du Droit-études sur la législation contemporaine*, um estudo completo sôbre o espírito de desobediência às leis, encontrando como primeira causa dessa desobediência, um sentimento de *inutilidade da lei*, do qual, não nos esqueçamos, já nos havia falado Jean Cruet. De resto, Montesquieu também havia afirmado que as leis inúteis acabam por enfraquecer as leis necessárias (19).

2-3 — As tentativas levadas a efeito no sentido de uma legislação de natureza econômica, no entanto, se antes apenas apresentavam aquêle caráter de improvisação que denotava o pouco, ou quase nulo, conhecimento dos modernos conceitos da Economia, hoje se vão tornando mais produtivas e parecendo prestes a desfazer os males dos excessos.

E bem verdade que, segundo se percebe e Rippert faz questão de salientar, o juiz não está suficientemente preparado de conhecimentos econômicos para fazer face à sua difícil tarefa. Esta, en-

(19) — Montesquieu, *L'esprit des lois*, Liv XXIX, Cap. 16.

tretanto, é uma questão que não pode modificar o sentido do presente trabalho.

Assim, se tomarmos um fato econômico como, por exemplo, os preços, temos desde logo duas alternativas. Ou o poder público tabelá-os, como tem feito nas diversas emergências, ou os deixa manifestarem por seu mecanismo natural. Citando a legislação francesa, Rippert vai ao Código Penal. Este preferia garantir a livre manifestação da lei da oferta e da procura, que deu margem a toda uma série infundável de abusos. O extremo oposto, que são os tabelamentos, não constitui expediente recomendado por nenhum conhecedor seguro da Ciência Econômica, pois, sendo eminentemente variáveis os elementos componentes do preço, como poderia este ficar cristalizado? — Rippert assume posição razoável ao afirmar que “é mais certo não fixar legalmente um preço ou os limites de um preço, e dar-se ao técnico ou ao juiz o meio de determiná-lo segundo elementos objetivos. Toma-se como medida comum o preço normal e as partes são obrigadas a tratar em condições médias. A sanção a todo exagêro será, segundo o caso, a nulidade do contrato ou redução, e o juiz aprecia se este contrato foi lavrado segundo as condições gerais do comércio.”

Como se percebe, tem o juiz uma nova tarefa em nossos dias, e quer tomemos estas leis de fundo econômico em sua interpretação mais liberal, quer as consideremos em clima de intervencionismo maior ou menor, jamais poderemos negar a existência de um elemento novo no direito aplicado, que requer pesquisa e estudos e que desafia, a cada instante, os recursos de nossa cultura jurídica.

Todos nós temos notícias de leis surgidas nos diversos países, marcando fases decisivas do seu desenvolvimento. Desde os “atos de navegação” de Cromwell, aos éditos de Turgout, à lei Sherman contra os *trusts*, à legislação alfandegária da quase totalidade dos países no século em que vivemos e, sobretudo, depois da primeira Grande Guerra, às tentativas de entendimento entre as nações para o estabelecimento de uma economia mais sólida nos diversos Continentes, o fato econômico se impôs. Fugir ao seu imperativo tem sido uma das razões mais indiscutíveis dos grandes males da humanidade.

Quando a legislação brasileira adota para o juiz maior liberdade de ação, substituindo o texto legal se este é falho, ou modificando-o quando obscuro e não condizente com a realidade, não será desinteressante lembrarmos uma experiência que muito veio enriquecer este campo de pesquisas. Trata-se da lei de 21 de outubro de 1940, em França, ou o *Código dos Preços*, considerada por Rippert como um retôrno aos erros do passado, com uma moral oficial trazida pelo

Estado, tal como na época dos canonistas com os seus conceitos sôbre *usura e justo preço*. Conclue, porém, em sua crítica, que o legislador não se propõe impôr a virtude nos contratos, mas, simplesmente, pretende garantir aos consumidores a existência do necessário a preços compatíveis, para isto armando o juiz contra a ação dos especuladores. Os ensinamentos jurídico-econômicos desta experiência, entretanto, merecem mais detido exame, pois devemos confessar que da legislação semelhante em nosso país, constante do Decreto-lei n.º 9.125,, não pudemos colher frutos tão ricos, devido talvez, ao próprio caráter de lei de emergência que apresentou e apesar da continuação de sua vigência.

