

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E
ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

GIOVANI CLARK

PAULO RICARDO OPUSZKA

JOSÉ BARROSO FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Transformações na ordem social e econômica e regulação [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNICURITIBA;

Coordenadores: Giovani Clark, José Barroso Filho, Paulo Ricardo Opuszka – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-382-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Ordem Social. 3. Ordem Econômica. 4. Regulação. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO

Apresentação

Não se pode esquecer que Economia, para além das escolhas sobre o uso dos recursos escassos necessários a vida e no incremento das forças produtivas, é decisão política e opção de prioridades.

Em tempos de crise econômica, seguida de grave crise política, e ainda do questionamento da legitimidade da atividade estatal – fragilizada pelo estágio puberdade/obsoleto da Democracia Brasileira, a partir de fissuras institucionais em que as funções do Estado disputam hegemonia em torno do Poder – enfrenta a academia a tarefa de compreender o estágio de desenvolvimento econômico e político do "projeto" brasileiro de Nação.

No Grupo de Trabalho: TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA E REGULAÇÃO I, a partir da elaboração de 25 artigos aprovados e apresentados, cujos temas variavam entre a constituição econômica brasileira, desenvolvimento sustentável e regulação de vários setores, mais uma vez, o Direito Econômico foi problematizado com eximia competência e profundidade, típicas do CONPEDI, na sua presente edição, assim como nas passadas.

Na tarefa profícua de análise dos trabalhos e intervenções da bancada coordenadora, percebeu-se trabalhos versando sobre o papel do Estado no processo produtivo, em face da sua intervenção direta e indireta, na busca do desenvolvimento socioeconômico; ou ainda, na visão de alguns, objetivando a efetivação do capitalismo humanista.

Destacou-se ainda os seguintes temas: regulação do petróleo; intervenções econômicas e direito na Internet - via discussão sobre o seu marco civil; serviço público de saúde a partir da entrada do capital estrangeiro no setor; inovadoramente, a inexistência de regulação da nanotecnologia no Brasil, essencial na saúde humana.

Também, sobressaiu os conteúdos relativos a produção científica voltada ao incentivo ao cooperativismo, enquanto o objeto de políticas públicas planejadas, a fim de efetivar o pluralismo produtivo constitucional; análise das práticas de abuso do poder econômico privado nas relações de consumo, etc.

O Grupo de Trabalho teve o intuito de construir uma oportunidade para a dialética e a retomada do projeto de desenvolvimento social, em meio a reincidência ao neoliberalismo de austeridade, sempre no sentido de problematizar a condição do Estado como propulsor /indutor da economia na produção capitalista da América Latina, ao mesmo tempo em que o projeto de síntese capital/trabalho globalizante, desde o desenvolvimentismo do setor público, vem sendo atropelado, de forma avassaladora, pela financeirização da Economia, e é preciso, então, compreendê-lo em suas nervuras.

Paulo Ricardo Opuszka/UFPR

Giovani Clark - PUC Minas/UFMG

José Barroso Filho - Ministro do STM

LAW AND ECONOMICS, JOSEPH ALOIS SCHUMPETER E A DESTRUIÇÃO CRIADORA

LAW AND ECONOMICS, JOSEPH ALOIS SCHUMPETER AND THE CREATIVE DESTRUCTION

Thalles Alexandre Takada ¹

Resumo

O Direito não é uma ciência fechada alheia a influências de outros campos científicos. Esse trabalho tem o intuito de demonstrar que unindo as ferramentas das ciências econômicas ao Direito podem surgir um imenso arsenal de teorias para melhor entender as transformações sociais. Através da principal teoria de Joseph Alois Schumpeter, a teoria da destruição criadora, e da teoria da Análise Econômica do Direito, teoria criada pelo movimento do Law and Economics, oportuniza-se entender que o direito de propriedade pode ser estudado por diferentes aspectos.

Palavras-chave: Direito e economia, Análise econômica do direito, Joseph schumpeter, Destruição criadora

Abstract/Resumen/Résumé

The law is not a closed science unrelated to influences from other scientific fields. this work aims to demonstrate that combining the tools of economic science to the can have a huge arsenal of theories to better understand the social transformations. through the main theory of joseph alois schumpeter, the theory of creative destruction, and the theory of economic analysis of law, theory created by the movement of law and economics, gives opportunity to understand that the property law can be studied for different aspects.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and economics, Economic analysis of law, Joseph schumpeter, Creative destruction

¹ Mestre em Direito Negocial - UEL, Especialista em Direito Internacional e Econômico - UEL, Bacharel em Ciências Econômicas - UEL, Bacharel em Direito - Pitágoras, e Advogado

INTRODUÇÃO

“O capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não, apenas, reveste caráter estacionário, pois jamais poderia tê-lo”.

