

# Direito e sociedade: contribuição do realismo jurídico

## Law and Society: A Contribution from Legal Realism

David Fadul<sup>1</sup>  
José Edmilson de Souza-Lima<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo visa estabelecer a relação entre Estado e sociedade e elaborar um modelo jurídico realista que priorize a eficácia da norma sobre a validade. Para tanto, partirá de diferentes perspectivas acerca do Direito – principalmente a visão marxista de Vital Moreira, a episteme realista do escandinavo Alf Ross e o funcionalismo de Norberto Bobbio – para estabelecer um modelo composto e complexo o suficiente para abarcar os caracteres incidentais do Direito em diferentes tempos e lugares.

**Palavras-chave:** realismo jurídico; marxismo; funcionalismo.

### ABSTRACT

*This article seeks to establish the relationship between state and society and develop a realistic model that prioritizes the legal efficacy of the standard on the validity. Therefore, start from different perspectives about the law - especially the Marxist view of Vital Moreira, the episteme realistic Scandinavian functionalism of Alf Ross and Norberto Bobbio - to establish a model compound and complex enough to encompass the incidental characters in different laws, times and places.*

**Keywords:** legal realism; Marxism; functionalism.

### INTRODUÇÃO

Este estudo se propõe a analisar as interações entre o Direito<sup>3</sup> e Sociedade, e principalmente a tensão entre duas noções acerca da lei; a lei como instrumento de controle social do legislador (BOBBIO, 2007) e a lei como manifestação da ‘consciência jurídica popular’ (ROSS, 1977). Para tanto, tomar-se-á ‘A Ordem Jurídica do Capitalismo’ de Vital Moreira como ponto de partida e buscar-se-á, a partir daí, tecer um contraponto a certos aspectos da obra.

---

<sup>1</sup> Mestrado (em andamento) em Direito no UNICURITIBA. Membro do grupo de pesquisa Epistemologia e Direito (CNPq/UNICURITIBA). [dmf030@gmail.com](mailto:dmf030@gmail.com)

<sup>2</sup> Pós-Doutor em Meio Ambiente e Desenvolvimento. Pesquisador-docente do UNICURITIBA e do PPGMADE (UFPR). [zecaed@hotmail.com](mailto:zecaed@hotmail.com)

<sup>3</sup> Entendido aqui como a totalidade do sistema jurídico, conforme se esclarecerá mais adiante.

Entender as relações entre Direito e sociedade é ponto de partida necessário a qualquer diálogo acerca da função do Estado moderno e de suas limitações e possibilidades. A corrente epistemológica positivista atualmente hegemônica no meio acadêmico tende a centrar suas atenções no formalismo e na validade das normas, deixando de lado a aplicabilidade ou eficácia. Esta é uma visão arriscada, que tende a levar o pesquisador a ter uma percepção distorcida acerca da capacidade estatal de fazer valer normas ou conceder direitos.

A proposta de ter a ‘A Ordem Jurídica do Capitalismo’ de Vital Moreira como ponto de partida para uma análise da relação entre Direito e sociedade, pretende ter este autor como representante de uma das correntes do marxismo. Partindo de sua obra, podemos notar pontos de semelhança e tensão entre as noções marxistas e uma visão realista e ontológica do direito. Não se pretende aqui fazer uma crítica profunda a obra de Vital Moreira, autor no qual, apesar de muito admirarmos, não somos especialistas; menos ainda pretendemos propor uma reforma da teoria marxista. Ao contrário, pretendemos seguir e levar adiante um estudo acerca de uma visão realista do Direito, e, apesar, de termos restrições a outros pontos do pensamento marxista, sua intuição acerca da infra e superestrutura é, talvez, a mais importante ideia nas ciências sociais.

