

Atualidades

RACIONALIDADE JURÍDICA E RACIONALIDADE ECONÔMICA: Entre o Monte e o Rio

KLEBER LUIZ ZANCHIM

Introdução. A (ir)racionalidade como regra e o poder ordenador. O Monte e o Rio. Considerações finais. Bibliografia. Apêndice.

“A capacidade cognitiva superior é aquilo que torna a vida do homem mais cheia de sofrimento do que a vida do animal” (Arthur Schopenhauer, *Da Morte, da Metafísica do Amor, do Sofrimento do Mundo*, São Paulo, Martin Claret, trad. port. de Pietro Nasseti, 2002, p. 119).

Introdução

Monte e rio são dois vocábulos que conotam muito mais do que a idéia de uma estrutura rochosa e de um curso aquífero. Representam uma oposição crítica entre terra e água, estática e dinâmica, obstáculo e saída e, pasme-se, Direito e Economia. O primeiro assume muitas vezes a veste de fator gerador de custos ao mercado por não contemplar em suas normas o que se chama de racionalidade dos agentes econômicos.¹ A última costuma ser considerada como pretenciosa ordem natural da experiência humana, que, diante da escassez dos recursos disponíveis e da multiplicação das necessidades do homem, busca a aplicação eficiente desses recursos para que uma organização social seja viável.²

Assim, enquanto o “rio” Economia flui para a satisfação das necessidades huma-

nas considerando fórmulas de “alocação de recursos”, o “monte” Direito põe-se diante dela como um “divisor de águas” que pode alterar-lhe o curso e favorecer ou prejudicar seu desembocar no “mar da eficiência”. Em meio a essas “forças da natureza” está a sociedade, à espera de solução para suas mazelas e conflitos. A situação é semelhante à descrita pelo poeta Pablo Neruda que, diante de um povo abandonado entre um monte e um rio, é chamado a prestar auxílio na luta contra as dificuldades criadas por esse ambiente sem saídas:

“Teu povo,
teu povo abandonado
entre o monte e o rio,
com dores e com fome,
não quer lutar sozinho,
te está esperando, amigo”.³

Diz-se que o “amigo” que pretender lutar contra as hostilidades decorrentes da

1. Cf. Rachel Sztajn, “Os custos provocados pelo Direito”, in *RDM* 112/74-78, 1998.

2. Cf. Fábio Nusdeo, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, pp. 32 e ss.

3. “O monte e o rio”, in *Versos do Capitão*, p. 115.

zona de isolamento recíproco entre Direito e da Economia deve, como primeiro passo, pesquisar um elemento considerado essencial para a divergência entre essas duas ciências: suas racionalidades. A partir destas, as dores e a fome dos isolados (sociedade) poderiam ser minoradas se se conseguisse que as pedras da rocha cristalina formassem uma ponte sobre as águas, ou que o curso destas fosse alterado em direção à rocha para abri-lhe saídas. O desafio é saber se tais opções são possíveis, e como se poderia decidir entre elas.

A (ir)racionalidade como regra e o poder ordenador

Falar aqui de racionalidade é quase leviano. Não só porque os limites do presente estudo são estreitos demais para a amplitude do conceito, mas porque, ao que parece, a própria razão humana não o comporta. Dizemos “quase leviano” porque, apesar das inúmeras tentativas frustradas de precisar o que seja racionalidade, existem pessoas que continuam tentando, de modo que a imprudência deste trabalho é compartilhada com a delas.

Como ponto de partida vamos admitir que racionalidade é a razão em ação ou em exercício. Com isso não resolvemos qualquer problema conceitual, mas ao menos consideramos que a racionalidade tem natureza operativa não restrita a associações puramente mentais, já que envolve a tomada de decisões. Essas decisões, como veremos, referem-se aos meios para o alcance de determinados fins. Antes de explorarmos esse ponto, porém, é preciso definir os caminhos de análise da razão/racionalidade.

