

DIREITO, DEMOCRACIA E ECONOMIA: A DEMOCRACIA PRAGMÁTICA DE RICHARD POSNER

LAW, DEMOCRACY AND ECONOMICS: THE PRAGMATIC DEMOCRACY OF RICHARD POSNER

Aline Lima Melo Novais*

Resumo: Este artigo pretende discorrer acerca da relação entre direito, democracia e economia presente em Richard Posner, em especial sobre o chamado pragmatismo cotidiano e a democracia pragmática. Para tanto, utiliza-se a pesquisa bibliográfica, partindo inicialmente, do estudo acerca do movimento Law and Economics surgido na Universidade de Chicago. Posteriormente, examina a eficiência econômica e o Direito em Posner, a sua teoria jurídica que defendia a maximização da riqueza como fundacional ao Direito, bem como as críticas a esse pensamento e sua mudança ao pragmatismo. Por fim, analisa a aplicação de seu pensamento pragmático na democracia.

Palavras-chave: Direito e Economia. Posner. Pragmatismo. Democracia Pragmática.

Abstract: The present text intends to discuss the relationship between law, democracy and economy present in Richard Posner, especially on the so-called daily pragmatism, and pragmatic democracy. To do so, use the bibliographical analysis, starting from the study about the Law and Economics movement at the University of Chicago. Subsequently, he examines Posner's economic efficiency and law, his legal theory advocating the maximization of wealth as foundational to the Law, as well as criticisms of this thinking and its shift to pragmatism. Finally, he analyzes the application of his pragmatic thinking in democracy.

Keywords: Law and Economics. Posner. Pragmatism. Pragmatic Democracy.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre Direito e Economia se expandiu no século XX, nos Estados Unidos, especialmente na Universidade de Chicago, com orientação do economista Aaron Director, o qual buscava aplicar a economia em campos do Direito, tais como o Direito Antitruste e o Direito Comercial.

O principal representante dessa escola é Richard Posner, que alçou como fundamento ético do direito a maximização da riqueza. Após críticas, mudou seu posicionamento e defendeu o pragmatismo jurídico, atribuindo um papel mais discreto à

* Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Faculdade Guanambi-UNIFG, Guanambi-BA. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior-CAPES. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Complexo de Ensino Renato Saraiva-CERS. Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia-UNEB. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito, Economia e Instituições do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFG. E-mail: alinnenovais@hotmail.com.

maximização de riqueza. Com base no pragmatismo, Posner desenvolveu a sua teoria a respeito da democracia: a pragmática.

Sua proposta trata da necessidade em executar os fenômenos jurídicos a partir das consequências e dos possíveis resultados que podem ser gerados. Propõe uma abordagem instrumental do direito, um viés pragmático e pautado na percepção mercadológica sobre temas políticos. Posner analisa o fenômeno democrático “posto”, qual seja a democracia efetivamente exercida na prática cotidiana. Neste sentido, o presente artigo propõe-se a analisar a visão de Richard Posner sobre direito, economia e democracia, em especial, a partir de sua teoria pragmática em que o autor propõe a prevalência do chamado pragmatismo cotidiano.

A partir da pesquisa bibliográfica, examinar-se-á, inicialmente, a relação entre direito e economia; posteriormente, a eficiência econômica e o Direito em Posner, e, por fim, a democracia pragmática.

2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO ECONOMIA

O comportamento humano requer a tomada de decisões, e, tal conduta é passível de análise pelo mercado, visto que ele abrange toda ação que envolva a tomada de decisão. Desde facetas simples como “o cobertor que escolheu para passar a noite, a propaganda que toca no rádio-relógio- e até mesmo o próprio aparelho-, incorporam o funcionamento oculto de vários mercados.”¹

As ações cujas consequências afetem as questões sociais são também questões jurídicas e econômicas. A economia, segundo Gico Junior, é útil ao Direito na medida em que auxilia na compreensão dos fatos sociais e como os agentes sociais responderão a potenciais alterações em suas estruturas de incentivos. Para ele, o estudo na área direito e economia tem por objetivo empregar os fenômenos econômicos para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.²

Nas últimas décadas se consolidaram internacionalmente os estudos em Direito e Economia. A disciplina que estuda tal relação é conhecida ora por Direito e Economia,

¹ ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados**: a nova economia das combinações e do desenho de mercado. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016, p.27.

² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Introdução ao Direito e Economia**. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ora por Análise Econômica do Direito (AED), *Law & Economics e Economia Analysis of Law*.

Conforme Salama³, pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas.

Tanto o Direito quanto a Economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade. Mas a formação de linhas complementares de análise e pesquisa não é simples porque as suas metodologias diferem de modo bastante agudo. Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo.⁴

Apenas é possível, segundo Salama, falar de forma clara na recepção da disciplina direito e economia se for feita a distinção entre direito e economia positivo e normativo. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo dos fatos, sendo elencado três versões dessa acepção: a reducionista; a explicativa; e, a preditiva.⁵

Na primeira, o Direito é reduzido à Economia, sugere que as categorias jurídicas podem ser substituídas pelas econômicas. A segunda, a explicativa entende que a economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas. Já a preditiva preconiza que a economia pode ser aproveitada para prever as consequências das regras jurídicas.