O que torna a percepção de Marx de que o modo de produção material é o que dá suporte e molda as instituições, mitologias e construtos teóricos de um momento histórico particularmente importante, é a tendência dos jusfilósofos – seja por um auto engrandecimento, seja por uma tendência a sobre valorar a influência do que lhe é pessoalmente relevante – a ver a teoria como determinante da realidade e não vice versa. Assim, no campo do saber jurídico, o pesquisador tende a ver a lei como molde do comportamento social e o estado como ser onipotente, quando de fato são fatores que afetam diretamente a sociedade como um todo que determinam seu *modus vivendi*. Isto não significa, no entanto, subscrever sem reservas a visão marxista convencional que supõe haver apenas um vetor relevante – o modo de produção – a determinar toda a superestrutura e que reconhece a influência de apenas um conflito – o de classes. Tanto em um caso como em outro, esta pesquisa está aberta a aceitar quaisquer outros fatores ou conflitos que se apresentem relevantes.

A escolha de analisarmos o fenômeno a partir do realismo jurídico e não do positivismo kelseniano vem da intenção de deixar de lado as noções formalistas e focar no efeito social

das normas; com isso espera-se evitar a armadilha de ver o Direito como um conjunto de formulações lógicas nunca plenamente aplicáveis na prática. É bastante comum ouvirmos do estudioso ou do aplicador do Direito adstrito ao formalismo discursos, por um lado, demandando do Estado ações hercúleas, por outro, irando-se contra os ‘erros’<sup>4</sup> cometidos por seus representantes; ignorando que muitas das ações demandadas são impossíveis e que muitos dos ‘erros’ são mais comuns que os correspondentes ‘acertos’.

Nesse sentido, a lei positiva não será o nexo desta análise, que se centrará na noção de que a lei é a lei aplicada. Isso representa um estudo voltado ao mundo dos fatos. Como já foi explicado em veículo mais próprio, não se sugere que o sistema jurídico, enquanto aparato estatal, abrace também uma epistême realista. O termo ‘direito’ representa três entes distintos: uma ciência, uma técnica e um fenômeno e o que defendemos quanto à ciência não é, necessariamente o que defenderíamos quanto à técnica.

No decorrer deste estudo, vários exemplos serão utilizados, mas sempre com o propósito de expressar da forma mais clara possível o conceito em pauta. Não se propõe, no entanto, barreiras artificiais ao modelo que pretendemos delinear, e qualquer conceito pode ser aplicado em situações similares às aqui descritas.

## **1 O REALISMO JURÍDICO**

O Realismo Jurídico tem como fundamento a distinção aguda entre o fenômeno jurídico e a Ciência Direito; oferece uma perspectiva ontológica e, feitas algumas ressalvas, pode facilmente ser lido sob a ótica anacrônica. Por todos estes fatores, trata-se do modelo mais efetivo em termos de análise social e interdisciplinaridade.

Ao se adotar uma perspectiva baseada no realismo jurídico escandinavo de Alf Ross (1977), a oposição entre a ciência Direito – cujas origens encontram-se nos séculos XIX e XX – e o fenômeno jurídico – que permeia a história e pré-história humanas – é facilmente percebida. Por ser prioritariamente ontológica, a epistemologia realista minimiza a interferência da produção científica nas atividades político-jurídicas, principalmente se comparado ao efeito de uma epistême deontológica, qual o positivismo kelseniano. O

---

<sup>4</sup> A questão de como entender os ‘erros’ judiciais em uma epistême realista, é bastante interessante e merece um tratamento detalhado. Disto, no entanto, falaremos mais adiante.

Realismo não se presta a servir de justificativa a uma sentença judicial ou ao pedido do advogado, mas é ferramenta de maior utilidade no que tange entender o Fenômeno Jurídico.

Logo, a definição mais eficaz, e que será utilizada no presente trabalho, será a derivada do modelo realista; deixando-se claro, que não se pretende mantê-lo em (nenhuma de suas) forma histórica inalterada, mas sim incluir-se em seus modelos um viés anacrônico. Disso, no entanto, falaremos mais adiante.

Como se recorta, então, a definição de Direito (em seu significado 'Fenômeno Jurídico'), a partir do Realismo jurídico?

