

ACERCA DAS FUNÇÕES DO DIREITO

CARLOS MARIA CÁRCOVA(*)

1. ESTADO DA QUESTÃO

Em 1973, celebrou-se em Madri um Congresso Internacional de Filosofia do Direito, que tinha como tema central a problemática da função do direito. Tal acontecimento marcou um novo ângulo da preocupação do que, indubitavelmente, eram precedentes os trabalhos de *Nicklas Luhmann* de 1970 — em um volume coletivo — e de 1972 em sua *Sociologia do Direito*, y de *Noberto Bobbio*, entre outros, em seu *Ensaio sobre uma Teoria Funcionalista do Direito*, publicado em 1971, em Buenos Aires.

Em trabalhos anteriores, datados de 1964 e 1969, *Bobbio* delinha-se em algumas questões como as referentes às sanções positivas ou os fins promocionais do direito, que insinuavam o desenvolvimento mais completo que viria posteriormente em seu ensaio "El Análisis Funcional de Derecho", publicado em recopilação sob os cuidados de Alfonso Ruiz Miguel (Fernando Torres Editor, Barcelona, 1980) e no qual somente formula um prolixo inventário das principais questões implicadas por este enfoque, como também propõe, ademais, uma sistemática das funções e adverte para a necessidade de integrar às análises tradicionais de corte estrutural as provenientes de uma perspectiva funcional.

Em 1973, também *J. Raz* encarava a análise das funções do direito e propunha uma classificação (Oxford, *Essays in Jurisprudence*. University Press. Reproduzido em *La Autoridad del Derecho*, UNAM).

Resultará interessante, segundo acreditamos, comparar estes pontos de vista, não somente pelo prestígio alcançado pelos autores citados, como também pela circunstância de que pertencem a tradições intelectuais diversas, o que torna mais interessante o registro dos numerosos pontos de contato existentes em seus respectivos enfoques.

Previamente é necessário formular algumas considerações.

(*) Professor da Faculdade de Direito de Buenos Aires e membro do Conselho da Magistratura da Província de Buenos Aires. Tradução de Roberto Vieira de Almeida Rezende, Juiz do Trabalho na 2ª Região e mestrando pela Universidade de São Paulo.

Como sustenta *Raz*, embora de óbvia importância, esta noção foi descuidada pela filosofia jurídica. Quais razões explicam que os jusfilósofos contemporâneos de maior prestígio, se detenham exaustivamente em questões como a completude do ordenamento jurídico ou a distinção entre regra e norma, e não se formulem, ademais, perguntas tão elementares quanto significativas, do tipo: quais fins cumpre o Direito, para que serve, qual é sua utilidade ou função em uma determinada estrutura social?

Há que se buscar a resposta, talvez, em certa tradição positivista (de *Ihering* a *Kelsen*) para a qual a especificidade do Direito consiste em seu caráter instrumental, na autonomia de uma estrutura em relação a qualquer fim específico. Tratar-se-ia de atender à forma na qual certos fins são perseguidos e não aos fins em si mesmos, que podem ser variados e contingentes. Por outro lado, os fins em questão podem ser obtidos por outros meios (religião, moral, usos, publicidade etc.).

É claro que esta maneira de pensar assenta-se sobre alguns pressupostos que hoje estão em crise, tais como os da pureza metodológica ou a idéia de que o fenômeno esgota-se em seus aspectos exclusivamente normativos ou a noção de norma fundamental, como hipótese gnosiológica fundante do ordenamento positivo.

É também claro que o papel do Direito assim se isola, artificialmente, do papel que cumprem outros discursos sociais que estão entrelaçados com aquele.

A forma pela qual certos fins são perseguidos está definida por estes mesmos fins. A idéia de forma ou instrumento, em relação com a vida social, está presidida pela historicidade e é precisamente a partir de sua historicidade que se pode apreender seu sentido.

Se o Direito — e ponhamos em questão, desde logo, que este fenômeno possua uma dimensão normativa — tem um caráter instrumental, parece necessário interrogar-se sobre qual tipo de instrumento é, quem são seus usuários e a que finalidades atende.