O Direito e Economia Normativo investiga se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar, tendo como expoente Richard Posner. Apresenta-se em três versões: fundacional, pragmática e regulatória. Na fundacional, as instituições jurídico-políticas devem ser avaliadas em função da maximização de riqueza. Na pragmática, o

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Direito e Economia?**. In: TIMM, Luciano B. (org.). *Direito e Economia*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 b. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <<https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/>>.

⁴ *Ibidem*, p. 1.

⁵ *Ibidem*.

direito é um instrumento para os fins sociais, as realizações humanas devem ser apreciadas pelas suas consequências, o que conduz a rejeição dos critérios fundamentais que podem pautar de forma absoluta a normatividade do Direito. Já a terceira perspectiva enxerga o Direito como uma fonte de regulação de atividades, de concretização de políticas públicas.

As relações entre Direito e Economia são tema de análise desde os teóricos clássicos da economia, como Karl Marx, David Ricardo e Adam Smith. Para Marx⁶, o modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual, ou seja, as relações produtivas formam a estrutura econômica da sociedade que é a base da superestrutura jurídico-política. Com Adam Smith surgiu a economia política. Ele se interessou pelo Direito principalmente em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados.⁷

Na segunda metade do século XX, esses estudos ganharam força nos Estados Unidos, especialmente na Universidade de Chicago. “Chicago law and economics is, by and large, the economic analysis of law”.⁸

O movimento *Law and Economics* surgiu nos Estados Unidos, nas Universidades Chicago e Yale. Para Zanatta⁹, o surgimento da disciplina “direito e economia” nos Estados Unidos encontra suas raízes em diversos movimentos jusfilosóficos anglosaxões, como o utilitarismo, o pragmatismo e o realismo filosófico.

O utilitarismo está ligado ao pensamento de Jeremy Bentham, o qual preconiza que as ações humanas são guiadas pelos sentimentos de prazer e dor. Para tal corrente, a aprovação ou desaprovação de qualquer ação se relaciona à felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo. Para Bentham a forma mais eficiente de instrumentalizar um sistema capaz de garantir a maximização da riqueza e do bem-estar dos homens seria

⁶ MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. Florestan Fernandes. 2 ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.

⁷ Idem. **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico] : micro, macro e desenvolvimento. Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/>

⁸ MERCURO, Nicholas; e MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton University Press, 1999, p.173.

⁹ ZANATTA, Rafael A. F. **Desmistificando A Law & Economics: A Receptividade Da Disciplina Direito E Economia No Brasil**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 10 ed. 2011.

por meio de um sistema de normas estabelecidas pelos detentores do poder e da legalidade.

O pragmatismo foi defendido por Oliver Wendell Holmes Jr., para quem a compreensão do direito decorreria da própria experiência prática e suas possíveis transformações, e não de conceitos lógicos e formais. Conforme Posner¹⁰, no final do século XIX, Holmes, em oposição ao idealismo e jusnaturalismo, propôs que os juristas estudassem filosofia, economia e estatística. Para ele, a obediência das pessoas às leis está relacionada ao pensamento econômico, obedecem à lei porque é mais vantajoso.

A interpretação evolutiva do direito holmesiana e da perspectiva sociológica defendida por Roscoe Pound resultaram, segundo Zanatta¹¹, no realismo, escola que se formou na década de 1920 nas universidades de Columbia e Yale. Para os realistas, a análise do processo de decisão deveria ir além da lei em si, pois a lei e as regras de direito eram racionalmente indeterminadas. Ele se relacionava com a economia, a sociologia, teoria da psicologia, antropologia, linguística e estatística.

Tal escola possibilitou o diálogo interdisciplinar entre direito e economia, os economistas gradativamente começaram a ser ouvidos pelos juristas. Na década de 50, em Chicago, essa abertura ganhou novas dimensões. Após a grande depressão de 1929, os fenômenos econômicos do New Deal, iniciou-se nos EUA um intenso debate acerca dessa relação.

A Universidade de Chicago foi uma das primeiras a promover a relação direito e economia. Ressaltam-se, segundo Coelho¹², dois períodos sobre os estudos em Direito e Economia. O primeiro, entre 1940 e 1950, marcado por Aaron Director, compreende os estudos nos campos do Direito eminentemente ligados a economia, como o Direito Comercial, o Direito Antitruste, o Direito da Regulamentação, o Direito Tributário. Já o segundo período, iniciado a partir de 1960, compreende a análise econômica utilizada para explicar regras legais que não são obviamente econômicas, como o Direito Penal, a Responsabilidade Civil, o Direito Processual.