### **1.1 UMA DEFINIÇÃO REALISTA ANACRÔNICA DO FENÔMENO JURÍDICO**

Para os Realistas Norte-americanos o objeto do Direito, de forma bastante simplificada, é o conjunto de atividades dos tribunais; já alguns autores ligados ao Realismo escandinavo aceitam ampliar o objeto e incluir uma 'consciência jurídica popular' (ROSS, 1977); o que, para nosso propósito atual, é definição mais adequada de forma a garantir que o recorte epistemológico não exclua arbitrariamente nenhum fator. Deve-se considerar o objeto do Direito como qualquer faceta do fenômeno jurídico. Nesta perspectiva, um estudioso do Direito passa a ter acesso a uma gama de fatores desprezados pelo positivismo kelseniano; por exemplo, a questão de porque certas leis são mais eficazes que outras. Em diversos tempos e lugares (virtualmente todos os tempos e lugares) sempre ocorre de haver alguma lei que, por mais que nada deva às demais em termos de validade, simplesmente não tem eficácia. Do ponto de vista do Realismo Jurídico buscar entender este fenômeno está perfeitamente dentro do escopo do Direito.

A partir desta definição, podemos entender o Direito como ente a ser observado na realidade e, portanto, que só pode ser entendido pela forma como aplicado. Isso nos leva a conclusão que a lei positiva é importante na medida em que nos ajuda a compreender o sistema jurídico como é e que certas previsões legais podem ser comandos precisos aos quais os juízes e tribunais se sentem compelidos a seguir, ou apenas peças de retórica que o juiz use para decidir de uma forma ou outra como lhe aprouver. A diferença sendo perceptível apenas na práxis de cada tempo e lugar.

## 2 A ORDEM JURÍDICA DO CAPITALISMO

Vital Moreira inicia seu estudo definindo economia como um conjunto de elementos pessoais, materiais e de processos, definição complexa, uma vez que é preciso definir quais sejam estes elementos e processos. Vital Moreira abraça os dois eixos tradicionais para definir a economia. Por um lado, as formas de produção, por outro ponto, o tipo de coordenação da atividade econômica.

A tese proposta por Vital Moreira pode ser sintetizada em entender que o capitalismo como um sistema social funciona como um fato político, um fato jurídico e não apenas como fato econômico. Demandando também uma determinada ordem jurídica e um determinado Estado, bem como, uma ordem jurídico-política essencial. Trata-se, por óbvio, de uma visão materialista histórica acerca da sociedade, determinada pela ascendência do material – meios de produção – sobre o ideológico. Apesar de considerarmos esta contribuição de Marx como uma das maiores já feitas às ciências sociais, reste claro desde já que nos afastamos de seu entendimento ortodoxo em alguns pontos.

Na visão marxista, há um controle algo absoluto da legislação positiva pela classe dominante. Na obra ‘A Ordem Jurídica do Capitalismo’ Vital Moreira apresenta uma interessante visão: A legislação positiva como pilar sustentador do capitalismo. Mas, como o intelectual de peso que é, evita a armadilha de supor uma correlação completa e unívoca entre a lei positiva e a economia (p. 13): qual o ano da obra? Ela tem que estar nas referências.

Na realidade, se algo, pode ser afirmado desde já é que as formas econômicas e as formas jurídicas não se recobrem totalmente. A ordem jurídica não reflecte ponto por ponto a estrutura econômica. A estrutura econômica é sem dúvida «traduzida» em ordem jurídica, mas é-o em termos jurídicos (: juridicamente). Uma mesma ordem jurídica pode traduzir diversas formas de economia: isso depende da própria realidade econômica; certas transformações da ordem jurídica não implicam transformações correspondentes na economia: existe uma certa «insensibilidade» econômica a certas transformações jurídicas. Ignorar que não existe uma aderência total entre a estrutura econômica e a respectiva estrutura jurídica (: que a adequação de uma a outra permite uma margem de variação) pode ter os mais funestos resultados na análise da própria estrutura econômica.

Esta descrição demonstra clareza, mas deixa de lado a questão implícita do por que não há uma unicidade entre a lei positiva e economia. Vital Moreira parece pressupor haver um canal direto e sem escalas entre os interesses econômicos burgueses e a ordem jurídica positiva. Esta premissa se faz notar no decorrer da presente obra, mas o exato mecanismo que levaria esta ‘transcrição’ não é explicitado. Entre os interesses econômicos e a lei positiva há

o legislador, que, em geral, priorizará seus próprios interesses e entre a lei positiva e a sociedade há o juiz – e todo o sistema jurídico – também dotado de interesses próprios.