Analisar a racionalidade é tão difícil quanto analisar o homem. Na verdade, muitos poderão dizer que esses conceitos são a mesma coisa, pois o racional seria o ponto de definição do homem. Se assim for, seria impossível ao homem definir a razão porque, sendo um e outra, em essência, a mesma coisa, não haveria a diferenciação

necessária para qualquer definição. Por isso, para que a discussão faça sentido é preciso que se considere a razão/racionalidade não como um substantivo equivalente ao substantivo homem, mas como um adjetivo ou atributo dele. Assim procedeu Cícero, que concebeu a razão como uma qualidade positiva do ser humano: “Grande vantagem deu a natureza e a razão ao homem sobre todos os seres animados, concedendo-lhe o significado da ordem, da bem-aventurança e a medida nas suas ações e palavras. Só ele sente a beleza, a graciosidade, a proporção dos objetos sujeitos à sua vista; e o homem, conduzindo essa imagem dos objetos materiais ao que só interessa ao espírito, *transforma em beleza, assiduidade e ordem seus desejos e suas ações, resguarda-se da desonestidade e da covardia, preserva-se da paixão tanto para seus sentimentos como para seu comportamento*”.⁴

Cícero vê a razão como um mecanismo de controle das impressões humanas, apto a torná-las sublimes. O racional seria o belo, o adequado, o farol a iluminar as virtudes, na medida em que controla as “más” tendências do homem. Friedrich Nietzsche, todavia, pensa diferente. Para este filósofo, o homem persegue um objetivo pessoal, que ele mesmo mede segundo a sua razão individual, e não segundo uma razão geral abstrata. Tal objetivo seria o prazer: “o indivíduo quer para si o prazer ou quer afastar o desprazer; a questão é sempre, em qualquer sentido, a autoconservação. Sócrates e Platão estão certos: o que quer que o homem faça, ele sempre faz o bem, isto é: o que lhe parece bom (útil) segundo o grau de seu intelecto, *segundo a eventual medida de sua racionalidade*”.⁵

Se deduzirmos dos trechos transcritos os conteúdos de racionalidade que informam, temos que para Cícero seria irracional que o homem deixasse de resguardar

4. *Dos Deveres*, p. 35 (destacamos).

5. *Humano, Demasiado Humano*, p. 78 (destacamos).

sua honestidade e coragem e de controlar suas paixões. Para Nietzsche, irracional seria não buscar o prazer. Esses conteúdos decorrem de um juízo orientado finalisticamente, como explicitado a seguir.

Começemos estudando o que os fins representam para os indivíduos. Isso importa porque, se se prestar atenção, os filósofos definem a razão pelos fins: certo comportamento é considerado racional *porque* se liga a determinados fins. Cícero encontra a razão no controle, enquanto Nietzsche a encontra no prazer. E o que são “controle” e “prazer”? São *objetos de valor*. Vejamos.

Valores são, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr., “símbolos de preferência para ações indeterminadamente permanentes, ou ainda, fórmulas integradoras e sintéticas para a representação do sentido de consenso social”.⁶ Sendo símbolos de preferência, os valores envolvem um juízo de preferibilidade sobre algo. Ora, é intuitivo que preferimos uma coisa a outra quando uma satisfaz melhor nossas necessidades que a outra. Daí Johannes Hessen considerar que tem valor “tudo aquilo que for apropriado a satisfazer determinadas necessidades”.⁷

A estrutura axiológica é composta, portanto, por um sujeito que valoriza,⁸ um objeto valorado e uma necessidade a que esse objeto atende: é exatamente aí que se assenta o seu valor. Para Cícero, tem valor o autocontrole, porque satisfaz uma necessidade que ele julga fundamental, qual seja, a preservação da sociedade: “É também recorrendo à razão que a natureza aproxima o homem do homem, fazendo-o dialogar e viver em comum. Inspirando-lhe especial ternura pelos filhos, fazendo-o de-

seja reuniões e conservar a sociedade entre si: por esses motivos ela os entusiasma a procurar todo o necessário para a conservação e comodidades da vida, não somente para si mesmos, como para a sua mulher, seus filhos e todos aqueles que eles amam e devem proteger”.⁹

Para Nietzsche, de outro lado, tem valor o prazer, que satisfaz a necessidade da autoconservação: “na medida em que há um prazer na ação (sentimento do próprio poder; da intensidade da própria excitação), a ação ocorre para conservar o bem-estar do indivíduo, sob um ponto de vista similar ao da legítima defesa, ao da mentira por necessidade. Sem prazer não há vida: a luta pelo prazer é a luta pela vida”.¹⁰

Portanto, Cícero considera uma necessidade de preservação social e enxerga no *autocontrole* dos indivíduos uma forma de satisfazê-la. Por isso, valoriza o autocontrole como comportamento racional. Já Nietzsche vê uma necessidade de preservação pessoal e identifica na busca pelo *prazer* um modo de atendê-la. Logo, valoriza essa busca como um agir racional. Controle e prazer são, assim, objetos de valor.

