

**DIREITO E GLOBALIZAÇÃO: ANÁLISE
ECONÔMICA A PARTIR DA FILOSOFIA
PRAGMÁTICA DO DIREITO
DE RICHARD POSNER**

*LAW AND GLOBALIZATION: ECONOMIC ANALYSIS
WITHIN THE PRAGMATIC PHILOSOPHY JURISPRU-
DENCE OF RICHARD POSNER*

*Danilo Alexandre Mayriques**

Escola Paulista de Direito

*Marco Aurélio Florêncio Filho***

Escola Paulista de Direito

Resumo

Este artigo tem por objeto de estudo as relações entre direito e globalização, a partir da análise econômica que compõe uma parte importante da filosofia pragmática do direito de Richard Posner. O trabalho busca identificar as raízes históricas do pragmatismo jurídico de Posner e apresentar as estruturas fundamentais de sua análise econômica do direito, bem como utilizar esse arsenal teórico para investigar as implicações da globalização para o direito.

Palavras-chave

Richard Posner. Análise econômica do direito. Globalização.

Abstract

This article aims to study the relations between law and globalization, within the economic analysis of law that is an important part of law's pragmatic philosophy of Richard Posner. The work seeks to identify the historical roots of Posner's pragmatic jurisprudence and present the basic structures of his economic analysis of law, as well using this theoretical arsenal to investigate the implications between globalization to law.

Keywords

Richard Posner. Economic analysis of law. Globalization.

* Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

** Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Coordenador Geral do Programa de Pós Graduação em Direito da Escola Paulista de Direito.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem o objetivo de investigar as contribuições da filosofia pragmática do direito de Richard Posner, nas ciências econômica e jurídica, bem como analisar as contribuições de referida teoria para a compreensão do processo de globalização.

Na concepção de sua teoria pragmática do direito, Posner ataca os dogmas jurídicos e vê o direito não como um conjunto de conceitos e princípios abstratos, mas no campo da experiência, como a atividade de profissionais jurídicos. Há uma aversão de Posner às construções conceituais e aos dogmas que formam a estrutura tipicamente lógico-abstrata da Dogmática Jurídica e, *pari passu*, uma aberta assunção do pragmatismo no direito, assumido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações.

Posner enfrenta o problema do conceito de direito e se posiciona diante da ontologia jurídica: o direito é uma atividade, não um grupo de conceitos; é o que os profissionais jurídicos fazem e não o que está nos textos de direito positivo. Trata-se, evidentemente, de uma teoria anti-formalista e anti-dogmática. Com seus típicos raciocínios silogísticos, o formalismo jurídico procura forçar as práticas das pessoas a se encaixarem nos conceitos jurídicos engendrados pela Dogmática Jurídica. Já o pragmatismo jurídico utiliza os conceitos jurídicos para servir às necessidades humanas, aborda o direito como instrumento, sempre considerando a possibilidade de se ajustar as categorias jurídicas existentes em função de tais necessidades.

Assim, com o objetivo de alcançar os resultados pretendidos na presente pesquisa, foi analisado, num primeiro momento, o pragmatismo jurídico de Richard Posner, assim como suas raízes. Nesse sentido, foi traçado o referencial teórico da obra de Richard Posner, realizando-se um estudo sobre as contribuições do pragmatismo de Charles Sanders Peirce e o utilitarismo Jeremy Bentham.

Em seguida, tratou-se da análise econômica do direito de Posner, a partir da maximização da riqueza como norma fundante do sistema jurídico. Foi investigada a Análise Econômica do Direito (AED), que é normalmente considerada a mais significativa evolução no pensamento jurídico norte-americano, desde o realismo jurídico e que se divide em duas linhas de pesquisa: AED descritiva e AED normativa.

Por fim, lançado o alicerce da pesquisa, tratou-se a presente pesquisa de investigar o direito e a globalização a partir da perspectiva econômico-pragmática da filosofia do direito de Richard Posner.

1. O Pragmatismo Jurídico de Richard Posner e suas Raízes

Na sua concepção original, o pragmatismo foi inaugurado por Pierce como um método para clarificar conceitos, que enfatiza a importância da ação humana e da finalidade na experiência e no conhecimento. A chamada “máxima pragmática” que Pierce apresentou em 1870, como resultado dos debates no *Metaphysical Club* (Clube Metafísico) em Cambridge¹, sintetiza o método pragmático: se alguém puder definir precisamente todos os fenômenos experimentais concebíveis que um conceito pode implicar, terá então a completa definição desse conceito.

¹ “El origen del pragmatismo puede situarse en las reuniones del *Cambridge Metaphysical Club*, que Charles Sanders Pierce (1839-1914) había creado junto a otros intelectuales em Harvard entre 1871 y 1872. Además de Pierce, em esas reuniones participaba William James, junto con otros estudiosos como Joseph Warner, Nicholas St. John Green, Chauncey Wright y Oliver Wendell Holmes Jr. En gran medida, la idea común em del *Metaphysical Club*, como ellos mismos lo denominaban, era la definición de *creencia* del filósofo y psicólogo escocés Alexander Bain como un hombre está dispuesto a actuar’. De esta definición, diría posteriormente Pierce, se deduce el pragmatismo casi como um corolario” (BARRENA, Sara. El pragmatismo. **Revista de Filosofía Factótum**, nº 12, p. 1-18, 2014, Disponível em <http://www.revistafactotum.com>. Acesso em 30.07.2016.

Pierce esclareceu que o pragmatismo é um método de determinação dos significados dos conceitos intelectuais a partir de considerações práticas (a premissa é que certas ações acarretam certas experiências inevitáveis), cujo axioma teórico básico é, segundo o próprio Pierce, o de que a soma das consequências práticas de uma concepção constitui todo o significado cognoscível desta concepção².

Incomodado com as acusações de que havia escolhido mal o nome de seu método, Pierce anunciou o nascimento da palavra “pragmaticismo” para designá-lo. Reputava-a “suficientemente feia para estar a salvo dos raptores”³. Só que o termo não vingou no vocabulário filosófico e científico.

Para a pragmatista contemporânea Susan Haack, o pragmatismo é uma filosofia, iniciada por Pierce e caracterizada, basicamente, pelo axioma pragmático segundo o qual o significado de um conceito é determinado pelas consequências experienciais ou práticas de sua aplicação⁴. Haack indica que as linhas de pensamento dentro do pragmatismo têm em comum a aspiração a uma filosofia livre de excessos metafísicos e, mais especificamente, dos confins artificiais da teoria cartesiana do conhecimento.

