As concepções do direito e a ideologia dominante *The conception of right and the dominant ideology* *Las concepciones de derecho y la ideología dominante*

Sem se buscar a definição completa do fenômeno ideológico, o texto registra a permanência dessa questão no pensar do Direito. Evidencia-se, nos diversos momentos da experiência jurídica, a maneira pela qual a ideologia aparece, mascarada no pressuposto da vontade natural do contraponto sociológico, na necessidade econômica ou ainda na aspiração política. A escolha do jusnaturalismo e do positivismo como elementos essenciais do fenômeno jurídico, comprova a perenidade do substrato ideológico, seja pelo direito natural como da concepção positivista. Essas duas correntes, antes de conflituarem, convergem, na medida em que o movimento histórico tem confirmado a permanência de um direito natural na própria legitimação de um direito positivo. E é na elaboração dessas regras onde se afigura com maior intensidade a ideologia dos conceitos de valor sobre os objetos, tornando-se postulados do ordenamento jurídico de qualquer sociedade. O Direito, ao depender de certos fatos sociais que constituem a eficácia do sistema normativo e, sendo também, revestido, de uma ideologia específica, pode ser, finalmente entendido como ideologia, mais precisamente, como uma ideologia específica do poder.

Without searching for the complete definition of the ideological phenomenon, this article registers the permanence of this question in the Law's thinking. The course of the judicial experience reveals, at different points, the way through which the ideology appears disguised in the principle of the natural will of the sociological counterpoint, in the economic necessity or still in the political aspiration. The choice of the naturalism and the positivism as essential elements of the judicial phenomenon proves the perennality of the ideological substratum, either by the natural law or by the positivist conception. These two opposing systems of thought converge at a certain point, as the historical movement confirms that natural law underlies the legitimacy of positive law. During the elaboration of these rules the ideology of concepts of value of objects prevails, becoming the postulate of the legal system of any society. It is then that the Law, depending on social facts that constitute the effectiveness of the normative system and being grounded on a specific ideology, can finally be understood as a specific ideology of the power.

Sin definir el fenómeno ideológico, el texto registra esta cuestión en el pensamiento de Derecho. Evidenciase en diversos momentos de la experiencia jurídica como la ideología aparece disfrazada en la necesidad sociológica o económica o aún en la aspiración política. La opción del jusnaturalismo y del positivismo como elementos esenciales del fenómeno jurídico confirma la ideología basado en el derecho natural como en la concepción positivista. Esas dos posiciones concurren y la historia confirma la permanencia de un derecho natural en la validación de un derecho positivo. Es en la elaboración de esas reglas que ocurre con mayor intensidad la ideología de los conceptos de valor sobre los objetos, tornándose planteados del ordenamiento jurídico de cualquier sociedad. El Derecho dependiendo de algunos fatos sociales que constituyen la eficacia del sistema normativo y revestido con una ideología específica puede ser comprendido como ideología, más específicamente, como una ideología específica del poder.

Palavras-chave: ideologia, jusnaturalismo, positivismo, direito como ciência.

Autor:

Prof. Ari Francisco Barbosa Filho

Professor Titular da Universidade Estácio de Sá de Metodologia de Pesquisa e Monografia, Bacharel em Letras e Pedagogia pela UFRJ, Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas, Advogado, Pósgraduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá e Vice Presidente da ADESA. E-mail: arifrancisco@srw.com

Introdução

O Direito é constituído pelo homem e para o homem. A dimensão humana, o instinto gregário da espécie compõe, inevitavelmente, o quadro de maior referência do fenômeno jurídico. Este não surge do nada. Seja por vontade divina, natural ou desi-

dério humano, a relação jurídica resulta da necessidade de conhecer e reconhecer o mundo circundante, de estabelecer contato, de afirmar e reafirmar conduta, decisão, dominação, permeando toda história humana.

Ao nascer do Direito corresponde, não simultaneamente, o nascer da ideologia. Definida como ciência das idéias, ou ainda, como o estudo da origem e funcionamento das idéias em relação aos signos que a representa, o substrato ideológico, em maior ou menor intensidade, sempre presente, será sempre o arcabouço mais amplo da relação jurídica. O trabalho relaciona as concepções do Direito à ideologia dominante, pretendendo demonstrar a permanência ideológica em qualquer relação jurídica, seja ela fundada no direito natural ou no positivismo, importando, para isso, recuperar o aspecto histórico de cada vertente, trazendo à discussão o fundamento natural, de como se infiltra a ideologia, vista como formadora da mente humana ou captada pelo estudo-

so a partir do próprio fenômeno natural, ou ainda a construção sistematizada do direito. Como se intui a existência do Direito somente a partir da existência humana, não se desprezará o processo histórico social, o eterno conflito de dominação entre os homens, as diferentes formas de organização da sociedade e sua relação com a forma jurídica regulamentadora.

