

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA (UFSM)
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LEGITIMIDADE E LEGALIDADE NO DISCURSO JURÍDICO: JUSTIFICAÇÃO
RACIONAL DO DIREITO E NORMATIVIDADE AMBIENTAL**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Daniel Fioreze Saggin

Santa Maria (RS), Brasil

2016

**LEGITIMIDADE E LEGALIDADE NO DISCURSO JURÍDICO: JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO
DIREITO E NORMATIVIDADE AMBIENTAL**

Daniel Fioreze Saggin

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestre em Direito**.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Maria Beatriz Oliveira da Silva

Co-orientador: Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe

Santa Maria (RS), Brasil

2016

Ficha catalográfica elaborada por
Nome do(a) bibliotecário(a) e número do CRB.
Biblioteca Central da UFSM

© 2016

Todos os direitos autorais reservados a Daniel Fioreze Saggin. A reprodução de partes ou do todo deste trabalho só poderá ser feita mediante a citação da fonte.

Email: daniel.fioreze@gmail.com

Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Direito

A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Dissertação de Mestrado

LEGITIMIDADE E LEGALIDADE NO DISCURSO JURÍDICO: JUSTIFICAÇÃO RACIONAL
DO DIREITO E NORMATIVIDADE AMBIENTAL

elaborada por

Daniel Fioreze Saggin

como requisito parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Maria Beatriz Oliveira da Silva (UFSM)
(Presidente/Orientadora)

Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe (UFSM)
(Co-orientador)

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM)
(Examinador)

Prof. Dr. Camilo Onoda Luiz Caldas (USJT)
(Examinador)

SANTA MARIA (RS)

2016

AGRADECIMENTOS

O esforço em me debruçar sobre os temas ora apresentados se deve a provocação de duas pessoas, em particular. Por esta razão, gostaria de registrar minha gratidão ao Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe, por sua influência determinante naquilo que constitui meu “ânimo” em estudar problemas de teoria do direito. Diante da impossibilidade de descrever, em palavras, o sentimento profundamente íntimo de gratidão que resguardo por seus ensinamentos e amizade, por ora, deixo apenas uma anotação nesta página. Gostaria, por fim, de agradecer ao Prof. Dr. Róbson Ramos dos Reis, pois desde que tive oportunidade de frequentar sua convivência, entendi, finalmente, que não há trabalho intelectual verdadeiramente sério sem a busca incansável, específica e rigorosa sobre os temas que nos provocam.

“FAUSTO: E começam, às cegas, a intrrometer-se nos próprios princípios da vida. Ouça: doravante sabem como não se perder em seus pensamentos. Entenderam que o intelecto por si só pode induzir ao erro e que é preciso, portanto, aprender a submetê-lo inteiramente à experiência. Toda a ciência deles reduz-se aos poderes de uma ação bem comprovada. O discurso é apenas acessório... Ouça mais isto: nada do que desse modo descobrem se assemelha ao que se imaginava outrora. Nada se sustenta: nem as verdades, nem mesmo as fábulas, que vieram dos tempos primitivos.

MEFISTÓFELES: É terrível...”

(Paul Valéry: ‘Meu Fausto’)

RESUMO

Dissertação de Mestrado
Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal de Santa Maria

LEGITIMIDADE E LEGALIDADE NO DISCURSO JURÍDICO: JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO DIREITO E NORMATIVIDADE AMBIENTAL

AUTOR: Daniel Fioreze Saggin
ORIENTADORA: Prof^a. Dr^a. Maria Beatriz Oliveira da Silva
CO-ORIENTADOR: Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe
Santa Maria (RS), 31 de março de 2016

A pesquisa ora apresentada irá se debruçar sobre um horizonte teórico do direito. Mais precisamente, sobre o legado da tradição da filosofia analítica para o discurso jurídico, no que trata a possibilidade de construção de um discurso racional, a partir da modernidade. Em sua origem, a tradição lógico-positivista das ciências, até as filosofias analíticas, propriamente ditas, imprimiram um constrangimento de racionalidade para as demais ciências regionais. Por esta razão, o discurso jurídico-científico, para o efetivo cumprimento com o rigor metodológico objetivo desta tradição, precisou produzir um postulado para sua ciência, a norma fundamental. Neste sentido, a norma fundamental é condição de possibilidade determinante para a exequibilidade dos axiomas metodológicos legados pela tradição lógico-positivista. Isto porque era preciso “neutralizar” do discurso jurídico qualquer intrusão metafísica (normativa/valorativa) no interior do sistema da ciência do direito. Este processo culminou, doravante, nas teorias normativas do direito. Contudo, a pressuposição de uma racionalidade formal para o direito, na contemporaneidade, enfrenta algumas fissuras teóricas, justamente porque a tradição lógico-positivista do direito, para o cumprimento de seus axiomas metodológicos, tal como o “princípio da não valoração” e do dualismo kantiano, deveria pressupor a legitimidade a partir dos processos de dominação legal, ou seja, da legalidade propriamente dita, enquanto execução de uma ordem jurídica válida. A problematização sobre esta perspectiva teórica do direito ocorre pela complexidade da crise ambiental na contemporaneidade. E não só. A justificativa formal oferecida pelo discurso jurídico, até então, não pareceu oferecer resposta razoável sobre a possibilidade de justificação racional da norma jurídica, no que trata o seu caráter estritamente normativo-prescritivo. A dimensão do “problema ambiental”, na contemporaneidade, expõe uma carga valorativa muito densa sobre a estrutura do ordenamento jurídico. A norma jurídica está atravessa por conceitos jurídicos indeterminados. Esta problematização percorre, então, a descrição da estrutura jurídico-formal e a possibilidade de formação de um discurso jurídico racional, diante dos problemas constituídos a partir da modernidade. Para tanto, será preciso rever, teoricamente, a estrutura de legalidade e a pressuposição de legitimidade do discurso jurídico, neste sentido.

Palavras-chave: Discurso jurídico. Racionalidade. Epistemologia. Legalidade. Legitimidade.

ABSTRACT

LEGITIMATE AND LEGAL AFFAIRS ON THE LEGAL ADDRESS: RATIONAL GROUNDS OF LAW AND ENVIRONMENTAL NORMATIVITY

AUTHOR: Daniel Fioreze Saggin

ADVISOR: Prof^ª. Dr^ª. Maria Beatriz Oliveira da Silva

CO-ADVISOR: Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe

The research presented here will focus on a theoretical horizon of law. More precisely, about the legacy of the analytic philosophy tradition for legal discourse, as is the possibility of building a rational discourse, from modernity. In its origin, the logical-positivist tradition of science, to the analytical philosophies themselves, printed one rationality constraint for the other regional sciences. For this reason, the legal-scientific discourse, for effective compliance with the methodological rigor objective of this tradition, had to produce a postulate for his science, the fundamental norm. In this sense, the fundamental rule is the condition of possibility for determining the feasibility of the methodological axioms legacy by logical-positivist tradition. This is because it was necessary to "neutralize" the legal discourse any metaphysical intrusion (normative/evaluative) of the interior of the science of law system. This process culminated henceforth in normative theories of law. However, the assumption of a formal rationale for the law, contemporary, faces some theoretical cracks, precisely because the logical-positivist tradition of law, for the fulfillment of its methodological axioms, such as the "principle of non-valuation" and dualism Kantian, should assume the legitimacy from the legal domination processes, namely the legality itself, as implementing a valid legal order. The questioning on this theoretical perspective of the right is the complexity of the environmental crisis nowadays. And not only. The formal justification offered by the legal discourse, until then, did not appear to offer reasonable answer about the possibility of rational justification for the rule of law, as is its strictly normative-prescriptive. The size of the "environmental problem", in contemporary times, exposes a very dense evaluative load on the structure of the legal system. The legal standard is through for indefinite legal concepts. This questioning runs, then the description of the legal and formal structure and the possibility of forming a rational legal discourse on the problems made from modernity. Therefore, you need to review, in theory, the legality of the structure and the presumption of legitimacy of legal discourse in this sense.

Keywords: Legal discourse. Rationality. Epistemology. Legality. Legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 CIÊNCIA E RACIONALIDADE: PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA O DISCURSO JURÍDICO.....	14
2.1 O AMBIENTE METODOLÓGICO E A RACIONALIDADE DO DISCURSO CIENTÍFICO A PARTIR DA MODERNIDADE.....	14
2.2 A NORMA FUNDAMENTAL COMO HIPÓTESE LÓGICO-TRANSCENDENTAL: UM PRESSUPOSTO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO.....	31
3 O DISCURSO JURÍDICO ENTRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS.....	47
3.1 VALIDADE E DOMÍNIO DE LEGALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	47
3.2 RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE NO DISCURSO JURÍDICO.....	61
4 NORMATIVIDADE AMBIENTAL E JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO DIREITO.....	79
4.1 O DISCURSO JURÍDICO DIANTE DAS EXIGÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O DIREITO AMBIENTAL.....	79
4.2 VALOR AMBIENTAL E LEGITIMIDADE NO DISCURSO JURÍDICO: A QUESTÃO DA RACIONALIDADE NA CIÊNCIA DO DIREITO	92
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	112
6 REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

Pensar a linguagem jurídica exige um esforço de ocupação. De alguma maneira, só é possível se pensar a linguagem da ciência a partir dela mesma, ocupando-se em suas possibilidades de “dizer algo” sobre o mundo. A “ocupação” da linguagem científica ocorre no interior (“desde dentro”) de um universo de conhecimento, portanto. É, então, a tarefa de conhecer um objeto “desde dentro” do mundo. Talvez o fardo que se sobreponha à ciência seja justamente a possibilidade de produzir uma linguagem que nunca “diz” a si mesma, mas somente “a partir” de si mesma. Quer dizer, “as ciências não tratam de si mesmas. As ciências não podem tratar daquilo que se envolve numa certa perspectiva, porque elas se dão dentro de um mundo e não podem falar sobre o mundo, elas se movimentam ocupando-se de objetos de dentro do mundo”¹. O fardo da linguagem científica é, então, a sua precisão: a explicitação de um “dado” sobre o mundo através da mediação da linguagem. A linguagem é a possibilidade da ciência. “Não existe nenhum saber não-proposicional. Portanto todo o saber se dá através da linguagem”². Por esta razão, a racionalidade deve ser uma ocupação sobre a linguagem, pois o ser humano só conhece através da linguagem, e isso significa que “o ser humano só é racional porque seu acesso ao mundo se dá via sentido, via significado, via conceitos, via palavras, via linguagem”³. Neste sentido, o “empreendimento de neutralidade”, em qualquer possibilidade, parece falir. E assumir esta “falibilidade” não implica em “desistir” das estruturas formais do discurso, já que plenamente possíveis/realizáveis. De alguma maneira, é preciso admitir, apenas como advertência, “que não existe a racionalidade em estado puro, como ela é definida através do uso da linguagem enquanto somos um ser capaz de enunciados assertóricos predicativos. O ser humano sempre aparece dentro de uma determinada cultura, dentro de uma determinada história, aparece dentro de um determinado contexto”⁴.

Assumir esta perspectiva, para o conhecimento científico, significa admitir, então, que entre sujeito e objeto não há distância possível. “Porque já sempre se interpôs entre a linguagem com que nos encaminhamos para os objetos e os objetos, todo o mundo

¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 10-11.

² Ibidem. p. 16.

³ Ibidem. p. p. 10-11.

⁴ Ibidem. p. 17.

da cultura, todo o mundo da história”⁵. É preciso, para tanto, prevenir-se de uma espécie de alienação crítica. Há sempre um contexto histórico na produção de qualquer conhecimento humano, ou seja, a de um passado irremissível⁶. No universo das ciências humanas, “a questão do objeto e da determinação do objeto tornam-se difíceis porque não se desligam mais da singularidade dos indivíduos que se pronunciam”⁷. Neste sentido, “não há conhecimento científico efetivamente válido sem que seja acompanhado por um ‘processo de valoração’, quer dizer, de um elemento ligado ao aspecto prático da decisão, liberdade, etc”⁸. Esta perspectiva afeta, profundamente, a possibilidade de “conhecer” os objetos da ciência, racionalmente, através de um tipo determinado de linguagem. Quer dizer, sobre o tipo de “logos” implicado na possibilidade da linguagem do discurso científico. E não só. Envolve, igualmente, a postura de diferentes tradições de filosofia sobre o tema: a filosofia analítica e a filosofia “continental”. Notadamente, a filosofia analítica possui a “marca” (orientação) das ciências formais e empíricas. Trata-se da constituição de argumentos logicamente corretos e da sua possibilidade de justificação, em termos de validade. Por outro lado, a “filosofia continental” carrega uma “marca” especulativa, implicando fenômenos “tipicamente humanos”, tal como a “consciência histórica”. Estas duas tradições constituíram uma espécie de relação com as ciências dinamizadas, a partir da modernidade e, igualmente, reagiram à metafísica: a filosofia analítica através da “superação da metafísica”; a filosofia continental (fenomenológica), através da transformação da ontologia. Carnap e Heidegger são as duas grandes figuras que representam estes continentes “em guerra”. A beligerância é possível de ser identificada em dois textos marcantes: a “superação da metafísica pela análise lógica da linguagem”, de Rudolf Carnap⁹, e “o que é metafísica”, de Martin Heidegger¹⁰. Contudo, esta questão diz respeito a problemas de filosofia que pouco interessam aqui, a não ser lateralmente, é claro.

⁵ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 18.

⁶ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2ª Ed. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 37.

⁷ Ibidem. p. 46.

⁸ Ibidem. p. 54.

⁹ CARNAP, Rudolf. A superação da metafísica pela análise lógica da linguagem (The elimination of metaphysics through logical analysis of language). Tradução de William Steinle. **Revista Cognitio**, São Paulo, 2009.

¹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Marcas do caminho**. Tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2008.

O que difere a ocupação da linguagem científica das demais linguagem parece estar implicado sobre a possibilidade de “compreensão” de um tipo de “logos”. Isso porque existem dois modos de compreensão: “o compreender de uma proposição e o compreender anterior que é já sempre saber como se está no mundo”¹¹. A “compreensão anterior” significa a “posse” prévia do sentido. “E nessa medida os objetos sobre os quais nos iremos pronunciar se iluminam na linguagem, se iluminam na sentença. Portanto, o compreender é uma qualidade do ser humano, mas não é uma qualidade natural. É uma qualidade que provém do ser humano, enquanto humano”¹². Esta estrutura de “compreensão é possível determinar enquanto um “logos hermenêutico”. Por outro lado, a compreensão de uma proposição, a linguagem que se comunica através de proposições, já “desde dentro” de uma estrutura de linguagem, trata-se de um “logos apofântico”. A linguagem da ciência irá se ocupar, precisamente, sobre este último tipo de “logos”: ela trata, enfim, dos objetos do mundo. Todavia, não é possível identificar o abandono completo de qualquer “tipo de logos”, tanto por parte da “filosofia continental”, de uma fenomenologia hermenêutica, quanto pela tradição das “filosofias analíticas”, constituídas a partir da tradição lógico-positivista. Esta tensão teórica apenas acentua alguns problemas em um nível lógico, metodológico e epistemológico, que serão tratados neste trabalho. Sobretudo no que diz respeito a possibilidade da construção de um discurso racional para o direito. A compreensão sobre a ocupação da linguagem científica do discurso jurídico, em termos de racionalidade, implica, então, em “questões relativas ao conhecimento que já se encontram definidas pela própria realidade das ciências”¹³. Isto quer dizer que “as condições do conhecimento só podem ser entendidas sob a forma de uma investigação das regras de constituição e comprovação das teorias no interior de um modelo consagrado pela comunidade científica”¹⁴.