Em geral, os pragmatistas rejeitam a visão tradicional de que a ciência é uma estrutura fixa de conhecimento, enfatizando o caráter experimental e cooperativo do método científico⁵. Compartilham o ceticismo e a indiferença quanto à existência de entidades ou objetos ideais, uma certa aversão à tradição platônica,

² “A fim de determinar o significado de uma concepção intelectual, dever-se-ia considerar quais consequências práticas poderiam concebivelmente resultar, necessariamente, da verdade dessa concepção; e a soma destas consequências constituirá todo o significado da concepção”. PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 195.

³ PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 287.

⁴ HAAK, Susan. Pragmatism. In **The Blackwell companion do philosophy**. 2ª ed. USA: Blackwell Publishing, 2013, p. 774-789.

⁵ HAAK, Susan. Pragmatism. In: **The Encyclopedia Americana. International Edition**, v 22. Danbury, Connecticut: Grolier Incorporated, 2016, p. 516.

que se conectam parar compor uma filosofia não subjugada à metafísica⁶.

Karl Popper caracterizou a ciência pela constante possibilidade de aferir-se, pela experiência, a falseabilidade ou falibilidade de suas proposições. A teoria Popperiana da ciência é importante como crítica à dogmática jurídica, no ponto em que a mesma exclui os testes de falseabilidade, ou seja, de refutabilidade de seus pontos de partida. A epistemologia científica de Popper tem afinidades com o pragmatismo, pois se parte do pressuposto da definição da ciência em função da experiência e das consequências, ou seja, se a ciência não funcionar no plano da ação ou se não atingir os objetivos a que se presta, simplesmente não haverá ciência alguma. “Como o critério de falseabilidade de Karl Popper, os pragmatistas rejeitam como não científica qualquer ‘teoria’ que não faça previsões verdadeiramente testáveis”⁷.

Contemporâneo de Pierce que também integrou o *Metaphysical Club* (Clube Metafísico), Oliver Wendell Holmes Jr. foi juiz do Supremo Tribunal dos EUA, nomeado por Theodore

⁶ “Pode-se chamar *empírica* a toda Filosofia na medida em que ela se estriba em razões empíricas, mas àquela que apresenta suas doutrinas unicamente a partir de princípios *a priori*, Filosofia *pura*. A última, se ela é meramente formal, chama-se *Lógica*, mas, se ela se restringe a objetos determinados do entendimento, então ela se chama *Metafísica*” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009, p. 65). Kant se põe a questão de saber se é necessária e possível uma filosofia moral que esteja inteiramente expurgada de tudo que possa ser empírico e pertença à antropologia e responde que sim, devido à existência de uma ideia comum do dever e das leis morais (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009, p. 69-70). Na fundamentação, Kant buscava estabelecer o *princípio supremo da moralidade*, tomando “o caminho que vai analiticamente do conhecimento comum até a determinação do princípio supremo do mesmo e que volta, por sua vez, do exame desse princípio e das fontes do mesmo até o conhecimento comum, onde se encontra o seu uso” (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009, p. 86-87).

⁷ SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Tradução Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 25.

Roosevelt em 1902, e lançou as bases da teoria pragmática do direito⁸. Holmes inaugurou o chamado realismo jurídico, por contraposição ao formalismo jurídico, vendo a origem do direito nos hábitos e nos costumes, não em categorias metafísicas quaisquer, como leis gerais e abstratas. Holmes enfatizou a necessidade de uma abordagem antropológica da experiência jurídica: o direito é a própria experiência do homem que se converte em prática obrigatória e esta, por sua vez, se converte em textos legais. Na criação do direito, o homem começa com os casos particulares (fatos singulares) e não com as teorias abstratas e suas generalizações⁹. Isto significa que, para Holmes, o direito é obtido por indução a partir da experiência e não por princípios da razão pura *a priori*.

O realismo jurídico de Holmes concebe o direito como um fazer, produto e produtor da experiência jurídica, muito mais do que como um teorizar. Um de seus mais estimulantes escritos é certamente *The Natural Law*, em que ele critica os juristas que acreditam no direito natural afirmando que, quando pensamos em nossa relação com o universo, não há “algum motivo racional para exigir o superlativo (...) de que as conclusões de uma pequena criatura sobre essa pequena terra são a palavra final de um todo

⁸ “A perspectiva de Holmes era severamente, ainda que imperfeitamente, pragmática. Não existem entidades conceituais; o significado de uma ideia não está em sua definição, sua forma, sua relação com outras ideias; está, antes, em suas consequências práticas para o mundo dos fatos. Da mesma forma, não existem princípios jurídicos em um sentido interessante” (POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23).

⁹ “Parece-me bom lembrar que os homens começam absolutamente sem teoria e sem qualquer generalização com o contrato. Eles começam com casos particulares (...).” Tradução livre de: “It seems to me well to remember that men begin with no theory at all, and with no such generalization as contract. They begin with particular cases (...)” (HOLMES JR., Oliver Wendell. *Law in Science and Science in Law*. **Harvard Law Review**, Vol. 12, n. 07, Feb. 25, 1899, p. 443-463).

inimaginável”¹⁰. A humildade científica de Holmes contempla a inteligência humana que se curva diante do infinito do universo: ela não é e nunca será capaz de compreender toda a realidade. Se o homem é parte do universo, a parte não se sobrepõe jamais ao todo.

O pragmatismo e o realismo jurídico estão nas raízes da teoria jurídica de Posner. Ele deixa claro que sua filosofia do direito tem afinidades com o realismo jurídico, faz uso da filosofia do pragmatismo e que Bentham é o criador de seu conceito pragmático do direito, especificamente no que diz respeito a transformá-lo em instrumento humano prático para consumação de objetivos sociais definidos¹¹.

Em seu *The Principles of Morals and Legislation*, Bentham escreve que a natureza coloca a humanidade sob o governo de dois domínios supremos: dor e prazer. Essas forças sensíveis nos controlam em tudo que fazemos, dizemos e pensamos e fundam um sistema, cujo objetivo é construir a fábrica da felicidade pelas mãos da razão e do direito. Bentham anuncia que o princípio da utilidade é o fundamento de sua filosofia.

Por utilidade, Bentham entende “a propriedade de qualquer objeto, por meio da qual ele produz benefício, vantagem, prazer, utilidade ou felicidade (...) ou previne o advento de ofensa, dor, mal ou infelicidade para a parte cujo interesse é considerado”¹², podendo essa parte ser a comunidade em geral ou um indivíduo particular.