Joseph Alois Schumpeter

Uma teoria econômica que entendeu a estrutura do capitalismo e como ele se desenvolve. Um teórico à frente de seu tempo. Um movimento que uniu tudo isso ao Direito e demonstrou pelo viés econômico a possibilidade de entender o direito por outro aspecto.

Esse é o escopo do trabalho, demonstrar pelo movimento do *Law and Economics* outra maneira de se analisar o direito de propriedade, utilizando como eixo teórico a teoria de Joseph Alois Schumpeter, conhecida como a Destruição Criadora.

Dividido em quatro partes, o trabalho inicia-se relatando a vida do pensador, sua evolução profissional e acadêmica. Na segunda parte é demonstrada sua teoria, desde os primórdios de seu pensamento que levou a desenvolvê-la. Na terceira parte, o trabalho faz uma breve explicação do movimento do *Law and Economics*, mostrando sua origem e um pouco da sua doutrina, primordialmente a Análise Econômica do Direito (AED). E na parte final do trabalho, é demonstrado como essa teoria poderia explicar através da teoria de Schumpeter a necessidade de se resguardar o direito de propriedade e, principalmente, como o Estado cumpre com esse dever.

Mais do que trazer um conhecimento teórico, o trabalho visa a corroborar o entendimento que o direito pode ser explicado em termos da ciência econômica, como o *Law and Economics* já vem fazendo há algumas décadas. Vale com isso mostrar que o Direito e a Economia podem harmonizar-se, o que, com certeza, resultará em consequências positivas para o conhecimento humano.

Logo, a junção do Direito com a Economia é um novo modelo teórico que tenta suprir essa lacuna entre a rigidez dos modelos econômicos e das normas positivas que não refletem a necessidade social.

1. A TRAJETÓRIA DE JOSEPH ALOIS SCHUMPETER

Chamado de profeta do Capitalismo por Paul Samuelson (1972, p. 710), Joseph Alois Schumpeter foi também advogado no Cairo, Ministro da Fazenda na Austrália, filósofo social, historiador das doutrinas Econômicas e professor de Economia (COSTA, 1990).

Nascido em 08 de fevereiro de 1883 na Morávia, província austríaca, pertencente hoje à República Checa, foi filho único de Alois Schumpeter que faleceu quando Joseph tinha quatro anos. Sua mãe Johanna casou-se novamente em 1893 com o tenente-coronel Austro-Húngaro Sigismund Von Keller.

Schumpeter graduou-se em 1906 pela Faculdade de Direito da Universidade de Viena, a qual incluía no estudo do direito, cursos e exames complementares de economia e ciência política.

Em 1909 foi nomeado professor de Economia da Universidade de Czernowitz. Em 1911 foi convidado a lecionar na Universidade de Graz, capital da província de Styria, sendo nomeado professor de Economia por decreto imperial. Recebeu pela Universidade de Colúmbia, em Nova York, um grau honorífico de Litt. D., nos anos de 1913/14 quando lecionou como professor visitante. Nos anos de 1927, 1928 e 1930 Schumpeter lecionou na Universidade de Harvard, nos Estados Unidos.

Foi um dos fundadores da Sociedade de Econometria – *Econometric Society*-, cuja presidência exerceu de 1937 a 1941. Foi também eleito presidente da *American Economic Association* em 1948, e presidente da *International Economic Association*, no mesmo ano. Também se dedicou à vida política quando nomeado membro da “Comissão de Socialização de Berlim”, embora não houvesse convicção socialista em seus ideais, apesar da grande admiração que sentia pela teoria de Karl Marx.

Chegou a ser ministro da fazenda do primeiro governo republicano da Áustria, em que permaneceu apenas dez meses. Arriscou também na vida empresarial, como presidente de um banco privado, entretanto fracassou e perdeu sua fortuna pessoal.

De todas essas peripécias ao longo de sua vida, vale, realmente, ressaltar as grandes obras que escreveu; a *Natureza e a Essência da Economia Política Teórica*, quando tinha 25 anos, e *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, aos 29 anos. Também, com 30 anos, escreveu *Épocas da História dos Métodos e Dogmas*, em que relatou a história de sua ciência. Escreveu mais de dezessete livros, incluindo o clássico tratado sobre os *Ciclos Econômicos (1939)* e *Capitalismo, Socialismo e Democracia (1942)*.

Schumpeter foi um ser humano capaz de enxergar com um brilhantismo peculiar à estrutura do desenvolvimento capitalista, prever sua expansão e retração ao longo do tempo.

2. A TEORIA DE SCHUMPETER

Antes de criar qualquer entendimento teórico, Schumpeter entendeu a estrutura capitalista como um sistema em transformação de caráter evolutivo, sendo que o processo capitalista decorre “[...] do fato de que a vida econômica transcorre em um meio natural e social que se modifica e que, em virtude dessa mesma transformação, altera a situação econômica” (SCHUMPETER, 1961, P. 110).