A “ocupação” da linguagem jurídica, a partir da modernidade, se dá pela possibilidade de oferecer conceitos racionais ao mundo jurídico, nos limites oferecidos por determinada tradição de conhecimento. A investigação ora proposta, conseqüentemente, irá se debruçar sobre as margens do discurso científico do direito, legadas pela tradição lógico-positivista. O horizonte proposto para a discussão é o de

¹¹ STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996. p. 27.

¹² *Ibidem*. p. 27.

¹³ *Ibidem*. p. 13.

¹⁴ *Ibidem*. p. 13.

apresentar alguns elementos que transformaram profundamente a forma de conhecer e de produzir conhecimento científico a partir da modernidade, notadamente no que diz respeito à ciência do direito. A compreensão sobre tais elementos é determinante para o entendimento dos movimentos teóricos que, hoje, desafiam as próprias condições de possibilidade de formação de um discurso racional no âmago do pensamento científico. Os temas serão conduzidos, deste modo, através de aspectos transcendentais da teoria do direito, e não sobre seu conteúdo normativo, propriamente dito: a norma jurídica ou, mais especificamente, a norma jurídico-ambiental. Trata-se de uma análise epistemológica do discurso jurídico, e não de um arrazoado técnico-instrumental. Evidentemente, a pretensão de, em um só “golpe”, tratar da totalidade deste problema de caráter filosófico, se constituiria como um empreendimento demasiadamente arrogante e, efetivamente impraticável, pelos próprios limites desta investigação. A tarefa de alcançar a totalidade é falível diante da lei do progresso e do tempo. Se o empreendimento *faustico* do conhecimento absoluto, hoje, é irrealizável, é porque não há limite para o ato de conhecer. As leituras possíveis para esta perspectiva são indetermináveis, e não há qualquer privilégio entre as posições teóricas assumidas ou apresentadas.

O interesse posto como objetivo desta investigação está, principalmente, na tentativa de provocar, uma vez mais, uma área do conhecimento jurídico que muitos dispõem esforços em compreender: a teoria do direito. A investigação que se segue, portanto, não terá como destino outra coisa senão isto: a tentativa de compreensão sobre alguns elementos determinantes ao problema de justificação de valores ambientais no interior do discurso científico. Mais precisamente, sobre a possibilidade de formação racional do discurso jurídico diante da complexidade da normatividade ambiental. A tarefa de frequentar a teoria normativa do direito e, igualmente, de revisitar seus pressupostos metodológicos, preserva o empreendimento de aclarar o caminho que levou a ciência jurídica a assumir determinadas marcas ao longo da modernidade. Quer dizer, em que medida a ciência jurídica herda da própria filosofia e das discussões que se estenderam a partir da modernidade, problemas para a formação de sua racionalidade. A compreensão sobre o horizonte de formação da ciência jurídica, então, não tem a intenção de um fechamento, mas de uma releitura de um legado teórico. Este legado, ainda que ordinário (consolidado e difundido), apresenta rupturas conceituais em relação à alguns termos que já não vigoram de forma soberana quando da realização de seu discurso.

2 CIÊNCIA E RACIONALIDADE: PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS PARA O DISCURSO JURÍDICO

2.1 O AMBIENTE METODOLÓGICO E A RACIONALIDADE DO DISCURSO CIENTÍFICO A PARTIR DA MODERNIDADE

A possibilidade de se pensar um conhecimento “desencantado”, através de uma estrutura de racionalidade que atenda, em um nível metodológico e epistemológico, o rigor objetivo da tradição lógico-positivista, ao tempo que elimina de seu horizonte de reflexão racional a dimensão valorativa de seus postulados, produz, igualmente, uma exigência de atenção aos processos históricos que compõem/formam esta estrutura de conhecimento. A própria mudança conceitual e estrutural do que se entende como ciência, a partir da modernidade, e com o fim daquilo que se denominou como “grande filosofia”¹⁵, são fatores determinantes para a compreensão do que, contemporaneamente,

¹⁵ Como primeira perspectiva, a unidade entre ciência e filosofia: “A unidade de filosofia e ciência não foi, até Hegel, fundamentalmente colocada em questão. Com os indícios do pensar filosófico foi pela primeira vez formado o conceito do saber teórico, para cuja vigência podem ser determinados os fundamentos; filosofia e ciência foram inquestionavelmente um. A especialização iniciada em cada área do saber realizou-se até o final da Idade Média como uma diferença interna: enquanto as disciplinas puderam apresentar uma pretensão teórica, permaneceram fazendo parte da filosofia, como por ex. a matemática e a física. Na medida em que as ciências seguiram uma pretensão puramente descritiva, como a historiografia e a geografia, foram isoladas no âmbito de uma empiria desprovida de teoria, e definidas precisamente através dessa relação negativa frente à filosofia, tida como ciência autêntica. Este panorama se transforma por vez primeira com o surgimento das ciências naturais modernas que no começo ainda puderam compreender-se como ‘philosophia naturalis’. Mas também em face a elas a filosofia não se recolheu às competências científico-formais ou às áreas complementares como ética, estética, psicologia; inicialmente ela afirmou a pretensão de fundamento último para todo o saber teórico com o qual a metafísica permanece ou desaparece: a filosofia permaneceu século XIX adentro como a ciência fundamental”. HABERMAS, Jürgen. **Para que ainda a filosofia?.** Tradução de Luiz Antônio Marcuschi. Como segunda perspectiva, a marca do idealismo absoluto na filosofia. Quer dizer, na unidade entre ciência e filosofia, é preciso considerar a marca do idealismo na filosofia: “A palavra ‘idealismo’ possui muitos significados. Em contextos filosóficos geralmente ela designa uma posição epistemológica, mas a linguagem culta e o ‘small talk’ intelectual também lhe atribuíram muitas outras denotações. Quando indagamos pela filosofia posterior ao idealismo, temos em mente aqui apenas o idealismo ‘absoluto’ que é determinado pelo sistema de Fichte, Schelling e Hegel, e cujo descrédito provocou justamente uma crise de identidade na filosofia. Tal crise é tão característica da cena alemã pelo fato de que outrora ela foi quase completamente dominada pelo idealismo absoluto. [...] De resto, a filosofia de Immanuel Kant não pertence ao idealismo absoluto, e foi isto que a tornou tão atrativa para uma reabilitação geral da filosofia após o fim do idealismo absoluto. O idealismo absoluto sustenta: 1) a unidade de ser e pensar no absoluto, 2) a unidade do ‘verdadeiro’, do ‘bom’ e do ‘belo’ no absoluto, e 3) a ciência do absoluto como um ‘sistema’ filosófico. 1) O idealismo absoluto não questiona o que todos sabem, isto é, que ser e pensar são diferentes, pois concebe a sua unidade como uma unidade ‘dialética’: como ‘identidade e não-identidade’ de ser e pensar, o que certamente deve ser explicitável apenas no contexto do absoluto. [...] 2) O idealismo absoluto de Hegel como filosofia da ideia absoluta interpreta a unidade de pensar e ser, razão e efetividade, objetividade e subjetividade ao mesmo tempo como a unidade do verdadeiro, do bom e do belo. Deixando de lado a filosofia hegeliana da arte, segundo a qual o belo se determina como ‘a aparência sensível da ideia’, o idealismo absoluto reabilita a sentença escolástica ‘ens et verum et bonum convertuntur’. Hegel identifica o que é verdadeiro com a

se delimita como as margens possíveis para a justificação dos enunciados científicos, o que significa “buscar a consistência interna de um discurso, e isso nada mais é do que a racionalidade do mesmo”¹⁶. Este exercício de atenção é necessário pois parece haver uma espécie de terraplanagem de um tipo predominante de racionalidade. Quer dizer, naquilo que se entendeu, através da tradição lógico-positivista, como as condições de racionalidade de um discurso, é possível reconhecer também, nestas mesmas disposições, os limites à possibilidade de produção de um conhecimento racional. Estes limites compõem um sistema de conhecimento que predominou fortemente no ambiente epistemológico dos conhecimentos regionais (ciências) a partir da modernidade: trata-se de um constrangimento de natureza epistemológica na possibilidade de produção do discurso racional:

Dever-se-ia investigar aqui uma espécie de tendência positivista de não mais distinguir entre a racionalidade dos enunciados descritivos e a racionalidade dos enunciados prescritivos. Parece haver uma tendência a anular a distância que tradicionalmente separa estes tipos de enunciados. Assim, este abismo para o qual não havia ponte, dentro dessa tendência parece que vai desaparecer, não propriamente por meio da construção de uma ponte, mas através de uma terraplanagem, na qual será soterrada a distinção entre a racionalidade instrumental e a racionalidade prático-comunicativa, social. Trata-se de uma questão muito séria, fundamental mesmo para a filosofia hoje¹⁷.

ideia teórica, e o bem com a ideia prática, constatando, então, na passagem para a ideia absoluta: ‘a verdade do bem, como unidade da ideia teórica e prática, está posta no fato de que o bem é alcançado em si e por si – que o mundo objetivo é em si e por si a ideia, do mesmo modo como está se põe eternamente a si mesma como fim, e, mediante atividade, produz sua efetividade. Esta vida retornada a si da diferença e da finitude, e que, mediante a atividade do conceito, se tornou idêntica com ele, é a ideia especulativa ou ideia absoluta’. [...] Consequentemente, uma tal posição não aceitará como a última palavra da filosofia a diferença, igualmente reconhecida, entre ser e dever; ao contrário, ela integrará em um sistema Metafísica e Ética, filosofia teórica e filosofia prática, fazendo isto com a mesma pretensão absoluta de conhecimento. [...] 3) Uma filosofia que se coloca a si mesma no centro da unificação absoluta de pensar e ser, sujeito e objeto, verdadeiro e bom somente pode apresentar o seu saber em um todo ‘absoluto’, isto é, um todo que apanhe ‘tudo’ em si, e que, no interesse da cientificidade do saber, deve ser um ‘sistema’ e não uma mera soma. ‘Um filosofar sem sistema não pode ser científico’. Este caráter sistemático é suficiente para designar uma filosofia como idealista: ‘Sistema, a forma de uma totalidade para a qual nada fica externo, impõe o pensamento de forma absoluta a todos e cada um de seus conteúdos, e desvanece o conteúdo no pensamento: idealista já antes de toda argumentação a favor do idealismo’. Com isto a filosofia hegeliana assume ao mesmo tempo a obrigação de expor todo o saber existente, classificado inicialmente como ‘finito’ e pré-filosófico, como estando contido no sistema absoluto, sendo por isso mesmo concebível como racional. Assim, as duas partes do sistema (‘filosofia da natureza’ e ‘filosofia do espírito’) pretendem expor, cientificamente o saber científico-particular completo, pois filosofia não é outra coisa do que ‘o conhecimento científico da verdade’. Não obstante, de outro lado isto significa que a filosofia de Hegel não reconhece nenhum saber como saber científico enquanto ele não estiver subordinado ao contexto de um sistema absoluto. [...] Aquilo que sempre é denominado de ‘colapso do idealismo’, em verdade é o fato de que, após as lutas pela herança de Hegel entre os velhos hegelianos de direita e os jovens hegelianos de esquerda, o espírito da época (‘zeitgeist’) ‘afastou-se’ da filosofia ‘como tal’, para praticar ciência em um sentido pós-hegeliano”. SCHNÄDELBACH, H. **A filosofia na Alemanha: 1831-1933**. Tradução de Róbson Ramos dos Reis.

¹⁶ STEIN, Ernildo. **Paradoxos da racionalidade**. Porto Alegre: PyR Edições, 1987. p. 53.

¹⁷ Ibidem. p. 53.

A univocidade metodológica é uma exigência “quase-ideológica” para a garantia de produção de um conhecimento dotado de cientificidade ou, mais precisamente, de um discurso racional como um discurso intersubjetivamente válido¹⁸. Reconhecer o domínio daquilo que se entende por racionalidade instrumental, nas ciências humanas, constrange a produção da estrutura de racionalidade de qualquer discurso aos limites desta própria tradição. Assim, mesmo que se admitida a necessidade de um tipo próprio de racionalidade para as ciências humanas, o domínio instrumental no conhecimento faz surgir, ainda, uma questão: como produzir um discurso racional sem, por isso, abandonar a própria racionalidade¹⁹. O Embate é severo pois é quase impraticável pensar a racionalidade fora dos limites “instrumentais” constituídos a partir da modernidade. Esta “sensação” gera, por vezes, a pretensão de se buscar algo alternativo à própria racionalidade, tentativa que não passa, de algum modo, de um conforto psíquico²⁰. É preciso dizer que os conhecimentos regionais, notadamente as ciências histórico-hermenêuticas, enfrentam rigorosas dificuldades para a justificação racional de seu discurso em uma perspectiva instrumental de racionalidade, cunhada fortemente pela tradição lógico-positivista²¹: “[...] estamos diante de um problema muito grave, pois a

¹⁸ APEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994. p. 169.

¹⁹ [...] a filosofia mostra que não há alternativa para a razão, não existem alternativas para a racionalidade. Poderíamos mesmo dizer: fora da racionalidade não há salvação. Se tomamos como exemplo os movimentos alternativos na sociedade, vemos que eles não significam um querer saltar para fora da racionalidade. Eles mostram apenas um esforço das pessoas no sentido de se protegerem contra um tipo de racionalidade, contra um tipo de razão instrumental ou funcionalista que organiza uma sociedade para funcionar tecnocraticamente e que, contudo, não consegue tirar de si as imensas contradições que carrega, por mais racional que procure ser. O que queremos ao falarmos que não existe alternativa para a razão, para a racionalidade? Simplesmente que mergulhar numa espécie de aparente vida irracional, jogar-se em repetidos e constantes protestos contra toda a intervenção da razão no funcionamento da vida, ou ainda tentar desesperadamente usar outros meios que não a racionalidade para desdobrar a personalidade, desenvolver a identidade, encontrar patamares de equilíbrio para as buscas e as ansiedades, tudo isso pode ser um alibi, pode ser uma espécie de rápido consolo, mas certamente, a curto e médio prazo, é algo que se revela totalmente insuficiente. Trata-se sempre de ‘massagens’ psíquicas, que em vão tentam substituir a razão. ”. STEIN, Ernildo. **Paradoxos da racionalidade**. Porto Alegre: PyR Edições, 1987. p. 56.

²⁰ “[...] Do ponto de vista de nosso cotidiano, talvez seja possível apontar a existência de duas representações/temores fundamentais quanto à racionalidade. Um desses temores é o de que nosso mundo prático, nosso mundo vivido seja invadido pelo racionalismo pelo que podemos chamar de ‘razão instrumental’, e que assim seja perdida toda referência para o nosso mundo vivido, ao nível que não seja lógico, unidimensional. [...] Por outro lado, temos, ao mesmo tempo, o desejo de uma espécie de busca alternativa para a racionalidade. Gostaríamos de encontrar algo que não se identificasse com essa ideia de racionalidade que invade o dia-dia. Esta busca de alternativas se expressa, negativamente, através do protesto, através de opções de marginalização, através de tentativas de fuga das malhas da organização racional da sociedade. Trata-se de tentativas de proteger nosso mundo da vida contra a razão, contra a racionalidade, contra a racionalização”. Ibidem. p. 53-54.