Em que pese a influência positivista, os jusfilósofos sempre buscaram alguma resposta ou trabalharam com algum paradigma funcional implícito. Podem resultar interessantes as citações de *Pound*, *Fuller*, *Kelsen* ou *Lewellyn* contidas no trabalho de *Raz*, ou as de *Summers*, *Récasens Siches*, *Vilhern*, *Aubert*, *Schur* etc. mencionadas no ensaio de *Bobbio*.

Tradicionalmente se privilegiaram certas funções: a de prevenir e reprimir os comportamentos desviados, por um lado, e a de impedir o nascimento de conflitos ou, no seu surgimento, incrementar meios para sua pacífica resolução, por outro.

Hoje se percebem outras finalidades tão importantes como as anteriores que também são servidas pelo Direito, tais como as de repartir os recursos disponíveis (função distributiva) ou atender ao estímulo, ao incentivo de certas condutas, atribuindo conseqüências jurídicas à observância da lei e não exclusivamente à sua inobservância (função promocional).

2. SEU INTERESSE ATUAL

O crescente interesse que a questão da problemática desperta na atualidade não pode explicar-se adequadamente sem mencionar os esforços que, neste sentido, desenvolveram as orientações sociológicas e antropológicas no campo da investigação jurídica, por um lado, e os aportes da filosofia marxista, por outro.

Os autores de orientação sociológica centraram sua atenção, faz muitos anos, na relação entre o Direito e a mudança social para indagar, desde sua perspectiva, se este subsistema cumpria funções exclusivamente conservadoras, ou se, pelo contrário, impulsionava o progresso e a transformação do sistema social. Por seu turno, os autores marxistas insistiram e desenvolveram a idéia de que o Direito, como ordenamento coercitivo, realiza a função de assegurar e manter as condições de dominação da classe hegemônica em cada formação social dada. Neste campo, sem embargo, é onde se verificam novidades teóricas de maior envergadura a partir dos anos sessenta e em boa medida tanto pela influência da obra althusseriana como pela releitura da obra de Gramsci. O reducionismo economista ou político (reflexo da estrutura, vontade da classe dominante) ficou severamente questionado e se abriram linhas sistemáticas e compreensivas (de Cerroni a Poulantzas e de Barcelona a Miaille).

Outro argumento endereçado a destacar a importância da análise funcional radica no que alguns autores — *Bobbio* entre eles — assinalam como característica do processo de trânsito do Estado Liberal ao Estado Social de Direito ou Estado do Bem-Estar, em outras denominações. Longe de perder funções, o Estado adquiriu novas e complexas responsabilidades, seja na realização de finalidade de interesse comum, não resolvidas no seio da sociedade civil (atividade subsidiária), seja no desempenho de funções de gestão, promoção e asseguaração. Neste contexto, os instrumentos jurídicos e a finalidade de seu uso adquirem significativa importância.

Em que pese o expressado até aqui, não é muita a clareza aportada ainda pela análise funcional, o que seguramente tem suas explicações.

Em que nível se instala esta análise? Trata-se de encontrar notas específicas que corresponderiam a qualquer organização jurídica? Cuida-se de pensar as funções pela perspectiva estatal ou da sociedade civil? Trata-se de indentificar fins intermediários ou fins últimos do Direito?

Como definir, por outro lado, o objeto do Direito?

Esgotam-se seus objetivos no estabelecimento de um universo finito de proibições ou, além disso, o Direito promove, dispõe e organiza condutas sociais com sentido positivo?

As definições que temos à mão são ainda um tanto heterogêneas e contêm equívocos semânticos.

Nos parágrafos que seguem tentarei exhibir, de maneira sinóptica, as classificações de *Raz* e de *Bobbio* e, a partir de observações críticas que

elas me sugerem, propor alguns pontos de partida para a análise funcional que, ao meu ver, enriquecerão teoricamente seu desenvolvimento futuro.

3. A CLASSIFICAÇÃO DE RAZ

Para este autor, é preciso distinguir com clareza uma classificação em torno das funções de uma classificação concernente às normas, confusão freqüente e que reprova *H. L. Hart*, autor do qual, sem embargo, se reconhece tributário. Desde sua perspectiva, o tema das funções concerne especificamente a conseqüências jurídicas, sejam elas tentadas ou efetivas.