Na direção economia-ordem jurídica, o autor indica a resposta ao explicitar que ‘uma mesma ordem jurídica pode traduzir diversas formas de economia’, mas e quanto a direção lei-economia? Parece certo – ou pelo menos, muito provável – haver outras influências além dos interesses de uma classe dominante. Parece claro que, conforme observou Marx, sejam econômicos os fatores mais influentes sobre a lei positiva, mas não no sentido estrito de beneficiar uma única classe, mas sim, interesses econômicos *lato sensu*, no sentido de maximizar a capacidade produtiva do sistema social. Não negamos, no entanto, a existência de outros fatores de relevância na confecção da lei positiva; fatores de natureza biológica ou social ou histórica.

Especificamente, o modelo de Vital Moreira precisaria explicar a existência de leis positivas antagônicas ao modo de produção corrente. Para usarmos um exemplo próximo em tempo e espaço, veja-se a redação original do artigo 192, §3º da Carta Magna de 88 que limitava as taxas de juros reais a 12%. Certamente esta disposição não foi incluída na *Lex Legum* por algum acaso ou acidente, mas sim por corresponder aos interesses de algum grupo ou grupos<sup>5</sup>. Esta determinação contrariava frontalmente o interesse, não apenas dos banqueiros, mas da sociedade como um todo e sua aplicação teria correspondido a uma imediata ordem de fechamento dos bancos particulares e eventual fechamento dos bancos públicos. Como uma perspectiva de que a lei visa prioritariamente defender o interesse de uma classe dominante explica este artigo? Um marxista poderia responder, com bastante acerto, que este parágrafo nunca chegou a ser aplicado. Parece razoável propor que, não tendo sido eficaz, a norma, para todos os efeitos jamais existiu; mas apenas se aceitar-se uma episteme realista do Direito. Sob a perspectiva formalista, seria preciso acreditar que a tese – defendida à época – de o citado parágrafo não seria norma de eficácia plena (SILVA, 2002), seria uma noção endógena e autopoietica do Direito. Desta forma, nos parece que, havendo uma ‘ordem jurídica do capitalismo’ esta deve ser buscada de forma realista, entre as normas eficazes e não entre as normas válidas.

---

<sup>5</sup> Trata-se, neste caso, de interesse percebido de pequenos empresários e comerciantes. Certamente, parece ser algo vantajoso ter acesso a empréstimo a juros baixos, mas a aplicação destas taxas de juros naquele momento histórico levaria o sistema bancário à ruína o que, por sua vez, prejudicaria o interesse real destes mesmos comerciantes e pequenos empresários.

Há ainda a situação oposta, quando a norma positiva atende aos interesses de um grupo pequeno, mas influente e, ainda assim, goza de uma eficácia mínima. O melhor exemplo desta situação são as leis de proteção aos direitos autorais. Apesar de a 'pirataria' haver sido criminalizada e de haver grandes interesses no cumprimento da lei, a sociedade, solenemente, se recusa a considerar a 'pirataria' um crime. As tentativas de criminalizar<sup>6</sup> o mau uso de marcas registradas e a cópia de programas de computador atendem aos interesses corporativos e governamentais e não refletem de todo a forma como a sociedade vê a questão, isto porque a maioria dos indivíduos não sente lealdade às corporações e tem a noção que o governo não usa os impostos arrecadados de forma eficiente e por isso não reage à noção de não pagar impostos ou de não pagar direitos autorais como 'errado' no sentido moral<sup>7</sup>. Mesmo de um ponto de vista realista faz-se mister aceitar que a influência de interesses econômicos sobre a norma, se bem que forte, não é exclusiva. Da mesma forma, o controle da sociedade pela lei está longe de ser absoluto.

### **3 O DIREITO COMO FERRAMENTA DE CONTROLE SOCIAL**

Por outro lado, se o Estado só fosse capaz de reproduzir na legislação positiva as normas que já fizessem parte da consciência jurídica popular, seria o caso de desconsiderarmos totalmente a função promocional do Direito (BOBBIO, 2007). Há, no entanto, diversas situações na qual o Estado pode fazer impor uma norma, apesar das preferências da sociedade.