Essa norma regulamentadora, que a ciência do Direito nomeia de norma jurídica, surgirá como elemento de ligação. A discussão quanto à sua pureza ou envolvimento com a realidade social terá como referência o estudo sistematizado de Hans Kelsen, notadamente, no que se refere à representação da norma como ciência pura do Direito. Cuidar-se-á de ressaltar as interferências que a visão científica da pureza da norma kelseniana poderá representar na construção da norma jurídica, vista por muitos autores como resultado essencial do conflito social, da atuação do Estado na ordenação da vida entre os homens.

Discute-se a ideologia como essência e sua interface com a ideologia jurídica; o condicionante ideológico do pensar jurídico, seja qual for seu fundamento. Vale-se do papel que a ideologia representa na estrutura do conhecimento humano, na construção da visão crítica da sociedade, de como a ideologia oferece certezas, incertezas, segurança ou conflitos, com se comportar junto e com o outro, evidenciando-se a permanência da ideologia em todo fenômeno jurídico, demonstrando o caráter histórico-temporal na construção das relações sócio-jurídicas, na visão dialética da história do homem.

1 – O DIREITO NATURAL

1.1. – Fundamentos do Direito Natural

O Direito Natural, fundado no mais íntimo da natureza humana, existiria de forma permanente e eternamente válido, independente de legislação, convenção ou qualquer expediente imaginado pelo homem. Essa concepção já nasce numa perspectiva universal, pois o Direito Natural surge da procura de determinados princípios gerais que fossem válidos para todos os povos em todos os tempos. Assim, o Direito Natural era considerado critério com o qual se designava o justo.

Como forma de explicação ao direito, era a razão, porém, esta não bastava para que o homem alcançasse a plenitude da vida. O fundamental eram as leis infundidas por Deus no coração do homem, as quais deveria ele seguir. Na visão cristã, para conhecê-las era preciso o amor e não exatamente a razão, o que de certo modo justificaria muita das ações, à época justas, hoje, invariavelmente parciais e injustas.

Na verdade, esses princípios naturais não tinham como intimidar o homem, já que funcionavam apenas no plano moral e era necessário pressão para o homem seguir sem recusá-los. A forma de evitar que o homem seguisse apenas pelo caminho de suas paixões e desprezasse os mandamentos divinos, Deus teria aprovado a idéia da criação da sociedade humana. Nessa sociedade, ainda que todos fossem iguais perante Deus, haveria algum tipo de diferença entre eles, eis que uns seriam governantes e outros governados. Os eleitos governantes teriam o direito de exercer o papel de guias do grupo e, mesmo que utilizassem castigos efetivos, fariam cumprir os preceitos estipulados por Deus, e por isso, aceitos e respeitados.

O Direito Natural, e portanto Deus, era quem organizava as relações sociais e fornecia fundamento para as ações humanas. Tanto governante como governados, conforme as atribuições de cada um, deviam orientar-se por Ele. Para exercer essa faculdade, o homem foi dotado de consciência para que observasse a moralidade de suas ações. Seria essa consciência a responsável

pelas ações voluntárias que, aos olhos do outro, seriam boas ou más, ou seja, conformes às leis naturais ou contrárias a elas. Como tudo provinha do divino, a sociedade foi formada através do pacto definitivo, a partir da qual as resoluções deveriam ser obedecidas. A obediência à lei viria da superioridade de quem manda, não do consentimento de quem obedece, e, ao mesmo tempo, essa decisão teria caráter divino e se justificava perante todos os homens.

A sociedade civil construía-se para que o homem gozasse de uma vida segura e tranqüila. Os homens, em estado de natureza, seriam todos iguais, mas convivência poderia ser insegura pela não aceitação dos preceitos divinos. Deus teria instituído a sociedade civil exatamente para que todos caminhassem com Ele junto à felicidade. Daí se infere que todo poder que o homem exerce sobre o outro se originaria de Deus, sendo Ele que legitimaria o poder e o mandato do governante, já que o povo, embora tivesse o poder de escolher, não deveria desobedecer, pelo bem comum de todos.

Posto que ainda que não seja diretamente erguida pelo direito natural, a sociedade, ou as leis que dela emanam, seria extremamente útil e necessária, para que se guardasse não só os preceitos naturais referentes à paz e felicidade, mas também para se cumprirem as obrigações que se têm para com Deus. Sob essa ótica e resguardando-se o aspecto espaço-temporal, as leis naturais estariam sempre de acordo com a justiça.