Pode-se destacar como um embrião de sua teoria, a análise focada no indivíduo, ou melhor, denominado “Sujeito Econômico” (Wirtschaftssubjekt). Como ideia central destacaria grupos especiais de pessoas cuja atividade principal é baseada no comportamento econômico ou nos negócios. Dessa ideia advém o cosmo econômico elaborado por ele, no qual consumidores e produtores formam um fluxo circular em uma cadeia entre os mesmos. Comportaria uma corrente de consumo em que o predecessor seria o fornecedor, o consumidor seria sucessor, mas também fornecedor de outro consumidor, e assim sucessivamente. O fluxo termina quando o predecessor se torna consumidor de outro fornecedor, fechando a corrente, chegando assim no princípio de continuidade de Wieser (SCHUMPETER, 1997).

A descrição desse fluxo foi determinante para Schumpeter entender o sistema capitalista e criar a *Magna Creatio* do pensamento econômico moderno, a teoria da *Destruição Criadora*.

O mecanismo dinâmico das relações econômicas moldou um sistema baseado na produção de bens e serviços e no consumo, alimentando dessa forma a estrutura capitalista descrita por Schumpeter. Baseado no aumento da renda, na propriedade privada e no liberalismo econômico, o sistema desenvolve-se gerando riquezas, dividindo-se em bens de capital e ativos intangíveis.

Schumpeter (1997, p. 213) descreve em linhas gerais:

Somente porque o novo poder de compra vai, em grande volume, das mãos dos empresários para os proprietários de meios materiais de produção, para todos os produtores de bens para o “consumo reprodutivo” (Spiethoff) e para os trabalhadores, e então se difunde por todos os canais econômicos, é que todos os bens de consumo são vendidos finalmente a preços sempre crescentes.

É o fator capital, aliado com o fator trabalho, que possibilita o aumento da riqueza e esse acúmulo de propriedade, ou de riquezas, é fator determinante no aumento produto mundial

e, via de consequência, no crescimento econômico¹. Dessa forma, a grosso modo, o sistema econômico evolui, sendo o acúmulo de capital a origem da riqueza das nações (Smith, 1996), sem deixar de considerar o fator humano.

Entretanto, o crescimento não é infinito, a economia tende a parar de crescer e manter-se inerte. Esse fenômeno é chamado de *Estado Estacionário*, sendo um ponto em que o nível de investimento em capital se iguala a depreciação do próprio capital existente, sendo que nesse estágio o aumento de capital reduz o consumo. Termo este cunhado pelo economista Robert Solow, que desenvolveu a teoria chamada de modelo de Solow, em que “o modelo de crescimento é construído para mostrar como o crescimento do estoque, do capital, da força de trabalho e os avanços tecnológicos interagem em uma economia, e como afetam a produção total de bens e serviços de um país” (MANKIWI, 2004, p. 123).

Schumpeter (1997, p. 65) visualizou da mesma maneira, que não só o aumento de capital e de mão de obra bastariam para o crescimento econômico. Para haver o rompimento do estado estacionário e, conseqüentemente, o crescimento econômico, seria necessária a inserção de uma nova tecnologia, e através dela haveria ganhos crescentes de escala com o capital e a mão de obra já existente.

É, contudo, o produtor que, via de regra, inicia a mudança econômica, e os consumidores, se necessário, são por ele ‘educados’; eles são, por assim dizer, ensinados a desejar novas coisas, ou coisas que diferem de alguma forma daquelas que têm o hábito de consumir.

Assim a figura da criação foi a determinante chave na teoria de Schumpeter, sendo que a estrutura capitalista romperia estágios de crescimentos estacionários com a inserção de novas formas de tecnologias. Logo, a inserção de novas tecnologias em um mercado também sucederiam as antigas tecnologias, tornando-as obsoletas e alterando a cadeia produtiva dos bens e serviços.

O objetivo da produção tecnológica é na verdade determinado pelo sistema econômico; a tecnologia só desenvolve métodos produtivos para bens procurados. A realidade econômica não executa necessariamente os métodos até que cheguem à sua conclusão lógica com inteireza tecnológica, mas subordina sua execução a pontos de vista econômicos. O ideal tecnológico, que não leva em conta as condições econômicas, é modificado. A lógica econômica prevalece sobre a tecnológica (SCHUMPETER, 1997, P.32-33).

¹ Vale diferenciar o crescimento econômico em termos quantitativo, do desenvolvimento econômico em termos qualitativo.

Habermas (2011, p. 32), de modo semelhante a esse pensamento, descreve alguns fatores como motor desse desenvolvimento, como a introdução de métodos de produção que economizam trabalho, ou seja, o aumento de produtividade do trabalho, as novas matérias plásticas e formas de energia, as novas tecnologias industriais, militares e medicinais.