¹⁰ POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹¹ Zanatta, op. cit..

¹² COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>.

Em 1930, a Universidade de Chicago acrescentou em sua grade curricular cursos de economia e contabilidade. O economista Aaron Director foi nomeado diretor da Faculdade e reuniu pensadores que apoiavam a regulação econômica como função do mercado e não do Estado. Ele fundou em 1950 o *Journal of Law and Economics*, o qual Ronald Coase se tornou o editor-chefe.

Coase publicou, em 1960, o artigo reconhecido como o mais importante sobre análise econômica do direito intitulado “*The Problem of Social Cost*”, escrito na Universidade de Virginia. Por meio desse trabalho consagrou-se o “Teorema de Coase”, segundo o qual a transação entre as partes sempre produzirá um resultado eficiente quando os custos dela são zero. O problema central do mercado são os custos de transação.¹³ Assim, o Estado deve facilitar os altos custos de transação entre os agentes econômicos a fim de maximizar a riqueza. Por sua influência entre os juristas de Chicago, é considerado um dos “pais” do movimento *Law & Economics*.

Esse movimento se propagou com a obra, lançada em 1973, *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, que ganhou notoriedade na academia e se tornou a principal referência teórica da análise econômica do direito. Ele disseminou tal estudo entre os acadêmicos e propôs ampliar a aplicação da análise econômica neoclássica aos mais diferentes ramos jurídicos. A Escola de Chicago considera, devido a essa obra, Richard Posner como seu marco de fundação.

3 POSNER: A EFICIÊNCIA ECONÔMICA E O DIREITO

Richard Posner se formou em *Harvard Law School* (1962) e, em 1968, tornou-se professor de Direito em Stanford, onde teve contato com Aaron Director. Em 1969 mudou-se para *University of Chicago Law School*.¹⁴

Posner “trilhou caminhos que pudessem formular uma síntese analítica entre a teoria jurídica e a teoria econômica, o que se deu a partir da disciplina modernamente conhecida como *Law & Economics*.”¹⁵

¹³ COASE, Ronald. O problema do custo social - trad. Francisco Kummel e Renato Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 1, art. 9, 2008.

¹⁴ MERCURO, Nicholas; e MEDEMA, Steven, op.cit.

¹⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. “Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner”. Fundação Getúlio Vargas, 2008, p. 3. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>.

Ele tentou combinar a justiça com a eficiência, segundo o qual a eficiência pode ser utilizada para descrever o Direito. Atribui ao direito a função eminentemente econômica e desenvolveu a tese da eficiência no seu livro *Economic Analysis of Law* (1973), segundo a qual o direito se explica melhor como um sistema para a maximização da riqueza da sociedade.

O livro *Economic Analysis of Law* é uma tentativa de descrição do fenômeno jurídico a partir do ferramental microeconômico. Explora as implicações da teoria microeconômica aplicada ao direito, particularmente ao direito norte-americano.¹⁶

Segundo Zanatta,¹⁷ Richard Posner distinguia a análise econômica do direito em duas vertentes, a saber, a normativa e a positiva. A normativa era aquela que defendia o conceito de eficiência - entendido como maximização de riqueza - como critério de decisão desejável. Já a positiva, identificava que a common law havia se desenvolvido ao longo da história com o objetivo de garantir a eficiência econômica, os conceitos da microeconomia são úteis para o direito, pois a economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas.

Nessa vertente positiva, os institutos jurídicos podem ser explicados como resultados da maximização das preferências individuais. A aplicação da análise microeconômica ao direito assume as premissas de que os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos dentro e fora do mercado, e respondem aos incentivos de preços no comportamento dentro e fora do mercado e as regras jurídicas podem ser avaliadas com base na eficiência.¹⁸

A maximização da riqueza foi alçada como fundamento ético do direito. Tal pensamento possui duas teses centrais. Primeiro, sua definição parte de uma base monetária. Portanto tem como noções que todas as preferências podem ser traduzidas em termos monetários; que cada indivíduo é capaz de avaliar as consequências monetárias de suas interações econômicas; e, que as preferências relevantes são aquelas registradas em mercado. Segundo, a maximização da riqueza está relacionada ao

¹⁶ Idem. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: < <http://emporiiodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>.

¹⁷ ZANATTA, op. cit.

¹⁸ MERCURO, Nicholas; e MEDEMA, Steven, op.cit.

consentimento dos indivíduos como indicação do valor dos bens, sendo a indicação correta de valor o preço que os indivíduos estariam dispostos a pagar.¹⁹

Os institutos jurídicos são explicados como resultado da maximização de preferências individuais. Utiliza a economia para a teoria descritiva. Propõe também a teoria normativa, segundo a qual as normas legais e as sanções afetam o comportamento dos indivíduos e, a partir da economia, define quais as normas jurídicas mais eficientes. Para ele, em seu livro “A Economia da Justiça” (*The Economics of Justice*), o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade.”- teoria da justiça eficientista.