Permitimo-nos aqui uma sintetização de suas idéias, compatíveis com a índole deste trabalho:

- a) Prevenir condutas indesejáveis e obter condutas desejáveis.
- b) Provimento de meios para os acordos privados entre indivíduos.
- c) Provimento de serviços e redistribuição de bens (serviços sociais).
- d) Resolução de disputas não regradas.

Primárias (afetam a população em geral. Ex.: provimento de serviços de saúde).

Funções Diretas (são as que se realizam quando se obedece e se aplica o Direito).

Funções Sociais do Direito

- a) Regular o funcionamento dos órgãos jurisdicionais.
- b) Regular procedimentos para a modificação do direito.

Secundárias (contribuem para a manutenção do sistema. Ex.: regular a criação e aplicação do Direito).

Funções indiretas (são aquelas cuja realização consiste em gerar atitudes, opiniões ou comportamentos. Resultam do conhecimento sobre a existência do Direito. São as que o Direito aspira alcançar). Exemplos: (inculca de valores, reforço ou debilitação da autoridade; consecução da unidade nacional etc.).

4. AS CLASSIFICAÇÕES DE BOBBIO

Se *Raz* se distingue pela simplicidade e ordem de suas idéias — virtudes por certo pouco freqüentes — *Bobbio* se distingue por sua força argumentativa, por sua admirável informação e por certa graça meridional

que lhe permite sugerir idéias, uma atrás da outra a cada parágrafo. Isto torna muito mais difícil sintetizar ou esquematizar seu pensamento. Contudo, propõe, basicamente, uma dupla classificação:

Funções (I)	Positivas	(cumprimento dos fins previstos)
	Negativas	(cumprimento de fins contraditórios com os previstos. Ex.: sistemas carcerários)
	Disfunções	(cumprimento deficitário dos fins previstos. Ex.: mau funcionamento judicial)
Funções (II)	Tradicionais	a) evitar a conduta desviada b) Prover meios para a resolução de conflitos
	Distributivas	Consistem na distribuição dos recursos sociais, econômicos e não econômicos através da actividade do Estado (bens, emprego, educação, família etc.)
	Promocionais	O Direito é mais que uma ordem sancionadora, promove, incentiva, provoca condutas, através de prêmios ou estímulos associados à observância da norma.

5. PRIMEIROS COMENTÁRIOS

Como advertimos no início destas notas, além de algumas matizes de corte sistemático, os autores mencionados propõem considerações semelhantes sobre o tema. Ambos sublinham o papel do Direito como ordem interveniente e planificador nas modalidades de existência concreta da vida social e ambos aludem, ainda que paradoxalmente, cada um por seu turno, à articulação deste papel com as instâncias do poder, da ideologia e da política. *Raz* se detém na consideração das funções diretas primárias, relativas ao provimento de serviços de redistribuição de bens, adjudicando implicitamente ao direito um rol democratizador das relações políticas e econômicas entre os homens, sem descuidar por sua vez de sua face conservadora na análise das funções secundárias, como destinadas à manutenção do sistema. Como se verá mais adiante, este duplo caráter pode apresentar-se como paradoxal, mas não necessariamente como contraditório. Por fim, na descrição das que denomina funções indiretas, o autor assinala elementos que são próprios do domínio da ideologia no discurso jurídico.

Por sua vez, *Bobbio* destaca as funções distributiva e promocional do Direito. No último aspecto, propõe a passagem de um direito da punição para um direito da organização, com papéis de prevenção social e de as-

sistência, como sucedâneos dos papéis específica e exclusivamente sancionadores. No primeiro aspecto, remarca a tarefa assinalada ao Direito, de distribuir os recursos disponíveis e ao fazê-lo denuncia as ideologias liberais de corte finissecular que atribuíam à Economia e à mão invisível do mercado o monopólio desta função.

Sem embargo, é na análise das funções positivas, negativas e das disfunções, onde produz as considerações, a nosso juízo, mas interessantes. De fato, em franca polêmica com o funcionalismo sociológico do tipo parsoniano, para o qual as funções somente podem ter caráter positivo, porquanto procuram a integração do sistema social, *Bobbio* exhibe a ideologia conservadora desse pensamento e se coloca no que, explicitamente, denomina uma perspectiva crítica "pela qual entendo — sustenta — qualquer teoria que se refira ao problema de ver não somente como funciona uma sociedade, senão também como não funciona ou deveria funcionar".