Nessa linha surgiu a teoria da *Destruição Criadora*, ou seja, o capitalismo cria e destrói ao mesmo tempo, e sua sobrevivência depende necessariamente dos homens de negócios, os empreendedores dos tempos atuais. Schumpeter considerou que tanto econômica quanto tecnologicamente, produzir significa combinar as forças e coisas ao nosso alcance (HABERMAS, 2011, p. 32). Schumpeter desprezou os especuladores e classificou os empresários ou empreendedores como o agente de “possibilidades técnicas inéditas” e de “combinações produtivas inovadoras que criam e destroem posições competitivas de empresas, mercados e até de ramos de atividades”.

Basta relembrar as experiências já ocorridas no maior laboratório da área econômica-social, que é a sociedade. O crescimento econômico do final do século XIX ocorreu de maneira extremamente rápida por *homens de negócios*, que romperam com o *Status Quo* ali existente. John D. Rockefeller não criou a maior fortuna existente na mão de uma só pessoa apenas com a exploração do petróleo, mas sim com a inovação tecnológica, quando criou o refino do petróleo, surgindo o querosene e posteriormente a gasolina. Seu rival Andrew Carnegie com seu conhecimento da indústria de ferro, da Divisão Ocidental Ferroviária da Pensilvânia, investiu em uma liga metálica formada com carbono e ferro – o aço -, e foi responsável pelo maior crescimento já visto em um país (ROLLAND, SEGALLER, 2012). Se for visto em termos mais amplo, vale citar o exemplo do Japão em que após a segunda guerra mundial especializou-se em desenvolvimento de novas tecnologias e por mais de três décadas foi uma das maiores economias mundiais.

Todavia, esse ciclo econômico do sistema capitalista revela em sua outra face o lado mais cruel e nefasto em que o acúmulo de riquezas e poder nas mãos de poucos podem surgir. As transformações tecnológicas podem tornar “[...] impossível a concorrência em campos cada vez mais numerosos, só nos restando escolher entre o controle da produção por monopólios privados ou o controle pelo governo” (HAYEK, 1990).

Inobstante a economia estar em crescimento, o livre mercado pode criar falhas em sua estrutura, concentrando a riqueza em determinada parcela da sociedade, em detrimento da maior parte da sociedade sofrer as consequências da escassez do mínimo essencial para a subsistência. Ou seja, se as políticas governamentais tratassem apenas da questão econômica, essas se voltariam apenas para a eficiência, deixando de lado a questão social, visualizando apenas os

fins. É nesse contexto que o Direito com sua principiologia toma frente no crescimento desenfreado do capitalismo, equilibrando a questão da eficiência econômica com a imposição da moral e da ética, demonstrando que os fins não justificam os meios (MACHIAVELLI, 2009).

3. LAW AND ECONOMICS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O Law and Economics foi um movimento que surgiu nos anos de 1970, especialmente derivado dos trabalhos de Ronald A. Coase e Richard A. Posner, ambos da *Chicago Law School*, e Guido Calabresi, da *Yale Law School*. O movimento foi o resultado de estudos interdisciplinares que utilizavam as ferramentas econômicas para a análise de diversas áreas do direito.

A junção de duas ciências sociais, em um plano interdisciplinar, sopesou a ética e a moral determinada pelo Direito com a busca da eficiência, ideal máximo da Economia. Ou seja, “[...] enquanto o Direito se ocupa de valores, a Economia tem parâmetro na maximização de resultados” (SZTAJN, 2005, p. 77).

Sztajn entende o movimento do *Law and Economics* como “[...] a aplicação da teoria da escolha racional ao Direito, uma forma de pensar as normas jurídicas levando em conta que prêmios e punições estão associados tanto às instituições quanto à racionalidade econômica e, por isso, devem ser considerados elementos formadores do substrato normativo” (SZTAJN, 2005, p. 82).

Do movimento, inúmeras teorias surgiram para enriquecer a literatura do Direito e da Economia. Poder-se-ia dizer que foi a partir do trabalho de Ronald Coase, intitulado de *The Problem of Social Cost*, em que mensurava os custos de transações de diversas situações, que o movimento fundamentou sua ideia que criaria a sua teoria principal. Essa teoria, referencial do movimento, adveio da teoria da Análise Econômica do Direito (AED) de Richard A. Posner (1998, p. 3), juiz da suprema corte americana, que utilizou das teorias econômicas para explicar as consequências advindas das relações em que o direito participa, especificamente das normas de direito.

O analista econômico da Lei estabelece parte relevante da teoria econômica (como a relação inversa entre o preço de um bem e a quantidade demandada, ou o efeito do monopólio sobre a produção) e, em seguida, aplicá-lo a um

problema legal, como a regulação de acidentes por meio da responsabilidade civil ou monopólios, por meio de lei antitruste (tradução do autor)².