Fernand Charles Jeantet (20) oferece-nos um estudo bem detalhado a respeito.

Assim, começa êle pelo "delito de majoração ilícita e sua sanção penal, abordando especialmente a natureza jurídica da infração às leis dos preços. Encontra-se, então, para estudo, o tipo dos delitos complementares que, ao lado do primeiro, vão trazer uma infinidade de novas atividades a serem consideradas.

A análise do elemento intencional é outro ponto de suma importância, envolvendo todos os elementos participantes da transação, dando-se caráter correcional à pena.

Sendo elaborado após a publicação de trinta e cinco leis sôbre preços, êste Código considera a dificuldade da taxação em face das flutuações econômicas que, mesmo uma economia de certo modo dirigida, pode pretender orientar, mas não impedir. Adota, assim, o método da interpretação extensiva dos textos concernentes aos preços, embora tenha definido com precisão a maior parte das infrações. Uma Lei de 15 de março de 1942 previa a possibilidade de transferir a um tribunal especial as infrações ao Código, pronunciando-se a seu respeito e adotando tanto penas correcionais como criminaes comuns, até a de morte.

Na determinação da responsabilidade penal por ação de terceiros, temos um dos pontos mais interessantes dessa legislação. Cuida-se da punição do *autor moral* da infração, além do autor *material*. A cumplicidade e a negligência, sendo elementos do direito criminal clássico, nem por isto deixaram de sofrer o impacto de um desenvolvimento paralelo ao da responsabilidade civil pela ação de outrem. E o Código de Preços de França não somente pune o cúmplice, ampliando o próprio conceito de cumplicidade, mas, impõe aos dirigentes da empresa um dever especial de vigilância

(20) — Fernand-Charles Jeantet, *Le Code des prix et les principes fondamentaux du Droit Penal Classique*.

sôbre os seus subordinados, criando um "risco hierárquico". Os gerentes são passíveis das mesmas penas que os diretores. É estabelecida a determinação dos responsáveis, por uma separação entre os encarregados da direção e administração e os que participam da atividade da empresa, gerentes, mandatários ou empregados, dirigentes e executantes, mas, êstes últimos não respondem senão pelos seus próprios atos, "atos pessoais ou de execução de ordens que saibam ilícitas". Os dirigentes, ao contrário, são responsáveis pela ação ilícita cometida pelos seus subordinados. É verdade, no entanto, que segundo Jeantet, os arestos publicados até três anos após a promulgação do Código, não haviam disposto com firmeza sôbre o modo pelo qual reconheceriam as provas dos dirigentes quanto ao seu conhecimento dos preços lícitos, visto como o delito de majoração ilícita é eminentemente material. O ato do preposto, porém, reflete a falta do dirigente e, desde que a infração tenha sido materialmente constatada, a Lei de 1940 admite a sua presunção.

Outro ponto interessante é aquêle em que se considera a abstenção delituosa, caracterizando como tal a atitude puramente negativa do particular quando se recusa a colaborar para a manutenção da disciplina social.

A individuação da pena, especialmente no capítulo referente à circunstância agravante do mercado negro, a fôrça dada aos agentes do contrôle econômico na formação da culpa, a maneira pela qual é encarada a vítima, tendo como papel o de "reclamar", a ação do Ministério Público, são outros tantos temas que mereceriam exame mais detido, se o limitado âmbito dêste trabalho a tanto permitisse.