Vejamos: da tradição utilitarista, Posner retém principalmente dois aspectos. Primeiro, mantém uma concepção consequencialista de moralidade e justiça. Segundo, retém a noção de cálculo individual como ponto de partida no exame das relações em sociedade. Ao mesmo tempo, Posner rechaça o critério de felicidade, pedra de toque do utilitarismo, substituindo-o pelo da maximização da riqueza. Da tradição Kantiana, Posner rechaça o que chama de “fanatismo” Kantiano, que seria a aversão ao raciocínio consequencialista levada ao seu extremo lógico. Ao mesmo tempo, retém (ou imagina reter) parte dos conceitos de autonomia e consenso Kantiano. A síntese de todas essas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica.²⁰

Assim, para Richard Posner,²¹ a sua análise do direito é sustentada pela escolha individual racional, pois os fenômenos sociais (mediados pelas leis, decisões judiciais, etc.) podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional.

Tal pensamento causou polêmica e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos. A crítica expôs uma série de deficiências da tese de Posner, o que o levou a rever seu posicionamento. Abandonou, no início dos anos 1990, com a publicação de “Problemas de Filosofia do Direito”, a defesa de que a maximização de riqueza pudesse

¹⁹ SALAMA, op. cit.

²⁰ Idem, SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: < <http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>.

²¹ POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

ser fundacional ao Direito. Desde então, defendeu o pragmatismo jurídico e publicou obras atribuindo um papel mais discreto à maximização de riqueza.²²

Adotou uma posição pragmática. A eficiência deixou de ter o valor absoluto, se tornou um elemento subsidiário para o critério de decisão, e não o principal. Assim, Posner não descarta que a eficiência pode ser utilizada como um dos critérios subsidiários da decisão, pois o juiz de direito deve sopesar as prováveis consequências econômicas das diversas interpretações textuais, atentando para os valores democráticos e a Constituição.²³

Ao invés de defender a maximização da riqueza como sendo propriamente um norte para a formulação e aplicação do direito, passou a colocar a maximização de riqueza ao lado de diversos outros valores, que englobam, de um modo geral, o que Posner enxerga como as intuições de justiça do povo norte-americano. Estas, dirá Posner mais tarde, incorporam intuições utilitaristas, sem a elas se resumirem: seria preciso adicionar ao caldeirão teórico o liberalismo e o pragmatismo arraigados à cultura política norte-americana.²⁴

A decisão deve ser razoável, ser pautada nos valores democráticos e constitucionais, sendo a eficiência apenas uma consideração dentre diversas outras, e não a absoluta. O pragmatismo²⁵ desenvolvido por Posner está presente principalmente nas obras: *The problems of Jurisprudence* (1990), *Overcoming Law* (1995); *The problematics of Legal and Moral Theory* (1999) e *Frontiers of Legal Theory* (2001).

Posner preconiza que seu pragmatismo não é o filosófico, mas o cotidiano, o qual reflete o que é praticado no próprio dia-a-dia, e não necessariamente aquilo que está teorizado. Parte da análise empírica dos fatos e não de teorias filosóficas, morais.

²² SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Pesquisa em “Direito e Economia?”**. Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2773>>.

²³ ZANATTA, op. cit.

²⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). *Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: < <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>.

²⁵ Salama (2007) preconiza a respeito do conceito de pragmatismo. Ele aduz que esse termo “abarca uma variedade de visões que são inconsistentes tanto no nível político quanto no nível jurídico. Cornel West tentou encontrar um denominador comum e supôs ser o pragmatismo jurídico “um instrumentalismo orientado para o futuro que procura utilizar o pensar como uma arma para permitir ações mais efetivas”. Com isso, se rejeita tanto a visão conservadora de que “o que for será o melhor” quanto a visão fatalista de que nenhuma consequência é intencional; do mesmo modo, tanto o ceticismo e o relativismo (como posições filosóficas dogmáticas), quanto a metafísica são rejeitadas: a ênfase do Direito e Economia Normativo, em sua versão pragmática, está no prático, no consequencial e no empírico.” (p.35)

O pragmatismo cotidiano é a atitude mental denotada pelo uso popular da palavra ‘pragmático’, significando uma visão prática, do tipo usada nos negócios, direta e desdenhosa da teoria abstrata e da pretensão intelectual, desprezando os moralizadores e os sonhadores utópicos. Ela vem sendo há muito tempo e permanece até hoje o ponto de vista cultural não teorizado da maioria dos americanos (...)²⁶

O Direito visto dessa perspectiva, segundo Salama²⁷, é um instrumento para a consecução de fins humanos. Para Posner o Direito não está fundado em princípios permanentes, o significado das coisas é social, as realizações humanas devem ser avaliadas por suas consequências. Dessa feita, há a rejeição de todos os critérios fundamentais que podem pautar a normatividade do Direito, inclusive o critério de eficiência.