Posner entendeu que o economista tem as ferramentas necessárias para descrever as transformações econômico-sociais, porém seria o operador do direito que tem a sensibilidade de entender essas transformações em um campo normativo. Posner ainda relata que é a economia que dita as regras para a criação da doutrina jurídica. Porém, como em toda doutrina social, conclui que Direito e Economia são o reflexo da teoria comportamental, isto, derivado do entendimento econômico de que o indivíduo é racional, buscando maximização dos resultados, de forma mais eficiente.

A análise pode mostrar que o espírito da doutrina jurídica é de ordem econômica, ou pode fornecer um argumento em que alguma regra do direito deva ser alterada ou para tornar o direito mais eficiente. Assim, Direito e Economia tem um programa positivo e normativo, ambos derivados de uma única teoria do comportamento humano³ (tradução do autor) (POSNER, 1998, p. 3).

Na mesma linha Friedman (2000) relata que a economia, cujo tema, no nível mais fundamental, não é o dinheiro ou a ordem econômica, mas as implicações das escolhas racionais, consistindo em uma ferramenta essencial para descobrir os efeitos das normas legais. Sendo fundamental conhecer os efeitos das normas tanto para a compreensão das normas impostas, quanto para decidir quais normas devem ser usadas.

A AED tenta explicar todas as áreas em que o direito atua, todavia com artifícios ainda não explorados pela tradicional doutrina. A teoria começou nos Estados Unidos explorando áreas como responsabilidade civil, direito de propriedade e direito contratual⁴. A partir desses, a teoria expandiu-se para diversas áreas do Direito não ficando restrita apenas aos países de origem do *Common Law*. “Para Posner a análise econômica do Direito pode suscitar melhor compreensão do universo normativo” (GODOY, 2013), de uma concepção pragmatista e de determinação *behaviorista*, a teoria funda-se em modelos econômicos e alicerça a epistemologia jurídica.

² Texto original: The economic analyst of law proceeds by setting forth the relevant part of economic theory (such as the inverse relation between the price of a good and the quantity demanded, or the effect of monopoly on output) and then applying it to a legal problem, such as the regulation of accidents by means of tort law or monopolies by means of antitrust law.

³ Texto original: The analysis may show that the spirit of legal doctrine is economic, or it may provide an argument for why some rule of law should be changed to make the law more efficient. Thus law and economics has a positive and normative program, both derived from a single theory of human behavior.

⁴ Conhecidos na doutrina estadunidense como: Tort Law, Property Law e Contract Law

Castro (2012, p. 207) entende que a AED foi um modo de perceber e desenvolver as formas da jurisprudência em que consistiu em uma especialização da análise jurídica de políticas públicas, agregando à análise jurídica as ideias adaptadas da teoria microeconômica, a escola neoclássica da economia. Ele relata que:

AED era, em parte, também uma reação contrária à expansão de políticas redistributivas ocorrida nos Estados Unidos a partir da década de 1960, na esteira do movimento em prol dos direitos civis daquele país, bem como a reação ao crescimento, em muitas faculdades de direito, de ideias favoráveis a uma articulação mais efetiva das “formas” jurídicas com o interesse de grupos sociais percebidos como discriminados ou economicamente desfavorecidos.

Foi nesse contexto, derivado do entendimento interdisciplinar do movimento do *Law and Economics*, que a teoria da AED surgiu. Percebeu-se que o estudo do direito não poderia ficar alheio às influências de outras ciências do campo social. O direito seria um sistema aberto e inter-relacionado com a economia, um campo em constante transformação e adaptável aos anseios sociais.

Conforme Castro mencionou, quando o mundo se encontrava em grave crise, em que os níveis de desemprego eram extremamente altos, e a pobreza só crescia, “[...] não foram os juristas que forjaram os instrumentos capazes de superar o desemprego em massa – a ausência de integração social –, que havia se tornado uma característica na sociedade industrializada das primeiras décadas do século XX” (CASTRO, 2012, p. 205); foram os economistas que tornaram isso possível. Em contra oposição, relata Orrel (2012, p. 11) que se as políticas econômicas fossem baseadas apenas em modelos matemáticos e mentais da economia, estariam sempre passíveis ao erro. Os pressupostos básicos que formam a base da teoria econômica seriam falhos. Esse é o ponto que o movimento do *Law and Economics* tenta atacar, unindo a sensibilidade da ética do jurista com a lógica matemática do economista, e tentar formular novas teorias mais adequadas às transformações sociais.

4. LAW AND ECONOMICS E A DESTRUIÇÃO CRIADORA

Mais do que consolidar a Economia como fundamento fulcral para o desenvolvimento do Direito, a análise econômica do direito ressaltou a normatização implícita a esse desenvolvimento. Para essa doutrina a historicidade econômica determina a transformação do sistema jurídico, isto é, o direito acompanharia os acontecimentos econômicos e sociais que

permeiam o desenvolvimento das nações. É nesse contexto que normas amparam o sistema capitalista de produção buscando o salto desenvolvimentista na criação de novas formas de tecnologia.