O pragmatismo de Pierce e o utilitarismo de Bentham têm estreita relação com a teoria jurídica de Posner, que repousa no ponto comum de considerarem as consequências das ações humanas como parte central do conhecimento. Segundo Bentham, “A inclinação de um ato é danosa quando as consequências dele

¹⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Natural Law**. Collected Legal Papers. New York: Peter Smith, 1952, p. 310.

¹¹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007; p. 20-21).

¹² BENTHAM, Jeremy. **The Principles of Morals and Legislation**. Great Books in Philosophy Series. New York: Prometheus Books, 1988, p. 01-02.

são danosas”. Para os pragmatistas, explica Posner, as consequências importantes “são tanto as de longo quanto as de curto prazo; são tanto as sistêmicas quanto as individuais”¹³.

O utilitarismo conecta-se ao pragmatismo na teoria jurídica de Posner para transformar o direito em instrumento de ações eficazes para atingir objetivos sociais definidos, ou seja, produzir consequências e resultados desejáveis ou valorizados pela sociedade. Todavia, Posner critica o utilitarismo de Bentham, enfatizando ser impossível medir e agrupar a felicidade de milhões de pessoas diferentes, o que impede o princípio da maior felicidade de funcionar empiricamente¹⁴.

2. A análise econômica do direito de Posner: a maximização da riqueza como norma fundante do sistema jurídico

No pensamento de Posner, antes de se ampliar para um consequencialismo mais abrangente, o pragmatismo jurídico começa com a análise econômica do direito, que, como ele próprio esclarece, “é o conjunto de estudos econômicos que constrói um conhecimento detalhado sobre alguma área do direito”¹⁵, não importando se esses estudos são feitos por um advogado ou por um economista.

A Análise Econômica do Direito (AED) é normalmente considerada a mais significativa evolução no pensamento jurídico norte-americano desde o realismo jurídico e divide-se em duas linhas de pesquisa: AED descritiva e AED normativa. Ela procura explicar e prever o comportamento das pessoas enquanto regulado pelo direito (AED descritiva), bem como procura aperfeiçoar o direito, traçando aspectos em que as leis existentes ou propostas têm consequências não previstas ou

¹³ POSNER, Richard A. What has pragmatism to offer law? **Southern California Law Review**, Chicago, vol. 63, p. 1653-1670. 1990.

¹⁴ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 33.

¹⁵ POSNER, Richard. A. The Law and Economics Movement. **The American Economic Review**, Whashington, vol. 77, n. 2, p. 1-13, maio 1987.

indesejáveis, seja quanto à eficiência econômica, seja quanto à distribuição de renda ou riqueza ou outros valores (AED normativa)¹⁶.

A distinção entre os aspectos positivo e normativo, entre explicar o mundo jurídico como ele é e tentar mudá-lo para torná-lo melhor, é fundamental para a compreensão do movimento *Law and Economics* (Direito e Economia). Essa é uma importante distinção: entre o uso da análise econômica para identificar como o direito positivo e as instituições jurídicas funcionam ou funcionarão; ou para apontar como deveriam ser para incrementar o bem-estar social¹⁷.

A AED descritiva tem afinidades com o positivismo jurídico quanto à metodologia de descrever o direito positivo como ele é e não como ele deveria ser. No entanto, em sua perspectiva descritiva, a ciência econômica do direito é mais abrangente do que a ciência positivista do direito, porque não se reduz à análise e interpretação do ordenamento jurídico a partir de dogmas e conceitos abstratos, indagando se as regras nele contidas são eficientes na alocação de recursos e que custos, incentivos e consequências elas produzem na sua aplicação prática à solução de conflitos. Por sua vez, a AED normativa ou prescritiva tem afinidades com teorias valorativas do direito, abandonando a neutralidade para apresentar propostas de aperfeiçoamento do direito vigente e das instituições jurídicas, apontando como deveriam ser para melhorar a vida em sociedade.

Com seu trabalho *The Problem of The Social Cost* (O Problema do Custo Social), publicado em 1960¹⁸, Ronald Coase é

¹⁶ POSNER, Richard A. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 53, p.1-13, 1998.

¹⁷ POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **University of Chicago Law Review**, vol. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

¹⁸ COASE, Ronald H. The Problem of the Social Cost. **Journal of Law and Economics**, vol. 3, p. 1-44, 1960.

geralmente apontado como o fundador da AED contemporânea¹⁹, que começou e progrediu em duas fases distintas e sucessivas. A primeira ficou conhecida como Escola de Chicago e partiu dos métodos da Ciência Econômica como instrumentos para responder às questões da filosofia e da prática jurídica. Ela nasceu na Universidade de Chicago com Ronald Coase e seus estudos sobre o custo social, os problemas relacionados às externalidades, aos custos de transação e com as decisões alternativas acerca da alocação de recursos. A segunda ficou conhecida como escola de New Haven, nasceu na Universidade de Yale com os trabalhos de Guido Calabresi e procurou flexibilizar os métodos da Escola de Chicago, devido aos excessos que acabaram por resultar no formalismo jurídico tão criticado pelos entusiastas da AED, o qual, se não deixou de ser positivista, tornou-se economicista, no sentido de pressupor dogmas econômicos para desenvolver raciocínios dedutivos e lógico-formais na compreensão e prática do direito. Calabresi sustentou que uma sociedade de mercado estabelece o direito de modo que os custos dos incidentes são atribuídos àquela atividade que pode evitar mais economicamente os incidentes mesmos²⁰.

Posner explica que, historicamente, a AED tem dois campos distintos, que remontam à emergência da economia como ciência autônoma no século XVIII. O primeiro remete à Adam Smith e consiste na análise econômica das leis que regulam os mercados explícitos, ou seja, leis que regulam o sistema econômico

¹⁹ “Reconhecido por muitos como o criador da AED, Coase notabilizou-se por meio dos seus artigos *The Nature of the Firm* (1937) e *The Problem of Social Cost* (1960), em que introduz na Economia a ideia de custos de transação, desenvolvendo a teoria que depois veio a ser denominada como ‘Teorema de Coase’. Ambos os artigos foram posteriormente condensados em *The Firm, the Market and The Law* (1988) (...)”. SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. Análise econômica no direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014.

²⁰ ALPA, Guido. **L’analisi economico del diritto nella prospettiva del giurista**. In Interpretazione giuridica e análise econômica. Milano: Doot. A. Giuffrè Editore, 1982, p. 13.

no sentido convencional. O segundo originou-se com a obra de Jeremy Bentham na geração seguinte à de Adam Smith e consiste na análise econômica das leis que regulam o comportamento não-mercadorológico – acidentes, crimes, casamentos, poluição e processos legais e políticos²¹.