²¹ “Essa racionalidade e essa racionalização apresentam-se sempre em dois níveis: a) ao nível cognitivo e instrumental, portanto, ao nível do conhecimento e das ciências; e, b) ao nível da organização prática, quer

racionalidade comunicativa, a racionalidade ao nível dos enunciados prescritivos é algo que não se comprova facilmente dentro das tendências científicas atuais”²².

Notadamente, as ciências humanas possuem um caráter normativo (valorativo) muito forte. Elas estão historicamente ligadas ao universo da liberdade humana, portanto. Quer dizer, toda tentativa de justificar este universo através de um método legado pelas ciências da natureza, acaba sendo frustrado justamente pela impossibilidade de apresentação unívoca e objetiva deste universo que constitui os conhecimentos histórico-hermenêuticos. Com isso, parece haver a tendência em reivindicar um método próprio para a constituição legítima de tais ciências. Um método tal que não seja herdado das ciências da natureza, mas que, igualmente, tenha sucesso na eliminação de toda intrusão metafísica²³ na construção de um saber científico “legítimo”. No entanto, conforme Gadamer, “[...] as ciências humanas [...] para se assegurarem de uma boa consciência científica, [...] continuam atraídas pelo modelo das ciências da natureza quando elaboram seus métodos histórico-críticos”²⁴. Neste sentido, e ainda com Gadamer, é possível dizer que “[...] as ciências da natureza constituem um modelo para as ciências humanas somente na medida em que as últimas se submetam ao ideal de um valor científico

dizer, ao nível da comunicação, ao nível ético. A estes dois níveis de apresentação correspondem duas questões principais, quando tratamos de elaborar o problema da racionalidade ao nível do discurso. Podemos provar a racionalidade de nossas proposições, de nossos enunciados descritivos? É possível emprestar uma racionalidade perfeita à nossa descrição do mundo das coisas e de nós mesmos? Qual o sucesso das pretensões da ciência neste sentido? Estas interrogações desenharam a primeira questão. A outra diz respeito à racionalidade que se busca para os enunciados prescritivos, ou seja, os enunciados que propõem normas de comportamento, normas éticas”. STEIN, Ernildo. **Paradoxos da racionalidade**. Porto Alegre: PyR Edições, 1987. p. 54.

²² Ibidem. p. 54-55.

²³ “As correntes empiristas ocupam um lugar especial na filosofia contemporânea. O que as relaciona entre si não é um determinado conteúdo doutrinário, mas sim a ‘recusa de todo e qualquer tipo de metafísica’. Neste contexto, a expressão ‘metafísica’ deve ser entendida num sentido muito amplo, significando não apenas uma doutrina dos objetos suprassensíveis, mas toda filosofia que pretenda, aprioristicamente, fazer afirmações sobre a realidade ou estabelecer normas. Se quiséssemos resumir numa sentença a convicção fundamental dos empiristas, poderíamos dizer o seguinte: ‘é impossível conhecer a constituição e as leis do mundo real através de pura reflexão e sem qualquer controle empírico (pela observação)’. Todo conhecimento científico pertence às ciências formais (lógica e matemática) ou às ciências empíricas do real, de modo que não há lugar para uma filosofia que venha a concorrer com as ciências particulares ou que pretenda ir além delas”. STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. Tradução de Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977. p. 274.

²⁴ [...] “Mas devemos questionar o sentido de se buscar, por analogia ao método das ciências matematizadas da natureza, um método autônomo próprio às ciências humanas que permaneça o mesmo em todos os domínios de sua aplicação. Por que não seria a idéia cartesiana de método inadequada no domínio das ciências humanas? [...]”. GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2ª ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 21.

autônomo e fundado”²⁵. Ora, a própria pluralidade do termo “ciências humanas” já remete o pesquisador a uma dimensão de ciência inexata, ou seja, a um universo não explicativo ou exauritivo do conhecimento:

[...] a questão do objeto e da determinação do objeto tornam-se difíceis porque não se desligam mais da singularidade dos indivíduos que se pronunciam sobre qualquer campo do universo das Ciências Humanas. E essas questões apresentam uma série de problemas, aporias, questões insolúveis [...] tanto do ponto de vista epistemológico, da teoria do conhecimento fundamentalmente, mas também da Filosofia das ciências, como problemas de ordem lógica e de ordem metodológica. Quer dizer, a questão de epistemologia, a questão de lógica e a questão de método têm de ser revistas em função desta realidade: os conceitos com que se trabalha no universo das Ciências Humanas são conceitos polissêmicos, conceitos que não se amarram ‘univocamente’ a um objeto, e todo processo de ‘enunciação’ e de ‘predicação’ é um processo que se torna extremamente complexo. Todo ensaio que se faz na área da Sociologia, da Psicologia, da política, do Direito, na área da filologia, da crítica literária, todo ensaio terá a marca da subjetividade. [...]²⁶

Pois bem, o problema em questão diz respeito, especificamente, sobre a possibilidade ou impossibilidade de justificação racional de juízos valorativos (normativos) através de uma concepção específica de ciência e, portanto, de racionalidade. Neste ambiente plural e histórico, as pretensões de racionalidade fundadas na tradição lógico-positivista não se realizariam tão facilmente. Quer dizer, “toda tentativa sistemática de explicação da realidade significa fundamentalmente o esmagamento do mundo da vida”²⁷. Se, de algum modo, o universo não unívoco das ciências humanas parece requerer um método próprio para a compreensão de seus fenômenos, isso ocorre porque o elemento normativo (valorativo) estaria eliminado do projeto do discurso lógico-positivista. Para tanto, a fim de cumprir com o rigor da objetividade, bem como tornar efetivo um princípio de não valoração (elemento de caráter prescritivo), o ambiente lógico-positivista exige uma postura descritiva do pesquisador. Se a pretensão for a de manter o rigor e o controle objetivo da ciência, os elementos lógicos e metodológicos devem, necessariamente, serem observados. Com isso, “valor” é um problema de decisão, e não de método. Valorar um problema de ciência somente caberia ao pesquisador, em sua prática/atividade diária: “nós escolhemos nossos problemas, avaliamos nossas soluções de problemas e decidimos escolher uma das

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2ª ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 25.

²⁶ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p.46-47.

²⁷ *Ibidem*. p. 57.

soluções propostas ao invés de outras, em um processo que certamente não está livre de componentes de caráter valorativo”²⁸. Porém, “a discussão neste campo mostra, muito mais, com toda nitidez, que se pode discutir sobre problemas de valor sem colocar o próprio engajamento na balança, através da formulação de correspondentes juízos de valor”²⁹.

Do ponto de vista da fundamentação, ou mais precisamente, de um contexto de justificação, há, aí, uma diferença pressuposta, entre proposições afirmativas e proposições postulativas. Entre ciência e ética, portanto. É possível reconhecer, na filosofia da ciência, dois tipos fundamentais de atos de fala: os atos de fala descritivos pressupõem uma descrição da realidade. Por sua disposição descritiva, estes atos de fala operam no nível de racionalidade das ciências da natureza; os atos de fala regulativos/normativos são os das ciências humanas, e operam em um mundo prático-comunicativo. Reconhecendo estes dois tipos básicos de racionalidade, “a racionalidade terá que se expressar nesses atos de fala. Os descritivos têm a pretensão ao reconhecimento de serem verdadeiros em sua relação com a realidade. Os atos regulativos, pretendendo uma espécie de certeza”³⁰. Aqui, parece acentuar-se o dualismo entre ser e dever-ser, já que as ciências histórico-hermenêuticas possuem uma “presença” prescritiva/normativa muito forte em seus conteúdos, em decorrência do próprio ambiente sobre o qual estas ciências se debruçam, acentuando, enfim, a reivindicação de uma autonomia para o campo do pensamento ético-normativo. Sobre este abismo entre conhecimento e valoração, Hans Albert assim esclarece a questão:

[...] A diferenciação entre concepção de ser e exigência de dever-ser é realizada, e de tal modo que de um lado está o conhecimento objetivo, neutro, desinteressado e livre de qualquer arbitrariedade, ao passo que, por outro lado, encontramos decisões radicalmente subjetivas, subordinadas à vontade, engajadas e por isso comprometidas, de modo que conhecimento e engajamento parecem se dissociar completamente. [...] o conhecimento e a objetividade, realça sua fundamentabilidade e seu caráter racional, e censura a decisão e o engajamento como filosoficamente desinteressante, no âmbito da subjetividade e da arbitrariedade. Um lado procura eliminar o conhecimento objetivo, porque, segundo diz, não afeta a existência, o outro procura evitar a decisão subjetiva, porque ela parece se colocar fora do âmbito da

²⁸ ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976. p. 81.

²⁹ Ibidem. p. 81.

³⁰ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p.56.

racionalidade. Vê-se que ambas as correntes, embora quase não se relacionem, partem, contudo, de pressupostos comuns. Ambas optam por uma concepção segundo a qual racionalidade e existência se dissociam, só que uma corrente coloca as realidades positivas a serem racionalmente analisadas em primeiro plano, enquanto a outra eleva as decisões irracionais e existenciais a essa posição. [...] Esta invasão da decisão no âmbito do conhecimento poderia ser visto como um perigo para a sua objetividade [...] ³¹.

Se antes foi dito que o problema aqui colocado dizia respeito sobre a possibilidade ou impossibilidade de justificação racional de juízos valorativos, através da concepção lógico-positivista de ciência, é preciso dizer, então, após a consideração de Hans Albert, que para esta tradição, tal questão já não se coloca mais como um problema. Em verdade, a situação está bem definida, no sentido de que juízos prescritivos/normativos, na perspectiva de uma racionalidade fundada na tradição lógico-positivista, são injustificáveis cientificamente, por mais que se reconheça uma espécie “atípica” de racionalidade a estes conhecimentos normativos, como o é o campo da ética, por exemplo. Sobre isso, e com o surgimento do positivismo lógico, é preciso anotar que procurou-se preservar, de algum modo, os conhecimentos que envolviam o universo da liberdade humana: não como justificação científica, mas como conhecimento dotado de alguma significação. Ao que parece, a eliminação completa desse tipo de conhecimento não era uma postura produtora ou mesmo desejável. Ora, a pressuposição de condições para a justificação de enunciados científicos, antes de estabelecerem-se como um projeto de eliminação radical de qualquer conhecimento valorativo (em um nível político, portanto), fixaram um critério de demarcação para o entendimento entre o que era conhecimento científico e o que era metafísica. Esta demarcação é fixada por um rigoroso critério de verificação, construído através de uma ciência de base empírica, em que a justificação de seus enunciados se dá pelo método indutivo. Então, antes de se tratar de uma eliminação radical da metafísica, a pretensão era a de demarcação de um critério capaz de distinguir estes dois universos: ciência e metafísica. No projeto de construir uma demarcação entre ciência e metafísica, parece haver uma meta comum: a construção de um acordo sobre os objetivos próprios da ciência. Se se trata de uma concessão ou não, não é possível sustentar com rigor, pelas seguintes considerações:

[...] Nos escritos dos positivistas lógicos, a diferenciação entre o que era e o que não era científico convergia com a diferenciação entre o que tinha e o que

³¹ ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976. p. 79.

não tinha significação. [...] Assim, o princípio de verificação foi alterado para afirmar que um enunciado seria significativo se houvesse meios de testá-lo ou ‘confirma-lo’ potencialmente. Mas muitas das maiores dificuldades ainda permanecem evidentes, sendo a mais debatida o ‘status’ do próprio princípio. Pois se não podia ser submetido ao critério de testabilidade, se não podia ser testado, teria que ser abandonado como desprovido de significação. Para tentar contornar essa dificuldade, o princípio de verificação foi declarado como uma regra de procedimento, não como um enunciado em si. Isso ajudou a esclarecer que o que se constituía como questão, de alguma forma, era um problema na natureza dos enunciados. [...] Se fosse tomado como critério a ser aplicado de modo muito geral a todas as formas de prescrição moral ou juízo estético, teria como consequência sua eliminação como desprovido de significação, da mesma forma que a metafísica e a teologia. [...] A concepção de que os ‘pseudo-enunciados’ da metafísica eram desprovidos de significação acabou por ser suplantada pela noção mais sofisticada de que faltava às doutrinas metafísicas significação cognitiva, apesar de elas possuírem significação emocional³².

Neste ponto, a compreensão sobre termos do positivismo lógico e da análise lógica da linguagem são fundamentais, principalmente em relação a formação do sistema de conhecimento da tradição lógico-positivista como um todo. Em primeiro lugar, é preciso localizar o termo metafísica, sua abrangência. Isso porque a compreensão sobre o termo metafísica não deve ficar restrito a uma concepção de uma doutrina dos objetos suprassensíveis, mas sim a “toda filosofia que pretenda, aprioristicamente, fazer afirmações sobre a realidade ou estabelecer normas”³³. Conforme Carnap:

O desenvolvimento da ‘lógica moderna’ possibilitou uma nova e contundente resposta à questão da validade e justificativa da metafísica. As pesquisas da lógica aplicada e da teoria do conhecimento, que têm como objeto clarificar o conteúdo cognitivo dos enunciados científicos, com isso o significado dos termos que ocorrem nesses enunciados, por meio da análise lógica, conduziram a dois resultados: um positivo, outro negativo. O resultado positivo é elaborado no domínio da ciência empírica; vários conceitos de vários ramos da ciência são clarificados; suas conexões lógico-formais e epistemológicas são explicitadas. No domínio da ‘metafísica’, incluindo toda a filosofia do valor e a ciência de normas, a análise lógica conduz ao resultado negativo de que ‘os enunciados tratados nesse domínio são inteiramente sem sentido’. Com isso, uma eliminação radical da metafísica é obtida, algo que não era possível nas teorias antimetafísicas anteriores. É verdade que ideias semelhantes talvez já possam ser encontradas em várias das antigas teorias, por exemplo, aquelas da espécie nominalista; mas é apenas agora, com a ferramenta suficientemente

³² GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. p. 186-188.

³³ STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. Tradução de Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977. p. 274.

poderosa que o desenvolvimento da lógica em décadas recentes nos forneceu, que o passo decisivo por ser dado³⁴.

Ora, com isso é possível entender o rigor que se estabelecia em termos de possibilidade para a justificação de enunciados científicos, o que conduz a outro ponto fundamental desta tradição: o princípio da verificação. O princípio da verificação, através de uma análise lógica da linguagem, é um critério de significação. Deste modo, os enunciados que não atendessem os requisitos estabelecidos pelo princípio da verificação eram tidos como desprovidos de significado ou, mais precisamente, como termos metafísicos. Rudolf Carnap, em seu projeto para a construção de uma análise lógica da linguagem, “abandona as linguagens coloquiais, em virtude das suas imperfeições lógicas, substituindo-as por ‘sistemas linguísticos artificiais’, construídos segundo regras precisas”³⁵. Segundo este sistema, todo enunciado que não cumprisse com o rigor das regras de verificação, tratar-se-ia, em verdade, de um pseudo-enunciado. Há uma passagem do texto de Carnap que demonstra claramente a postura tomada pela tradição lógico-positivista, através do projeto de uma análise lógica da linguagem, conforme o próprio autor explicita:

Tendo chegado à conclusão de que muitos enunciados metafísicos não têm significação, levantamos a questão de se não existiria, talvez, um núcleo de enunciados significativos na metafísica que permaneceria depois da eliminação de todos aqueles que não têm significado. [...] a situação é a de que enunciados metafísicos significativos são impossíveis. Isso se segue da tarefa à qual a própria metafísica se propõe: descobrir e formular uma espécie de conhecimento que não seja acessível à ciência empírica. [...] O significado de um enunciado está no método de sua verificação. Um enunciado diz tanto quanto é verificável a seu respeito. Portanto, uma sentença pode ser usada apenas para asseverar alguma coisa. Se algo estivesse, a princípio, além da experiência possível, não poderia ser nem pensado, nem questionado. [...] A análise lógica dá então o veredicto da falta de significado de qualquer suposto conhecimento que deseje estar acima ou além da experiência. Esse veredicto atinge, em primeiro lugar, qualquer metafísica especulativa, qualquer suposto conhecimento por ‘puro pensamento’ ou por ‘pura intuição’ que pretende ser possível sem a experiência. [...] Além do mais, o mesmo julgamento deve ser aplicado à toda a ‘filosofia das normas’, ou ‘filosofia dos valores’, à qualquer ética ou estética como uma disciplina normativa. Pois a validade objetiva de um valor ou norma não é empiricamente verificável nem dedutível de enunciados empíricos; portanto, não pode nem mesmo ser asseverado (em um

³⁴ CARNAP, Rudolf. A superação da metafísica pela análise lógica da linguagem (The elimination of metaphysics through logical analysis of language). Tradução de William Steinle. **Revista Cognitio**, São Paulo, 2009. p. 293-294.