A essência natural do homem de apropriar e de regularizar a posse fez com que institutos normativos surgissem para resguardar o direito de propriedade. Advindo do ideal liberalista clássico, a propriedade privada, de caráter eminentemente individualista, foi institucionalizada como um direito pela burguesia, no século XVII, integrando as leis em vigor (ORREL, 2012, p. 131), vinculou o pensamento filosófico e deu sustentáculo para o surgimento da economia como ciência.

Tem-se aqui a visão pragmática de que a economia vincula os institutos jurídicos e cria um sistema voltado aos bens econômicos. Um claro exemplo ocorreu nos Estados Unidos, entre 1785 e 1890, em foram aprovadas mais de quinhentas leis diferentes no sistema de propriedade (SOTO, 2001, p. 152). Para Hernando de Soto, analisando a propriedade imobiliária, a propriedade é na verdade uma representação formal, não sendo o bem em si a propriedade, mas sim o conceito que se tem por propriedade. Essa representação funciona como um meio de assegurar o interesse de terceiros, promover a responsabilidade assegurando as informações, as regras e mecanismos necessários para sua execução (SOTO, 2001, p. 64). Soto define da seguinte forma:

A propriedade, então, não é um mero pedaço de papel e sim um dispositivo de mediação que captura e estoca a maior parte do que se precisa para manutenção do funcionamento de uma economia de mercado. A propriedade semeia o sistema, tornando as pessoas responsáveis e os ativos fungíveis, acompanhando de perto as transações e, assim, proporcionando todos os mecanismos necessários ao funcionamento dos sistemas monetário e bancários e de investimentos. A ligação entre o capital e o dinheiro moderno passa pela propriedade (SOTO, 2001, p. 79).

Impera entre os estudiosos da economia o consenso de que o aumento do capital geraria mais desenvolvimento econômico. Capital este representado pela propriedade formal que a estrutura capitalista criou. Ou seja, uma unidade ficta desenvolvida pelo direito a resguardar o direito imanente de sua propriedade (SOTO, 2001, p. 64).

Na mesma linha o filósofo John Austin, com sua concepção utilitarista, demonstra as fases do capital baseado no direito de propriedade, na acumulação de capital e na inovação.

Sem a segurança da propriedade não há razão para se proteger nada. Sem a poupança habitual por parte dos proprietários, não há acumulação de capital. Sem a acumulação de capital, não há recursos para o pagamento de salários,

não há divisão de trabalho, não há invenção de máquinas caríssimas: não haveria nenhum desses incrementos ao trabalho, cujo aumento dá-se com o poder de produzir e, conseqüentemente, com a possibilidade de multiplicação dos prazeres individuais no seio da comunidade. Invasões frequentes de propriedade levariam o risco à pobreza; e, o que é muito pior, agravar-se-ia a pobreza dos pobres (AUSTIN apud GODOY, 2013).

Contudo, deve-se, no presente artigo, dar mais atenção à proteção da propriedade que visa não somente resguardar bem imóvel do cidadão, mas objetiva acrescer à inovação e desenvolvimento econômico. Dessa forma o Direito vai ao encontro dos ditames Schumpeterianos, quando o *establishment* normativo converge à proteção dos mecanismos que respalda o direito de propriedade intelectual.

Deveras são as funções exercidas pelas normas, todavia, de todas elas, deve ser ressaltada à proteção ao incentivo de inovar. A segurança jurídica é a chave para a eficiência econômica em que a adição de novas tecnologias (Destruição Criadora) trará ao desenvolvimento econômico. A proteção legal imposta ao Direito de Propriedade criaria os incentivos necessários à exploração dos recursos de maneira mais eficiente (POSNER, 1998).

Essa linha desenvolvimentista de Schumpeter, Posner (2010, 191) simplifica da seguinte forma:

(Schumpeter) Ele defendia que o bem-estar econômico é maximizado no tempo como resultado de uma sucessão de monopólios. Cada monopolista arrebatava o controle do mercado de seu predecessor com inovações que reduzam custo ou aperfeiçoem os produtos, dando-lhe, por seu turno, um monopólio que ele seja ressarcido das despesas de inovação com um lucro suficiente para se compensar do risco de fracasso, que é considerável no caso de inovação.