Primeiramente, governos totalitários conseguem impor a aplicação de normas, mesmo quando expressamente contrárias aos mores correntes. Usando como exemplo a inter-relação entre Direito e Economia, fica claro que o controle que um Estado é capaz de exercer sobre vetores econômicos tende a ser maior conforme o Estado for mais centralizador e totalitário. Em Estados democráticos não se pode realmente esperar um 'controle' efetivo dos vetores econômicos, mas apenas 'interferência', isto é, muitas vezes a lei não obterá o resultado

---

<sup>6</sup> Questão diversa é a de pagamento de danos, se houver, na esfera cível.

<sup>7</sup> As poucas pessoas que, por uma razão ou outra tenham um sentimento moral de repulsa a pirataria, talvez creiam que a pirataria se trata de fenômeno marginal. Mas não o é. A Associação Antipirataria Cinema e Música (APCM) divulgou que em 2010 foram retirados de circulação 25.596.836 CDs e DVDs. E é assustador que em 2010 ainda tantas pessoas usassem CDs e DVDs. Claro que este número representa fração risível do total, que é incalculável, como qualquer pessoa proficiente com computadores pode dizer. Por mais que haja algum grau de eficácia no cumprimento desta lei, conforme se percebe pelo número de apreensões, o fato de apenas fração tão pequena ser efetivamente punida, indica tratarem-se de bodes expiatórios e cordeiros de sacrifício; uma demonstração de que a lei vigora, mas que tem um custo mínimo.

proposto<sup>8</sup>, já que em Estados democráticos, o legislador e o Estado sofrem um número bem maior de limitações. Mas é, ainda assim, possível utilizar a lei como instrumento de controle social.

Mudanças substantivas no corrente estado de um sistema social são supinamente custosas. Se a demanda pelo resultado de um comportamento for inelástica, qualquer tentativa por parte do governo de suprimi-lo causará certamente uma diminuição temporária na capacidade produtiva na capacidade produtiva do sistema, senão uma diminuição duradoura. Na economia, o termo ‘elasticidade da demanda’ representa a variação na quantidade demandada de um bem ou serviço em relação à variação no preço<sup>9</sup> (MANKIWI, 2001). Assim, no caso de uma demanda inelástica<sup>10</sup> ou perfeitamente inelástica<sup>11</sup>, a quantidade demandada tende a se manter independentemente do aumento no preço. Como a única capacidade de um Estado é afetar o custo de um produto, qualquer política meramente repressiva tem, e só pode ter, como efeito o aumento do preço. Mas isso só refletirá em uma supressão do comportamento se a demanda for elástica.

Em um caso concreto, sabe-se que a demanda por álcool é extremamente inelástica (HEYMAN, 1996), portanto, leis que aumentem o custo – aumento certos impostos, por exemplo – não serão eficientes em reduzir a quantidade de álcool consumida<sup>12</sup>. Esta análise pode ser igualmente aplicada às drogas ilícitas, e é importante perceber que tipificar a venda de certa substância não significa nada mais, em termos de controle social, que aumentar os impostos sobre substâncias lícitas, i.e. aumenta-se o preço final via aumento do custo de produção. A única dificuldade em relação a aplicar-se esta análise é que, em se tratando de drogas ilícitas, é impossível determinar a exata quantidade consumida a cada preço, logo, só é possível supor se sua demanda é elástica ou inelástica.

Assim, quando um governo decide utilizar seus recursos para suprimir certo comportamento, se a demanda for inelástica, não apenas esses recursos serão desperdiçados, como certos grupos irão aplicar ainda mais energia em propiciar o comportamento

---

<sup>8</sup> Veja-se, por exemplo, a tentativa de suprimir o uso de certas drogas.

<sup>9</sup>  $(\Delta Q/Q)/(\Delta P/P)$

<sup>10</sup>  $0 > Ed > -1$ .

<sup>11</sup>  $Ed = 0$ .