Há, portanto, duas áreas epistemológicas da AED, diferenciadas pelo seu objeto. A primeira área da AED compõe-se da “análise das leis que regulam as atividades explicitamente econômicas” e “remonta pelo menos às discussões de Adam Smith sobre os efeitos econômicos da legislação mercantilista, as quais ainda hoje representam uma parte importante da análise econômica do direito”²². Posner enfatiza que essa área da AED, pelo critério quantitativo, é a mais importante, incluindo-se nela os estudos de direito antitruste, tributário e societário. A segunda área da AED compõe-se da “análise das leis que regulam as atividades não mercadorológicas”, que tem como precursor Jeremy Bentham e cujos pioneiros no século XX foram Ronald Coase e Guido Calabresi²³.

O estudo econômico do direito realizado por Posner objetiva o conhecimento vulgar, não o conhecimento científico, jurídico ou técnico, pois volta à atenção para as consequências ou implicações que as pessoas desprovidas de conhecimento na Ciência Econômica comumente ignoram, negligenciam ou desconhecem. Frequentemente, as pessoas precisam tomar decisões num contexto de recursos escassos e de profunda incerteza. Segundo Posner, em seu artigo *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law* (Valores e Consequências: Uma Introdução à Análise Econômica do Direito), todos os campos do direito são intercambiáveis quando estudados sob a perspectiva da economia, a qual revela uma “estrutura profunda”

²¹ POSNER, Richard A. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **University of Chicago Law Review**, vol. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

²² POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 4.

²³ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 4.

do direito que exhibe coerência considerável²⁴. Cético, porém, Posner reconhece não acreditar que a economia ou qualquer outro conjunto de pensamentos possa compelir a um julgamento moral.

Na base de sua análise econômica do direito, Posner pressupõe “que os seres humanos agem como maximizadores racionais da própria satisfação em todas as esferas da vida”, incorporando, assim, a moderna filosofia econômica de Bentham sobre os crimes e as penas²⁵. O significado de racionalidade em Posner está ligado à escolha dos melhores meios disponíveis para os fins que a pessoa almeja. “Ratos são tão racionais quanto os humanos quando a racionalidade é definida como atingir um fim (sobrevivência e reprodução, no caso dos ratos) ao menor custo”²⁶.

Posner ressalta que um dos elementos mais importantes da teoria de Bentham é a ideia de que as pessoas agem tentando maximizar racionalmente (adequação entre meios e fins) suas próprias satisfações (monetárias e não-monetárias). Exceto aqueles que sofrem de algum problema mental congênito, patológico ou traumático, os indivíduos agem como maximizadores racionais de utilidade, procuram alcançar objetivos e resultados que lhes proporcionem o máximo daquilo que entendem ser útil, bom e prazeroso para si mesmos. Em problemas de direito e justiça, a incerteza, o risco e a escassez de recursos e de informações são fatores a serem enfrentados e superados por todo indivíduo nos seus raciocínios práticos e na tomada de decisões.

A ética do utilitarismo de Bentham defende que o valor das ações humanas, do direito positivo ou das instituições jurídicas deve ser aferido por sua eficácia na promoção da felicidade acumulada por todos os habitantes da sociedade; já a ética da maximização da riqueza de Posner propõe que essa aferição seja

²⁴ POSNER, Richard A. *Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law*. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 53, p.1-13, 1998.

²⁵ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 41-42.

²⁶ POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004, p. 253.

feita a partir da eficácia no aumento da riqueza e do bem-estar social. Ele constrói sua análise econômica do direito vendo-o como um sistema ético fundado na maximização da riqueza, onde a riqueza é identificada com a “soma de todos os bens e serviços no interior da sociedade, calculados pelo valor que possuem”²⁷, isto é, “a riqueza da sociedade é a totalidade da satisfação das preferências (...) financeiramente sustentadas”²⁸. Ela consiste na “soma de todos os bens e serviços tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: preços ofertados (...) e preços solicitados”²⁹. A teoria juseconômica de Posner coloca a maximização da riqueza como a meta do sistema jurídico e o critério para aferição de sua operacionalidade, funcionalidade e eficiência. Ele sustenta que a maximização da riqueza é uma norma econômica que fornece fundamentos mais sólidos para a Ciência do Direito. Em suma: o sistema jurídico seria um sistema de maximização de riqueza, que “sanciona e aperfeiçoa uma ordem de distribuição de riqueza essencialmente arbitrária”³⁰.

Na perspectiva econômica da maximização de riqueza, “a função básica do direito é a alteração de incentivos”³¹, o que significa que Posner atribui uma função instrumental ao sistema jurídico. A intervenção do Estado na liberdade individual através de normas jurídicas só se justifica para corrigir uma séria falha operacional de mercado (como, por exemplo, as externalidades e a formação de carteis), a ponto de tornar possível o aumento da

²⁷ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 60-61.

²⁸ POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004, p. 98. POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473.

²⁹ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 477.

³⁰ POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004; p. 102.

³¹ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983; p. 75.

riqueza da sociedade por meio da coerção estatal, que, em si, já é custosa.

Ao tratar dos fundamentos éticos e políticos da maximização da riqueza, Posner trabalha com a superioridade de Pareto, “princípio segundo o qual uma forma de alocação de recursos é superior a outra se puder melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem piorar a de ninguém”³². Uma mudança, então, é Pareto-superior quando beneficia ao menos uma pessoa sem prejudicar ninguém. O mecanismo operacional de obtenção da superioridade de Pareto é a troca voluntária, haja vista que, geralmente, “a única maneira de demonstrar, segundo o critério de Pareto, a superioridade de uma alteração na alocação de recursos é mostrar que houve o consentimento de todas as pessoas afetadas”³³.

Posner também trabalha com o princípio de Kaldor-Hicks, também chamado superioridade potencial de Pareto, o qual, ao invés de “exigir que ninguém saia prejudicado por uma alteração na alocação de recursos, estabelece apenas que o aumento no valor seja suficiente para compensar plenamente os prejudicados”³⁴.

Diferentemente do que se poderia imaginar, a AED não é uma teoria distante da Dogmática Jurídica enquanto Ciência do Direito Positivo, havendo, no ordenamento jurídico brasileiro, incontáveis textos normativos que expressamente vinculam o jurista a trabalhar com conhecimentos econômicos, na sua atividade de operador do direito, cujo escopo é a solução de problemas concretos. É possível citar alguns exemplos ilustrativos em diversos ramos da Ciência Jurídica, extraídos de textos de direito positivo que obrigam o jurista a fazer uma análise econômica do ordenamento jurídico no seu trabalho hermenêutico, ou seja, a considerar fatores (custos, incentivos, benefícios, recursos

³² POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983; p. 88.