A eficiência do mercado dependerá de proporção entre manter um mercado competitivo, mas com a permissão do monopólio, em face do conceito Schumpeteriano de desenvolvimento econômico, resguardando o direito do inventor de novas tecnologias a recuperar e lucrar com o dispêndio gasto com sua pesquisa e desenvolvimento⁵. Nesse quadro sistemático, Posner denominou como pensamento antitruste Schumpeteriano, sendo nesse caso o monopólio benéfico e necessário para o desenvolvimento:

⁵ Texto original: Competition may reduce the incentive to minimize cost. The firm that invents a new, cost producing process, or a new product, may be unable to recoup its research and development expenses if the process can be promptly copied by a competing firm that has borne no such expenses. The patent laws recognize and counteract the tendency of competition to retard innovation. But since the coverage of these laws is incomplete, obtaining and enforcing a patent often costly, and patents themselves limited in scope and duration, the possession of a monopoly not dependent on the patent laws may provide a greater incentive to invent than a patent – let alone competition – does.

Estas objeções diminuem em ambientes em que a sociedade quer aumentar a quantidade de monopólio, por exemplo, para estimular a invenção, e, em seguida, o efeito de maiores lucros do monopólio na indução de mais monopólio pode ser considerado como um ganho social e não como um custo social. (tradução do autor) (POSNER, 2001, P. 18)⁶

Na contramão ao ideal libertário do capitalismo, o Estado deve intervir e regulamentar em prol do desenvolvimento econômico. As normas de proteção à propriedade surgiriam resguardando o conceito antitruste Schumpeteriano, como Lei de Marcas e Patentes, Copyright Act, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual e Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96). Ao passo em que grupos de interesses reivindicam a desregulação e deslegalização em certas áreas da economia, ao mesmo tempo, grupos econômicos pressionam o cumprimento de normas de proteção à propriedade intelectual (FARIA, 2004, p. 144).

Consta na atual fase do Direito brasileiro, a consolidação do entendimento schumpeteriano positivado na norma magna, espalhado em diversos artigos de seu corpo textual⁷. Há também de ressaltar diversas leis espalhadas nos diversos entes federados, que buscam justamente o incentivo à inovação, tecnologia, cultura, empreendedorismo, entre outros. Talvez esses exemplos pudessem estar no corpo do texto, não a reprodução do dispositivo, mas seu conteúdo.

O próprio sistema criou um modelo que o Estado necessita intervir para que as pesquisas e desenvolvimento de setores privados não se tornem altamente custosos e inviáveis, garantindo àquele que os despendeu, o direito de explorar exclusivamente o fruto de sua criação. As normas de proteção à propriedade surgiriam resguardando o conceito antitruste schumpeteriano, como Lei de Marcas e Patentes, Copyright Act, Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual e Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/96). Ao passo em que grupos de interesses reivindicam a desregulação e deslegalização em certas áreas da economia, ao mesmo tempo, grupos econômicos pressionam o cumprimento de normas de proteção à propriedade (FARIA, 2004, p. 144).

Seria, talvez, a face do Estado neoliberal, em que o incentivo à livre iniciativa, constitucionalmente garantida, teria a intromissão do Estado regulador a fim de garantir a

⁶ Texto original: These objections dwindle in settings in which society wants to increase the amount monopoly, for example to spur invention; and then the effect of higher monopoly profits in inducing more monopolizing may count as a social gain rather than as a social cost. Idem. p. 203.

⁷ Alguns exemplos seriam: Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: (...)III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia;

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

destruição criadora, concedendo ao sistema capitalista um salto produtivo, devido à introdução da inovação tecnológica. A essência da questão seria manter um mercado competitivo, garantindo um determinado “monopólio” àquele que despendeu recursos para acrescentar algo novo no mercado, garantindo a ele o direito de explorá-lo.

Essas questões jurídicas trazem ao plano econômico uma completa interação, demonstrando seria impossível analisar o Direito sem a Economia, ou aquele sem essa. A Análise Econômica do Direito possibilita isso, entender que o desenvolvimento econômico está estritamente vinculado às normas jurídicas, e mostrar que as ciências econômicas possuem importantes ferramentas a contribuir com a epistemologia jurídica.

CONCLUSÃO

Enquanto a Economia vislumbra o sistema capitalista baseado na ordem do mercado, o direito seria nos termos do *Law and Economics*, a ciência necessária para disciplinar esse sistema. O modo que o sistema capitalista desenvolve-se buscou assegurar o direito à propriedade, material ou imaterial.

Nessa senda, o trabalho demonstrou que a teoria desenvolvimentista de Joseph Schumpeter encaixa-se no escopo do direito de propriedade. Ou seja, a propriedade privada, eixo da cultura liberal capitalista, é explicada em termos econômicos não só pela garantia que ela resguarda, mas também pela função potencialmente alavancadora do desenvolvimento econômico.

Talvez, uma análise somente pela Ciência do Direito careceria de subsídios necessários para explicar o reflexo na sociedade que o direito de propriedade cria. Contudo a interdisciplinaridade do Direito com a Economia traz mais fundamentos para o conhecimento social. Busca demonstrar não somente o reflexo que o direito de propriedade traz ao sistema capitalista, mas analisa o efetivo potencial que ele pode externalizar nesse sistema.