<sup>12</sup> Por outro lado, campanhas de educação e proibição de uso em espaços públicos tiveram bons resultados em relação ao fumo, também produto de demanda inelástica.

indesejado<sup>13</sup>, reduzindo ainda mais a capacidade produtiva do grupo social. Frente a isso, os agentes responsáveis pelo sistema estatal, percebendo que a quantidade corrente de recursos aplicados à repressão do comportamento não está bastando para suprimi-lo, pode decidir aumentar a quantidade de recursos destinados àquele propósito. Isto certamente aumentará o custo e o preço do objeto do comportamento, mas sendo a demanda inelástica, os consumidores estarão dispostos a arcar com o novo preço. Isso, por sua vez, levará a um aumento nos recursos usados para subverter a vigilância do Estado. Curiosamente, este impasse traz as mesmas consequências negativas que uma corrida armamentista e pode ser analisado pelas mesmas ferramentas matemáticas<sup>14</sup>, que indicam que, uma vez tomada a decisão inicial de criminalizar certo comportamento e tentar, de fato, suprimi-lo, a tendência é de escalar a quantidade de recursos aplicados pelo Estado e por elementos da sociedade até um patamar máximo de equilíbrio.

Em outro trabalho discorremos em detalhe sobre quais as possíveis interações entre norma positiva e norma social, aqui explicitaremos outra possibilidade a qual naquela altura não atentamos: o direito atuando na margem. Há determinados comportamentos que a sociedade, mesmo não os adotando, tampouco os rejeita. Nesta fronteira, qualquer ameaça de punição deve bastar para incentivar o comportamento desejado pelo legislador. Um bom exemplo é o artigo 65 da Lei 9.503 de 1997, que prevê a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança. Apesar de a punição ser leve – se comparada às penas de reclusão de 5 a 15 anos, previstas no art. 33 caput da Lei 11.343 de 2006, por exemplo – esta norma goza de considerável eficácia. Isto porque o comportamento de utilizar o cinto de segurança não era repudiado pela sociedade, se bem que também não fosse abraçado.

Outro ponto no qual nos aproximamos da ortodoxia marxista é na centralidade do conflito na interpretação dos sistemas sociais e jurídicos. Mas não supomos que o conflito esteja circunscrito a apenas dois grupos, nem que o interesse real – em oposição ao interesse percebido – de cada um destes grupos seja homogêneo, pois não há razão para os crer desta forma, ou mesmo crer que haja apenas dois grupos e não vários. Além disso, não podemos desconsiderar a relevância dos interesses percebidos em uma democracia pós-moderna.

---

<sup>13</sup> Apesar de esta descrição ser aplicada a virtualmente qualquer comportamento, as sanções do Estado as quais nos referimos são apenas as negativas. As sanções positivas requerem estudo a parte, e tendem a ser mais eficientes.

<sup>14</sup> Trabalhos baseados na teoria dos jogos sugerem que corridas armamentistas podem ser entendidas como o jogo do dilema do prisioneiro repetido (MAJESKI, 1984).

Hodiernamente, em muitos dos estados democráticos, os legisladores buscam se eleger apelando, não ao interesse real da sociedade, mas ao interesse percebido ou suposto.

#### 4 TABULA RASA

Na descrição de Vital Moreira do início do modo de produção capitalista, nota-se a pressuposição de que, na passagem de um modo de produção para outro, a sociedade torna-se uma tabula rasa na qual será possível escrever o que for necessário para o bom andar do novo regime. A história, no entanto, nos mostra que, em diversos casos, há uma forte resistência a um novo *modus vivendi*, se este contrariar a consciência jurídica popular anterior. Se levarmos em conta a perspectiva realista, não é possível aceitar este modelo, nesta epistême, a sociedade não é uma tabula rasa que aguarda a pena do legislador para lhe ditar o certo e o errado; mas, ao contrário, é um conjunto dinâmico de interações no qual a norma preexiste como ente vivo<sup>15</sup>.

Ao descrever seu entendimento do modelo jurídico liberal, Vital Moreira indica que, em um primeiro momento após a revolução Francesa, o sistema social entrava em um estado aparentemente ‘ajurídico’ (pg. 74) que dariam sustentação ao ‘sistema’ capitalista<sup>16</sup>. É revelador que Vital Moreira indique, mesmo de forma incidental, que a diminuição da amplitude do sistema jurídico baste – mesmo que apenas em um primeiro momento e apenas na forma de ‘ideologia’ – para estabelecer o capitalismo. De fato, vendo-se a partir de uma perspectiva anacrônica, nota-se que os vetores que viriam a ser centrais no capitalismo – trabalho assalariado, propriedade privada, comércio, economia monetária e liberdade de contratos – participaram, em maior ou menor grau, de sistemas sociais anteriores, alguns dos quais extremamente antigos<sup>17</sup>.