CONCLUSÃO : — Não se nega, hoje em dia, a intensa vocação da Economia para o Direito, sobretudo porque à medida que aquela ciência conquista novos terrenos no setor dos conceitos que lhe servem de base, o homem funciona enèrgicamente como elemento atuante em suas leis e a mais ponderável de tôdas as fôrças determinantes dos fatos tomados por objeto de seus estudos.

Esta vocação, entretanto, precisa ser melhor determinada, porque, de modo geral, as observações feitas neste sentido sempre se nos apresentam eivadas do vício das paixões políticas ou das deficiências técnicas, com sérios prejuízos para a cultura.

Os elementos de análise introduzidos na pesquisa econômica, permitiram a melhor penetração e o desenvolvimento de conceitos tais como o de escolha, preferência, determinação, que se afirmam como atitudes volitivas do sujeito econômico, inevitavelmente antepostas à escala valorativa do indivíduo e, ao mesmo tempo, à tábua de gradação das responsabilidades que há de enfrentar.

Esta atitude do homem no cenário sócio-econômico, conscientemente agindo e influenciando nos fatos em virtude do conhecimento que tem das leis econômicas, por certo que há de colocá-lo ante os efeitos das leis jurídicas e das sanções morais.

Tôda uma legislação vasada em princípios econômicos se desenvolve, por isto mesmo, e os antigos conceitos jurídicos vão sofrendo a ação desta realidade.

A medida que nos aprofundamos na pesquisa do fato econômico, vemos que êle vai funcionar naquele conjunto fático que os juristas modernos consideram elemento de primeira grandeza na produção do direito (21). Assim, passamos a conhecer melhor o rico material de estudos que nos permite penetrar a importância do elemento econômico em tôdas as fases de desenvolvimento da mentalidade jurídica, no que tange aos interesses mais imediatos do homem na sua vida social.

Quando passamos da função meramente legislativa para a consideração da tarefa do juiz moderno, não menor é o destaque que lhe havemos de atribuir, pois que precisamente entre as fontes do Direito Positivo, vamos encontrá-lo no seu dinamismo característico. A utilidade, o interesse, o valor traduzidos nas diversas manifestações dos fatos econômicos, funcionando como o material nobre dos atos econômicos dos homens sôbre os quais se consolida o progresso material da humanidade, encontram igual importância analítica, de parte do economista e do jurista. Na realidade, não constituem formas diferentes de utilidade, de interesse ou de valor, mas, tão somente oferecem o dado que passa a ser observado sob diversos modos de ver.

A íntima correlação das técnicas analíticas descobre, desde logo, esta mútua vocação que, uma vez reconhecida, possibilitará a solução de delicados problemas do homem na luta incessante que trava em sociedade.

Aceitemos, por exemplo, o ponto de vista de W. Köpke (28) de que o mundo seja "esta botica".

Se o conceito de concorrência por tanto tempo predominou como oposto ao de monopólio, e se as formas interpretativas passaram a procurar nas linhas de oferta e de procura as condições de sua própria rigidez ou elasticidade, após os estudos de Hobson e Chamberlain o princípio da *concorrência monopólica* é pacificamente aceito, porque satisfatoriamente demonstrado. Mas, na infinidade

(21) — Eugen Hubert, *El derecho y su realización* — 2.º Vol., págs. 33 ss.

(22) — W. Köpke, *Explication Économique du Monde Moderne*, pág. 179.

dos casos sucessivos, vindo do extremo distante até às hipóteses verificáveis de realização de transações nesta "botica", chegamos à observação da linha de Edgeworth, bastante conhecida dos estudiosos de Economia, (vide gráfico com a série de concorrência da procura e oferta distanciadas, ao alto, chegando à realização das transações. Em baixo, a linha de Edgeworth, mostrando a vertical que liga os pontos de encontro das diversas hipóteses. No medalhão, o gráfico comum de equilíbrio de Pareto).