Segundo essas premissas podemos analisar a racionalidade como um sistema, aqui entendido como um organismo composto de repertório (elementos) e estrutura (regras de interação entre esses elementos).¹¹ Os elementos são as necessidades (fins) e as condutas (meios), enquanto a regra de interação é um juízo de valor. Fixado o fim (elemento *pré*-definido), o sujeito observa os meios disponíveis e, na valoração de um destes como adequado (elemento *pós*-definido), exercita sua racionalidade, põe sua razão em ato, decide. O sistema da racionalidade é, portanto, um sistema de decisão (pragmático).

Ocorre que as necessidades dos indivíduos são muito variadas, o que faz varia-

6. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 3ª ed., p. 111.

7. *Filosofia dos Valores*, p. 39.

8. O valor necessariamente é uma experiência coletiva, de modo que quando falamos em sujeito queremos dizer um grupo ou coletividade que experimenta a necessidade a que o objeto valorado pretende atender.

9. *Dos Deveres*, cit., p. 34.

10. *Humano, Demasiado Humano*, cit., p. 80.

11. Cf. Tércio S. Ferraz Jr., *Introdução...*, cit., p. 172.

dos também os meios de satisfazê-las. A conduta que se adota para, por exemplo, satisfazer uma necessidade de convivência, que depende de mecanismos de aproximação entre pessoas, não é a que se utiliza para atender a uma necessidade de isolamento, que depende da não-aproximação. A diferença de fins determina a diferença de meios, e nenhum desses elementos é permutável. Ou seja, não é possível, sob pena de o sistema deixar de ser racional, que utilizemos a mesma conduta para satisfazer necessidades diferentes. Observando com cuidado perceberemos que, perante a convivência e o isolamento, estamos não diante de um, mas de dois sistemas que, se comparados, são *irracionais* entre si.

Há duas perspectivas de análise do sistema necessidade – juízo de valor – conduta: uma interna e outra externa. Na primeira não há conflitos, porque existe um único fim (convivência, por exemplo) a orientar o juízo na decisão sobre a conduta, perfazendo-se o domínio da racionalidade. Na segunda, porém, o sistema está em interação com outros sistemas de repertórios distintos (isolamento, por exemplo) e, nessa interação, dominam a *irracionalidade*, os conflitos. Perceba-se que racionalidade e irracionalidade não se excluem porque pertencem a âmbitos diferentes: uma é intrasistemática, a outra é intersistemática.

Mas então alguém perguntaria: como pode haver sociedade enquanto complexo de relações se nestas a regra é a irracionalidade? A resposta está no *poder*: ele hierarquiza os fins e permite a sobreposição de uns sobre os outros, ordenando os conflitos.

O poder é a “estrutura” do sistema social, cujo “repertório” são todos os sistemas de racionalidade. O poder inviabiliza que a interação naturalmente irracional entre esses sistemas destrua o sistema maior que recebe o nome de sociedade. Faz isso definindo de antemão os fins a serem perseguidos, pois, como explica Goffredo Teles Jr., “o prévio conhecimento do fim a ser atingido é o que determina a conveniên-

cia dos meios”.¹² O poder estabelece, pois, uma *ordem* de necessidades e, a partir disso, orienta os juízos de valor sobre os meios de satisfazê-las: trata-se de sua função ordenadora, que estabiliza as crises. O raciocínio fica claro se retomarmos Cícero e Nietzsche.