No ponto seguinte, no qual Vital Moreira descreve seu entendimento da ‘realidade’ que subjaz a ‘ideologia’ liberal, encontramos diversos pontos nos quais, para aderir à dogmática marxista, o autor não procede uma defesa pormenorizada de seus argumentos. Primeiramente, ao propor que o ‘modelo’ liberal não leva em conta a especificidade do

---

<sup>15</sup> Isto não exclui, no entanto, a possibilidade de o legislador promulgar norma que não esteja, até então, inserida na ‘consciência jurídica popular’, situação na qual há diversos resultados possíveis, conforme analisamos em outro momento.

<sup>16</sup> O termo ‘sistema’ neste contexto não está sendo usado no sentido da TGS.

<sup>17</sup> Veja-se, por exemplo, as normas registradas no código de Hamurabi, as quais dão grande relevância aos contratos (GLISSEN, 1979).

contrato de trabalho, ele não faz menção de que o próprio Adam Smith (SMITH, 1981) já havia notado o caso específico deste tipo de contrato. E, principalmente, limita-se a insinuar que os institutos essenciais ao capitalismo não são de fato ‘naturais’, mas não tenta explicar sua presença em diversas épocas e contextos históricos, mui anteriores ao capitalismo. A tentativa de demonstrar a historicidade destes institutos, no entanto, não está ausente no corpo da obra de outro autor marxista de relevo, Avelãs Nunes (2007) ele defende que a existência do Estado resume-se a função de garantir os privilégios de classe. Não é possível detalhar presentemente sua análise, mas é fato que neste ponto, Avelãs enfrenta uma batalha a subir morro. Mesmo em seu estudo mais detalhado, ele apenas considera a propriedade comunal da terra na pré-história e não leva em conta que a propriedade privada de certos bens<sup>18</sup> antecede a existência do Estado.

Observado este caveat, não há como negar que, em termos práticos, a crítica ao capitalismo liberal que Vital Moreira tece é precisa. Se o Estado garante apenas direitos formais, todos os quantos estejam privados dos bens necessários para usufruir de tais direitos estarão efetivamente a margem da sociedade. O autor chega ao cerne de sua análise ao discutir a tensão entre o Direito Privado e Público em relação à economia, especificando que a disposição de todas as interações socioeconômicas foi relegada ao plano do Direito Privado. Neste ponto, Moreira faz coro a Adam Smith (1981), que defendia – contrariamente ao que se supõe – a importância de um controle estatal sobre os contratos de trabalho.

Neste sentido é perfeita a formulação de Vital Moreira quanto ao capitalismo não poder se sustentar sem a influência de um sistema jurídico dando-lhe suporte, mesmo que suponhamos estar presente na consciência jurídica popular o princípio do *pacta sunt servanda* – e, em se tratando de uma metodologia realista, não podemos garantir que esteja presente, a menos que o observemos – não é possível imaginar a manutenção a longo prazo do modo de produção capitalista sem o suporte estatal. Para chegarmos a tal conclusão, podemos mesmo deixar de lado o entendimento marxista de que o Estado é necessário como forma de controle das classes ‘dominadas’. Certas práticas são vantajosas a um indivíduo, mas destrutivas quando aplicadas em grande escala. É o caso do valor dos salários. Sem a imposição estatal

---

<sup>18</sup> Bens de pequeno porte e de uso, como lanças e enfeites eram quase certamente propriedade de apenas um membro do grupo na pré-história, como atestado pela evidência de certos indivíduos serem enterrados com tais objetos (FAGAN, 2010)

de um piso para os salários, estes se estabeleceriam em seu ponto de equilíbrio (MANKIWI, 2001), o que, pelo menos em princípio, seria abaixo do valor do salário mínimo<sup>19</sup>.