"... A resposta à pergunta sobre a positividade da função do Direito — acrescenta mais adiante — pode ser totalmente distinta (à parsoniana), se nos colocamos num ponto de vista não da conservação, mas da mudança ou inclusive da mudança radical ou revolucionária, que é o ponto de vista de toda a teoria crítica da sociedade. Qual é a relação do Direito com a mudança social? Não há dúvidas de que a função do Direito não é somente a de manter a ordem instituída, mas também a de modificá-la, adaptando-a às transformações sociais: tanto é assim que todo o ordenamento regula a produção de novas normas para a substituição das velhas. Mas seria o Direito o instrumento apropriado para reformar a sociedade? Quais são as razões pelas quais o Direito foi sempre considerado mais como um meio de conservação social que de inovação e de que o estamento dos juristas tenha sido considerado como um estamento de conservadores e não de reformadores?"

Uma resposta a estas perguntas colocará às claras que o Direito tem, junto a uma função positiva, também uma função negativa que é intrínseca a sua própria natureza.

As citações transcritas são significativas.

Se é certo que as classificações expostas exibem ainda um certo grau de precariedade, de excessiva generalidade, em que aparecem não integrados níveis de análise, a meu juízo, que não conseguem conviver harmonicamente, com os que são próprios da historicidade por um lado e das dimensões do poder e da ideologia por outro, não é menos certo que as teses de *Bobbio* contêm sugestões muito ricas. Muitas delas somente puderam insinuar-se até aqui; sobre algumas outras voltarei mais adiante.

6. UMA PERSPECTIVA CRÍTICA: A FUNÇÃO PARADOXAL DO DIREITO

6.1. Direito e História

A primeira questão que me importa discutir é a possibilidade de uma análise funcional, que prescindida da determinação primeiro e da especifica-

ção depois, do marco histórico correspondente. Em outros termos, será válida a tentativa de identificar notas que sejam comuns a qualquer sistema jurídico com abstração das características da formação socioeconômica à qual tal sistema corresponda?

É certo que algumas categorias jurídicas sobreviveram a transformações cruciais das sociedades e que, em consequência, uma análise da questão, poderia induzir-nos a pensar que o *vinculum* ou a obrigação do Direito Romano é uma instituição similar à legislada por nosso ordenamento positivo. Isto não é mais que um grave mal-entendido. Afinal, dita instituição aparece hoje rescrita num emaranhado de múltiplas determinações que lhe outorgam uma interpretação e uma lógica que a transformou. É possível admitir que, como técnica de controle social, o direito possua alguma especificidade própria mais além das variações históricas que correspondem a cada formação social. Mas isto não pode confundir-nos. Entre o Direito dos sumérios e o Direito das sociedades capitalistas contemporâneas existem tantas diferenças como as que existem entre as sociedades históricas que os geraram. Uma instituição, como uma norma ou prática jurídica, adquire sentido no sistema ao qual pertence. O Direito desempenhou um papel diferente no mundo antigo em relação ao que ocupou na Idade Média ou ao que desempenha no mundo contemporâneo. Cada formação histórica gerou práticas materiais e culturais heterogêneas, nas quais certos discursos sociais adquiriram, segundo a etapa, uma posição predominante ou uma posição subordinada em relação ao restante dos discursos da mesma índole. Pense-se, por exemplo, na hegemonia do discurso religioso durante a Idade Média.

É óbvio que os autores de que tratamos, estão considerando as funções do Direito atendendo às características que este possui nas atuais sociedades ocidentais. E mais: seria necessário assinalar que estão se referindo somente às sociedades centrais ou desenvolvidas, porque, nem nos países do Terceiro Mundo nem naqueles em que se alcançou um desenvolvimento intermediário ou dependente, seria fácil identificar as assim chamadas funções distributivas ou promocionais.