O pragmatismo de Posner não é um pragmatismo filosófico; é um praticalismo. É a arte de viver sem fundações. Ao se filiar ao pragmatismo jurídico, Posner abandonou completamente a possibilidade de que possa haver uma metafísica para o direito. O direito é para Posner algo instrumental e algo orientado para o futuro, mas mesmo o instrumentalismo não deve ser, diz Posner, guia para o direito. É possível optar-se por ser formalista – talvez até extremamente formalista – em bases pragmáticas. Se formalismo funcionar melhor, então sejamos formais.

Posner retoma toda a crítica à naturalização de conceitos jurídicos e propõe uma fundação para o direito calcada em três esteios: (1) um pragmatismo jurídico – e ele passa a dizer “agora sou pragmatista”; (2) o liberalismo clássico; (3) e a economia.²⁸

O Posner pragmático entende que, por mais que se tente justificar a defesa das liberdades individuais com base em critérios de eficiência haverá casos em que terá que ser feitas em bases filosóficas outras que não a eficiência. Assim, o papel do Juiz de Direito é interpretar e aplicar a lei sopesando as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes.

²⁶ POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 38.

²⁷ **Análise econômica do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/130/>

²⁸ *Ibidem*, p. 9.

O juiz pragmático deve encontrar a decisão que melhor atenda às necessidades presentes e futuras e produza os melhores resultados. Pode se valer da economia para decidir. Entretanto, Posner admite que algumas questões do direito não são facilmente traduzíveis em termos econômicos como aborto e homossexualidade.

Mas o pragmatismo jurídico não pode se resumir a abordagem econômica. O caráter libertário dessa abordagem torna inapropriada sua aplicação a esferas nas quais os valores redistributivistas gozem de unanimidade política e moral. Além disso, por funcionar bem apenas quando há uma concordância ao menos razoável quanto aos fins almejados, essa abordagem não pode ser usada para responder a questão de se, por exemplo, o aborto deve ser restringido; muito embora possa nos dizer algo, talvez muito, sobre a eficácia e as consequências de eventuais restrições. De fato, uma das qualidades do pragmatismo é o reconhecimento de que há áreas do discurso nas quais a ausência de fins em comum impede a resolução racional de um problema. Aqui, o conselho pragmático (ou um dos conselhos pragmáticos) ao sistema jurídico que navegue harmoniosamente, na medida do possível, por entre as vias da mudança, sem agitar desnecessariamente as águas da política.²⁹

Entretanto, apesar da eficiência econômica ter deixado de ser um fundamento ético para o direito, a economia continua sendo um dos critérios importantes incorporado ao próprio pragmatismo. Pois a maximização da riqueza é um instrumento utilizado para compreender e aprimorar o direito e as instituições em geral.

De um lado indica ajustes estruturais no Poder Judiciário, (...), por outro, a partir do pragmatic turn refunda a “Teoria da Decisão Judicial” pelo critério da “maximização da riqueza”, levado a efeito por agentes racionais enleados num processo de desenvolvimento social. Há uma rearticulação interna do Direito pela intervenção externa (e decisiva) da Economia.³⁰

Assim, a viragem pragmática do movimento Law and Economics “serviu especificamente para, sob um novo slogan, apontar a compreensão do direito a partir de

²⁹ POSNER, Richard. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 427.

³⁰ ROSA, Alexandre Morais. **Crítica ao discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. In: ROSA, Alexandre Morais; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64.

um sistema racional de comportamento, cujo ponto fundamental se manteve baseado no interesse econômico.”³¹

Posner aplica o pragmatismo na análise da governança política, bem como do direito e da democracia. Em sua obra “Direito, Pragmatismo e Democracia” (2010), propõe o seu próprio conceito de democracia, uma democracia pragmática.

4 DEMOCRACIA E ECONOMIA EM POSNER: A DEMOCRACIA PRAGMÁTICA

A visão de Posner sobre democracia é exclusivamente sobre o pragmatismo de cunho cotidiano. Ele apresenta duas visões possíveis sobre democracia, chamadas de “Conceito 1” e “Conceito 2”, com uma visão desvencilhado de qualquer valor moral e abstrato.

O primeiro, que chamo de “Democracia no Conceito 1”, um termo que pretende denotar as versões mais grandiosas de “democracia deliberativa” e foco deste capítulo, pode ser descrito de forma variada como idealista, teórico e com uma visão de cima para baixo. O segundo “Democracia no Conceito 2”, uma aproximação à teoria da “democracia de elites” de Joseph Schumpeter, é realista, cínico e com uma visão de baixo para cima.³²

O primeiro conceito é a democracia idealista, deliberativa, deweyana (descrita por John Dewey). Parte da premissa do direito moral de cada indivíduo em participar da governança, havendo deveres morais, como a demonstração de interesses em assuntos públicos e o exercício do voto em prol do bem comum, e não de interesses individuais. É um modelo ideal que deveria ser implantado, mas não foi, por isso, Posner não o enquadra como a melhor forma de descrever a democracia.