Para serem capazes de competir em preço, os empregadores tenderam, se possível, a pagar os salários de equilíbrio. Individualmente, esta é a decisão que mais lhes favorece individualmente. Mas, se o salário de equilíbrio for muito baixo e for insuficiente para garantir a subsistência do trabalhador assalariado, as consequências sociais, inclusive para os empregadores, serão graves. Assim, ao criar uma norma passível de imposição a todos, o Estado garante a estabilidade social sem prejudicar a competitividade das empresas, ao menos em âmbito nacional.

## CONCLUSÃO

O modelo que se propõe é certamente mais complexo que qualquer uma das teorias que lhe proveram as partes, mas isso se justifica pelo fato de a realidade ser bastante complexa. Por mais próximo da realidade que nos pareça o modelo de Ross, sua aplicabilidade depende das condições políticas específicas. E, apesar de o modelo do materialismo histórico ser revolucionário – em vários sentidos da palavra – ele simplifica demais os cenários de conflito e delinea as influências da lei de forma exagerada. Juntar estas duas grandes visões corrige a maior parte destes problemas e restamos com um modelo de ciência jurídica no qual a lei concreta é vista como oscilando entre o Estado (Legislador), o Juiz (Sistema Jurídico) e a sociedade, e é a resultante de vetores econômicos, políticos, sociais, históricos e Biológicos. Neste modelo o Legislador tem grande controle sobre o sistema social em Estados autoritários, mas controle apenas marginal em Estados democráticos, nos quais os interesses e influências são pulverizados entre diversos grupos.

Se considerarmos o sistema jurídico como um ‘sistema’ no sentido estrito do termo proposto pela TGS, devemos entender que o sistema jurídico, como qualquer sistema, faz o papel de reorganizar informações. Este papel é o de uma ferramenta e, como tal, apta a diversas funções. Ou seja, um sistema jurídico não tem uma única função que lhe é própria, podendo ser adequado a uma gama de funções, conforme a natureza do Estado do qual faz parte. Há, no entanto, um tema comum a todas estas funções que é o de servir para regular o

---

<sup>19</sup> Se o ponto de equilíbrio estiver acima do salário mínimo, a imposição de um piso em tal valor será irrelevante.

comportamento da sociedade. Nesse viés, deve-se entender o Direito em cada contexto, pelo seu uso.

Assim, um Estado totalitário tenderá a ter um sistema jurídico com estruturas e aparatos voltados a garantir uma aplicação da lei positiva; enquanto Estados Democráticos buscarão criar leis que reflitam a jurisprudência Social, o que minimiza a necessidade de controle estatal. É certamente uma proposta mais complexa que o tradicional positivismo kelseniano, mas se mostra vantajosa por não elevar o Estado à posição de ente divino, que é capaz de tudo realizar quanto ofertar a imaginação do Legislador.

## **REFERÊNCIAS**

- BOBBIO, N. **Da Estrutura à Função**. São Paulo: Manole, 2007.
- FAGAN, B. **Cro-Magnon: How the Ice Age Gave Birth to the First Modern Humans**. New York: Bloomsbury Press, 2010.
- GILISSEN, J. **Introdução Histórica ao Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.
- HEYMAN, G.M. **Elasticity of demand for alcohol in humans and rats in Advances in Behavioral Economics, vol. 3**. Norwood: Ablex Publishing, 1996.
- LUHMANN, N. **Sociologia do Direito. Vols. I e II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MAJESKI, S. **Arms Races as Iterated Prisoner's Dilemma Games. In: Mathematical Social Sciences 7**. Washington: Elsevier, 1984.
- MANKIWI, N. G. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 2001.
- NUNES, A. **A Natureza do Estado Capitalista sob a Ótica dos Fundadores da Ciência Econômica in Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba: UFPR, 2007.
- POPPER, K. **The Logic of Scientific Discover**. London: Routledge, 1959.
- ROSS, A. **El Derecho e la Justicia**, 4ª edição. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.
- SILVA, J. A. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SMITH, A. **An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Volumes I and II**. Indianapolis: R. H. Campbell and A. S. Skinner, 1981.
- VON BERTALANFFY, L. **Perspectives on General Systems Theory**. New York: George Braziller, 1975.
- WIENER, N. **Cybernetics or Control and Communication in the Animal and the Machine**. Paris, (Hermann & Cie) & Camb. Mass, 1948.