Dáí por diante, muito temos que estudar. O equilíbrio linear de Pareto, cede terreno ao equilíbrio baseado no símile da Termodinâmica que nos dá Jacques Dumontier (23). Assim, a linha de indeterminação de Edgeworth, que economistas do valor de Jean Marchal (24) tudo fazem para diminuir, na tentativa de chegar ao ponto de encontro, não deve sofrer esta redução extrema. Deve permanecer os limites de tolerância que garantam, à produção, as condições econômicas de fazer face ao custo, para que a atividade não pereça; e ao consumo, as bases do poder aquisitivo, que se prendem ainda ao ponto inicial, fechando o círculo em corte vertical, com a *propensão à consumir*, de Keynes, e formando o "campo" que o direito deve proteger.

Assim se estabelecem bases seguras para o conhecimento do legislador e do julgador, e em vez da adoção de frouxos limites que somente denunciem a incapacidade científica de análise dos fatos, tem-se uma afirmativa vigorosa que já encontrou expressão nos pragmatistas norte-americanos, especialmente entre os *juristas realistas* (25), nas figuras de Roscoe Pound e do Juiz Holmes.

Entre nós, os arts. 113 e 114 do Código do Processo Civil já vêm possibilitando valiosa experiência ao estudioso, que se convence cada vez mais, da necessidade da cultura especializada ou da assessoria econômica ao Judiciário, assim como hoje se procura oferecê-la ao Legislativo e ao Executivo.

O próprio Geny (26) — após considerar o fato econômico — recorre ao símbolo da balança de interesses, estabelecendo uma "probabilidade normal", vendo abrir-se para a livre investigação um campo de ação quase ilimitado, especialmente se valoriza devidamente a boa fé, "que em nosso direito moderno constitui eixo moral do jôgo das vontades autônomas".