Nesse sentido, o Direito natural pode ser dividido genericamente em duas correntes: uma chamada de direito natural absoluto, que considerava que a ordem natural era gravada por Deus na natureza e dela fluía por via da razão natural; a outra, direito natural relativo, que acreditava na ordem natural como aquilo que fora por Deus ordenado e o que fora a partir dali organizado pelo homem. De qualquer forma, ambos partem da idéia de que os direitos inalienáveis do homem provêm de essência divino-religiosa.

Para o pensamento cristão oriundo da Igreja, o Direito natural era absoluto; era o direito que imperava antes que a natureza humana tivesse se viciado no pecado original. Com esse direito natural absoluto, todos os homens eram iguais e possuíam todas as coisas em comum, não havia governo dos homens sobre os homens sem domínio sobre os escravos.

O Direito natural relativo era, ao contrário, um sistema de princípios jurídicos adaptados à natureza humana após o pecado original. Dessa maneira, a hierarquia da igreja poderia viver daquela forma, enquanto os fiéis deveriam se limitar a cumprir o direito. Assim, o direito natural absoluto era privilégio dos bispos; para o imenso rebanho, bastava o direito relativo.

Entretanto, a evolução demonstrou fases de adaptação desse chamado direito natural clássico. A primeira, com o advento das posições de Lutero e Calvino, o protestantismo na religião, o absolutismo na política e o mercantilismo na economia, ressaltando que o direito natural será observado pela sabedoria e não pelo domínio de um líder; a segunda, a partir das modificações do estado político das nações, aderindo ao liberalismo e ao capitalismo liberal, na economia, situando os pensamentos na proteção aos direitos naturais do indivíduo, contra a exploração governamental. Num terceiro estágio, com a caracterização da democracia, onde a decisão seria a majoritária do povo, confiando o direito natural à vontade geral.

Assim, considera-se que a lei natural que se impõe ao gênero humano é um lei de obrigação que só pode ser imputada a seres morais dotados de razão. Só o homem pode ser sujeito do direito. O imperativo da lei natural é, portanto, que a obrigação seja mantida pelos homens. Esta obrigação pode ser tradu-

zida na observância do princípio da sociabilidade; todos os sistemas humanos de direito e as obrigações daí decorrentes devem estar assentes na idéia de que homem é um ser social. Sua compreensão é alcançada pela conjugação da experiência e razão, na emanada de uma revelação. É uma ordem condicionada pela dimensão social do homem. Seu papel é o de preservar as condições sociais necessárias para que o homem se construa na vida. Esse direito não é normativo, mas apenas reúne princípios fundamentais sem, qualquer compromisso ou vinculação com determinada ordem política.

O sistema do direito natural é em última análise um sistema de direito e não uma definição lógica de direito. Em vista disto, as constituições, como os estatutos políticos fundamentais, ao proclamarmos direitos do homem, prendem-se ao direito natural, principalmente no que se refere aos direitos humanos. Compreenda-se, pois, que as metas assumidas pelo jusnaturalismo, o direito natural as reduz a um problema de axiologia antropológica, ou seja, dependendo do valor atribuído ao homem e das consequências de sua validade. A análise do direito natural varia de acordo com cada época histórica do homem.

1.2 – Fundamentos do direito positivo

O direito positivo tem por base o ordenamento jurídico, o qual será determinado nas suas características. O direito positivo determina o direito como um fato e não como um valor, sem abordagem valorativa do direito. Faz-se necessário salientar que o positivismo jurídico nasce de um esforço onde se procura transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que viesse a ter as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais.

Toda ciência tem como característica fundamental a distinção entre juízos de fato e juízos de valor, e na rigorosa conclusão deste último no campo científico, consistindo a ciência, somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção reside na natureza diversa desse dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de consciência da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de repassar a outra a contestação. O juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade de não informar, mas de influir sobre o outro, ou seja, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à dele, e, eventualmente, com certas prescrições pré-determinadas.

Essa atitude contrapõe o positivismo jurídico ao jusnaturalismo, que sustenta que deve fazer parte do estudo do direito também sua valoração com base no direito ideal, pelo que na definição do direito se deve introduzir uma qualificação que discrimine o direito tal qual é segundo um critério estabelecido do ponto de vista do direito tal qual deve ser.