Joseph Alois Schumpeter, muito antes de surgir as teorias do movimento do *Law and Economics*, já havia entendido que o potencial produtivo de um país, inerente ao sistema capitalista, chegaria a seu ápice, ao estado estacionário, e somente a introdução de uma nova tecnologia faria com que aumentasse esse potencial produtivo.

O Direito, além do mais, estaria para resguarda segurança dos novos inventores, para que exista um incentivo a criar essa nova tecnologia. E como o sistema capitalista já denota, o incentivo deve vir através do lucro. Portanto, o monopólio é legalizado, leis são criadas para garantir a propriedade do invento ao inventor. O próprio sistema capitalista entende que deixar

o livre mercado fluir na questão da invenção tecnológica, traria um malefício para a criação, visto que na cultura do lucro a qualquer preço, seria menos custoso replicar a invenção do que dispende recursos em sua criação.

O legado de Schumpeter foi deixar para o pensamento econômico a ideia de que o capitalismo é um sistema que atravessa níveis de desenvolvimento, por meio da inserção de novas tecnologias. Já a AED possibilita que esse legado seja demonstrado em termos jurídicos, através do sistema normativo estabelecido. Mas, muito mais além do direito, a AED inova e consegue demonstrar toda essa sistemática pelos seus fundamentos principais, que são os custos de transação, alocação ou distribuição de fatores, e pela maximização da riqueza.

Compreender o Direito pelas ferramentas econômicas é uma forma que expandir a literatura jurídica em um novo prisma, entendendo que Direito não é uma ciência única e fechada. Logo, esse panorama teórico ressalta a inovação, em boa parte a inovação tecnológica, como variável ao desenvolvimento econômico e social. Restando ao Direito regular as formas de se conceber a segurança jurídica à inovação, bem como combater as falhas de mercado. Ou seja, A Análise Econômica do Direito é uma ferramenta que possibilita integrar tanto as necessidades econômica com as questões jurídicas, buscando a máxima eficiência nessas relações.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Marcos F. **Formas jurídicas e mudança social: integrações entre direito, a filosofia, a política e a economia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Rubens Vaz, Prefácio. In: SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma Investigação Sobre Lucros, Capital, Crédito, Juro e o Ciclo Econômico**. Tradução de Maria Sílvia Possas. In: Os Economistas. São Paulo: Donnelley Cochrane Gráfica e Editora Brasil Ltda, 1990.

FARIA, José E. **O direito na economia globalizada**. 1ª Edição, 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

FARIA, José E. **O Estado e o Direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order: An Economic Account: What Does Economics Have to Do with Law?** Princeton: Princeton University Press, 2000.

GODOY, Arnaldo. **Direito, literatura e propriedade intelectual. Posner, a criptomnésia e o plágio inconsciente.** Disponível em: <http://www.arnaldogodoy.adv.br/direito/D110posnerplagio.htm>. Acessado em: 03/09/2013.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2011.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão.** Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5 ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

MACHIAVELLI, Niccolò. **O Príncipe.** Tradução de Cândida de Sampaio Bastos. São Paulo: DLP, 2009.

MANKIW, N. Gregory. **Macroeconomia.** 5ª ed. Rio de Janeiro: LTC – Livros Técnicos e Científicos Editora S.A, 2004.

MORAIS, Arnaldo Sampaio de. **Apontamentos para um Ensaio de Sistematização do Positivismo.** In: Revista de Direito em (Dis)curso/Departamento de Direito Privado, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual de Londrina. V1. Londrina: Aduel, 2005.

ORREL, David. **Economitos.** Tradução: Adriana Ceschin Rieche. Rio de Janeiro: Best Business, 2012.

OSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law.** Fifth Edition. New York: Aspen Law & Business, 1998.

POSNER, Richard A. **Antitrust Law.** Chicago: The University of Chicago Press. 2001.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia;** tradução: Teresa Dias Carneiro; revisão técnica: Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard A. **Law and Literature: A Misunderstood Relation.** Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press, 1988.

ROLLAND, Eric. GETMAN, Tim. SEGALLER, Adam Jonas. **The Man Who Built America.** A&E Home Video. 2012. DVD. 360 min.

SAMUELSON, Paul A. **Collected Scientific Papers.** vol 3. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1972.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia.** Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro : Editora Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph A. **Teoria do Desenvolvimento Econômico: Uma Investigação Sobre Lucros, Capital, Crédito, Juro e o Ciclo Econômico.** Tradução de Maria Sílvia Possas. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1997.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas.** Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda, 1996.

SOTO, Hernando de. **O mistério do capital.** Tradução de Zailda Maldonado. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SZTAJN, Rachel. **Law and Economics.** In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia.** Elsevier: Rio de Janeiro, 2005.