Relembre-se que, para o primeiro, o autocontrole é comportamento humano que tem valor e, portanto, é racional. Essa racionalidade vincula-se, todavia, ao fim indicado pelo autor: a preservação social. Então ficam as perguntas: por que deve o homem perseguir esse fim? Que critério orienta essa escolha fundamental para o sistema de racionalidade de Cícero? Porque não se adotar o fim da autopreservação sugerido por Nietzsche? Aliás, também por que o adotar? Não há respostas objetivas. Os fins não são imperativos categóricos kantianos, ou seja, objetivos *necessários* que, como tais, poderiam ser erigidos à categoria de lei universal.¹³ Ao contrário, como escreve John Rawls, tudo é uma função da vontade: “embora os princípios racionais possam focalizar nossos julgamentos e definir as diretrizes da reflexão, *devemos no fim escolher por nós mesmos, no sentido de que a escolha muitas vezes depende de nosso autoconhecimento direto, não apenas no que concerne às coisas que queremos, mas também em relação à intensidade com que queremos*”.¹⁴

Se entre todos os fins possíveis uma certa vontade escolhe um, e se outra vontade não é capaz de eleger fim diferente que o substitua, a primeira é expressão do poder. Segundo Niklas Luhmann, “O poder do poderoso é maior quando ele pode escolher, para efetivação por via do poder, entre decisões diferentes. Ele é também maior quando o poderoso pode efetuar-lo diante de um parceiro que possua alternativas mais numerosas e diversas”.¹⁵

12. Cf. *Iniciação na Ciência do Direito*, p. 5.

13. Cf. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos*, p. 52.

14. *Uma Teoria da Justiça*, 2ª ed., p. 460.

15. *Poder*, p. 9.

Por isso é válido dizer que num contexto de relações, típico da perspectiva externa do sistema da racionalidade, a regra é a irracionalidade, submetida a uma ordem tendo em vista a hierarquização dos fins estabelecida pelo poder.

Considerando essas idéias é possível discorrer sobre racionalidade jurídica, racionalidade econômica e a irracionalidade da relação entre elas.

O Monte e o Rio

É chegado o difícil momento de perguntarmos ao monte Direito por que ele está onde está, e ao rio Economia por que ele segue o curso que segue. Mais difícil ainda é a pergunta que ambos têm de responder em conjunto: quem está no caminho de quem? Vejamos.

Direito e Economia, pretendendo ser ciências, estruturaram-se segundo diversos métodos, postulados e arranjos. Mesmo sem discutirmos o sucesso dessa pretensão, podemos ao menos admitir que se trata de dois sistemas: têm repertório e estrutura próprios que revelam certo dinamismo. Estão, todavia, dentro de um sistema maior, o social, que abriga as relações humanas em primeira instância. Desse modo, para aproveitar o pensamento de A. Junqueira de Azevedo, consideraremos que tanto o monte Direito quanto o rio Economia são *sistemas de segunda ordem* em relação à sociedade.¹⁶

Diz-se que esses sistemas têm racionalidades distintas. Isso significaria, segundo as premissas adotadas acima, que cada qual prevê condutas para a consecução de fins predefinidos, sendo tais condutas objetos de valor. Começemos a análise pela Economia.

Paul Diesing define racionalidade econômica como “alocação consciente de meios escassos para certos fins de modo que esses fins sejam maximizados”.¹⁷ A definição cabe na idéia de sistema de racionalidade que vimos desenvolvendo: estão presentes os fins e a orientação (alocação consciente de meios escassos de modo a maximizar os fins) para o juízo de valor sobre as condutas possíveis.

Não nos parece, todavia, que tal definição possa ser restringida à “racionalidade econômica”. Em verdade, todos os sistemas de racionalidade pretendem “alocar meios escassos” para “maximizar seus fins”. Essa é mesmo a essência desses sistemas: valorar condutas (que são em número limitado) tendo em vista sua adequação à satisfação de certa necessidade. Em Cícero, por exemplo, podemos indicar como bens escassos a honestidade e a coragem, que precisavam ser bem “alocadas” em benefício da sociedade. Em Nietzsche, a escassez está no “sentimento do próprio poder, da intensidade da própria excitação” que, existindo, daria prazer ao homem, fortalecendo sua autopreservação. Se o sistema de racionalidade é orientado por fins preestabelecidos, é evidente que o juízo de valor sobre as condutas disponíveis sempre tenderá a escolher aquela mais adequada a esses fins.

De toda maneira, a noção de *eficiência* é normalmente utilizada como um diferencial da Economia. Lemos em José Reinaldo de Lima Lopes que “A economia considera racional a resposta do agente econômico quando ele pesou adequadamente os custos e benefícios (econômicos) e afinal escolheu o resultado que lhe traz maior benefício com menor custo, consideradas todas as circunstâncias”.¹⁸ Em geral é a partir dessas considerações que se efetua a separação entre racionalidade econômica e

16. “O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil”, in *Ensaio de Pareceres de Direito Privado*, p. 27.