³⁵ STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. Tradução de Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977. p. 275.

enunciado significativo). [...] É totalmente impossível criar um enunciado que expresse um julgamento de valor³⁶.

A estrutura de uma análise lógica da linguagem, através da filosofia analítica, é a orientação básica da ciência, a partir do século XX. Ao tempo que analisa a correção lógica dos argumentos, se debruça sobre a estrutura de validade dos mesmos, ignorando, neste sentido, “fenômenos humanos”, tal como o são os fenômenos da consciência histórica no universo da cultura humana. Assim, a análise lógica da linguagem, e a filosofia analítica, de modo geral, demonstram que tais fenômenos não possuem sentido teórico. A análise lógica da linguagem fixa critérios de significação, na pretensão de eliminar o subjetivismo. Trata-se apenas de um fenômeno de expressão humana, impassível, inclusive, de falseabilidade, pois que o sentido teórico de uma proposição deve ser determinado por suas condições de verdade e por seu método de verificação. Este conflito encerra uma divergência ideológica, em que a filosofia analítica, através da construção de uma gramática lógica, ou seja, de uma linguagem artificial, torna-se a orientação básica de uma concepção ciência. E é esta concepção básica de ciência que é violada pela metafísica (conhecimentos normativos): ainda que os enunciados metafísicos obedecem uma sintaxe gramatical, não obedecem uma sintaxe lógica. Trata-se de um defeito lógico da linguagem. Em uma linguagem logicamente perfeita, pseudoenunciados³⁷ não seriam possíveis.

Pois bem. Desde o positivismo clássico, até o positivismo lógico, procurou-se, objetivamente, eliminar o valor do interior do discurso científico. E havia uma motivação política para a construção do projeto lógico-positivista, principalmente em razão do período de guerras que devastavam a Europa, bem como em relação ao crescimento do

³⁶ CARNAP, Rudolf. A superação da metafísica pela análise lógica da linguagem (The elimination of metaphysics through logical analysis of language). Tradução de William Steinle. **Revista Cognitio**, São Paulo, 2009. p. 305-306.

³⁷ [...] “Num sentido estrito, entretanto, uma sequência de palavras é ‘sem significado’ se não constitui, dentro de uma linguagem específica, um enunciado. À primeira vista, pode acontecer de uma sequência de palavras aparentemente constituir um enunciado; nesse caso, nós o chamaremos de um ‘pseudoenunciado’. Nossa tese, portanto, é a de que a análise lógica revela que os pretensos enunciados da metafísica são na verdade pseudoenunciados. [...] O fato de uma linguagem natural permitir a formação de sequências de palavras desprovidas de significado sem violar as regras da gramática, indica que a sintaxe gramatical é, de um ponto de vista lógico, inadequada. Se a sintaxe gramatical correspondesse exatamente à sintaxe lógica, pseudoenunciados não poderiam surgir. Se a sintaxe gramatical diferenciar não apenas as categorias de palavras, substantivos, adjetivos, verbos, conjunções etc., mas dentro de cada uma dessas categorias ainda fizer distinções que são logicamente indispensáveis, então nenhum pseudoenunciado pode ser formado”. Ibidem. p. 294-299.

Nacional Socialismo na Alemanha do Terceiro *Reich*. Então, ao se atentar para as razões externas que cercam o discurso científico, em uma dimensão política, percebe-se que a construção de um projeto que eliminasse, do ambiente das ciências, posições verdadeiramente ideológicas, não foi, de modo algum, uma construção despropositada. Igualmente, o projeto lógico-positivista não passou incólume a críticas, pois que, no que diz respeito à linha de demarcação extremamente rígida que se estabelecerá entre ciência e metafísica, houve, neste sentido, forte oposição por parte dos pós-positivistas. De todo modo, a atenção ao tema deve ficar restrita às margens que se fixaram como possibilidade para a construção daquilo que se entendeu como racionalidade a partir da modernidade. Com isto, e em um nível epistemológico, formou-se uma espécie de “constrangimento de racionalidade”³⁸ para os conhecimentos regionais, tais como a Sociologia, o Direito, a Psicologia e etc, justamente pela exigência de univocidade metodológica que se impôs às ciências de forma geral. Ou seja, a possibilidade de formação de um discurso científico racional teria de se realizar através desta pretensão.

Com o surgimento da racionalidade nos moldes em que fora proposta a partir da modernidade, é possível identificar dois efeitos muito precisos sobre a vida humana e, igualmente, sobre a constituição de algumas instituições sociais, de modo geral. No entanto, não se tratam de objetivos precisos da ciência, mas sim de uma consequência do que representou a tomada de conhecimento do mundo através ciência a partir da modernidade. O primeiro efeito diz respeito ao abandono de um projeto de formação humanista por meio do conhecimento científico. Com os conhecimentos de tipo científico, bem como com o surgimento das ciências de forma mais precisa e identificada, estes conhecimentos promoveram um processo de “desencantamento de mundo”, que significa a eliminação ou a obsolescência de um horizonte sagrado ou mítico-teológico do mundo da vida. Esta eliminação não implica no desaparecimento completo deste horizonte mítico-teológico, apenas que, enquanto fator determinante para a condução da vida em sociedade, não possui qualquer relevância. Com o “desencantamento do mundo”, produziu-se a ideia de um domínio completo da vida por meio da previsão, ou seja, por

³⁸ STEIN, Ernildo. **Paradoxos da racionalidade**. Porto Alegre: PyR Edições, 1987. p. 53.

meio de um processo denominado como de “racionalização intelectualista”³⁹. Trata-se de um segundo efeito do que significou a ciência para a modernidade.

Estes dois efeitos produzidos pela ciência foram tratados exaustivamente por Max Weber, em seus escritos. Ainda, Weber despendeu uma atenção central ao tema da racionalidade na forma como se estruturou a partir da modernidade. Foi com Weber que o “princípio da não valoração”, perseguido pelo conhecimento científico na modernidade, constituiu-se de forma mais precisa. Em a *Ciência como Vocação*⁴⁰ e *Metodologia das Ciências Sociais*⁴¹, Max Weber trata do fenômeno da significação na ciência: segundo Weber, “com efeito, não é, de modo algum, evidente que um fenômeno sujeito à lei do progresso albergue sentido e razão”⁴². Isso porque, com a mudança da estrutura do pensamento científico na modernidade, há, igualmente, uma mudança naquilo que se entendeu por função da ciência. O discurso científico não é capaz de conduzir à formação, pois que a noção de formação possui uma imagem de representação mítico-teológica de mundo, noção que atua em um nível cultural/moral, ou seja, de base extra-científica. Então, a noção de formação carregava, em si, um processo secular que está para além da profissionalização técnica produzida pela ciência na modernidade: neste contexto, a ciência exerce uma função mais limitada e específica. Para Weber, a técnica, produzida pelo conhecimento científico, está ligada ao curso do progresso:

O trabalho científico está ligado ao curso do progresso. No domínio da ciência [...] todos sabem que a obra construída terá envelhecido dentro de dez, vinte ou cinquenta anos. Qual é, em verdade, o destino ou, melhor, a ‘significação’, em sentido muito especial, de que está revestido todo o trabalho científico, tal como, aliás, todos os outros elementos da civilização sujeitos à mesma lei? É o que toda obra científica ‘acabada’ não tem outro sentido senão o de fazer surgirem novas ‘indagações’: ela pede, portanto, que seja ‘ultrapassada’ e envelheça. Quem pretenda servir à ciência deve resignar-se a tal destino. É indubitável que trabalhos científicos podem conservar importância duradoura, a título de ‘fruição’, em virtude de qualidade estética ou como instrumento pedagógico de iniciação à pesquisa. Repito, entretanto, que na esfera da ciência, não só nosso destino, mas também nosso objetivo é o de nos vermos, um dia, ultrapassados. Não nos é possível concluir um trabalho sem esperar, ao mesmo tempo, que outros avancem ainda mais. E, em princípio, esse progresso se prolongará ao infinito⁴³.

³⁹ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 35.

⁴⁰ Ibidem. p. 35.

⁴¹ Ibidem. p. 34.

⁴² Ibidem. p. 33.

⁴³ Ibidem. p. 32-33.

A constatação acerca da progressividade da ciência comentada por Weber conduz a um resultado importante, qual seja: a inadmissibilidade de concepções metafísicas promovidas pelo discurso científico. A ciência propõe um tipo de conhecimento de especialização técnica. Com isso, resta frustrada qualquer tentativa de encontrar, pela ciência, um fenômeno verdadeiramente valorativo, tal qual o é a noção de formação. A humanidade não encontrará, na ciência, justificção objetiva para aquilo que se entende como valor, enquanto um sentido de formar-se para a vida. O conceito de formação invoca uma noção ontológica que está para além de um entendimento de mera instrução técnica promovida pela ciência. Possui bases extra-científicas, portanto. Com o discurso da ciência, da forma como se apresentou na modernidade, houve uma cisão definitiva entre ser e dever-ser. Logo, a partir do momento em que resta eliminado do projeto de construção de uma racionalidade científica elementos metafísicos, como o é o fenômeno do valor e da significação, e aí reside também a noção de formação, estes elementos tratam-se apenas de pretensões vencidas diante da noção de progresso promovida pela ciência.

A noção de progresso, tratada por Weber, remete a uma ideia de dinamização no conhecimento científico que, em sua especialização técnica, fica impedida a tentativa de, por meio deste tipo de conhecimento, alcançar qualquer espécie de totalidade. Justamente porque através da noção de progresso, bem como de dinamização, o conhecimento produzido pela ciência será superado/ultrapassado em algum sentido. Logo, é impraticável encontrar, na ciência, algum tipo de conhecimento que dê conta da totalidade das coisas. A “brevidade” de todo postulado humano e, notadamente dos postulados científicos, é o que impossibilita a dimensão fechada/absoluta no conhecimento praticado a partir da modernidade. E aí habita um conceito fundamental para Weber: a noção de racionalização intelectualista. Max Weber atribuí à ciência e à técnica científica aquilo que denominou como racionalização intelectualista, e esta noção não significa outra coisa senão a de um exercício de domínio da vida humana por meio da previsão. Trata-se de um processo de desencantamento do mundo da vida:

[...] A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente acerca das condições em que vivemos. Significam, antes, que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, ‘poderíamos, bastando que o quiséssemos’, provar que não existe, em

princípio, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida; em uma palavra, que podemos ‘dominar’ tudo, por meio da previsão. Equivale isso a despojar de magia o mundo. Para nós não mais se trata, como para o selvagem que acredita na existência daqueles poderes, de apelar a meios mágicos para dominar os espíritos ou exorcizá-los, mas de recorrer à técnica e à previsão. Tal é a significação essencial da intelectualização. Surge daí uma pergunta nova: esse processo de desencantamento, realizado ao longo dos milênios da civilização ocidental e, em termos mais gerais, esse ‘progresso’ do qual participa a ciência, como elemento e motor, tem significação que ultrapasse esta pura prática e esta pura técnica? [...] Com efeito, há sempre possibilidade de novo progresso para aquele que vive no progresso; nenhum dos que morrem chega jamais a atingir o pico, pois que o pico se põe no infinito. [...] O homem civilizado, ao contrário, colocado em meio ao caminhar de uma civilização que se enriquece continuamente de pensamentos, de experiências e de problemas, pode sentir-se ‘cansado’ da vida, mas não ‘pleno’ dela. Com efeito, ele não pode jamais apossar-se senão de uma parte ínfima do que a vida do espírito incessantemente produz, ele não pode captar senão o provisório e nunca o definitivo. [...] pois a ‘progressividade’ despojada de significação faz da vida um acontecimento igualmente sem significação. [...]”⁴⁴

É através deste processo de desencantamento de mundo, enquanto eliminação da dimensão metafísica, bem como através de uma noção de progresso, promovidos pela ciência, onde reside o verdadeiro espírito objetivo-científico na modernidade. Mais uma vez, o termo “metafísica”, aqui, deve ser entendido não só como o lugar do sagrado ou do transcendente no mundo da vida, mas, preferencialmente, como os postulados de tipo normativo. Para Weber, “se existem conhecimentos capazes de extirpar, até as raízes, a crença na existência de seja lá o que for que se pareça a uma ‘significação’ do mundo, esses conhecimentos são exatamente os que se traduzem pela ciência”⁴⁵. A conotação do termo significação, para Weber, tem um sentido muito restrito, já que a ciência, na realização de seus postulados, pressupõe valores. É evidente que para o conhecimento científico “dizer algo”, esta possibilidade deverá ocorrer linguisticamente, ou seja, no interior do fenômeno da linguagem. E por óbvio que a linguagem possui significação intersubjetiva. Neste sentido, há aí uma pressuposição valorativa. Contudo, em última instância, estes mesmos valores pressupostos pela ciência, e este parece ser o ponto de Weber, eles não se justificam cientificamente. Weber coloca esta questão da seguinte maneira:

Instalou-se, em nossos dias, o hábito de falar insistentemente numa ‘ciência sem pressupostos’. Existe uma tal ciência? [...] Todo trabalho científico pressupõe sempre a validade das regras da lógica e da metodologia, que

⁴⁴ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 35-36.

⁴⁵ Ibidem. p. 40-41.

constituem os fundamentos gerais de nossa orientação de mundo. [...] A ciência pressupõe, ainda, que o resultado a que o trabalho científico leva é ‘importante’ em si, isto é, merece ser conhecido. Ora, é nesse ponto, manifestamente, que se reúnem todos os nossos problemas, pois que esse pressuposto escapa a qualquer demonstração por meios científicos. [...] Pessoa alguma poderá, entretanto, demonstrar esse pressuposto. [...] A impossibilidade de alguém se fazer campeão de convicções práticas ‘em nome da ciência’ – exceto o caso único que se refere à discussão dos meios necessários para atingir um fim previamente estabelecido – prende-se a razões muito mais profundas. Tal atitude é, em princípio, absurda, porque as diversas ordens de valores se defrontam no mundo, em luta incessante. [...] É o destino que governa os deuses e não uma ciência, seja esta qual for. [...] Nos termos das convicções mais profundas de cada pessoa, uma dessas éticas assumirá as feições do diabo, a outra as feições divinas e cada indivíduo terá de decidir, de ‘seu próprio ponto de vista’, o que, para ele, é deus e o que é o diabo⁴⁶. [...]