³³ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983; p. 88.

³⁴ POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983, p. 91.

etc.) e resultados (redistribuição de riqueza, realocação de recursos etc.) econômicos.

No campo do Direito Constitucional, refletindo necessidades sociais evidentes que são fruto do subdesenvolvimento do País, o problema da desigualdade de riqueza justifica que estejam, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais³⁵.

James M. Buchanan critica a perspectiva jus econômica que Posner expôs na sua primeira obra a respeito do tema, *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito), publicada em 1973, baseada na maximização da riqueza, argumentando que se critérios filosóficos mais amplos do que os econômicos são introduzidos, “o direito, ele próprio, deve ser avaliado, e a boa economia aplicada dentro de uma concepção ruim ou distorcida do processo legal não necessita promover as mudanças estruturais e procedimentais que podem ser urgentemente exigidas”³⁶.

Buchanan deixa claro que é nesse sentido que a teoria de Posner falha em seu teste, o seu experimento mental de pressupor, hipoteticamente, que a teoria econômica de Posner foi amplamente adotada como material doutrinário no primeiro ano das Faculdades de Direito e que, além disso, os estudantes de direito assimilaram todos os princípios econômicos elementares que Posner ensina. Buchanan se pergunta quais serão os efeitos empíricos de um cenário como esse, especialmente sobre os advogados que se encontram investidos do poder de “tomada de decisão” como juízes, legisladores, administradores, como professores universitários e educadores que escreverão outros

³⁵ Conforme o artigo art. 3º, inciso III, da Constituição Federal. Certamente, o texto constitucional deve ser lido no sentido de redução das desigualdades sociais e regionais que sejam de natureza econômica, envolvendo o acesso a serviços públicos essenciais (saúde, segurança, educação, justiça, saneamento básico etc), porquanto as desigualdades de ordem biológica ou sociocultural nunca desapareceram nem nunca desaparecerão deste mundo.

³⁶ BUCHANAN, James M. *Good Economics – Bad Law*. **Virginia Law Review**, vol. 60, n. 3, p. 483-492, 1974.

livros e treinarão outros advogados. Apesar das críticas, Buchanan aproveita a teoria econômica do direito de Posner e diz poder torná-la mais aceitável, abordando o *maximum value* (máximo valor ou maximização da riqueza) não como o fim último, mas como “instrumento a ser usado para alcançar outros objetivos”³⁷.

Buchanan conclui que seu experimento mental demonstra os potenciais excessos da teoria econômica do direito de Posner, guiada pelo critério extra-legal do *maximum value*; que a boa política e a filosofia do direito mantêm-se contra a boa economia; que, infelizmente, a mentalidade acadêmica contemporânea impede o ensino da filosofia do direito e a boa econômica domina as alternativas disponíveis em decisões práticas.

O que se observa e deve-se reter na teoria econômica do direito de Posner é uma ênfase na interdisciplinaridade entre a Ciência do Direito e a Ciência Econômica – e que deve ser ampliada para outras áreas do conhecimento – estudadas em constante inter-relação e, sobretudo, a partir da aplicação de ideias e métodos da economia para a compreensão e aperfeiçoamento do sistema e dos institutos jurídicos.

A teoria econômica positiva do direito de Posner (AED positiva) parte da maximização da riqueza para melhor compreender o sistema jurídico. Já a sua teoria econômica normativa do direito (AED normativa ou prescritiva) procura fazer com o que o sistema jurídico seja aperfeiçoado para proporcionar cada vez mais a maximização da riqueza.

Posner reconhece, contudo, que jamais podemos “esperar que o direito venha a alcançar uma perfeita eficiência”³⁸ em promover a maximização da riqueza e procura no pragmatismo a chave para a solução dos problemas da Filosofia e da Ciência do Direito na pós-modernidade.

³⁷ BUCHANAN, James M. *Good Economics – Bad Law*. **Virginia Law Review**, vol. 60, n. 3, pp. 483-492, 1974.

³⁸ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 484 e 615.

3. Direito e globalização: uma análise econômica a partir da filosofia pragmática do Direito de Richard Posner

A globalização é um processo complexo que tem sua origem e desenvolvimento relacionados, especialmente, a fatores sociais, históricos e econômicos, que levaram os Estados-nação, ao longo do século XX até os dias de hoje, a formalmente suavizar sua soberania, a fim de partilhar direitos e obrigações no âmbito de suas relações internacionais, sobretudo econômicas e políticas.

Muitos sustentam que a globalização não é um fenômeno social da Modernidade, por já ter sido observado na Antiguidade, devendo-se, todavia, diferenciar a globalização contemporânea, que está em curso desde a década de 1970-80³⁹.

Como bem observa Miguel Reale, a globalização atual é um fenômeno singular, “não tendo razão os que lembram como precedentes os grandes impérios como os de Alexandre Magno, de Roma, de Carlos Magno, de Felipe II, ou da Inglaterra na época colonialista”⁴⁰. Apesar dessa distinção, são antecedentes históricos da globalização a “expansão da Grécia no Mediterrâneo e na Ásia e o Império Romano”⁴¹.

A globalização em curso não resulta de qualquer imposição ou hegemonia decorrente de poder militar, mas se deve, sobretudo, à evolução científica e tecnológica; ao desenvolvimento vertiginoso da cibernética⁴²; ao aperfeiçoamento dos meios de comunicação e à aceleração do fluxo de informações, que hoje já se pode considerar *instantâneo*, facilitando relações e negócios porque

³⁹ “(...) período que com frequência é chamado de ‘primeira’ globalização financeira e comercial, a dos anos 1870 a 1914, época que guarda profundas semelhanças com a ‘segunda’ globalização, em curso desde os anos 1970-1980” (PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 35).

⁴⁰ REALE, Miguel. **Política e direito: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97.

⁴¹ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 59.

⁴² “A globalização é a filha predileta da informática” (REALE, Miguel. **Política e direito: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97).

diminui sensivelmente, ainda que a nível virtual, a distância espaciotemporal entre as pessoas; à expansão, absorção e intercâmbio de valores culturais, como a língua e os paradigmas de vida, entre os Estados-nação; à força econômica dos países desenvolvidos, que pressionam os subdesenvolvidos e os emergentes (em desenvolvimento) para impor seus valores e sua ideologia.