17. “The nature and limitations of economic rationality”, in *Ethics*, v. 61, n. 1, p. 12.

18. “Raciocínio jurídico e economia”, in *Revista de Direito Público da Economia* 8/145.

racionalidade jurídica, atribuindo-se a esta a pecha de *ineficiente*. Há nisso, porém, algo que incomoda.

A eficiência, do modo como exposta, aparece como um critério de julgamento de opções, ou seja, como uma referência para um juízo de valor sobre as condutas. Ela *não* se confunde com os fins, que podem ser de toda ordem. Assim, imaginando que alguém preestabeleça o fim de levar à falência seus negócios que a princípio gozam de boa saúde financeira, e para tanto comece a vender toda sua produção por 10% (dez por cento) do valor de custo, não se poderá dizer que ele não age com eficiência. E mais: ele pode fazer melhor e, portanto, agregar racionalidade se doar todos os seus bens ou, ainda, se pagar para que outrem os leve. A questão fundamental está, portanto, nos fins (falência): são eles que “valorizam” os atos como eficientes e racionais (venda abaixo do custo, doação etc.).

Quanto ao Direito, costuma-se identificar a legalidade como elemento de sua racionalidade. Assim como a eficiência, entretanto, ela é apenas critério de orientação do juízo de valor das condutas. Não é um fim, como, por exemplo, o é a tutela jurídica, mas uma referência para escolha de meios de alcance desse fim.

Interessante que a legalidade tem essa propriedade axiológica tanto quando o fim do agente é a obtenção daquela tutela jurídica como quando não o é. No primeiro caso, serão valoradas as condutas de adequação ao ordenamento (por exemplo, no campo contratual, as condutas de agentes capazes que declarem vontade envolvendo objeto lícito por forma prescrita ou não defesa em lei). No segundo caso serão valoradas as condutas opostas, ou seja, que não possam ser protegidas pela lei (roubar, por exemplo). A situação difere da eficiência porque o juízo que esta orienta admite graus, ou seja, a escolha de condutas mais ou menos eficientes tendo em vista os fins, enquanto o juízo orientado pela legalidade é um código binário de válido/inválido, não

havendo comportamento mais ou menos válido ou inválido.

Portanto, se adotarmos como fim do Direito a tutela jurídica de condutas e como fim da Economia um ótimo de Pareto, entendido como a maximização dos ganhos com a minimização dos custos, podemos dizer que, como critérios de orientação de juízos sobre condutas para o alcance desses fins, legalidade e eficiência são valores de seus respectivos sistemas de racionalidade. Dessa forma, não podemos permutá-los entre os sistemas, de modo que jamais a eficiência será o critério que elegerá, entre as condutas possíveis, uma que alcançará o objetivo da tutela jurídica, do mesmo modo que a legalidade jamais será o critério que definirá a conduta que alcançará um ótimo de Pareto. Logo, como as necessidades a serem atendidas são distintas, se compararmos os sistemas em sua perspectiva externa, ou seja, nos domínios da *irracionalidade*, legalidade e eficiência são irracionais entre si. Uma é a lógica do monte, a outra é a do rio.

Isso não quer dizer, entretanto, que esses valores não podem referir-se um ao outro. O que não podem é, apenas, escolher um pelo outro as condutas para alcançar os fins dos respectivos sistemas. É perfeitamente possível dizer que “a forma mais *eficiente* de se poder receber tutela jurídica é adotar condutas marcadas de *legalidade*”. Nessa frase, a eficiência valoriza a legalidade como o melhor meio de se alcançar a tutela jurídica. Todavia, a eficiência não fundamenta essa tutela, que ocorrerá simplesmente em razão da legalidade. Do mesmo modo, é possível a frase “a forma *legal* de se alcançar um ótimo de Pareto é adotar condutas marcadas de *eficiência*”. Pense-se, por exemplo, numa lei ambiental que garanta crédito mais barato a empresas que adotem condutas não poluidoras. A legalidade, enquanto adequação à lei, está valorando condutas eficientes como passíveis de maximizar ganhos de empresas, mas não fundamenta essa maximização, que ocorrerá tão-somente em razão da eficiência (ou

seja, pelo fato de as condutas não poluidoras agregarem menos custos ao agente do que os ganhos que ele pode obter pagando taxas de juros menores pelo seu crédito).