Até este ponto é necessário determinar os marcos históricos da análise a que nos propomos! Ou seja, distinguindo não apenas épocas como também lugares ou, em outros termos, assumindo diferenças existentes entre as diversas formações socioeconômicas. De outro modo a análise corre o risco de se trivializar.

Que nas classificações que consideramos, o referente histórico somente seja um dado implícito, é consequência, no nosso entender, da conceitualização que em definitivo se sustenta no que respeita à natureza do objeto Direito.

Em outros termos, com a noção, com a idéia que explícita ou implicitamente se tem do Direito, aquela que opera como pano de fundo de qualquer análise jurídica particular, no caso, a análise funcional.

Quem veja no Direito somente um conjunto de normas de colocar justificadamente inclinado a considerar lateralmente ou a não considerar,

os correspondentes componentes históricos, ainda quando estes reingressam de forma fatal e sub-reptícia em seu próprio discurso, como acreditam as distinções precedentes.

A partir da perspectiva da Teoria Crítica, ao contrário, o Direito se visualiza como uma prática social específica que expressa historicamente os conflitos e tensões dos grupos sociais e dos indivíduos que atuam numa formação social determinada.

De tal modo que a variável histórica concerne à própria definição do fenômeno. Nesta perspectiva, pois, as funções do Direito somente podem identificar-se acertadamente na medida em que se especifique a formação social de que se trata. O que correlativamente supõe recusar a utilidade de identificar notas gerais e abstratas referidas às funções que o Direito cumpriria em qualquer tempo, em qualquer espaço, em qualquer cultura.

6.2. Direito e Ideologia

Gostaria aqui de introduzir outra dimensão na análise das funções do Direito: a dimensão ideológica.

O tema de uma teoria da ideologia constitui uma antiga preocupação filosófica (da "Teoría de los Idola" de Bacon para cá, passando por *Destitut* de Tracy, as elaborações marxistas, as da sociologia do conhecimento, a Escola de Frankfurt etc.) que adquiriu especial relevância nas últimas décadas.

Sua relação com o Direito, entretanto, não se encontra ainda suficientemente desenvolvida.

A este aspecto a Teoria Crítica dedicou especial atenção e procurou sublinhar a especificidade dessa relação. O Direito é uma prática dos homens, que se expressa por meio de um discurso que é mais que simples palavras; que se constitui também em comportamentos, símbolos, conhecimentos. É o que a lei manda, mas também o que os juizes interpretam, os advogados argumentam, os litigantes declaram, os teóricos produzem, os legisladores sancionam ou os doutrinadores criticam. É um discurso constitutivo, porquanto assinala significações aos fatos e às palavras.

Esta complexa operação social que premia ou castiga, outorga funções, deslinda o lícito do ilícito, está distante de ser neutral. Está impregnada de politicidade, de valorações e de interesses em conflito e adquire direcionamento em relação com as formas em que esteja efetivamente distribuído o poder na sociedade. É uma consequência, um discurso ideológico, na medida em que produz uma representação imaginária dos homens em relação a si mesmos e de suas relações com os outros homens. Estatui que são sujeitos livres e iguais ocultando o código de suas diferenças efetivas; declara normas conhecidas por todos, escamoteando a realidade de um monopólio do saber jurídico e um efeito de desconhecimento gerado pelo próprio Direito.

Vale dizer: é ideológico na medida em que oculta o sentido das relações estruturais estabelecidas entre os sujeitos, com a finalidade de reproduzir mecanismos de hegemonias sociais. Essa ocultação é, por sua vez, produtora de consenso. O Direito ordena mas convence; impõe mas persuade; ameaça mas disciplina. Quando condena a ilicitude ao mesmo tempo sacraliza a licitude que estabelece.

Ou seja, o Direito lança mão do binômio repressão-ideologia. Não é apenas violência monopolizada, mas também um discurso normalizador e disciplinante no sentido foucaultiano.

Parece-me que este aspecto foi pouco relevado pela teoria. Talvez em razão disso, *Bobbio*, que rechaça, como vimos, a tese de certo funcionalismo sociológico, recai nele ao tratar o tema do que denomina disfunções. De fato, o exemplo que utiliza é neste sentido paradigmático: o das instituições carcerárias.