Para se entender essa distinção entre o positivismo e o jusnaturalismo deve-se analisar a questão da validade do direito e do valor do direito, entendida a primeira como parte do ordenamento jurídico real e existindo dentro de uma sociedade, enquanto a segunda indica a qualidade de tal norma, onde se verifica que a mesma está conforme com o direito real.

As fontes do direito não são vistas assim pelo positivismo jurídico como fatos ou atos os quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir norma jurídica. As fontes do direito têm a ver com a validade da norma tendo em vista a raiz de onde provém, pois a norma só é válida se for produzida por uma fonte autorizada.

O positivismo jurídico é baseado no princípio da preva-

lência de uma determinada fonte do direito, no caso, a lei, sobre todas as demais fontes. O ordenamento jurídico deve ser complexo e hierarquizado, sendo o primeiro reconhecido pela existência de várias fontes, enquanto no segundo, as normas guardam as características de valores diferentes.

O imperativismo da norma jurídica é proclamado como a concepção que considera o Estado como única fonte do direito e determina a lei como única expressão do poder normativo do Estado. Desse modo, a norma não é mais considerada dentro de uma estrutura isoladamente, mas um conjunto de normas jurídicas vigentes numa sociedade. O positivismo só aceita a teoria da interpretação mecanicista, valendo apenas o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito.

Concebe-se o direito de forma construtiva e dedutiva, tendo recebido o nome usual de dogmática do direito que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais extraídos da base do próprio ordenamento sem que estejam sujeitos a revisão ou discussão. Tenderia, de certa forma, a assumir uma atitude neutra diante do direito, para estudá-lo assim como é, e não como deveria ser, buscando, em última análise, ser uma teoria, afastando-se de uma ideologia.

2 – O Direito como ciência – A visão de Kelsen

A teoria de Kelsen busca conferir à ciência jurídica um método e objeto próprio, capaz de superar as diversas criações metodológicas acerca do pensar o Direito.

Kelsen propõe o princípio da pureza, segundo o qual o método e objeto da ciência jurídica deveriam ter como premissa básica o enfoque normativo. O direito deveria ser encarado como norma. A noção de norma tem distinção entre as chamadas categorias do ser e do dever-ser, originárias dos estudos neokantianos. Cada norma vale não porque seja justa, ou porque seja eficaz a vontade que a institui, mas por estar ligada a normas superiores por sistemas de validade numa série ascendente que culmina numa norma fundamental.

A teoria da norma fundamental constitui o fundamento da norma jurídica. Segundo o autor, toda norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Ela é fonte originária e nessa linha de raciocínio, ela será valorativamente neutra. Todo universo normativo dela deriva e não se exige que seja unilateralmente justa.

No entender de Friede (1997), Kelsen ao determinar que o Direito deve ser visto como um sistema de normas, visava limitar a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas, que ela seria uma ciência normativa porque conhece normas e não porque as estatui. Dessa forma, o simples fato de ser normativa não inclui o sentido de prescrever um determinado comportamento.

Por essa ótica, Direito Estado se confundem. Direito é um conjunto de normas, uma ordem coativa. As normas, por sua estrutura, estabelecem sanções. Quando uma norma prescreve uma sanção a um comportamento, este comportamento será considerado um delito. O contrário disso é que o comportamento, ao evitar a sanção, será, pois, um dever jurídico. Por conseguinte, o Estado nada mais é do que o conjunto de normas que prescrevem sanções de uma forma organizada.

Para Bobbio (1995) a ciência do Direito é normativa no duplo sentido de ciência, que tem por atividade cognoscitiva conhecer normas, descrevendo-as, qualificando normativamente comportamentos com base no critério da licitude e da ilicitude, estabelecendo conexões entre as normas, alcançando assim o seu objetivo formulando um dever-ser.

Outro ponto importante no pensamento kelseniano é a distinção entre norma jurídica e a proposição jurídica. O conjunto de normas não tem lógica interna. Como sua elaboração é de acordo com a vontade, somente e indiretamente, através das proposições jurídicas, será admissível investigar a logicidade das relações entre as normas.

Fica, pois, a validade jurídica dependendo inicialmente de sua relação fundamental. Para a validade da norma não basta o atendimento a esta condição de ligação à norma fundamental, é necessário, ainda, um mínimo de eficácia.

A eficácia da norma jurídica, segundo a teoria kelseniana, deixa de ser válida se perder a eficácia. Seria incorreto pretender que a vigência não tenha qualquer relação com a eficácia. De outro modo, existem normas jurídicas que, ainda que não sejam observadas em determinadas situações ou durante algum tempo, não seriam invalidadas. Seria também incorreto postular a validade como sinônimo de eficácia. Qualquer norma jurídica totalmente ineficaz é também inválida. Por outro lado, nenhuma norma jurídica positiva perde sua validade por não ter sido aplicada em determinados casos isolados ou mesmo durante algum tempo. A ineficácia temporária não comprometeria a vigência de uma norma jurídica em particular.