Percebe-se, então, que o sentido de “significação”, para Weber, está para além do que se propõe a ciência. Significação diz respeito a um contexto de descoberta, e não a um contexto de justificação científica. A ciência apenas “coloca naturalmente à nossa disposição certo número de conhecimentos que nos permitem dominar tecnicamente a vida por meio da previsão, tanto no que se refere à esfera das coisas exteriores como ao campo da atividade dos homens”⁴⁷. Contudo, tentar encontrar “razões” para a vida prática, trata-se de um empreendimento falível diante do que se propõe o conhecimento científico. A ciência apenas oferece técnicas para realização da decisão de um problema prático. Neste sentido, ainda que se pressuponham valores para a ciência, ou para a atividade científica, este tipo de conhecimento não oferece senão instrumentos técnicos para a realização de uma decisão, ou seja, em determinada tomada de posição prática:

[...] a ciência contribui para ‘clareza’. Com a condição de que nós, os cientistas, de antemão a possuamos. Se assim for, poderemos dizer-lhes claramente que, diante de tal problema de valor, é possível adotar, na prática, esta ou aquela posição [...]. Quando se adota esta ou aquela posição, será preciso, de acordo com o procedimento científico, aplicar tais ou quais meios para conduzir o projeto a bom termo. Poderá ocorrer que, em certo momento, os métodos apresentem um caráter que nos obrigue a recusá-los. Nesse caso, será preciso escolher entre o fim e os meios inevitáveis que esse fim exige⁴⁸. [...]

A razão específica para o cumprimento do princípio de não valoração no conhecimento científico, enquanto eliminação do fenômeno da significação, reside no fato de que este mesmo fenômeno implica em uma “cosmovisão de mundo”. Esta noção

⁴⁶ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 44-51.

⁴⁷ *Ibidem*. p. 54.

⁴⁸ *Ibidem*. p. 55.

de “cosmovisão de mundo” possui bases subjetivas, o que vai de encontro ao objetivismo empírico pretendido pelos conhecimentos científicos. Segundo Weber, “juízos de valor não deveriam ser extraídos de maneira nenhuma da análise científica, devido ao fato de derivarem, em última instância, de determinados ideais, e por isso terem origens ‘subjetivas’”⁴⁹. O que se depreende do exposto até aqui é que há uma separação muito precisa entre pretensão de objetividade e pretensão de valoração. Enquanto a ciência produz juízos objetivos, a valoração/significação está disposta para um campo da ética e da moral. Trata-se do universo da cultura humana, propriamente dito. Deste modo, o conhecimento científico opõe objeções terminais à pretensão de objetividade de uma “cosmovisão de mundo”, justamente por serem empiricamente impraticáveis. Estas “cosmovisões de mundo”, enquanto ordem de valores, se defrontam incessantemente⁵⁰. E não há privilégio entre as diversas ordens de valores, ou seja, o reconhecimento de um meta-domínio capaz de gerar um “engajamento” intersubjetivamente válido:

[...] é nossa opinião de que jamais pode ser tarefa de uma ciência empírica proporcionar normas e ideais obrigatórios, dos quais se possa derivar ‘receitas’ para a prática. [...] Seja como for, somente a partir do pressuposto da fé em valores tem sentido a intenção de defender certos valores publicamente. Porém emitir um juízo sobre a validade de tais valores é assunto da fé, e talvez também seja tarefa de uma consideração e interpretação especulativa da vida e do mundo, no tocante ao seu sentido, mas, certamente não é tarefa de uma ciência empírica, no sentido de como nós a entendemos. [...] Temos de admitir que ‘cosmovisões’ nunca podem ser o resultado de um avanço do conhecimento empírico, e que, portanto, os ideais supremos que nos movem com a máxima força possível, existem, em todas as épocas, na forma de uma luta com outros

⁴⁹ WEBER, Max. **Metodologia das ciências formais: parte 1**. Tradução de Augustin Wermet. 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001. p. 109.

⁵⁰ Quer dizer, em um nível global, não é possível reconhecer qualquer sobreposição de valores senão pela “dominação de culturas”, ignorando aí, e para tanto, o fenômeno da consciência histórica natural de cada uma delas. Neste sentido: “[...] Entendemos por consciência histórica o privilégio do homem moderno de ter plena consciência da historicidade de todo presente e da relatividade de toda opinião. [...] Seria absurdo, daqui por diante, confinar-se na ingenuidade e os limites tranquilizadores de uma tradição fechada sobre si mesma, no momento em que a consciência moderna encontra-se apta a compreender a possibilidade de uma múltipla relatividade de pontos de vista. [...] Com efeito, para que as partes em litígio, de seus respectivos pontos de vista, cheguem a um acordo – e isso acontece mais de uma vez - sobre o fato de que suas posições antagônicas forma um todo compreensivo e coerente [...], é preciso que cada qual esteja plenamente consciente do caráter ‘particular’ de suas perspectivas”. GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Tradução de Paulo César Duque Estrada. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003. p. 14-15. Ainda neste sentido: “[...] Uma ética que pretenda se apoiar em instituições, nas quais devem aparecer princípios supremos de valoração, não só tem que se submeter à objeção de que as instituições dos membros das diversas formações sociais de nenhum modo se harmonizam, mas também que elas costumam estar impregnadas de tradições do meio cultural no qual as respectivas pessoas cresceram, fato ao qual se pode recorrer para a explicação dessas divergências [...]”. ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976. p.76-77.

ideais que são, para outras pessoas, tão sagrados como o são para nós os nossos⁵¹.

Se há alguma dificuldade, nos dias atuais, de se produzir algum elemento heterogêneo de característica normativa, em um nível global, e que possua algum “engajamento” intersubjetivamente válido, tal dificuldade reside, em primeiro lugar, na impossibilidade de construção objetiva deste elemento a partir da modernidade. Atualmente, no entanto, é possível reconhecer outros tipos de discurso racional que não o produzido pelos positivistas lógicos. Tratam-se de perspectivas que trabalham em um nível de comunicação humana/social ou, em um universo de compreensão de fenômenos, em um horizonte hermenêutico. Além do mais, se há algo que o positivismo lógico tornou evidente, é que não há possibilidade para a construção de elementos conceituais objetivos, senão em um nível de comunicação, ou seja, em um nível prático-político. Pois que a possibilidade de produção de qualquer elemento normativo que seja, não possui lugar senão na humanidade. E isso significa frustrar qualquer tentativa que seja de encontrar algum privilégio para a construção da norma, jurídica ou moral, em um nível global. A construção de qualquer regra prescritiva que não for produzida em um nível prático-político, em um nível de comunicação, portanto, deverá, necessariamente, pressupor uma condição transcendente ou metafísica. Neste sentido, não é possível encontrar qualquer coisa que se pareça como um valor (vida, liberdade, igualdade, justiça e etc) no universo objetivo das ciências, senão pela interlocução de seus atores, em um ato de decisão. A importância da tradição lógico-positivista, para o mundo jurídico, reside justamente nisto: a necessidade de construção de um elemento heterógeno capaz de eliminar do discurso jurídico qualquer elemento valorativo ainda nele pressuposto. Somente com esta precisão teórica é que foi possível, ao mundo jurídico, localizar, com certa precisão, o lugar de sua objetividade. Deste modo, tornou-se possível ao mundo jurídico identificar a possibilidade de seu discurso se debruçar sobre os conceitos indeterminados que lhes são próprios, sem equívocos metodológicos. O discurso jurídico, finalmente, restringiria a sua cientificidade à validade da estrutura de seu objeto: a norma jurídica.

⁵¹ WEBER, Max. **Metodologia das ciências formais: parte 1**. Tradução de Augustin Wernet. 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001. p. 111-113.

2.2 A NORMA FUNDAMENTAL COMO HIPÓTESE LÓGICO-TRANSCENDENTAL: UM PRESSUPOSTO PARA A CIÊNCIA DO DIREITO

Particularmente, o discurso jurídico parece enfrentar dificuldades peculiares quando da tentativa de justificação racional de seus enunciados. Isso porque o discurso jurídico precisou produzir e pressupor um elemento fundamental/fundante para a sua ciência, e nesse sentido o século XX foi bastante generoso para os juristas. Atualmente, é indiscutível a relevância e a centralidade do que se entende por “norma jurídica” para a construção da ciência jurídica e, igualmente, para as instituições jurídicas. Não há como ignorar que a construção da hipótese “norma jurídica” como um pressuposto científico tornou “lícita” a própria cientificidade do direito. Contudo, ao tempo que demonstrou possível conhecermos a ciência jurídica através de seu objeto – a norma jurídica -, a estrutura também deflagrou o lugar da tradição teórica legada aos cientistas do direito: um legado inadiável diante da própria exigência de construção/produção de um conhecimento objetivo, que se estabeleceu e predominou na modernidade. Este parece ser o aspecto menos problemático do conhecimento jurídico. Quer dizer, para que o direito pudesse conformar uma organização metodológica já pressuposta pela modernidade, foi necessário, em primeiro lugar, a produção de um objeto capaz de conduzir os juristas a uma postura descritiva na própria realização do discurso jurídico-científico: o objeto é a norma jurídica. Trata-se de um corte retórico fundamental para a admissão de uma postura descritiva por parte do cientista do direito, eliminado, então, não só elementos valorativos indeterminados e eventuais confusões institucionais do interior da ciência jurídica, como também conduziu a neutralização de um ponto problemático e dolente para o surgimento do direito na modernidade: o conceito de justiça.

Não é de modo alguma evidente que, na perspectiva de construção de um conhecimento avalorativo, se queira, com efeito, pressupor a “contemplação desinteressada do real”. Seria muito difícil admitir que o conhecimento, em um nível epistemológico, não tenha qualquer utilidade para com o mundo da vida. E parece admissível, igualmente, que o conhecimento científico tem a pretensão de resolver problemas humanos. Por esta razão, há o risco de a ciência se transformar em ideologia,

mas, conforme Kelsen, tal risco faz parte da “honra da ciência”⁵². Parece haver, por parte dos juristas, uma má-compreensão sobre a tradição lógico-positivista, bem como sua influência sobre a formação do discurso jurídico a partir da modernidade, justamente porque o “juspositivismo não se pretende neutro, mas sim avalorativo. [...] admitir o caráter ideológico do conhecimento juspositivista não implica abrir mão do rigor e do controle metodológico, mas antes, paradoxalmente, significa reforça-los”⁵³. O positivismo lógico pressupõe, ainda, a descrição da realidade, mediante juízos de fato, evitando, assim, qualquer juízo de valor, ou seja, proposições pseudocientíficas, conforme entende a tradição lógico-positivista e, conseqüentemente, o juspositivismo. É preciso dizer que o juspositivismo sofreu oposições quando do seu surgimento. “A principal censura dirigida ao positivismo se dá no sentido de afirmar que uma ciência incapaz de fornecer critérios para a ação, ou seja, que se limita a descrever as coisas como são, é, em uma palavra, uma ciência inútil”⁵⁴. Contudo, somente com o surgimento do positivismo jurídico, a partir da modernidade, é que houve uma organização normativa sistemática do direito na figura Estado (elemento central para a modernidade). Neste sentido, e conforme Kelsen, “a ordem jurídica é um sistema de normas”⁵⁵. Ainda, em razão desta organização sistemática do discurso jurídico, houve uma precisão formal e conceitual mais rigorosa da norma jurídica, bem como de sua estrutura pressuposta:

Na afirmação evidente de que o objeto da ciência jurídica é o Direito, está contida a afirmação – menos evidente – de que são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressupostos ou consequência, ou – por outras palavras – na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas. Pelo que respeita à questão de saber se as relações inter-humanas são objeto da ciência jurídica, importa dizer que elas também só o são objeto de um conhecimento jurídico enquanto relações jurídicas, isto é, como relações que são constituídas através de normas jurídicas. A ciência jurídica procura apreender o seu objeto ‘juridicamente’, isto é, do ponto de vista do direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma jurídica⁵⁶.

⁵² KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 25.

⁵³ KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas: com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger**. Tradução de Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012. p. 13.

⁵⁴ *Ibidem*. p. 13.

⁵⁵ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 161.

⁵⁶ *Ibidem*. p. 79.

Para o cumprimento dos pressupostos da tradição lógico-positivista, por parte do discurso jurídico-científico, tornou-se necessária a suposição de um ente produtor e centralizador de normas, capaz de reter, em sua origem, qualquer discussão de natureza político-normativa. Este ente, obviamente, foi o Estado moderno, e em sua origem, estava o postulado científico necessário para a ciência normativa do direito: a norma fundamental. De tal forma, estruturou-se um ambiente capital para o discurso jurídico, capaz de licitar, para a atividade científica do jurista, a análise objetiva de validade da estrutura normativa do direito. O Estado desempenha um papel fundamental não só porque ele é o Direito, mas, sobretudo, porque ele é o ente centralizador e produtor da norma jurídica: é necessário que o Estado, em seu campo de ação - o direito -, “esteja relativamente separado das demais formas e dicotomias de organização social, ou seja, o pressuposto sociológico para a dogmatização do direito é a emancipação, a relativa imunização deste em relação aos demais agrupamentos de normas”⁵⁷. Há, na figura do Estado, portanto, uma estrutura legislativa pressuposta, a qual, na sua origem, a norma jurídica está legitimada politicamente. Desta forma, através de uma análise normativa do direito, a legitimidade da regra jurídica estaria pressuposta na própria legalidade do Estado. Com o surgimento do Estado moderno, enquanto ente centralizador e produtor da norma jurídica, foi possível construir um postulado científico determinante para a ciência do direito: a norma fundamental. Somente com esta hipótese da norma fundamental é que foi possível, para a ciência do direito, uma análise objetiva de seu objeto de conhecimento, ou seja, a estrutura de validade da norma jurídica. A hipótese da norma fundamental permitiu à ciência do Direito reter na origem do processo legislativo qualquer discussão de natureza política sobre o seu objeto de estudo. A partir de então, a estrutura de racionalidade do discurso jurídico-científico restringiu-se ao sistema de normas produzidas pelo Estado, em sua estrutura de validade. Ora, tal empreendimento não só fez cumprir, com rigor, o princípio de não valoração, pressuposto na análise objetiva do conhecimento científico, como também, conseqüentemente, eliminou da ciência do

⁵⁷ Ainda neste sentido, é preciso esclarecer: “Pode-se, como outros autores, utilizar a expressão ‘direito positivo’ para designar essa forma estatal moderna de organização jurídica ou, como escolhido aqui, ‘direito dogmático’. Isto porque a expressão ‘positividade’ e seus derivados têm levado a equívocos na literatura jurídica, sendo empregada em sentidos diversos, tais como os de validade, vigência, eficácia, efetividade. Entende-se aqui o direito dogmático como uma das formas que pode assumir o direito positivo; direito dogmático é o direito ‘posto’ pelo Estado moderno segundo tais e tais características, mas o direito pode ser posto por outras instâncias não-estatais e exibir facetas diferentes”. ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p.168-171.

direito qualquer juízo de adequação da norma jurídica enquanto “realidade efetiva”⁵⁸. Daí a importância da figura do Estado para o discurso jurídico a partir da modernidade:

Inicialmente, a organização dogmática do direito pressupõe uma estrutura piramidal, na feliz imagem de Adolf Merkl adotada por Kelsen. Para tanto, surge a necessidade de um centro produtor de normas, de um sistema para trato com certo tipo de relações previamente determinadas, que decida em última instância sobre questões relacionadas com o próprio sistema, monopolizando a definição do direito. Este centro produtor de normas constitui o Estado, o Estado moderno, caso se queira aplicar o conceito de Estado a formas de organização jurídica anteriores à modernidade. Este fenômeno vem acompanhado de uma filosofia e de uma convicção relativamente generalizadas que procuram separar o direito das demais ‘ordens normativas’ enquanto objeto de uma ciência e de um método próprios, assim como de toda uma teoria altamente complexa, a chamada teoria dogmática do direito ou teoria do direito dogmático, que inclui uma hierarquização das fontes do direito, com o privilégio das fontes estatais, a lei e a jurisprudência. A concepção de mundo que subjaz a essa filosofia e teoria geral do direito é o positivismo jurídico, entendida como aquela perspectiva segundo a qual o único direito existente é aquele efetivamente empírico, perceptível pelos órgãos do sentido⁵⁹.