Coisa diferente acontece quanto misturamos os fins do Direito e da Economia, o que ocorre, por exemplo, quando queremos uma *tutela jurídica eficiente*, ou uma *eficiência na tutela jurídica*. A primeira hipótese tem que ver com a produção normativa, e a segunda com a aplicação da norma. Como os fins dos dois sistemas de racionalidade estão misturados, o cenário é de irracionalidade e, pois, de conflito.

Tutela jurídica eficiente, para os economistas, pode ser, por exemplo, um conjunto de normas que garantam o compromisso ou vínculo contratual (*pacta sunt servanda*). Como esclarece Éric Brousseau, “para um economista, a noção de compromisso (*engagement*) caracteriza o contrato. A questão de sua credibilidade é, então, essencial. Ela depende das modalidades de se fazer valer o contrato, pois importa quando há divergência sobre interpretação dos termos do contrato, ou quanto há vontade deliberada de não se honrar o acordado”.¹⁹

Seriam ineficientes e, portanto, não integrariam o sistema de racionalidade da Economia instrumentos de tutela jurídica que não preservem o *pacta sunt servanda*, como, por exemplo, as regras de equilíbrio contratual do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Se em dado momento o contrato pode ser revisto por um juiz, alterando a relação de prestações estabelecida pelas partes, o fim por elas programado (ótimo de Pareto) poderá ser comprometido.

Entretanto, segundo o valor legalidade, próprio do sistema de racionalidade do Direito, não há qualquer problema com a revisão contratual. Como o art. 5º, XXXII, da Constituição Federal prevê, como direi-

to fundamental, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, o regime do CDC estaria perfeito. Da interação entre os sistemas de racionalidade econômico e jurídico verifica-se, então, um contexto de irracionalidade recíproca.

Como parece claro, no fim *tutela jurídica eficiente* o conflito se dá na hipótese normativa em si, ou seja, no comando abstrato. No exemplo dado, a simples possibilidade de revisão contratual já seria ineficiente porque obrigaria as partes a considerar situações em sua racionalidade econômica que não existiriam se o *pacta sunt servanda* vigorasse sem ressalvas.

Em paralelo a esse conflito abstrato há um conflito em concreto, pertinente ao fim *eficiência da tutela jurídica*, que, tomando as normas como um dado ou ponto de partida não questionado, critica o modo de sua aplicação. Essa questão é, hoje, até mais relevante que a anterior porque o Direito adota cada vez mais as chamadas cláusulas gerais, ou seja, estruturas normativas com conteúdo aberto. Como leciona Miguel Reale, “A técnica do Direito vai cada vez mais se orientando no sentido de dar preferência àquilo que nós chamamos os ‘modelos abertos’, preferindo soluções normativas que comportem maior plasticidade na sua adaptação à experiência corrente. Não mais a norma rígida, como que prefigurando os casos de uma forma férrea, mas, ao contrário, o delineamento de figuras normativas capazes de guiar aqueles que as vão aplicar num contexto de casos não previstos”.²⁰

Exemplo do fenômeno é o princípio da função social do contrato. Sem definição legal precisa, seu sentido já foi preenchido pelos tribunais como mecanismo de “correção das distorções sociais” que permite ao juiz “buscar a realização da justiça”.²¹ No sistema de racionalidade econô-

19. “L’economiste, le juriste et le contrat”, in *Le Contrat au début du XXIe Siècle – Mélanges en l’Honneur de M. Jacques Ghestin*, p. 10 (destacamos).

20. “A dinâmica do Direito numa sociedade em mudança”, in *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, p. 62.

21. REsp 691.738-SC, 3ª T., Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 26.9.2005.

mica, esse sentido de função social violaria concepções clássicas de Direito como a de Max Weber, muito bem explicada por Marcelo Neves, de “ordem normativo-institucional do mercado livre, que funciona de maneira racional-finalística”.²² Não deveriam ser admitidas considerações axiológicas. Não se deveria atribuir a nenhum juiz o poder de decidir o que é “justiça” em um contrato determinado.