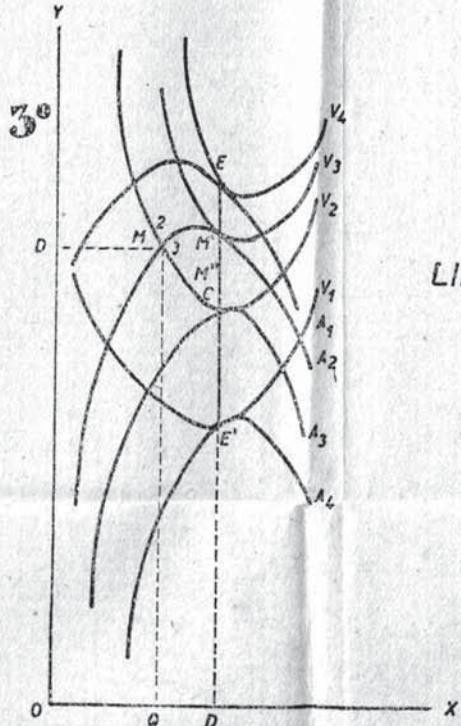
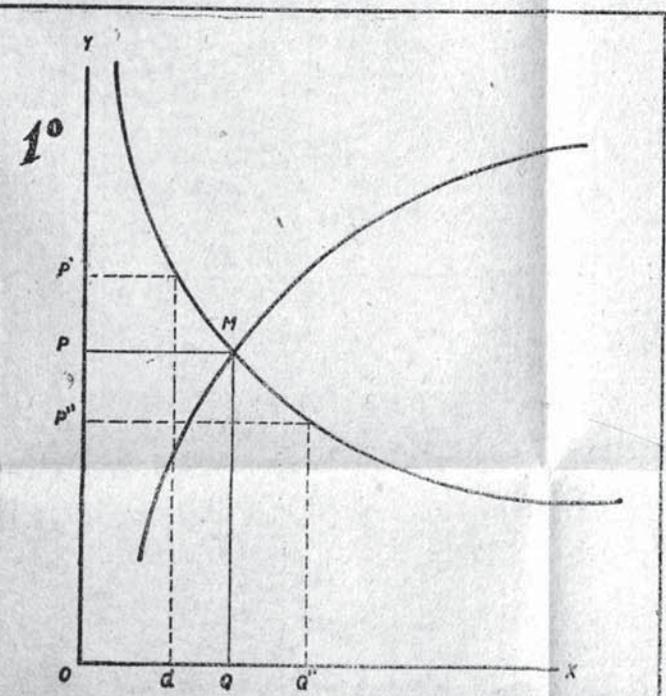
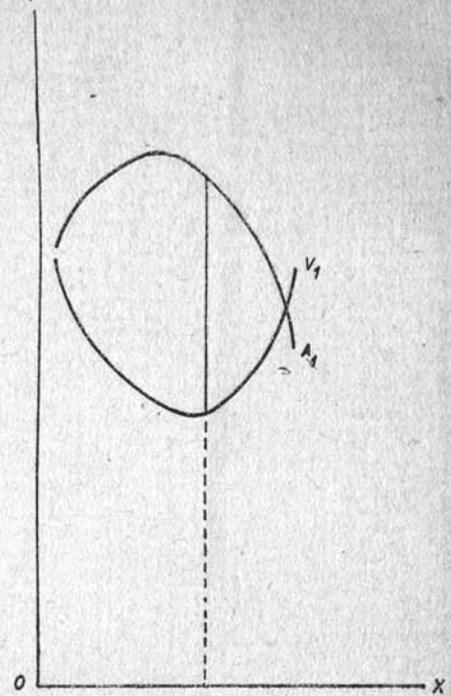
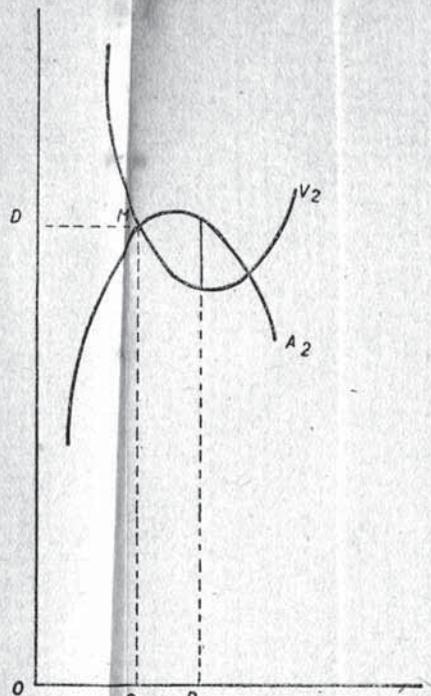
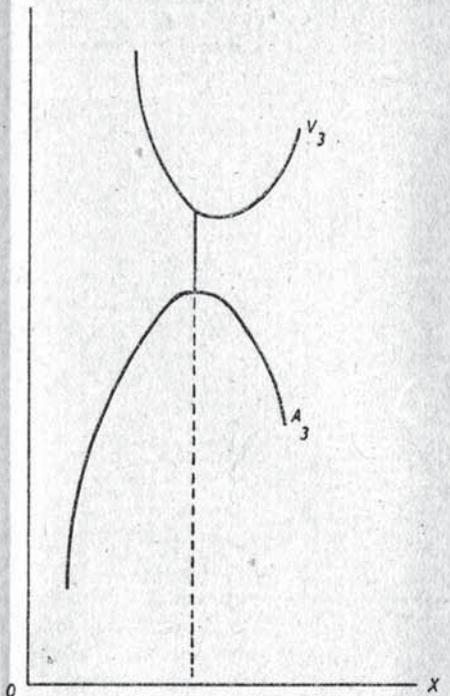
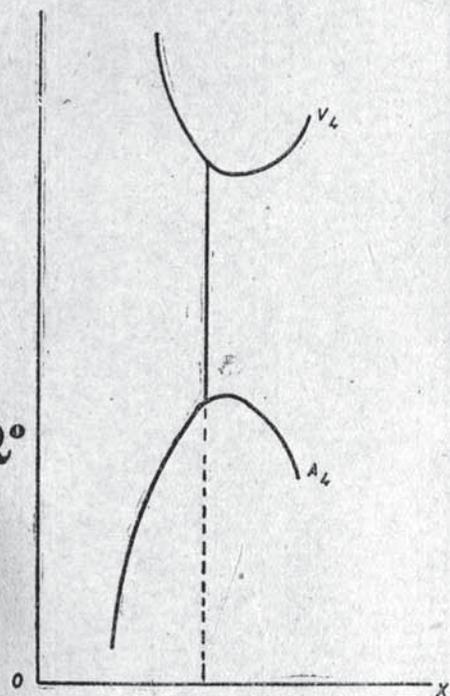
(23) — Jaques Dumontier, *Équilibre physique, Équilibre biologique, Équilibre Économique*.