Conclui-se, pois, que a validade fica condicionada aos pressupostos básicos de competência da autoridade que a editou e derivada de norma hipotética fundamental, um mínimo de eficácia, sendo irrelevante sua inobservância episódica e a eficácia global da ordem de que é competente. No dizer de Wander Bastos (2000), ao afastar-se da ética, da sociologia, da psicologia e da política, a teoria de Kelsen buscaria autonomia científica, pureza de método, a forma de conhecer e abordar o Direito. Em síntese, a teoria pura seria uma forma de raciocinar e refletir sobre a ordem jurídica.

Não se deve, em nome da ciência jurídica, conferir ao Direito positivo um valor mais elevado do que ele de fato possui, matizando-o de direito ideal ou direito justo, nem por estabelecer contradição a esse mesmo direito chamado de ideal ou justo. Exatamente por afastar-se de qualquer sintoma ideológico é que se revela a pureza de sua elaboração científica.

3 – Ideologia Jurídica

O termo ideologia pode ser visto como a ciência que trata de formação de idéias. Moderna e pejorativamente, o vocábulo passou a ter sentido unilateral, mascarando ou deformando a realidade. Ideologia significou, primeiramente, o estudo da origem do funcionamento das idéias em relação aos signos que as representavam, mas logo passou a designar o conjunto de idéias de uma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizada em certo padrão. Observa-se, porém, que nem sempre a imagem mental, cujo conteúdo é representado pela ideologia, corresponde exatamente à realidade das coisas. Chauí (1993) demonstrou que a ciência não só carrega elementos ideológicos no seu interior, mas serve à dominação social daqueles que detêm o poder, quando impõem àqueles falsos conteúdos à praxis social. Nessa linha de raciocínio, Lyra Filho (1999) admite três abordagens da questão da ideologia: a ideologia como crença, ideologia como falsa consciência e ideologia como instituição.

Ideologia como crença, embora não se refira diretamente às crenças religiosas, podem conter elementos formas míticas, de natureza subliminar, inconsciente, próprio das religiões, mas com forte arcabouço ideológico. Sabe-se que nem toda crença é ideologia, mas toda ideologia pode manifestar-se como crença, tal o poder de persuasão extremado que chega a ter.

Ideologia como crença falsa leva à abordagem da falsa consciência. Trata-se de uma forma de entorpecimento da inteligência pela propaganda dos forjadores da ideologia, que, através da adoção de um discurso conveniente, a realidade é substituída pela imagem que melhor se ajusta aos propósitos políticos, sociais ou religiosos.

O caráter institucional da ideologia como fenômeno que se cria ou se manifesta na sociedade, não necessariamente a partir deste ou daquele indivíduo, um ideólogo, mas habilmente e percebida e absorvida que, através de um discurso competente, torna-se importante instrumento de dominação.

Sintetizando, Chauí (op.cit) enuncia que a ideologia é um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade, o que devem pensar e como devem pensar, o que devem e como devem valorizar, o que devem e como devem sentir, o que devem e como devem fazer. Abrangem todas as possibilidades de convivência, oferecendo um corpo explicativo (de representações) e prático (normas, regras e preceitos) cuja função básica é dar à sociedade uma explicação racional para as diversidades, buscando formar uma identidade social de todos para todos. Assim é que, de uma forma ou de outra, sob esse ou aquele manto, pode-se afirmar que as ideologias, no pensar jurídico, situam-se entre o direito natural e o direito positivo, correspondendo às concepções jusnaturalistas e positivistas do Direito, aqui entendidas como fundamento jurídico essencial ao estudo da teoria do Direito.

Há de se considerar, entretanto, as relações teórico-críticas que se efetivam entre as práticas ideológicas e as categorias científicas. Não se pode falar então no mito da neutralidade científica. Nas sociedades, sejam capitalistas ou não, industrialmente avançadas ou não, o modo de dominação tende a suavizar o caráter explorador e opressivo, tornando-se racional, sem que com isso desapareça a dominação político-ideológica. O que se vê é a racionalidade da ciência e da técnica, por si só, já é uma racionalidade de manipulação, uma racionalidade de dominação metódica, calculada, que se propaga e se dimensionaliza através e enquanto tecnologia, estabelecendo, dessa forma, uma nova cultura de dominação, uma corporificação de uma ideologia enquanto criadora de idéias e conceitos de conformação político-cultural.