O problema está em que, para o fim do sistema de racionalidade do Direito, ou seja, para a tutela jurídica orientada pelo valor legalidade, é perfeitamente admissível referida interpretação do princípio da função social do contrato. Afinal, ela tem base normativa, uma vez que o art. 3^o, I, da Constituição Federal coloca como um dos objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade “livre, justa, e solidária”. Mais uma vez surge o conflito na irracionalidade da relação entre monte Direito e o rio Economia.

Werner Krawietz foi preciso na percepção dessa dinâmica conflitual das racionalidades: “Enquanto Max Weber entendia o desenvolvimento do direito e da ciência jurídica no círculo cultural ocidental, essencialmente como um processo de progressiva racionalidade social, *este desenvolvimento aparece atualmente mais como um jogo combinado de elementos racionais e irracionais – inclusive a-rationais (p. ex. de tipo emocional ou afetivo) – os quais gozam de uma crescente consideração na teoria do direito e da sociedade*”.²³

Diante desse conflito, remetamo-nos ao poema transcrito na introdução deste trabalho para reviver a imagem do povo que restava abandonado entre o monte e o rio. Depois de exposto até aqui, é possível visualizar porque esse povo, que representa a sociedade, está abandonado entre o monte Direito e o rio Economia. As dife-

renças entre esses sistemas de racionalidade não permitem ao corpo social tomar um rumo definido, porque todos os caminhos são incertos. Nesse ambiente irracional, marcado pela multiplicidade de alternativas a depender do sistema que se apresenta, surge, segundo explica Luhmann, espaço para as manifestações de poder a fim de ordenar a insegurança: “Um pressuposto fundamental de todo poder é, pois, que no que se refere à seleção do poderoso Alter existe *insegurança*. Alter dispõe, pela razão que for, de mais de uma alternativa. Ele pode, com respeito à escolha a ser feita pelo parceiro, *gerar e superar*, nele, *insegurança*. Esta passagem pela produção e redução da insegurança é um pressuposto específico do poder, condição do espaço de generalização e especificação de um meio de comunicação particular – e não uma fonte qualquer de poder entre outras”.²⁴

O poder, como já dissemos, hierarquiza os fins para estabilizar os conflitos entre os sistemas de racionalidade. Assim, viabiliza a interação irracional desses sistemas dentro do sistema maior, o social, impedindo que ele seja destruído. A relação entre Direito e Economia não foge à regra: é o poder, especialmente (mas não só) nas searas política e econômica, que determina em que medida o valor legalidade ou o valor eficiência serão preponderantes nas decisões.

O poder político, tendo em conta necessidades de seus detentores de, por exemplo, angariar votos, pode deslocar o jogo de valores para a legalidade, fundamentando decisões populistas (e antieconômicas) na racionalidade jurídica. Um exemplo seria o aumento, por meio do instrumento legal adequado, do salário mínimo em ano eleitoral, ainda que não haja verbas orçamentárias.

O poder econômico, por sua vez, para atender, por exemplo, às necessidades de afrouxamento de deveres e responsabilida-

22. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*, p. 14.

23. “Direito e racionalidade na moderna teoria do direito”, in *Seqüência* 28/35.

24. *Poder*, cit., p. 8 (destaques no original).

des legais de seus detentores, pode fazer pesar a racionalidade econômica em detrimento da racionalidade jurídica influenciando os tribunais a deixar de lhes aplicar determinado diploma legal que, por regra expressa, se lhes aplica.

Esses exemplos demonstram ainda uma vez que o que é relevante para os sistemas de racionalidade são os fins ou necessidades, cuja escolha não se orienta por critérios apriorísticos. Esses fins ou necessidades condicionam os meios e se colocam como objetivos que orientam a valoração das condutas como racionais ou irracionais.

Para concluir, devemos chegar às respostas aos questionamentos que abriram este item. Quer perguntemos ao Direito, quer à Economia, por que eles estão onde estão, quer perguntemos a ambos quem está no caminho de quem, a resposta será uma: em razão do poder. O monte Direito bloqueará o curso do rio Economia sempre que o poder deslocar a balança de valores para a legalidade, enquanto o rio Economia atravessará o Monte direito sempre que essa balança pender para a eficiência. Como as racionalidades são distintas, não é possível compô-las equanimemente, mas somente definir uma medida de conflito aceitável que não desestruture o sistema social.