Com a influência da tradição lógico-positivista sobre a teoria do direito, há três pontos de atenção fundamentais para a compreensão da formação do discurso jurídico racional: a pureza metodológica, em atenção ao cumprimento do princípio de não valoração; a estrutura de validade fundamentado em um postulado científico: a norma fundamental e, por fim; a pressuposição de uma norma fundamental como hipótese lógico-transcendental para a ciência do direito⁶⁰. Para o cumprimento das exigências

⁵⁸ Neste sentido: “A teoria de Hans Kelsen está fundada em dois pressupostos: no ‘dualismo neokantiano’ entre ser (mundo da natureza, ‘Sein’) e dever ser (mundo normativo, ‘Sollen’), segundo o qual a realidade e o direito são duas esferas claramente separadas; no ‘positivismo jurídico’, segundo o qual são direito apenas as normas de direito positivo, ou seja, aquelas postas, estatuídas pelo Estado” [...]. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 51.

⁵⁹ ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p.168-169.

⁶⁰ “O direito moderno parece ser o mais eficiente para a sociedade que o produz, apenas isto, esta mesma sociedade que perspectivas jusnaturalistas não conseguem explicar satisfatoriamente”. Ibidem. p.164. Ainda, somente a partir da ideia da existência de uma norma fundamental é que foi possível a construção de uma tradição fortemente influente para a teoria do direito até a contemporaneidade: o normativismo jurídico: “O normativismo é uma escola do pensamento jurídico de matriz juspositivista surgida no início do século 20. Por ser juspositivista, o normativismo jurídico aceita os seus dois principais postulados, quais sejam: a) a limitação do objeto de estudo ao direito posto, ou seja, efetivamente existente na realidade social, o que traz como consequência a negação da existência de qualquer ordem jurídica metafísica, tal como a do direito natural; b) a assunção de uma postura epistemológica orientada rumo à avaloratividade e à construção de um discurso científico rigoroso, no que se percebe a influência do Círculo de Viena de Carnap, Neurath e Schillick” [...]. KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas: com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger**. Tradução de Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012. p. 15.

lógico-metodológicas que a tradição lógico-positivista imprimia sobre a teoria do direito, foi preciso, em um primeiro momento, construir um sistema normativo que restringisse a análise do discurso jurídico em termos de validade, eliminando daí a análise sobre enunciados, se verdadeiros ou falsos, em correspondência com a realidade. Trata-se, portanto, de uma purificação da linguagem científica do direito, ou mesmo, propriamente, a sua imunização: neste sentido, pode-se dizer que “[...] uma sociedade estará tanto mais em condições de dogmatizar o seu direito quanto mais seus subsistemas estejam reciprocamente imunizados contra as interferências mútuas, mesmo sabendo que no mundo real tal imunização jamais ocorre”⁶¹. Este primeiro ponto exigiu da ciência do direito a definição precisa de seu objeto que, evidentemente, como se sabe, tornou-se a norma jurídica. Ademais, é preciso observar que, a determinação de um objeto para a ciência do direito “sempre foi um problema para os juristas preocupados com a cientificidade de suas pesquisas”⁶². A pureza metodológica perseguida pela ciência do direito, mesmo que se trate de um corte retórico, foi fundamental para que, com a construção da hipótese da “norma fundamental”, toda análise jurídica científica ficasse restrita a estrutura de validade das normas jurídicas. No que trata a pureza metodológica da ciência do direito, Kelsen assim se manifesta:

A teoria pura do direito é uma teoria do direito positivo [...]. Como teoria, quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto. [...] já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito. Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental⁶³.

É neste ponto, o corte retórico da pureza metodológica pretendido por Kelsen, que reside um ponto controvertido em sua teoria. Em verdade, trata-se de uma discussão que percorre a toda a tradição da filosofia analítica do direito, propriamente. Enquanto a

⁶¹ ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p.162-163.

⁶² Neste sentido: [...] “A mutabilidade de seu objeto sempre foi um problema para os juristas preocupados com a cientificidade de suas pesquisas. Pior do que a mutabilidade parece ser a contingência. Se o direito não é permanente na sociabilidade humana, pode não se justificar uma ciência ou uma filosofia do direito como setor específico do conhecimento”. Ibidem. p. 157.

⁶³ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 01.

teoria analítica do direito pretende oferecer o “sentido específico de regras jurídicas”⁶⁴ há, de outro lado, a pré-ocupação quase restrita desta tradição a uma postura descritiva do direito, ou seja, da regra jurídica. Neste caso, tanto a teoria analítica do direito, quanto a teoria pura do direito, não se ocupam, em vista disso, “com a avaliação moral ou política do direito, nem com a descrição ou explicação sociológica do direito ou do fenômeno jurídico. Antes, ambas estão preocupadas com a análise ou a elucidação do sentido do direito positivo”⁶⁵. Deste modo, é preciso admitir, para o discurso jurídico, uma diferença básica entre juízos descritivos e juízos prescritivos: enquanto o primeiro descreve fatos/regras, de forma pretensamente avaliativa, o segundo, por sua vez, prescreve normas, ou seja, produz um enunciado de valor. Pois bem. Segundo Kelsen, “as normas jurídicas promulgadas pelas autoridades criadoras de direito são prescritivas; as regras jurídicas formuladas pela ciência do direito são descritivas” [...]⁶⁶. Ainda neste sentido, “[...] as afirmações, por meios das quais a ciência do direito apresenta o direito, não devem ser confundidas com as normas criadas pelas autoridades que criam direito. É preferível não chamar de normas essas declarações, mas de regras jurídicas”⁶⁷. O ponto aparentemente controvertido é que Kelsen propõe, para a teoria pura do direito, “entender o sentido específico de regras jurídicas, e isso naturalmente conduz a uma expectativa de que o principal produto dessa forma de teoria do direito sejam declarações apresentando ou explicando o sentido de expressões”⁶⁸. No entendimento de Hart, a questão se dá da seguinte forma:

[...] embora pudéssemos encontrar no livro de Kelsen [...] muitos exemplos daquilo que poderia ser interpretado como definições ou análises de expressões, resta claro que a preocupação principal da Teoria Pura do Direito não é fazê-lo, mas realizar algo bastante diferente. A maior parte do tempo, Kelsen parece antes preocupado em introduzir novas expressões e, por meio delas, novas ideias, do que em definir expressões antigas. As definições de

⁶⁴ HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 324.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 325.

⁶⁶ Ainda neste sentido: [...] “A regra jurídica, ‘o termo utilizado em um sentido descritivo, é um julgamento hipotético que atribui certas consequências a certas condições [...]. A norma jurídica diz: se ‘A ocorre, B’ deve ocorrer. ‘A regra jurídica é uma norma (no sentido descritivo desse termo) [...]. As declarações de dever-ser, através dos quais o teórico do direito apresenta as normas, têm um significado apenas descritivo; elas, por assim dizer, apresentam normas, têm um significado apenas descritivo; elas, por assim dizer, apresentam descritivamente o ‘dever-ser’ das normas” [...]. KELSEN, Hans apud HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 324.

⁶⁷ KELSEN, Hans apud HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 324.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 325.

expressões jurídicas existentes são incidentais àquilo que Kelsen, logo no início, diz ser a principal tarefa da Teoria Pura do Direito: permitir que os juristas interessados em um sistema jurídico específico entendam e descrevam, com o máximo de exatidão possível, aquele sistema de direito positivo. Para este fim, a Teoria Pura ‘oferece os conceitos fundamentais pelos quais o direito de uma comunidade jurídica específica pode ser descrito’. É importante observar que tal descrição do sistema jurídico específico não é tarefa da ‘ciência normativa do direito’, ou ‘teoria do direito normativa’⁶⁹.

Note-se que Hart pressupõe uma diferença de entendimento entre a “teoria pura do direito”, a “ciência normativa do direito” e a “teoria do direito normativa”. Na verdade, estes últimos termos, “teoria pura do direito” e “teoria do direito normativa”, em seu entendimento, tratam-se de sinônimos. Estas teorias, evidentemente, possuem alguma convergência, pois ambas são “ciências cujo objeto é o direito positivo; não estão preocupadas em avaliar ou criticar esse objeto em termos morais, ideológicos [...]; e não estão preocupadas em fornecer descrições factuais ou explicações das operações reais do direito”⁷⁰. Neste sentido, tratam-se de formas puras. A objeção de Hart, entre a “teoria pura do direito” e a “ciência normativa do direito”, deste modo, a diferença que habita a “teoria pura do direito” e a “ciência normativa do direito” (ou “teoria do direito normativa”) é que, em suas palavras:

[...] A teoria pura é uma teoria geral que, de fato, diz ao jurista interessado em um sistema jurídico específico como ‘representar’ ou descrever tal sistema; quais tipos de ‘conceitos’ ele deveria usar e quais não; e, de maneira geral, qual forma sua descrição ou ‘apresentação’ do sistema jurídico deve assumir se deseja ser apta de ser considerada a ciência normativa daquele sistema. [...] é neste ponto que Kelsen introduz as noções que eu e outros consideramos tão confusas. Falando na condição do teórico puro, Kelsen diz ao jurista envolvido na ciência normativa de um sistema jurídico específico que sua descrição ou representação deve assumir a forma de ‘regras’ ou ‘declarações de dever-ser’, mas ‘em um sentido descritivo’. Isto é bastante surpreendente porque aquilo que naturalmente deveríamos esperar de um jurista que nos diz estar engajado na descrição ou apresentação do direito [...] não seria um conjunto de regras ou ‘declarações de dever-ser’, mas um conjunto de declarações explicando qual o sentido das regras conforme se encontram, por exemplo, nas leis da Inglaterra ou da Califórnia⁷¹. [...]

A título de esclarecimento, então, a controvérsia possui a seguinte premissa: Kelsen entende que o termo “normas jurídicas” deve ser usado exclusivamente em referência a norma jurídica promulgada pela autoridade criadora de direito: trata-se,

⁶⁹ HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 326-327.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 327.

⁷¹ *Ibidem*. p. 326-327.

portanto, de norma prescritiva de direito. Consequentemente, a proposta de terminologia de Kelsen para a atividade de descrição do direito é o de “regra jurídica”, ou “regra de direito”. É o que cabe à ciência do direito quando da análise da “norma jurídica”: descrever. Por outro lado, e este é o ponto controvertido, Hart entende que o termo “regra de direito”, empregado por Kelsen para designar a função descritiva do direito, remete, em verdade, à atividade legislativa desempenhada por uma autoridade competente. Trata-se da criação de “normas jurídicas” propriamente ditas. O conceito de “regra jurídica” remete a perspectiva de um pronunciamento sancionador, e não, necessariamente, à explicitação da regra jurídica promulgada. Conforme Hart, [...] “são declarações de juristas ‘sobre’ o direito, e não pronunciamentos legislativos ‘de’ direito. Entretanto, ele [Kelsen] insiste em chamar essas declarações da ciência normativa do direito de ‘regras de direito’, ou ‘declarações de dever-ser’ em ‘um sentido descritivo’”⁷². A discussão se estabelece, então, sobre a aplicação de uma terminologia precisa, capaz de explicitar uma postura descritiva do direito e, assim, orientar tanto a função da teoria pura do direito, como a de uma ciência normativa do direito:

[...] o professor Alf Ross acredita que Kelsen, ao usar essa terminologia, perpetua uma lamentável tradição continental de que é possível realizar uma ciência do direito ou uma ciência das ‘normas’ ‘através de normas’. Este seria ao uso da expressão ‘ciência normativa’ não em um sentido inócuo de uma ciência que tivesse normas ou regras jurídicas como seu objeto, mas uma ciência cujas ‘conclusões’ são leis. Por outro lado, o professor Martin Golding, em seu importante artigo ‘Kelsen and the Concept of Legal System’, claramente pensa que nenhuma dessas acusações é fundamentada. Ele concede que a expressão ‘teoria do direito normativa’ é um nome infeliz à tarefa do jurista de representar ou descrever o direito de um sistema jurídico específico na forma prescrita pela Teoria Pura; e ele observa que algumas passagens na obra de Kelsen podem sugerir que, a fim de levar adiante sua tarefa, o jurista deva exercer a faculdade misteriosa de ‘cognição da norma’ em vez da habilidade ordinária de dizer quais são as leis em um sistema jurídico e o que significam. Mas é entendimento manifesto do professor Golding de que, para dissipar a confusão e fazer justiça ao sentido de Kelsen, basta inserir, nesse ponto, uma distinção familiar aos lógicos modernos entre o ‘uso’ e a ‘menção das palavras’⁷³.

Em verdade, é impreciso, ou mesmo forçoso, tratar a controvérsia como um problema teórico terminal. Parece haver, antes, uma má compreensão sobre a real localização da proposta teórica oferecida por Kelsen, com o uso dos recursos que a própria

⁷² HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 328.

⁷³ *Ibidem*. p. 328-329.

filosofia analítica dispõe. Neste sentido, a diferença entre “uso” e “menção”, realizada pela lógica moderna⁷⁴, parece atenuar a questão: enquanto a noção de “uso” de um determinado conceito remete a uma noção “substancial” sobre o conteúdo dos termos da “norma jurídica”, o conceito de “menção” dispõe sobre um esclarecimento terminológico do conceito, de forma abstrata. Trata-se de uma explicitação da terminologia linguística empregada nos termos da “norma jurídica” analisada. Assim, a distinção, se aplicada ao direito, “[...] podemos dizer que os órgãos legislativos, ao promulgarem leis, ‘usam’ certas palavras, e que o jurista que se encarrega de nos explicar o que a lei diz ‘menciona’ tanto as palavras da lei, como as palavras que ele oferece à guisa de paráfrase ou explicação de sentido”⁷⁵. Desta forma, é possível compreender que a proposta de Kelsen para uma ciência normativa do direito, enquanto declaração de “regras”, o termo “regra”, no presente caso, deve ser entendido como “menção” descritiva de um sentido contido na “norma jurídica”. É o que Hart esclarece com a seguinte colocação:

Se aplicarmos essa distinção ao direito, podemos dizer que os órgãos legislativos, ao promulgarem leis, ‘usam’ certas palavras, e que o jurista que se encarrega de nos explicar o que a lei diz ‘menciona’ tanto as palavras da lei, como as palavras que ele oferece à guisa de paráfrase ou explicitação de sentido. Assim, os esquemas acima seriam preenchidos por palavras que são mencionadas, não usadas. Com base nisso, podemos dizer que Kelsen, com a enigmática afirmação de que as declarações da ciência normativa do direito são, elas mesmas ‘regras’ e ‘declarações de dever-ser’ ainda que ‘em sentido descritivo’, queira dizer que suas declarações, que explicam o sentido de um ato do órgão legislativo, mencionam certas declarações de dever-ser ou regras como o equivalente, em sentido, à promulgação realizada”⁷⁶. [...]