Pode-se dizer que o grande papel da ideologia é a compreensão de que é um sistema que oferece uma estrutura de conhecimento, de fórmula de idéias através das quais o mundo é percebido, compreendido e interpretado, permitindo um sentimento de certeza e segurança.

3.1 – A Ideologia do Jusnaturalismo

Sendo a principal tendência idealista do pensamento jurídico, o jusnaturalismo reivindica a existência de uma lei natural, imutável, traduzida na crença da vontade divina, da ordem natural das coisas, do instinto social ou mesmo da consciência e da razão do homem. O Direito seria uma revelação divina e transcendente ao próprio homem, sendo ele mesmo, um erro portador dos princípios revelados pela vontade divina. Para Wander Bastos (op.cit) as correntes jusnaturalistas partem do princípio de que existiria uma verdadeira identidade entre o Direito e Justiça, significando que a questão do Direito é uma questão de Justiça, inexistindo, pois, o direito injusto. Ocorre, entretanto, que essa origem natural invocada pode servir apenas para justificar uma determinada ordem social estabelecida, ou ainda, revelar uma outra ordem social desejada e não realizada.

A história registra a prevalência do direito natural na Idade Média, servindo de base à estrutura aristocrático-feudal, ligando o soberano à Igreja. Mesmo quando divergiam, em nenhum momento, se questionavam as bases da ordem sócio-econômica da época, cujos direitos elementares não eram respeitados. Era, no dizer de Lyra (op.cit) a cobertura ideológica do sistema de produção.

Assim é que o Direito natural serviu muito bem à estrutura aristocrática e, por isso mesmo, a burguesia ascendente, em dado momento, utilizou-se do fundamento para considerar que a natureza das coisas não estaria somente na emanção divina, mas nos preceitos da razão humana, e por via de consequência, nas aspirações da classe ascendente.

A ideologia jurídica do século XVIII, de certa forma, refletiu as condições sociais e econômicas, tanto no modo de produção feudal, por uma ideologia marcadamente religiosa, como na estrutura burguesa com a aproximação ideológica dos ares do liberal contratualismo.

No entender crítico de Wolkmer (2000), a função ideológica da teoria jusnaturalista, enquanto defensora de um ideal eterno e universal, na verdade, escondia seu real objeto de possibilitar a mudança das relações políticas, econômicas e sociais, sem perder seus horizontes de poder e sem revelar os verdadeiros atores beneficiados. Não perseguindo como deveria, os ideais de liberdade, da dignidade e fraternidade de todos os cidadãos.

3.2 – A Ideologia do Positivismo

Embora tenha raízes no pensamento clássico, o positivismo jurídico ampliou-se a partir do século XIX, com o estabelecimento da burguesia, da ordem capitalista, agasalhando as mais variadas tendências e constituindo-se numa reação às correntes jusnaturalistas assentadas na natureza das coisas, na ordem cósmica do universo ou até mesmo, na razão humana.

A ideologia positivista refutou todas as considerações de fundo metafísico-racionalista do Direito, reduzindo tudo à análise da funcionalidade de estruturas legais em vigor. Descarta princípios e juízos de valor, em função de uma neutralidade científica, um rigoroso experimentalismo, e, simultaneamente, um tecnicismo formalista.

O Direito deve ser explicado pela sua própria materialidade coercitiva e concreta. Fundamenta-se na teoria da coercitividade do direito, onde as normas são feitas valer até por meio da força, sendo essa uma das essencialidades do direito. Há ainda outras formas de representação dessa ideologia. Primeiramente, um positivismo oriundo das leis ou de tantas normas sociais da ordem instituída, numa espécie de hierarquia, culminando num ordenamento jurídico pleno, hermético e consagrado, sob a tutela do Estado. As raízes sociais, os grupos ou as classes sociais ficam limitados ao poder do Estado, significando que o Direito não existiria antes do Estado, estando a ele inteiramente atrelado.

Em outra análise, tem-se a prevalência das formações anteriores à lei. Seriam as normas não escritas, não organizadas em leis ou códigos, mas admitidas como um produto espontâneo de chamado espírito do povo. Em algumas sociedades, esse direito é resgatado, principalmente, quando se observa a ausência de disciplina legislativa.