Segundo Anthony Giddens, a Modernidade tem como produto ou consequência inevitável a globalização, que ele define como um processo de “intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”⁴³. Giddens destaca um aspecto da globalização, decorrente de sua natureza dialética, que ele chama de “empurra e puxa” entre tendências direcionadas para a centralização de poder, esclarecendo que os Estados capitalistas são os principais centros de poder na economia mundial.

Uma perspectiva econômica interessante é encontrada em Thomas Piketty, que apresenta a interdependência como uma característica importante da globalização financeira contemporânea, no sentido de que “cada país é, em grande parte, propriedade dos outros, o que não só obscurece as percepções sobre a distribuição global da riqueza, como também leva a uma forte vulnerabilidade dos pequenos países e a uma instabilidade da distribuição mundial das posições líquidas”⁴⁴.

As relações econômicas internacionais configuram, de fato, uma interdependência entre os Estados-nação de tal modo que todas as suas externalidades afetam uns aos outros, como o provam, inclusive, as grandes crises econômicas mundiais. No entanto, a interdependência econômica entre os Estados-nação não significa ausência de hegemonia econômica, a qual continua sendo

⁴³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 76.

⁴⁴ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 191.

um monopólio dos países detentores do capital. Não por menos, é corrente a crítica feita à globalização, que a identifica com uma nova forma de imperialismo, similar, mas mais sofisticada, à política exploratória típica das colonizações.

A questão que se põe é a seguinte: a globalização é ou não uma forma contemporânea de dominação e exploração econômica utilizada por Estados-nação desenvolvidos, detentores do capital, face a Estados-nação subdesenvolvidos ou emergentes, detentores de matéria-prima e trabalho humano? Esta é uma pergunta afeta ao campo de especulação da Análise Econômica Descritiva do Direito, porque procura descrever os fatos e suas consequências tal como se apresentam no mundo empírico.

É fato que há uma hegemonia econômica e política dos países desenvolvidos, de que os mesmos se valem para imporem-se aos demais no sistema capitalista. Paul Schiff Berman reconhece que é de certo modo verdadeira a “acusação de que a globalização é uma nova forma de império ou hegemonia” e que “no tocante à liberalização comercial e aos mercados abertos, parece haver pouca possibilidade para uma ideologia rival sobreviver”⁴⁵.

A desigualdade relativa ao desenvolvimento socioeconômico entre países desenvolvidos, subdesenvolvidos e emergentes é fator determinante para a hegemonia dos primeiros sobre os demais, inclusive porque a globalização econômico-financeira tende a produzir uma concentração cada vez maior do capital. Como aponta Tomas Piketty, “as maiores fortunas mundiais (incluindo as herdadas) progrediram em média a taxas elevadíssimas ao longo das últimas décadas (da ordem de 6-7% ao ano) – rendimentos bem mais altos do que a progressão média dos patrimônios”⁴⁶.

⁴⁵ BERMAN, Paul Schiff. *From International Law to Law and Globalization*. **University of Connecticut School of Law Articles and Workin Papers**, Connecticut, nº 23, 2005, p. 551-556.

⁴⁶ PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 420.

Focando nesse panorama, as relações entre direito, economia e globalização na teoria pragmática de Posner levam à reflexão sobre a eficiência do sistema jurídico em promover a maximização da riqueza da sociedade global; a correção dos efeitos indesejáveis ou imprevistos da concentração de poder econômico; a redução de incertezas, trazendo maior previsibilidade, e de custos de transação.

Outra questão interessante que está no âmbito de estudo da AED é quais são as consequências da globalização para o direito e vice-versa, perspectiva que envolve, mais amplamente, o pragmatismo jurídico na sua tarefa de tentar identificar as consequências práticas do fenômeno da globalização para o fenômeno jurídico e vice-versa.

A integração econômica é uma forma de globalização; como disse Haddock Lobo, ela é o processo pelo qual “são abolidas as discriminações entre unidades econômicas nacionais, com o objetivo de obter-se o aumento do produto real da área integrada”⁴⁷. Mas ele próprio reconhece que não é bastante a eliminação de fatores discriminatórios como barreiras alfandegárias, impostos sobre produtos importados, restrições quantitativas, enfim, tudo que possa impedir a liberdade econômica.

A globalização econômica modifica as instituições jurídicas e políticas dos Estados-nação, imprimindo-lhes um perfil mais próximo do livre comércio e de formas de cooperação e unificação para a preservação e incremento da economia global. O direito internacional tem o desafio constante de adaptar-se às mudanças socioeconômicas promovidas pela globalização, equilibrando-se na linha limítrofe entre a preservação da soberania dos Estados-nação e a sua flexibilização pelos tratados internacionais.

Nesse sentido, os instrumentos jurídicos de direito internacional disciplinam as relações entre Estados-nação e em geral procuram eliminar barreiras de integração, privilegiando a

⁴⁷ LOBO, Roberto Jorge Haddock. **História econômica geral e do Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1973, p. 339.

união econômica (livre comércio, incentivos alfandegários etc.), sendo exemplos disso o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), instituído pelo Tratado de Assunção (1991)⁴⁸, bem como a União Europeia, criada logo após a 2ª Guerra Mundial e que hoje conta com 28 países da Europa. A incorporação de tratados internacionais ao ordenamento jurídico nacional é uma forma de globalização jurídica, indubitavelmente.

A globalização é um fenômeno histórico-social que se espalha por diversos setores da vida humana: ciência, cultura, direito, economia, tecnologia, cibernética, informática⁴⁹ etc. O complexo conjunto de efeitos previstos e imprevisos, desejáveis e indesejáveis, que a globalização produz, deve ser objeto de uma análise de custo-benefício que leve em conta o critério de maximização da riqueza de Posner, para quem “a análise de custo-benefício passa no teste pragmático por tão frequentemente servir bem a quaisquer objetivos que tenhamos”⁵⁰. Segundo Posner, as objeções teóricas à análise de custo-benefício desaparecem na prática.

A análise de custo-benefício, chamada pelos filósofos de razão prática⁵¹, “é uma tentativa de tornar o governo mais semelhante a uma atividade empresarial”⁵², ela faz parte dos efeitos

⁴⁸ O Tratado foi originalmente firmado entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. A Venezuela passou a integrar o bloco em Agosto de 2012. Além desses Estados-membros do MERCOSUL, são países Associados a Bolívia, o Chile, o Peru, a Colômbia, o Equador, a Guiana e Suriname.

⁴⁹ A internet é o espaço virtual insólito de uma sociedade global virtual.