Nessa acepção o indivíduo está disposto a abrir mão de vantagens pessoais em razão de um bem comum por meio de uma abordagem pautada na deliberação e debate. Essa democracia é insuficiente e abstrata para Posner. Primeiro porque pressupõe uma natureza filosófica, acaba por exigir a existência de uma deliberação de natureza constante. Em segundo lugar, porque exige uma capacidade intelectual e moral dos

³¹ COPETTI NETO, Alfredo. O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, p. 194-222, 2017, p. 199. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7652/5175>>.

³² POSNER, Richard. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 101.

indivíduos acima da média para que possam participar ativamente das deliberações políticas. Requisitos difíceis de serem concretizados e que não reflete em nada a realidade da democracia.³³

Posner apresenta o conceito 2, uma acepção desprovida de uma fundamentação essencialmente filosófica e abstrata, denominada de democracia de elites, pragmática, schumpeteriana (derivada da teoria democrática do economista Joseph Schumpeter).

Nesse entendimento a seara política se revela como instrumento para a solução de problemas e prevalência de determinados interesses. Para Posner, na democracia, o campo político é repleto de conflitos de interesses, inclusive os interesses particulares dos governantes.³⁴

A democracia se constrói a partir da práxis e não de concepções teóricas. Assim, o caráter comercial e individualista do cidadão norte-americano fez a democracia dos EUA ser um campo de constante conflito de interesses. A democracia é uma consequência e não uma causa, assim, o caráter dos cidadãos é a causa da democracia americana.

Em vez de considerar os interesses públicos mais valorosos do que os particulares, tendem a considerar a política como auxiliar em vez de suprema. Eles não acham que matraquear na ágora seja a forma mais produtiva de passar o tempo. Não acreditam que a política tenham um valor intrínseco ou que a atividade política seja enobrecedora.³⁵

A democracia proposta por Posner não é um modelo ideal, pois as propostas da democracia idealista e deliberativa são inoperáveis. Para ele, por ser um democrata pragmático, defende que a política não tem um valor em si e nem representa uma atividade enobrecedora:

O conceito 2 é a democracia de interesses e, portanto, de sensibilidade à opinião pública, o que as pessoas querem em oposição ao que os teóricos políticos pensam que elas deveriam querer ou, sob diferentes (melhores) condições sociais ou políticas, quereriam. O conceito 2 é, assim, mais respeitoso às pessoas como realmente elas são.³⁶

³³ Ibidem.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem, p. 112.

³⁶ Ibidem, p. 129.

Trata-se de um mercado de interesses: “Não é o governo pelo povo, mas é governo do povo e mais ou menos para o povo”³⁷. A democracia pragmática é fundada na desigualdade de capacidades, por isso é representativa. Duas classes a pertencem: os representantes e os eleitores. Os interesses de ambos são alinhados pelo processo eleitoral. Assim, é mantida a estabilidade –evita revoltas- e os cidadãos obedecem aos seus governantes por se sentirem representados.

O mais comum é que a falta de representação gere alienação (descontentamento), que pode fazer com que os não representados contribuam menos para a sociedade do que eles fariam se seus interesses estivessem representados no processo político, trabalhando com menos afinco, colaborando menos com outras pessoas e deixando de obedecer às leis (...).³⁸

Essa representação se diferencia do majoritarismo, o qual nega a representação das minorias. Uma forma de evitar esses desequilíbrios é por meio dos grupos de interesse. Para Posner esses grupos protegeriam as minorias, não sendo uma democracia elitista, mas de elites pois representa o interesse de todos não apenas de alguns grupos.

[...] Os grupos de interesse “ampliam vozes, articulam demandas, promovem questões, identificam interesses comuns. Seu fundo de comércio é a informação – inteligência política – não pressão. E podem amaciar o conflito político criando interesses sobrepostos entre inimigos políticos”.³⁹

Na acepção da democracia pragmática, os eleitores são motivados pelo interesse individual e não pelo bem comum. Economia e democracia estão relacionadas- tema tratado por Schumpeter-, ela é como uma luta pelo poder, é competitiva como um mercado. A competição dos políticos inicia-se antes mesmo das eleições e é motivada principalmente pelos interesses próprios em obter e manter seus cargos públicos.

A mão invisível do mercado econômico pode ser vista em funcionamento no mercado político também. Ela não opera tão eficientemente no mercado político porque lhe falta aquela ferramenta valiosa, o preço. Porém, isso não é uma crítica ao governo democrático. Ao governo cabem as tarefas que os sistemas de preços não conseguem realizar bem. Não é um acidente, ou algum projeto socialista idiota, que a defesa nacional, a execução judicial de contratos, propriedade e outros direitos, o controle do crime, a

³⁷ Ibidem, p. 129.