Ressalte-se a contribuição da teoria pura do direito de Kelsen (op.cit) que, na coerência de seu estudo, exclui tanto o conteúdo social da regra jurídica quanto a compreensão de um direito supralegal, porque a logicidade da ciência jurídica opera na exata realidade da norma, o que é, como é o direito e não a

exegese de como deve ser. Em seus estudos, reafirmava que sua teoria era radicalmente realista, uma teoria do positivismo jurídico, sem valorar o direito positivo, recusando-se a servir a quaisquer interesses políticos, tendentes à legitimação ou desqualificação da ordem social vigente. A ciência jurídica tem como objetivo revelar seu objeto, o mesmo não ocorrendo com a ideologia, que encobre e obscurece a realidade, nascente de interesses específicos não verdadeiros, com sua base não no plano do conhecimento, mas no plano da vontade.

4 – Direito e a ideologia dominante

Retomando o fio condutor de Kelsen, Direito não é; ele vem a ser, ou ainda, o Direito deve ser compreendido como valor cultural, representando convivência social medianamente equilibrada na solução dos conflitos, num dado momento histórico, ante um sistema de regulamentação normativa garantidor da estabilidade e da ordenação da sociedade.

O fenômeno jurídico é um dado histórico-social que expressa um modo de produção e relações estabelecidas de poder, segurança, controle e dominação. Há de se considerar também a inter-relação entre Direito e os fatos sociais que constituem a eficácia de seu sistema normativo, surgindo daí uma ideologia de poder, ou antes, uma ideologia específica de poder.

Como força sócio-política normativa, fundada no poder estatal, faz-se necessariamente obrigatório, de maneira coercitiva, possibilitando ação de estratos e dos grupos sociais, em suas relações de convivência, direitos, tendo como substratos os sistemas político-ideológicos organizados.

O fenômeno ideológico ressurgiu na concepção desse mundo em que se manifesta em todas as atividades da vida individual e coletiva. A ordem jurídica reflete sempre um arcabouço ideológico e traduz um confronto permanente de forças hegemônicas de uma organização estatal institucionalizada, sendo que cada sistema jurídico se justifica com os parâmetros sociais formadores dessa organização estatal.

No entender de Wolkmer (op.cit.) a tradição jurídico-ocidental demonstra que as grandes construções jurídicas permeiam entre as concepções ideológicas de ter jusnaturalistas e o formalismo da visão positivista. Pode-se afirmar que o direito positivo busca no direito natural a solução para antigos conflitos de normas e litígios existentes. Há uma lei natural que os homens respeitam, por se tratar de uniformidades na conduta humana. Em razão disso, os jusnaturalistas insistem na necessidade de uma critério de avaliação dessas normas para medir-lhe a Justiça, a da origem e do conteúdo, sem entretanto, conseguir determinar o padrão da medida. Os positivistas tendem a considerar todo o Direito na ordem social estabelecida pela classe ou pelo grupo dominante ou através das leis do Estado.

Infer-se que a ordem jurídica é a transcrição da ideologia socialmente dominante, o que não quer dizer que seja ideologia maior expressão quantitativa, mas é aquela que consegue espaços consensuais mais nítidos e diferidos. A ordem jurídica universaliza a linguagem ideológica, abrindo espaços para que os direitos e deveres de determinados setores sejam reconhecidos como direitos e deveres de toda sociedade.

Na verdade, a teoria pura do direito rejeita essa vinculação ideológica. A pureza do modelo é exatamente a capacidade de pensar o Direito imune às interferências das interpretações sociais, aproximando-a de uma verdadeira ciência.

Admitida, porém, essa vinculação, o intercâmbio entre a ordem jurídica e a sociedade, Wander Bastos (op.cit) relaciona situações em que as normas jurídicas manifestam-se em planos

de correspondência aos fatos sociais, defasados deles, antecedentes a eles e também fatos sociais tradicionais ou novos que não estão transcritos nas normas jurídicas. Nessa medida, sociedade e Estado estabelecem instâncias de sociabilização a todos os indivíduos, padrões de conduta e comportamentos esperados por aquela sociedade. Ao fixar instâncias de intercâmbios sociais, não se consegue conter a dinâmica dos fatos geradores de situações novas, que envolvem e relacionam em sua dinâmica, indivíduos e grupos sociais. Essas novas situações, se consideradas como produto do desenvolvimento científico e tecnológico, por certo estimularão novos conceitos e formas de conduta a serem ajustadas às novas realidades.

Embora a função reparadora da sanção jurídica seja destinada a conter a sociedade dentro dos limites estabelecidos pela ordem social, inclusive como fenômeno ideológico, contribui também para o surgimento de novos valores representativos de novos atores, consubstanciados num outro patamar ideológico.