Retomando a análise proposta, e como segunda questão, está a suposição de uma “norma fundamental” para o sistema jurídico. Quer dizer, as normas jurídicas derivam, em última instância, de uma “norma fundamental”. Esta pressuposição é o que compõe a estrutura de racionalidade dinâmica do discurso jurídico, enquanto condição autorizadora para as demais normas. Segundo Kelsen, a validade de uma norma jurídica “não pode ser questionada a pretexto de seu conteúdo ser incompatível com algum valor moral ou político. Uma norma é uma norma jurídica válida em virtude de ter sido criada segundo

⁷⁴ QUINE, Willard van Orman. **Stanford Encyclopedia of Philosophy: the use-mention distinction**. Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/quotation/#2.2>. Acesso em 03 de janeiro de 2016.

⁷⁵ HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 328-329.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 329-330.

uma regra definida, e apenas em virtude disso”⁷⁷. Este dinamismo implicado na ideia de uma norma fundamental é determinante para a compreensão da estrutura de validade do sistema jurídico-positivo, ou seja, de uma ordem jurídica válida. Logo, a estrutura de racionalidade dinâmica de uma ordem jurídica, sua validade, portanto, deverá estar em estreita correspondência ao processo de derivação das normas particulares em relação à norma fundamental: “a derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental”⁷⁸. Kelsen assim explicita o tema:

Se perguntarmos por que a constituição é válida, talvez cheguemos a uma constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma constituição que é historicamente a primeira [...] A validade dessa primeira constituição é a pressuposição última, o postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica. [...] O documento que corporifica a primeira constituição é uma constituição, uma norma de caráter obrigatório, apenas sob a condição de que a norma fundamental seja pressuposta como válida. É apenas esta pressuposição que nos possibilita distinguir entre indivíduos que são autoridades jurídicas e outros que não consideramos como tais [...] Todos esses atos pertencem a uma mesma ordem jurídica porque a origem de sua validade pode ser remontada – direta ou indiretamente – à primeira constituição. Pressupõe-se que a primeira constituição seja uma norma jurídica de caráter obrigatório, e a formulação da pressuposição é a norma fundamental dessa ordem jurídica⁷⁹. [...]

Deste modo, a contribuição definitiva permitida pelo positivismo jurídico, é possível dizer, foi a construção de um pressuposto fundante para a teoria do direito a partir da modernidade: a norma fundamental⁸⁰. Trata-se de uma hipótese capaz de neutralizar, no discurso jurídico, a influência de elementos normativos enraizados em seu discurso. A norma fundamental é incorporada, na teoria do direito, como um elemento de validade, ou seja, um suposto formal necessário a fim de se evitar a análise prescritiva do direito, enquanto uma pretensão de análise objetiva do direito. Somente com a construção da

⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 168.

⁷⁹ *Ibidem*. p. 168-169.

⁸⁰ “Na ‘teoria pura do direito’, Kelsen se preocupa com a forma do direito, acolhendo a lição de Aristóteles, para quem só é possível fazer ciência do universal, eis que o particular escapa à capacidade generalizante e sintetizante própria do entendimento humano. E no que diz respeito à experiência jurídica, somente a forma se mostra de maneira universal, sendo o seu conteúdo infinitamente variáveis segundo determinadas condições históricas, política, econômicas, ideológicas etc. Por isso, Kelsen se vê obrigado a conceber um fundamento de validade para o direito que seja forma e vazio [...], de modo que a opô-lo à indeterminação e ao particularismo próprio dos critérios morais e políticos sob os quais boa parte das teorias jurídicas da época forma gestadas”. KELSEN, Hans. **Sobre a teoria das ficções jurídicas: com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger**. Tradução de Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012. p. 13.

hipótese da norma fundamental é que o discurso jurídico, na modernidade, conseguiria cumprir com o rigor da tradição lógico positivista e, assim, cientificizar o seu discurso. Trata-se de um elemento central, pois a eliminação de toda dimensão valorativa preexistente no discurso jurídico, até então, somente poderia ser desenraizada com a pressuposição de um elemento heterogêneo fundado na figura do Estado, e que permitiu, para o cientista do direito, a partir de então, a análise objetiva de validade da estrutura jurídico-normativa. A construção do suposto “norma fundamental”, na figura do Estado, “fixou”, com rigor, o discurso jurídico. Esta hipótese normativa⁸¹ elimina, em um nível teórico, e de uma vez por todas, a instabilidade da pergunta sobre os fundamentos do direito, antes pressuposta em um horizonte político. Então, este elemento pressuposto desempenha um papel fundamental, pois ao tempo que “retém” a discussão sobre a “justiça normativa”, enquanto um questionamento político, na origem da formação do Estado, torna possível, igualmente, a análise de validade das normas jurídicas derivadas na estrutura do sistema jurídico.

Chamamos de norma ‘fundamental’ a norma cuja validade não pode ser derivada de uma norma superior. Todas as normas cuja validade podem ter sua origem remontada a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem. Esta norma básica, em sua condição de origem comum, constitui o vínculo entre todas as diferentes normas em que consiste uma ordem. Pode-se testar se uma norma pertence a certo sistema de normas, a certa ordem normativa, apenas verificando se ela deriva sua validade da norma fundamental que constituiu a ordem. [...] um enunciado de dever ser é uma norma válida, se puder ser derivado de uma norma fundamental pressuposta como válida. O fundamento de verdade de um enunciado de ‘ser’ é a sua conformidade à realidade de nossa experiência; o fundamento de validade de uma norma é uma pressuposição, uma norma pressuposta como sendo definitivamente válida, ou seja, uma norma fundamental. A procura do fundamento de validade de uma norma não é – como a procura da causa de um efeito – um ‘regressus ad infinitum’; ela é limitada por uma norma mais alta que é o fundamento último de validade de uma norma dentro de um sistema normativo, ao passo que uma causa última ou primeira não tem lugar dentro de um sistema de realidade natural⁸².

⁸¹ Neste sentido: [...] “A norma positiva mais elevada é a constituição, que recebe sua validade da ‘norma fundamental’: e esse é o elemento mais controvertido da doutrina inteira. Kelsen a defini, de fato, ‘como uma norma não posta, mas pressuposta’; como expressão de um ato de vontade fictício; como pressuposto lógico-transcendental do sistema inteiro. Confrontando a definição kelseniana de norma jurídica com a norma fundamental, nota-se que esta última ‘não’ é uma norma no sentido definido por Kelsen. Ela é, todavia, indispensável para respeitar os pressupostos metodológicos kelsenianos: construir um sistema jurídico que derive de um único princípio; e construir tal sistema sem sair do âmbito jurídico, explicando o direito apenas com o direito” [...]. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 51.

⁸² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 163.

Ainda neste sentido:

A legitimidade não só se identifica com a legalidade enquanto princípio básico mas também com a própria validade das normas jurídicas. O direito passa a ser identificado com aquilo que é produzido de acordo com as regras do sistema, por autoridade declarada competente para tanto pelo sistema, estando o sentido das normas inferiores somente subordinado ao sentido das normas superiores, independentemente de seu conteúdo ‘ideológico’, ‘axiológico’, ‘material’⁸³.

Esta suposição de validade para Kelsen, desenvolvida em sua teoria pura do direito, conduz à ideia da “existência” da norma enquanto pertencimento a um sistema normativo. Quer dizer, a estrutura de validade da norma jurídica depende de sua inclusão na ordinária imagem representada pela “pirâmide normativa”, e “isso se verifica quando a norma é produzida conforme as regras prescritas pelas normas de nível superior”⁸⁴. No entanto, se a norma fundamental é um fundamento de validade para o ordenamento jurídico, ela mesma, a norma fundamental, deverá estar pressuposta em relação a validade do ordenamento jurídico, por uma questão de adequação lógica. Neste caso, a estrutura de validade do sistema jurídico-normativo somente é possível após a admissão da norma fundamental como um pressuposto lógico para o próprio ordenamento jurídico, ou seja: “o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma”⁸⁵. Esta estrutura conduz à perspectiva de um sistema normativo rigorosamente “fechado” em termos de unidade e de coerência. Kelsen, em tal empreendimento, quer preservar pressupostos fundamentais para sua teoria. É por esta razão que Kelsen, quando da pergunta sobre se uma norma deve ser cumprida ou não (ou seja, se ela “vale”), restringe o questionamento à validade de uma outra norma (superior), e não a um fato da “realidade efetiva”, da ordem do ser, portanto. Esta premissa teórica sobre a estrutura de validade da norma jurídica será, no caso da norma fundamental, “condição de possibilidade” da própria validade das normas inferiores. Trata-se de uma hipótese lógico transcendental capaz de cumprir, com certo rigor, o dualismo kantiano em que Kelsen

⁸³ ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p. 161.

⁸⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 51.

⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 97.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 215.

fundamenta um dos axiomas de sua teoria pura do direito: a separação entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*)⁸⁶:

[...] Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. [...] Quer dizer, a norma afirmada na premissa maior é o fundamento de validade da norma afirmada na conclusão. [...] a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental ('Grundnorm'). [...] Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental forma um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa⁸⁷.

A pressuposição de uma norma fundamental, como condição de validade do ordenamento jurídico, remete a uma noção dinâmica de todo o regramento normativo. Assim, um “sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico”⁸⁸. Esta estrutura dinâmica de racionalidade do discurso jurídico não implica, portanto, na análise de um conteúdo normativo, senão na admissão de que, em último caso, toda forma jurídica produzida deve estar em conformidade com uma norma fundamental pressuposta. Esta perspectiva de uma organização dinâmica da estrutura jurídica é central para o cumprimento dos pressupostos teóricos em que a teoria proposta por Kelsen se justificam. Pois sendo a norma fundamental o fundamento de validade de uma ordem jurídica, ela limita a possibilidade de criação de normas em uma ordem positiva. Isso quer dizer que a validade de uma

⁸⁶ Neste sentido: “[...] Por que é que uma norma vale, o que é que constitui o seu fundamento de validade? Dizer que uma que se refere à conduta de um indivíduo ‘vale’ (é ‘vigente’), significa que ela é vinculativa, que o indivíduo se deve conduzir do modo prescrito pela norma. [...] por que é que o indivíduo se deve conduzir de tal forma – não pode ser respondida com a simples verificação de um fato da ordem do ser, que o fundamento de validade de uma norma não pode ser um tal fato. Do fato de algo ‘ser’ não pode seguir-se que algo ‘deve ser’; assim como do fato de algo ‘dever’ ser se não pode seguir que algo ‘é’”. Ainda, a distinção também está disposta no capítulo primeiro capítulo da teoria pura do direito, na separação que Kelsen faz entre “direito e natureza”, bem como no capítulo segundo da mesma obra, na separação entre “direito e moral”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 01-76 e 216.

⁸⁷ *Ibidem*. p. 216-217.

⁸⁸ *Ibidem*. p. 221.

norma “não pode ser negada pelo fato de o seu conteúdo contrariar o de uma outra norma que não pertença à ordem jurídica cuja norma fundamental é o fundamento de validade da norma em questão”⁸⁹. Deste modo, a pergunta pelo fundamento de validade de uma norma jurídica, “a resposta apenas poderá consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental”⁹⁰. A discussão estará limitada à análise do ato de criação desta norma, ou seja, se esta norma foi produzida através de uma forma determinada fixada pela norma fundamental, propriamente dita:

[...] a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior. Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental⁹¹.

Esta perspectiva conduz, finalmente, a um ponto fundamental para a compreensão do discurso jurídico-científico a partir da modernidade: a admissão da norma fundamental como um pressuposto lógico-transcendental no horizonte teórico do direito. Por se tratar de um pressuposto, a norma fundamental não é um produto de uma descoberta na “realidade efetiva”, mas a suposição teórica necessária para a análise objetiva do discurso jurídico. Trata-se da suposição de um elemento abstrato que não delimita qualquer contorno valorativo para o ordenamento jurídico, mas que, com sua admissão, permite a análise subjetiva da formação do ordenamento jurídico, a partir da norma fundamental, bem como a análise objetiva das regras que o compõem. A pressuposição da norma fundamental imprime a obrigação do agir em conformidade com a “norma jurídica”, seja ela a Constituição ou as normas infraconstitucionais. Ainda, é somente a partir disso “que podemos interpretar o sentido subjetivo do ato constituinte e dos atos constitucionalmente postos como sendo o seu sentido objetivo, quer dizer, como

⁸⁹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 221.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 222.

⁹¹ *Ibidem*. p. 222.

normas jurídicas objetivamente válidas, e as relações constituídas através destas normas como relações jurídicas”⁹². Ainda conforme Kelsen:

Aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estatual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efetivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo. Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica [...] ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação⁹³. [...]

A pressuposição da norma fundamental, como uma hipótese lógico-transcendental, permite interpretação do direito isenta de toda a metafísica ou de quaisquer elementos metajurídicos. Trata-se de uma “resposta epistemológica” que, na figura da norma fundamental, permite a análise sobre a validade objetiva de uma ordem jurídico-positiva. Trata-se de uma hipótese lógica, pois pressupõe um silogismo na estrutura de validez do ordenamento jurídico, a partir da norma fundamental. Uma norma somente será válida, ou seja, deverá ser cumprida, se estiver em conformidade com a norma fundamental em que se fundamenta, a qual lhe confere legitimidade, portanto. Isto é, em um nível epistemológico, o silogismo pressupõe, através de uma dedução lógica, que a “regra jurídica” (norma inferior) em análise, necessariamente, tenha sido produzida/constituída de acordo com os limites estabelecidos/determinados pela norma fundamental (norma superior). “A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo”⁹⁴. Assim, “a fundamentação da validade de uma norma positiva que prescreve uma determinada conduta realiza-se através de um processo silogístico”⁹⁵. Ademais, trata-se de uma hipótese transcendental pois é condição de possibilidade para a análise objetiva do discurso jurídico, em sua estrutura de validade. Sem tal suposição, quer dizer, sem a produção do postulado teórico da norma fundamental (pressuposto abstrato), a análise lógica da linguagem jurídica, em termos objetivos, não

⁹² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 225.

⁹³ *Ibidem*. p. 225.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 226.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 226.

seria possível. A admissão deste postulado, para o discurso jurídico, tornou possível não só a esterilização da existência de elementos metajurídicos, como também estabilizou o discurso jurídico enquanto um sistema cuja estrutura normativa está validamente justificada⁹⁶.

⁹⁶ Neste sentido: “A norma cuja validade é afirmada na premissa maior legítima, assim, o sentido subjetivo do ato de comando, cuja existência é afirmada na premissa menor, como seu sentido objetivo. A norma afirmada como objetivamente válida na premissa maior, que opera a fundamentação, é uma norma fundamental, se a sua validade objetiva já não pode ser posta em questão. Ela já não é mais posta em questão se a sua validade não pode ser fundamentada num processo silogístico. E não pode ser por essa forma fundamentada se a afirmação do fato de que esta norma foi posta pelo ato de vontade de uma pessoa já não é possível como premissa menor de um silogismo. [...] Se a validade de uma norma não pode ser fundamentada desta maneira, tem de ser posta como premissa maior no topo de um silogismo, sem que ela própria possa ser afirmada como conclusão de um silogismo que fundamente a sua validade. Quer isto dizer: é ‘pressuposta’ como norma fundamental. [...] Com a sua teoria da norma fundamental a Teoria Pura do Direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. [...] A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 226-227.