³⁸ Ibidem, p. 130.

³⁹ Ibidem, p. 133.

regulação da poluição e outras externalidades, ajuda aos pobres e segurança interna não sejam fornecidos pela iniciativa privada.⁴⁰

Os cidadãos são analogicamente compradores, mas o “mercado eleitoral” não possui condições que possibilitariam que os cidadãos fizessem escolhas saudáveis”. Pois o eleitor, diferentemente do comprador, não tem incentivos –financeiros, interesses pessoais- para votar nem para procurar saber qual “candidato oferece o maior valor, já que um único voto não mudará os rumos da eleição.”⁴¹ Essa apatia é tida como positiva pois se do contrário fosse, poderiam mudar o rumo da política.

A política, para Posner, não tem um valor intrínseco, é um método para se tomar decisões políticas, o meio que estabelece uma competição na qual os “melhores” possam chegar ao poder. Há uma competição entre os políticos, que visam seus próprios interesses e representam o povo, o qual também só se preocupa com seus próprios interesses. A democracia pragmática assegura uma “competição civilizada”, pois esses “melhores”, os líderes natos, vão chegar ao poder de qualquer maneira.

O judiciário é reconhecido como participante da governança política. É fundamental que ele seja diverso e representativo da sociedade como um todo, pois sua legitimidade poderia ser questionada caso represente apenas um grupo da população. “O povo não a reconhecera como sendo sua corte. Ela tomara decisões políticas sem ter uma pretensão segura à legitimidade política.”⁴² Ademais, devem existir sujeitos a mecanismos de controle a fim de evitar o exercício arbitrário de poder.

Conforme Heinen,⁴³ na democracia pragmática, cabe ao direito a função de se adequar às necessidades econômicas e sociais, estando os magistrados atentos as mudanças de ordem econômica -a fim de não proferirem decisões que prejudiquem a economia, mas que maximizem a riqueza- e social –pois decisões impopulares tendem a causar revoltas.

A população deve se sentir representada pelo Judiciário para que o governo se mantenha estável. Para Posner a política deve ser controlada por todos os meios, pois “a análise econômica do direito não vai mais partir para a sua empreitada expansionista-

⁴⁰ Ibidem, p. 149.

⁴¹ Ibidem, p. 146.

⁴² Ibidem, p. 163.

⁴³ HEINEN, Luana Renostro. **Uma Crítica À Democracia Pragmática De Richard Posner A Partir De Jacques Rancière**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96422/301259.pdf?sequence=1>>.

imperialista sozinha – tem agora a seu lado um forte mecanismo ideológico, cuja força está principalmente no nome que carrega: “democracia”.⁴⁴

Assim, democracia pragmática e economia estão relacionadas. Sendo a política um “campo de batalha”, no qual a função principal é proporcionar que os líderes naturais cheguem ao poder de maneira civilizada, sem uso da violência, conquista, usurpação. Assegurando assim a estabilidade política e econômica.

5 CONCLUSÃO

O movimento *Law and Economics*, surgido na Universidade de Chicago, se propagou com a obra, lançada em 1973, *Economic Analysis of Law* de Richard Posner, que ganhou notoriedade na academia e se tornou a principal referência teórica da análise econômica do direito.

Richard Posner propôs construir uma nova teoria jurídica unificada a partir da contribuição da economia, defendeu que a maximização da riqueza pudesse ser fundacional ao Direito. A sua análise do direito é sustentada pela escolha individual racional, pois os fenômenos sociais podem ser explicados a partir dos indivíduos e seu comportamento racional.

Tal pensamento causou polêmica e gerou uma furiosa reação vinda de diversos cantos, o que o levou a rever seu posicionamento, passando a defender o pragmatismo jurídico.

Posner preconiza o pragmatismo cotidiano e se preocupa com as consequências que certas decisões ou escolhas podem gerar. Propõe uma ruptura com a fundamentação filosófica-abstrata como justificativa a existência de determinados fenômenos ou até mesmo instituições.

O Posner pragmático entende que o papel do Juiz de Direito é interpretar e aplicar a lei sopesando as prováveis consequências das diversas interpretações que o texto permite, atentando, ainda, para a importância de se defender os valores democráticos, a Constituição, a linguagem jurídica como um meio de comunicação efetiva e a separação de poderes.

⁴⁴ HEINEN, Luana Renostro. **Uma Crítica À Democracia Pragmática De Richard Posner A Partir De Jacques Rancière**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós- Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012, p. 169. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96422/301259.pdf?sequence=1>>.

Seu pensamento pragmático é aplicado na democracia. Faz a diferenciação entre dois conceitos de democracia. O primeiro conceito se funda em ideais filosóficos e abstratos, exige do cidadão e do próprio político um espírito cívico e vontade de participar da vida pública, sempre buscando a prevalência do interesse público em relação aos seus próprios interesses privados.