A existência de uma ideologia, fundada no saber científico, na tecnologia assegura a organização e o funcionamento do organismo social que, através do direito, se autojustifica e se reproduz.

Ainda que se admita a complexidade da delimitação do fenômeno ideológico subjacente ao fenômeno jurídico, toda ideologia é o reflexo permanente das condições e representações ético-culturais, reais ou imaginárias, como também a ordenação e legitimação estrutura sócio-econômica predominante num dado espaço histórico-social.

Há de se considerar a relevância do papel histórico das ideologias na compreensão das diferentes condutas, apoiadas numa diversidade de mitos, símbolos e crenças que sustentam, de alguma forma, a materialidade das coisas, assegurando consistência necessária à racionalidade com que se apreende o mundo.

Concorre ainda, fundamentalmente, a ideologia como elemento estabilizador da realidade, ainda que deformada por diferentes formas de controle e dominação com que a espécie humana conduz a convivência entre os homens.

Pode-se inferir que a consciência ideológica reflete apenas a realidade externa, ilusória, tomando a aparência pela realidade, enquanto a tarefa da ciência é descobrir a realidade pura, isenta, mas não imune ao caráter ideológico de sua contextualização. Surge o Direito com uma ideologia social específica, de formação diversa de outras ideologias, porém, admitindo em seu pensar, permanentemente, a ideologia dominante.

Conclusão

Procurou-se, ao longo do trabalho, demonstrar a permanência da questão ideológica no pensar do Direito. Sem que fosse o objetivo principal, a busca de definição completa do fenômeno ideológico, evidenciou-se, nos diversos momentos da experiência jurídica, a maneira pela qual a ideologia aparece, mascarada no pressuposto da vontade natural, do contraponto sociológico, na necessidade econômica ou ainda na aspiração política.

Ao escolher o jusnaturalismo e o positivismo como elementos essenciais do fenômeno jurídico, comprovou-se a perenidade do substrato ideológico tanto no direito natural como na concepção positivista. É certo também não se poder afirmar a prevalência da ideologia sobre essas vertentes jurídicas.

A função ideológica da teoria jusnaturalista, enquanto defensora de um idealismo de atos e condutas, ao longo da história, acomodou-se aos movimentos sociais, ainda que fornecendo a medida do sonho para a realização dos anseios humanos, nas diferentes formas de convivência humana experimentada pela hu-

manidade. Da pureza cristã da salvação, o idealismo da revolução francesa, aos modernos movimentos de recuperação de valores éticos, subsiste a noção do mais puro direito natural.

Quanto ao direito positivo, mesmo transmutado em vários matizes, encontrou no contexto social a justificação para sua elaboração. Mesmo a experiência da teoria pura do direito tenha estabelecido divisor fundamental para compreensão do fenômeno jurídico, não faltaram ideólogos e pensadores buscando, no conjunto das relações sociais, as justificativas para um Direito mantenedor de situações sócio-econômicas produzidas para controle daquelas relações.

Depreende-se também que essas correntes, antes de se conflitarem, convergem, na medida em que o movimento histórico tem confirmado a permanência de um direito natural na legitimação do direito positivo. Se, eventualmente, ao sabor de novas formulações sociais, o direito positivo acaba eclipsando o direito natural, permanece o substrato ideológico em determinadas uniformidades da conduta humana oriunda de uma força divino-natural.

Não há como renunciar às regras, aos limites, às normas de convivência social. Elas integram o próprio senso comum do homem, sedimentado por toda sua história de reconhecimento do mundo circundante. Porém, é na elaboração das regras onde se afigura com maior intensidade a ideologia, que os conceitos de valor sobre os objetos tornam-se postulados do ordenamento jurídico de qualquer grupo social.

Conclui-se que o Direito, por depender de fatos sociais que constituem a eficácia do sistema normativo em seu conjunto e sendo também revestido de uma ideologia específica, pode ser, finalmente, entendido com ideologia, mais precisamente, como uma ideologia específica do poder.

Referências Bibliográficas

- BASTOS, Aurélio Wander. *Introdução à teoria do direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- BOMHEIN, Gerd. *Os filósofos pré-socráticos*. São Paulo: Cultrix, 1998.
- _____. *Os pensadores*. São Paulo: Cultrix, 1998.
- CHAU, Marilena. *O que é ideologia*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- FRIEDE, Reis. *Ciência do direito, norma e hermenêutica jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999.
- SOUZA, Luis Sergio Fernandes. *O papel da ideologia no preenchimento da lacunas do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *Pluralismo político. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Alfa omega, 1997.

Artigo enviado em 18/05/2003, aceito em 28/06/2003.