Chamadas elas, contemporaneamente ao menos, a reeducar e ressocializar o delinqüente para devolver à sociedade um indivíduo útil e “despatologizado”, seria forçoso reconhecer que fracassaram e que não cumprem a função para a qual foram criadas.

Em *Vigilar y Castigar* (Siglo XXI: 1976) *Michel Foucault* empreende uma formidável análise da punição e, nos capítulos dedicados aos ilegalismos, mostra a vinculação estreita entre os últimos e a organização do poder social. Sustenta a existência de uma “economia dos ilegalismos” funcional à forma de existência do poder.

“Seria preciso — diz — supor então que a prisão e de uma maneira geral os castigos, não estão destinados a suprimir as infrações; senão muito mais a distingui-las, a distribuí-las, a utilizá-las; que tendem não tanto a tornar dóceis aqueles que estão dispostos a transgredir leis, mas sim que tendem a organizar a transgressão das leis em uma tática geral... A penalidade seria então uma maneira de administrar os ilegalismos, de traçar limites de tolerância, de dar certo campo de liberdade a alguns, e prender outros, de excluir uma parte e tornar útil outra; de neutralizar estes de tirar proveito daqueles. Em suma, a penalidade não reprimiria pura e simplesmente os ilegalismos; diferenciá-los-ia, asseguraria sua economia geral. E se é possível falar de uma justiça de classe não é somente porque a lei ou a maneira de aplicá-la sirvam aos interesses de uma classe, é porque toda a gestão diferencial dos ilegalismos por uma mediação da penalidade forma parte desses mecanismos de dominação”.

Concorde-se ou não com sua análise, *Foucault* tem a importância de assinalar que certas instituições, normas ou práticas cumprem uma função distinta da que dizem cumprir. Ou seja, que se desenrolam ideologicamente em um jogo duplo de alusão e ilusão, de reconhecimento e desconhecimento. Assim, creio, as dimensões ideológicas do jurídico não podem estar ausentes na análise da determinação de suas funções. As classificações que vimos anteriormente parecem construídas sobre a base — para usar outra terminologia — das funções manifestas do Direito e não de suas funções latentes. Parecem construir-se sobre a base do que o Direito diz de si mesmo. Propomos a necessidade de atender também aquilo que não diz, aquilo que mascara e oculta.

6.3. Direito e Poder: função paradoxal

Para terminar, creio necessário formular algumas considerações sobre a relação entre Direito e poder. É claro que tanto *Raz* quanto *Bobbio*

estão pensando no poder e inclusive nas formas que este se adapta ou se modifica no seio de uma determinada sociedade. *Raz* coloca como função social direta ou primária do ordenamento jurídico a de redistribuir os bens comuns e é evidente a que se refere. Diz: "quando uma disposição de reforma agrária é criada ou quando se torna obrigatória repartição dos lucros das empresas entre os trabalhadores ou quando uma disposição jurídica prescreve uma forma obrigatória de distribuir a propriedade imóvel das pessoas falecidas, claramente provê à redistribuição de bens".

Todo processo de redistribuição de bens na sociedade tem um fundamento político, importa acordos ou concessões ou implica o triunfo de algum critério reivindicativo. Em outros termos, é em si mesmo um reflexo de certas situações de poder.

Este aspecto se faz mais nítido nas considerações de *Bobbio*. Já vimos que desde sua concepção, o Direito deve cumprir uma função na mudança e na transformação da sociedade. Vimos seu rechaço pelas tessituras mais conservadoras. Sustenta em seu trabalho: "não é certo que o Direito chegue sempre com atraso ou seja obstáculo para a mudança; às vezes chega adiantado e então pode ser um elemento de descomposição de um tecido social tradicional e, portanto, de imprevista mudança... O Direito atua geralmente através de normas gerais e abstratas, que se adaptam mal à complexidade das situações concretas e criam desigualdades entre iguais e igualdades entre desiguais: ainda quando o juiz tiver as melhores intenções de fazer justiça, esse fim poderá freqüentemente tornar-se impossível pela própria estrutura das normas jurídicas. O que o Direito consegue obter tanto com relação à conservação como à mudança, é obtido através do aparato coativo, mas, ao apoiar-se na força, o Direito contribui para perpetuar um tipo de sociedade fundado em relações de força: é a mais perfeita imagem da violência das instituições ou da violência institucionalizada, de uma violência cuja justificação está em se apresentar como única resposta adequada à violência destrutiva (mas a violência destrutiva é sempre injusta?)".