(24) — Jean Marchal, *Le Mechanisme des Prix*.

(25) — *Teoria del Derecho* — Edgar Bodenhermer, págs. 339 ss.

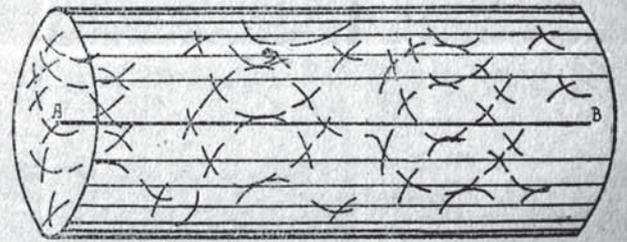
(26) — François Geny, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado positivo*, págs. 607 e ss.

2°



LINHA DE EDGEWORTH

4°



O art. 105 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, mandando que o juiz atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum a que a Lei se dirige, é o outro manancial de inexgotáveis pesquisas de que dispomos. Especialmente na *interpretação abrogans*, quando vemos Coviello “negar todo significado a uma dada norma de Lei e considerá-la como não escrita” (27), havemos de concordar em que a mais profunda penetração na própria estrutura do *fato* é a tarefa imediata do julgador, visto como se o legislador pode fotografá-lo em expressivos instantâneos, nem por isto lhe confere aquêles requisitos cinemáticos de um constante movimento.

Não são pequenas, entretanto, as possibilidades do legislador ante a dinâmica dos fatos. Eugen Huber (27) estuda a produção do direito e perquire sôbre os *reais* na legislação, considerando que “o fato modifica o direito em sua determinação, porém, não o faz mudar de essência.”

Voltando ao nosso exemplo gráfico, encontramos o direito regulando as condições de concorrência. Mesmo quando esta chegue ao extremo oposto do monopólio, nem por isto terá perdido a sua característica fundamental de mecanismo dos interesses no mercado. E, ainda mais, se deixamos de lado a abstração do equilíbrio num ponto de encontro entre duas linhas, e ampliamos o conceito para a delimitação de todo um “campo” de realização de transações que giram em tórno de uma linha ou eixo imaginário, temos uma sucessão de hipóteses em que a liberdade de entendimento se deu, em que vários preços diferentes se verificaram, sem que se tenha quebrado a harmonia do mecanismo geral.

O fato econômico, influndo na produção do direito, recebeu dêste a garantia de um clima favorável. Daí a manifestação livre do seu movimento, condicionando-se esta liberdade ao princípio jurídico que deve delimitá-la, sentido jurídico dominante que atualmente avança, cada vez mais, dos domínios do individual para o do bem-estar coletivo.

Esta recíproca vocação é o que há de preocupar juristas e economistas, na mútua colaboração em uma pesquisa da maior importância para a cultura de nossos dias.

(27) — W. Coviello, *Manuale di Diritto Civile Italiano* — Vol. I.

(28) — Ob. cit — Vol, II, págs. 33 ss.