⁵⁰ Tradução livre de: “[...] how well cost-benefit analysis passes the pragmatic test by so often turning out to serve well whatever goals we happen to have” (POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004, p. 123).

⁵¹ Posner, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 143.

⁵² Tradução livre de: “Cost-benefit analysis is an effort to introduce market principles into government, or to induce government to simulate market outcomes, or in short to make government more like business” (POSNER, Richard A. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004; p. 125).

e das causas de uma ideologia de livre-mercado⁵³. É preciso identificar os custos e os benefícios da globalização, com a maior abrangência possível nas várias áreas do conhecimento, a fim de que o direito possa controlá-la de acordo com os objetivos de cada Estado-nação. Nesse sentido, quais são os custos e os benefícios decorrentes da globalização?

No tocante à integração econômica, a globalização é um processo que lida com os problemas dos custos de transação entre os Estados-nação e da balança comercial, cuja essência está na relação entre quantidade de exportações e importações entre os países. Trata-se de problemas oriundos do conflito entre a “liberdade de cooperar” e a “liberdade de competir” dos Estados-nação, podendo os custos de cooperação e de competição ser proibitivos, suportáveis ou absorvíveis quando comparados (e mensurados) aos benefícios da adoção de uma ou outra direção nas relações internacionais. Como bem pontua Milton Friedman, uma troca “só é realmente voluntária quando existem alternativas quase equivalentes.

O monopólio significa a ausência de alternativas e impede, assim, a verdadeira liberdade de troca”⁵⁴. Friedman pondera, ainda, que não é possível dizer, de forma precisa e segura, até que ponto os Estados são eficientes para realizar objetivos cujo atingimento é difícil ou mesmo impossível por meio de trocas voluntárias e que, em qualquer espécie de “intervenção planejada, temos de fazer um balanço, registrando separadamente as vantagens e as desvantagens”. Isto é análise de custo-benefício, independentemente do neoliberalismo de Friedman. Devido à interconexão internacional, as políticas e acontecimentos, sobretudo econômicos, que ocorrem em determinado Estado, produzem alterações de mercado, que podem incluir custos com

⁵³ Uma abordagem oposta é feita por Eros Roberto Grau, que considera neoliberalismo uma ideologia e que “não há uma relação necessária entre globalização e neoliberalismo” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 54).

⁵⁴ FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Jaime Araújo. Lisboa: Conjuntura Actual, 2014, p. 57.

potencial para inviabilizar as trocas voluntárias, daí a importância de avaliá-los em paralelo com os benefícios e observar como ambos se comportam como efeitos da globalização.

Outros custos da globalização costumam ser apontados fora da esfera estritamente econômica, tais como o enfraquecimento da soberania nacional e a crescente perda da identidade cultural dos povos. Num cenário em que os custos de transação favorecem os países detentores do capital, como é o cenário capitalista atual, o poder soberano de países menos desenvolvidos é importantemente mitigado diante do poder de países mais desenvolvidos. Aqui reside um fator potencial para o advento de conflitos e até mesmo de guerras: os custos impostos a um determinado Estado-nação podem ser de tal modo elevados que o levem a insurgir-se pelos meios de que dispõe para reduzir ou eliminar esses custos, como aconteceu, p. ex., nos países que lutaram por sua independência para se livrar dos custos oriundos da exploração colonial.

Nesse sentido, Eros Roberto Grau entende que a globalização é eminentemente financeira e que os custos dela decorrentes incluem: a) a redução da importância da ideia de nação e, conseqüentemente, o comprometimento da soberania do Estado; b) novos tipos de exclusão social; c) o acirramento da competição entre as pessoas; e) destruição do serviço e do espaço públicos. Grau considera ainda que “a globalização, na fusão de competição global e desintegração social, compromete a liberdade” e que “a alusão às esperanças de um globalismo no sentido de uso eficiente dos recursos mundiais é de uma hipocrisia monumental”⁵⁵, considerando que países como o Brasil continuam a replicar o modelo econômico baseado na exportação de recursos naturais. Por sua vez, Giddens não vê a perda da soberania dos Estados como um custo da globalização – na verdade, ele sequer a vê como um fato ou efeito da globalização –, entendendo que a soberania “dos Estados modernos não se formou antes do envolvimento

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 49-50.

destes no sistema de Estados-nação [...], mas sim desenvolveu-se em conjunção com ele”⁵⁶. Para Giddens, a soberania dos Estados modernos sempre dependeu das relações internacionais entre eles, portanto, a globalização não é fonte de perda progressiva da soberania estatal.

Em direção convergente à de Giddens, Miguel Reale observa que a globalização “importa a redução dos poderes das entidades estatais, mas há muito tempo foi superada a tese da soberania como um poder absoluto” e que “é a própria expansão da globalidade que vem justificar a presença atuante dos Estados nacionais, mesmo porque, sem eles, desapareceria o suporte das uniões e dos tratados internacionais”⁵⁷. Quando ao custo da perda de identidades culturais, Reale considera que há um custo altíssimo da globalização no tocante ao perigo de desaparecimento da pluralidade de culturas, na medida em que ela produz uma padronização que vai desde as formas de pensar até as formas de se vestir e de comer⁵⁸. Mas, por outro lado, reconhece os incontáveis benefícios da globalização, sobre a universalização do saber e as trocas constantes de pesquisas e experiências entre os Estados-nação⁵⁹.

CONCLUSÃO

Richard Posner é um jus filósofo que construiu sua teoria a partir da pragmática jurídica, com grande repercussão na teoria econômica. Rejeitando qualquer conceito do direito como entidade metafísica, Posner se coloca a questão de saber se o direito é um conjunto de regras e/ou princípios ou uma atividade específica. Sua posição, por sua vez, é eclética. Ele reconhece haver

⁵⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 79.

⁵⁷ REALE, Miguel. **Filosofia e teoria política: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 60.

⁵⁸ REALE, Miguel. **Política e direito: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 98.

⁵⁹ REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 74.

um complexo entrelaçamento de direito positivo e natural ou, se assim se preferir, de direito e moralidade, mas aponta o erro de focalizar o direito antes da solução das disputas jurídicas, isto é, de pensar que o direito existe independentemente do processo pelo qual ele é aplicado.

É no processo de aplicação do direito, de imposição de sanções e deveres e atribuição de direitos aos que lhe estão sujeitos, que Posner busca a definição do direito e isto quer dizer que ele procura defini-lo observando-o no seu ambiente prático.