Mas ele considera essa conceituação ineficaz e insuficiente, visto que tais ideias não são praticadas. Sendo assim, Posner propõe o chamado “conceito 2” de democracia, a democracia pragmática.

Tal conceito é uma visão sobre aquilo que efetivamente ocorre, não está preocupado com uma fundamentação filosófica e moral. Considera a apatia dos cidadãos em relação a democracia como positiva. Ademais, a seara política se revela como instrumento para a solução de problemas e prevalência de determinados interesses. O campo político é repleto de conflitos de interesses, inclusive os interesses particulares dos governantes. Na acepção da democracia pragmática, os eleitores são motivados pelo interesse individual e não pelo bem comum.

A política, para Posner, não tem um valor intrínseco, é um método para se tomar decisões políticas, o meio que estabelece uma competição na qual os “melhores” possam chegar ao poder de forma civilizada.

Ademais, a democracia é uma consequência e não uma causa, o caráter dos cidadãos é a causa da democracia. Assim, o caráter comercial e individualista dos cidadãos faz a democracia ser um campo de constante conflito de interesses.

Economia e democracia estão relacionadas, ela é como uma luta pelo poder, é competitiva como um mercado. A competição dos políticos inicia-se antes mesmo das eleições e é motivada principalmente pelos interesses próprios em obter e manter seus cargos públicos.

Portanto, a democracia pragmática não é idealista, analisa a democracia posta. A falta de interesse político dos cidadãos, apatia em relação à democracia, prevalência dos interesses individuais em face do bem comum, são características presentes em muitas sociedades cujas consequências são refletidas na política, por meio de representantes e eleitores preocupados com seus proveitos individuais e a manutenção do equilíbrio político e econômico. Tornando a democracia apenas um mercado de

interesse, um meio de estabelecer consenso e estabilidade no constante conflito de interesses existentes na sociedade.

REFERÊNCIAS

COASE, Ronald. **O problema do custo social** - trad. Francisco Kummel e Renato Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, Vol. 3, No. 1, art. 9, 2008.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 24/02/2019.

COPETTI NETO, Alfredo. O Estado Constitucional e os Movimentos Law and Economics da University of Chicago. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, p. 194-222, 2017. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/7652/5175>>. Acesso em 20/02/2019.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. **Introdução ao Direito e Economia**. In: Direito e Economia no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Editora Atlas, 2012

HEINEN, Luana Renostro. **Uma Crítica À Democracia Pragmática De Richard Posner A Partir De Jacques Rancière**. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2012. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/96422/301259.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 02/01/2019.

MARX, Karl. **Contribuição à crítica da economia política**. Trad. Florestan Fernandes. 2 ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2008.

MELLO NETO, Ridivan Clairefont de Souza; DIAS, Jean Carlos. A Democracia Pragmática Em Richard Posner E O Papel Do Pragmatismo Cotidiano Na Seara Democrática. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 23, n. 3, p. 310-332, set./dez. 2018. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1415>>. Acesso em: 02/01/2019.

MERCURO, Nicholas; e MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princenton University Press, 1999.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **El análisis económico del derecho**. 2 ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

_____. **Para além do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROSA, Alexandre Morais. **Crítica ao discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito**. In: ROSA, Alexandre Morais; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROTH, Alvin E. **Como funcionam os mercados: a nova economia das combinações e do desenho de mercado**. Tradução: Isa Mara Lando e Mauro Lando. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é Pesquisa em “Direito e Economia?”**. Artigos Direito GV. 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2773>>. Acessado em 20/02/2019.

_____. **"Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner"**. Fundação Getúlio Vargas, 2008 a. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/30/>. Acessado em: 20/02/2019.

_____. **O que é Direito e Economia?**. In: TIMM, Luciano B. (org.). Direito e Economia, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 b. Republicação: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). Fragmentos para um Dicionário Crítico de Direito e Desenvolvimento. São Paulo: Saraiva, 2011. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/>. Acessado em 20/02/2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do Declínio e Queda do Eficientismo na Obra de Richard Posner**. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Coord.). Trinta Anos de Brasil: Diálogos entre Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/03/A-Hist%C3%B3ria-do-Decl%C3%ADnio-e-Queda-do-Eficientismo-na-Obra-de-Richard-Posner-Por-Bruno-Meyerhof-Salama.pdf>>. Acessado em: 23/01/2019.

_____. **Análise econômica do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017a. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/130/>. Acessado em: 02/01/2019.

_____. **Estudos em direito & economia** [livro eletrônico]: micro, macro e desenvolvimento. Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2017b. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/. Acessado em: 28/12/2018

ZANATTA, Rafael A. F. **Desmistificando A Law & Economics: A Receptividade Da Disciplina Direito E Economia No Brasil**. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 10 ed. 2011.

Recebimento em 27 de março de 2019.

Aprovação em 28 de maio de 2019.