Considerações finais

Para finalizarmos a análise sobre racionalidade jurídica e racionalidade econômica, relembremos o pedido feito pelo povo a Neruda para que ele auxiliasse na superação das mazelas causadas pelo isolamento entre o monte e o rio, que para nós são o Direito e a Economia. Como antecipamos no início deste trabalho, são duas as formas de se abrirem saídas que cessem o aprisionamento da sociedade entre o monte Direito e o rio Economia: ou (i) se usam as pedras da rocha para construir uma ponte sobre as águas, sobrepondo valores jurídicos a valores econômicos, ou (ii) se muda o curso do rio para que as águas perfurem

o monte cristalino, invertendo a ordem daqueles valores.

Ambas as providências requerem força extraordinária, e a decisão entre elas será tomada por quem pode mobilizar essa força: o poder. Como vimos, na irracionalidade da interação entre Direito e Economia não há critérios que indiquem qual das duas saídas (pelo monte ou pelo rio) deve ser utilizada, de modo que a decisão dependerá da hierarquização promovida entre os fins preestabelecidos.

Todavia, apesar das dificuldades de composição entre racionalidade jurídica e racionalidade econômica, provavelmente tão grandes como as encontradas por Neruda para libertar o seu povo das dores e da fome, há sempre quem conserve um otimismo na pesquisa por uma base objetiva de integração entre Direito e Economia. A estes estimulamos deixando as últimas palavras daquele poeta, que devem ser lidas como se o monte jurídico estivesse dialogando com o rio econômico:

Ó tu, a quem eu amo,
pequena, grão vermelho de trigo,
a luta será dura,
a vida será dura,
mas tu virás comigo.²⁵

Bibliografia

- BROUSSEAU, Éric. “L’économiste, le juriste et le contrat”, in *Le Contrat au Début du XXI^e Siècle – Mélanges en l’Honneur de M. Jacques Ghestin*. sld., M. Fabre-Magnan et C. Jamin, 2000.
- CÍCERO. *Dos Deveres*. Trad. port. Alex Marins, São Paulo, Martin Claret, 2004.
- DIESING, Paul. “The nature and limitations of economic rationality”, in *Ethics*, v. 61, n. 1, 1950.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*. 3^a ed., São Paulo, Atlas, 2001.

25. “O monte e o rio”, cit., p. 117.

HESSEN, Johannes. *Filosofia dos Valores*. Trad. port. L. Cabral de Moncada, São Paulo, Saraiva, 1946.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. “O direito como sistema complexo e de segunda ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil”, in *Ensaaios e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo, Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos*. Trad. port. Leopoldo Holzbach, São Paulo, Martin Claret, 2002.

KRAWIETZ, Werner. “Direito e racionalidade na moderna teoria do direito”, in *Seqüência* 28/34-40, 1994.

LIMA LOPES, José Reinaldo de. “Raciocínio jurídico e economia”, in *Revista de Direito Público da Economia* 8, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Poder*. Trad. port. Martine Creusot de Rezende Martins, Brasília, Ed. UnB, 1985.

NERUDA, Pablo. “O monte e o rio”, in *Versos do Capitão*, Rio de Janeiro, Bertrand, 1992.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma Relação Difícil*. São Paulo, Martins Fontes, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, Demasiado Humano*. São Paulo, Cia. das Letras, 2004.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*. São Paulo, Ed. RT, 1997.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. port. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves, 2ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. “A dinâmica do Direito numa sociedade em mudança”, in *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1978.

SZTAJN, Rachel. “Os custos provocados pelo Direito”, in *RDM* 112/74-78, 1998.

Apêndice

Na minha pátria tem um monte,
Na minha pátria tem um rio.

Vem comigo.

A noite sobe ao monte.

A fome desce ao rio.

Vem comigo.

E quem são os que sofrem?

Não sei, porém são meus.

Vem comigo.

Não sei, porém me chamam

e nem dizem: “Sofremos”.

Vem comigo.

E me dizem:

“Teu povo,

teu povo abandonado

entre o monte e o rio,

com dores e com fome,

não quer lutar sozinho,

te está esperando, amigo”.

Ó tu, a quem eu amo,

Pequena, grão vermelho

de trigo,

a luta será dura,

a vida será dura,

mas tu virás comigo.