Suas observações contêm também uma direta referência às relações de poder.

Contudo, em minha opinião, uma deficiente caracterização, no plano teórico, da relação poder-direito conduz a alguns equívocos ou ao menos não deixa transparecer o que para a Teoria Crítica surge como eixo de uma definição funcional do Direito, isto é, seu caráter paradoxal.

Adiantamos a Idéia para tratar logo de fundá-la minuciosamente. O Direito, no substancial, cumpre um papel formalizador e reproduzidor das relações sociais estabelecidas e, ao mesmo tempo, um papel na remoção e transformação de tais relações. Cumpre, simultaneamente, uma função conservadora e reformadora.

Esta aparente contradição resolve-se na medida em que se resgata para a análise o papel da ideologia e uma concepção relacionista do poder.

O discurso do Direito é o discurso do poder. Por meio dele instituem-se órgãos, consagram-se prerrogativas, constituem-se sujeitos. Através desse discurso consagra-se, sacraliza-se e reconduz-se o poder.

Mas o poder não é, como afirma *Foucault*, uma coisa ou um instrumento, é uma situação estratégica em uma determinada sociedade... onde há poder há resistência. A resistência não é exterior senão interior à relação de poder. Não há poder sem dominador, mas tampouco há poder sem dominado e esta relação é mutável, dialética, histórica.

A violência monopolizada pelo Estado através do Direito sustenta técnicas do poder e mecanismos do consentimento. Porém, o poder é sempre uma relação e não se expressa em atos de pura negação. Por isso o Direito proíbe mas permite, censura mas obriga a falar. Neste sentido sustenta *Poulantzas (Estado, poder y socialismo — Siglo XXI)*:

"As classes dominadas não esbarram com a lei somente como barreira de exclusão, mas também como demarcação do lugar que, por sua vez, devem ocupar. Lugar que é também um espaço de interseção na rede político-social, criador de obrigações mas também de direitos... As ações do Estado ultrapassam seu papel repressivo e ideológico, como suas intervenções econômicas e, sobretudo, os compromissos materiais impostos pelas classes dominadas às classes dominantes — uma das razões decisivas do consentimento — se inscrevem no texto da lei fazendo parte integrante, inclusive, de sua estrutura interna. A lei não se limita a enganar ou mascarar, nem a reprimir, obrigando a fazer alguma coisa ou proibindo-a: organiza e consagra também reais direitos das classes dominadas que comportam, inscritos nela, os compromissos materiais impostos pelas lutas populares às classes dominantes."

O papel do Direito depende, pois, de uma relação de forças no marco social.

Em mãos dos grupos dominantes, constitui um mecanismo de preservação e de recondução de seus interesses e finalidades; em mãos dos grupos dominados, um mecanismo de defesa e contestação política.

A problemática dos direitos humanos tão em voga ultimamente pode proporcionar um exemplo do que antes se expressou. Estas declarações de direitos e garantias, consagrados pelas legislações modernas, na maioria das vezes com alcance puramente formal, poderiam ser vistas, por isso mesmo, com certo ceticismo. Vistas tão-somente como um discurso legitimador e tranquilizador, que unicamente em casos muito particulares alcançavam operatividade. Um discurso que prometia o que precisamente não outorgava. Mas em situações de crise, nas quais os níveis de conflito acentuam-se, esse discurso meramente ideológico transforma-se em uma formidável ferramenta de luta, de denúncia, de resistência à opressão.

Este aspecto paradoxal do Direito e esta teoria relacionista do poder são um profícuo ponto de partida, aqui apenas insinuado, para novas pesquisas jurídicas e para uma mais complexa e, por isso mesmo, mais interessante tarefa com relação à problemática das funções do Direito. Problemática afortunadamente atualizada, porque, em minha opinião, tratar sobre o Direito não é somente tratar sobre certa forma, mas, antes de tudo, tratar sobre certos fins.