Para Posner o direito é apreendido como uma atividade de profissionais autorizados (juízes e advogados) unidos por noções vagas, porém poderosas, enraizadas basicamente na conveniência social ou, de modo equivalente, na opinião pública.

Numa perspectiva antropológica e sociológica do fenômeno jurídico, o direito para Posner é observado como um fazer, que produz consequências práticas e efeitos reais na vida das pessoas, uma espécie singular de trabalho ou prática profissional que fornece condições para a ação jurídica de resolver disputas e conflitos sociais. Os insumos dessa atividade ou prática profissional especializada são os materiais do direito positivo e do direito natural, o qual Posner acusa de ser uma designação muito imprópria e identifica com a moralidade.

Verifica-se que o pragmatismo jurídico posneriano não se reduz ao mero consequencialismo (embora haja, evidentemente, mais ênfase nas consequências práticas do que nas construções abstratas), na medida em que existem noções vagas, porém poderosas, oriundas da convivência social ou da opinião pública (consenso público), que fornecem critérios para aferir a correção da atividade ou prática dos profissionais jurídicos, uma espécie de controle externo, ainda que não absolutamente objetivo.

Diferentemente de sua *Análise Econômica do Direito*, onde a maximização de riqueza foi apresentada como a norma fundante e a meta do sistema jurídico, Posner define o direito também como instrumento para atender fins sociais.

O conceito pragmático do direito é um conceito instrumental do sistema jurídico, que o coloca a serviço das

necessidades humanas. Sinalizando o reconhecimento dos limites da teoria econômica do direito que construiu, em especial, sobre as bases da eficiência ou “maximização da riqueza”, Posner abandona perspectivas dogmáticas no campo da disciplina Law & Economics (Direito e Economia), sem deixar, contudo, de lhe dar importância na elaboração de uma teoria mais empírica do direito. Na segunda etapa de seu pensamento, Posner não mais subordina o direito à economia, o mundo jurídico ao mundo econômico; não mais procura o conceito de direito a partir da ideia de “maximização da riqueza”. Ele agora é adepto de uma filosofia pragmática do direito, que procura apreender e estudar o fenômeno jurídico como ele efetivamente é, uma atividade ou prática, de natureza funcional ou instrumental, não um grupo de conceitos e princípios abstratos, teoricamente engendrados e desconectados da realidade.

A globalização é um fenômeno histórico-social que se alastra por diversos setores da vida humana: ciência, cultura, direito, economia, tecnologia, cibernética, informática etc. O complexo conjunto de efeitos previstos e imprevistos, desejáveis e indesejáveis, que a globalização produz, deve ser objeto de uma análise de custo-benefício que leve em conta o critério de maximização da riqueza de Posner, pois as objeções teóricas à análise de custo-benefício desaparecem na prática.

A análise de custo-benefício pode ser observada como uma tentativa do governo de se tornar mais semelhante a uma atividade empresarial, pois faz parte dos efeitos e das causas de uma ideologia de livre-mercado. É preciso identificar os custos e os benefícios da globalização, com a maior abrangência possível nas várias áreas do conhecimento, a fim de que o direito possa controlá-la de acordo com os objetivos de cada Estado-nação.

No tocante à integração econômica, a globalização é um processo que lida com os problemas dos custos de transação entre os Estados-nação e da balança comercial, cuja essência está na relação entre quantidade de exportações e importações entre os países. Trata-se de problemas oriundos do conflito entre a “liberdade de cooperar” e a “liberdade de competir” dos Estados-nação, podendo os custos de cooperação e de competição ser

proibitivos, suportáveis ou absorvíveis quando comparados (e mensurados) aos benefícios da adoção de uma ou outra direção nas relações internacionais.

O monopólio significa a ausência de alternativas e impede, assim, a verdadeira liberdade de troca. Devido à interconexão internacional, as políticas e acontecimentos, sobretudo econômicos, que ocorrem em determinado Estado, produzem alterações de mercado, que podem incluir custos com potencial para inviabilizar as trocas voluntárias, daí a importância de avaliá-los em paralelo com os benefícios e observar como ambos se comportam como efeitos da globalização.

REFERÊNCIAS

BARRENA, Sara. El pragmatismo. **Revista de Filosofia Factótum**, nº 12, p. 1-18, 2014, Disponível em www.revistafactotum.com, Acesso em 30.07.2016.

BENTHAM, Jeremy. **The Principles of Morals and Legislation**. Great Books in Philosophy Series. New York: Prometheus Books, 1988.

BERMAN, Paul Schiff. *From International Law to Law and Globalization*. **University of Connecticut School of Law Articles and Workin Papers**, Connecticut, nº 23, 2005, p. 551-556.

BUCHANAN, James M. *Good Economics – Bad Law*. **Virginia Law Review**, vol. 60, n. 3, p. 483-492, 1974.

COASE, Ronald H. The Problem of the Social Cost. **Journal of Law and Economics**, vol. 3, p. 1-44, 1960.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2014.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução Jaime Araújo. Lisboa: Conjuntura Actual, 2014.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.

HAAK, Susan. **Pragmatism**. In *The Blackwell companion do philosophy*. 2ª ed. USA: Blackwell Publishing, 2013.

_____. Pragmatism. In: **The Encyclopedia Americana. International Edition**, v 22. Danbury, Connecticut: Grolier Incorporated, 2016.

HOLMES JR., Oliver Wendell. Law in Science and Science in Law. **Harvard Law Review**, Vol. 12, n. 07, Feb. 25, 1899.

_____. **The Natural Law**. Collected Legal Papers. New York: Peter Smith, 1952.

LOBO, Roberto Jorge Haddock. **História econômica geral e do Brasil**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1973.

PIERCE, Charles Sanders. **Semiótica**. São Paulo: Perspectiva, 2012.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Frontiers of Legal Theory**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004.

_____. Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, n. 53, p.1-13, 1998.

_____. A. What has pragmatism to offer law? **Southern California Law Review**, Chicago, vol. 63, p. 1653-1670. 1990.

_____. The Law and Economics Movement. **The American Economic Review**, Whashington, vol. 77, n. 2, p. 1-13, maio 1987.

_____. **The Economics of Justice**. Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 1983.

_____. Some Uses and Abuses of Economics in Law. **University of Chicago Law Review**, vol. 46, n. 2, p. 281-306, 1979.

REALE, Miguel. **Política e direito: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Filosofia e teoria política: ensaios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. **O Estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTANA, Paulo Victor Pinheiro de. Análise econômica no direito brasileiro: limites e possibilidades. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 6, n. 1, p. 156-179, 2014.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo americano.**
Tradução Fábio M. Said. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.