3 O DISCURSO JURÍDICO ENTRE LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS

3.1 VALIDADE E DOMÍNIO DE LEGALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O discurso jurídico, a partir da modernidade, assume alguns traços fundamentais com o surgimento do Estado moderno. De alguma forma, estas marcas acompanham o projeto político do direito até os dias atuais, mesmo que de forma residual. Neste sentido, a tentativa de compreender a estrutura de um mundo jurídico fundado na perspectiva do Estado, exige, necessariamente, a releitura de seus fundamentos: a constituição de um corpo de relações jurídicas (Estado) que, no exercício de uma dominação legal, é o detentor do monopólio da violência. Refletir sobre os limites e as possibilidades para o discurso jurídico, no mundo contemporâneo, deve considerar, inevitavelmente, a estrutura racional na qual o seu discurso se articulou. É preciso refletir, portanto, sobre a estrutura de dominação legal em que o direito se apresenta a partir da modernidade, ou seja, sobre as justificativas que sustentam um conceito de legalidade no direito: marcas que fundam o discurso jurídico a partir do surgimento do Estado moderno⁹⁷. Isso porque as exigências que se colocam diante do discurso jurídico na atualidade são outras das que o provocaram na modernidade. A linguagem jurídica, ainda hoje, parece incapaz de oferecer respostas razoáveis para tais questões. Quer dizer, as perguntas que se colocam para o direito, na contemporaneidade, ainda recebem respostas de um direito constituído na modernidade. Tratam-se de respostas de um direito cuja presunção de legitimidade está ligada, fundamentalmente, a ideia de legalidade. É por esta razão que, na atualidade, o sistema jurídico é incapaz de oferecer respostas aos dilemas contemporâneos, pois que as provocações que se colocam ao mundo jurídico se fazem incompreensíveis aos seus ouvidos.

⁹⁷ “Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da ‘dominação legal’. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003. p. 193.

A tensão entre legitimidade e legalidade parece se acentuar cada vez mais no discurso jurídico. Ainda, em um horizonte de compreensão epistemológica do ordenamento jurídico, notadamente em razão dos postulados desenvolvidos pelas teorias normativas do direito, a partir da modernidade, a pergunta sobre a efetiva dependência de um critério imanente de legalidade para o discurso jurídico se faz inadiável. Neste sentido, a discussão se dá, precisamente, sobre os fundamentos teóricos do direito e sobre a estrutura de justificação interna de seu discurso, pois o exercício de uma dominação legal, na qual há presunção de legitimidade na própria legalidade, parece não ocorrer sem qualquer oposição. Ora, a busca de um critério interno para a justificação objetiva do discurso jurídico, pretendeu tornar exequível um dos axiomas teóricos em que a “pura” teoria do direito se funda. Neste sentido, não havia solução para a justificação do discurso jurídico, em termos de razões internas, senão na formação de um critério imane de legitimidade, quer dizer, daquilo que é legítimo, pois legal. O cumprimento desta pretensão teórica exige a retenção da dimensão política do direito. Para tanto, produziu-se o suposto teórico da “norma fundamental”. Está hipótese lógico-transcendental permitiu ao direito cumprir com o rigor da objetividade científica legado pela modernidade. Contudo, a construção deste fundamento possui inconsistências teóricas. Tais inconsistências são imperceptíveis em uma análise puramente interna do discurso jurídico, pois se há algo em que a teoria normativa do direito possui, é um rigor objetivo quase inatacável. Por outro lado, e este é um dos objetivos desta discussão, o discurso jurídico pressupõe, como condição última da validade de suas normas, a sua eficácia. Esta situação compromete um axioma central da teoria normativa do direito, estruturada a partir da figura do Estado, que é a separação definitiva entre ser e dever-ser.

A fim de compreender alguns problemas internos do discurso jurídico moderno, bem como de tornar plausível as provocações que se colocam para a teoria do direito, é necessário determinar, com alguma precisão, como se estruturou, a partir da modernidade, termos tão onerosos ao ordenamento jurídico, como o são a legitimidade e a legalidade. Trata-se de uma estrutura pressuposta pelo direito, através da qual é possível compreender alguns dos principais problemas teóricos enfrentados pelo discurso jurídico na atualidade. Pois bem. Para a construção de um discurso racional objetivo para a ciência jurídica, tornou-se imprescindível a completa desvinculação da legitimidade da norma jurídica de qualquer outra forma de justificação que não estivesse determinada,

exclusivamente, na própria legalidade do sistema normativo, em sua estrutura de derivação de validade, portanto. E há um suposto formal aí. Para o discurso jurídico, o exercício de um “domínio legal”, executado na figura do Estado, pressupõe que o “direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente”⁹⁸. É através desta estrutura que, em termos de racionalidade, a legitimidade da norma jurídica, no discurso jurídico-normativo, está implicada na própria legalidade da estrutura formal do ordenamento jurídico produzido pelo Estado. Trata-se de um conceito positivo de direito, “em que a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral”⁹⁹. Neste sentido, a estrutura conceitual de dominação legal, produzida por Max Weber em *Economia e Sociedade*¹⁰⁰, procura atenuar, ou mesmo eliminar do discurso jurídico racional, a confusão entre moral e direito. Habermas, ao se debruçar sobre a estrutura de dominação legal que Weber apresenta, assim se manifesta:

[...] Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa ‘racionalidade’, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento da legitimidade da dominação legal¹⁰¹.

Não há como delimitar uma característica decisiva para a compreensão do que significa o Estado para a modernidade, pelo menos em termos conceituais categóricos. Tampouco este é o objetivo. Muito se produziu, na literatura política, sobre esta instituição que marcou a modernidade. No entanto, ainda assim, é possível encontrar, na figura do Estado, elementos determinantes para uma melhor compreensão de alguns fatores que foram decisivos para a teoria do direito, a partir do seu surgimento. Somente com o Estado moderno é que conceitos fundamentais para a teoria do direito se estabeleceram de forma precisa, tais como o conceito de legalidade, de legitimidade e de dominação legal. De tal modo, a discussão sobre estes elementos, produzidos na figura do Estado moderno, estará restrita a uma análise puramente jurídica, principalmente no

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003. p. 193.

⁹⁹ *Ibidem*. p. 193.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 193.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 193.

que se refere ao conceito de um exercício de dominação legal realizado por esta instituição: isso quer dizer, aqui, que o Estado será tomado apenas como um fenômeno jurídico. Enquanto fenômeno jurídico, no exercício de sua dominação legal, o Estado é o ente centralizador e produtor de normas jurídicas¹⁰². Neste sentido, o Estado neutraliza qualquer ordem normativa como fonte produtora de regras jurídicas. É precisamente aqui que reside um elemento complexo para a compreensão do direito a partir da figura do Estado: o exercício da dominação legal e a sua relação com a legitimidade. É complexa justamente porque a dominação¹⁰³, que caracteriza, em parte, o Estado, tem a pretensão de ser legítima. Deste modo, para a teoria do direito, “considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelos indivíduos atuantes”¹⁰⁴. A dominação legal, exercida pelo Estado, apresenta-se justamente como a execução de determinada ordem jurídica. Contudo, esta mesma ordem jurídica, precisa, necessariamente, ser/estar legitimada.

Essa ordem jurídica, considerada como um sistema de normas válidas, é essencial também para o conceito sociológico de dominação aplicado ao Estado, pois, mesmo a partir de um ponto de vista sociológico, apenas uma dominação considerada ‘legítima’ pode ser concebida como ‘Estado’. O simples fato de um indivíduo (ou um grupo de indivíduos) estar em posição de impor certo padrão de conduta não é um fundamento suficiente para que se fale de uma relação de dominação tal que constitua um Estado. [...] A dominação que caracteriza o Estado tem a pretensão de ser legítima e deve ser efetivamente considerada como tal por governantes e governados. Considera-se a dominação legítima apenas se ocorrer em concordância com uma ordem jurídica cuja validade é pressuposta pelos indivíduos atuantes; e essa ordem é a ordem jurídica da comunidade cujo órgão é o ‘governante do Estado’. A dominação que tem, sociologicamente, o caráter de ‘Estado’ apresenta-se como criação e execução de uma ordem jurídica, ou seja, uma dominação interpretada como tal pelos governantes e governados”¹⁰⁵. [...]

¹⁰² KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 272

¹⁰³ Neste sentido: “A dominação, isto é, a probabilidade de encontrar obediência a uma determinada ordem, pode ter o seu fundamento em diversos motivos de submissão: pode ser determinada diretamente de uma constelação de interesses, ou seja, de considerações racionais de vantagens e desvantagens (referente a meios e fins) por parte daquele que obedece; mas também pode depender de um mero ‘costume’, ou seja, do hábito cego de um comportamento inveterado; ou pode, finalmente, ter o seu fundamento no puro afeto, ou seja, na mera inclinação pessoal do dominado. Não obstante, podemos afirmar que uma dominação que repousasse apenas nesses fundamentos seria relativamente instável. Temos que ver que nas relações entre dominante e dominados existe, costumeiramente, um apoio em casos jurídicos nas quais se fundamenta a sua ‘legitimidade’, e o abalo na crença nesta legitimidade normalmente acarreta consequências de grande importância”. WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Agustin Wernet. 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, v. 2, 2001. p. 349.

¹⁰⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 270.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 270-271.

O Estado, a partir da modernidade, exerce um tipo particular de dominação legal. Trata-se de uma dominação burocrática, propriamente dita. Isto é, “qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente no que diz respeito à sua forma. Obedece-se [...] à regra estatuída, que estabelece ao mesmo tempo quem e em que medida se deve obedecer”¹⁰⁶. Trata-se de uma “crença na validade de ‘estatutos’ legais e da ‘competência’ objetiva, fundamentada em regras racionalmente criadas, isto é, em virtude da disposição de obediência ao cumprimento de deveres fixados nos estatutos [...]”¹⁰⁷. A disposição de obediência pressupõe, portanto, a vigência legítima de uma ordem normativa. Deste modo, a dominação legal possui “vigência legítima” em virtude de um “estatuto existente em cuja ‘legalidade’ se acredita. Esta legalidade pode ser considerada ‘legítima pelos participantes’”¹⁰⁸, portanto. O exercício de um domínio de legalidade, como o exercido pelo Estado, a partir da modernidade, possui um caráter tipicamente burocrático. É em razão desta disposição burocrática produzida na figura do Estado, seu aparelhamento, por conseguinte, que a racionalização do processo de legitimação dispõe-se em relação ao ordenamento legal, propriamente dito. A garantia de vigência legítima de uma determinada ordem legal, neste sentido, estará determinada, em que pese não exclusivamente, por um móbil racional interno, “pela crença em sua vigência absoluta, sendo ela a expressão de valores supremos e obrigatórios (morais, estéticos ou outros quaisquer)”¹⁰⁹. Por outro lado, a legitimidade poderá se dar, também, por razões externas. Trata-se de uma expectativa de consequências que, no caso do direito, “está garantida externamente pela probabilidade da ‘coação’ (física ou psíquica) exercida por determinado quadro de pessoas cuja função específica consiste em forçar a observação dessa ordem ou castigar sua violação”¹¹⁰. Conforme Weber:

A forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença na ‘legalidade’: a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e ‘formalmente’ correto. [...] A disposição de uma ou várias pessoas de se submeter à imposição de uma ordem – desde que o decisivo não seja simples medo ou motivos racionalmente ponderados, ligados a um fim, mas a existência de ideias de legalidade – pressupõe a crença na ‘autoridade’ em algum sentido legítima daquele ou daqueles que impõem essa ordem. [...] Em

¹⁰⁶ WEBER, Max. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Agustin Wernet. 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, v. 2, 2001. p. 350.

¹⁰⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012. p. 526.

¹⁰⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 2012. p. 22

¹⁰⁹ Ibidem. p. 20.

¹¹⁰ Ibidem. p. 20.

regra, a disposição de se submeter a uma ordem – desde que não se trate de estatutos completamente novos – está condicionada por uma mistura de vinculação à tradição e de ideias de legalidade – prescindindo-se das mais diversas situações de interesses. Em muitos casos, as pessoas em cujas ações se mostra essa submissão não têm consciência de se tratar de costume, convenção ou direito¹¹¹.

O exercício de um domínio legal, que nada mais é do que a execução de uma ordem jurídica válida, somente é possível por um “privilégio” estrutural pressuposto na figura do Estado. Neste sentido, a garantia de exequibilidade do ordenamento jurídico se dá pelo monopólio da violência legítima por esta instituição. Trata-se de um termo fundamental para a compreensão do discurso jurídico, a partir da modernidade. Notadamente porque a coação física exercida pelo Estado, no cumprimento de seu ordenamento jurídico, deve ser legal e legítima. E há, aí, uma pressuposição de legitimidade na própria legalidade. Logo, estas duas margens do ordenamento jurídico – legalidade e legitimidade -, fixam uma tensão estrutural para o discurso jurídico: isto é, sobre a possibilidade de uma instituição imaginária (Estado), exercer, de maneira compulsória, um poder de coação física intersubjetivamente válido. Especificamente, trata-se de um processo de violência que imprime/obriga, enquanto uma conduta prescrita em uma norma, um dever legal. Ora, a exequibilidade de uma ordem jurídica, a partir da ideia de Estado, somente é possível pelo uso da violência legítima. Assim, a execução de uma ordem jurídica válida, enquanto exercício de um domínio legal, pressupõe, necessariamente, o monopólio da violência legítima pelo Estado. A coação física aparece como uma marca indiscutível do Estado, neste sentido. Em termos históricos, é evidente que a violência, no exercício de um corpo político, não é um fenômeno exclusivo do Estado. No entanto, a “coação física” é uma forma permanente para esta instituição: “é uma relação de ‘dominação’ de homens sobre homens, apoiada no meio da coação legítima (quer dizer, considerada legítima). Para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado”¹¹². Segundo Weber:

[...] somente se pode, afinal, definir sociologicamente o Estado moderno por um ‘meio’ específico que lhe é próprio, como também a toda associação política: o da coação física. [...] Se existissem apenas complexos sociais que

¹¹¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 2012. p. 23.

¹¹² WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012. p. 526.

desconhecessem o meio da coação, teria sido dispensado o conceito de ‘Estado’; ter-se-ia produzido aquilo a que caberia o nome de ‘anarquia’, neste sentido específico do termo. Evidentemente, a coação não é o meio normal ou único do Estado – não se cogita disso – mas é seu meio específico. No passado, as associações mais diversas – começando pelo clã – conheciam a coação física como meio perfeitamente normal. Hoje, o Estado é aquela comunidade humana que, dentro de determinado território – este, o ‘território’, faz parte da qualidade característica -, reclama para si (com êxito) o monopólio da coação física legítima, pois o específico da atualidade é que a todas as demais associações ou pessoas individuais somente se atribui o direito de exercer coação física na medida em que o Estado o permita. Este é considerado a única fonte do ‘direito’ de exercer coação¹¹³.

O exercício de uma “dominação legal”, enquanto execução de uma “ordem normativa”, são termos indissociáveis para a formação da ideia do Estado moderno. Contudo, aí reside também a perspectiva da legitimidade do domínio legal exercido pelo Estado. Grande parte do corpo teórico da interpretação normativa do direito se debruça, principalmente, sobre termos lógicos e abstratos do sistema jurídico. Mais especificamente, sobre os pressupostos e a realização da dedução dos silogismos de derivação das regras jurídicas, em sua estrutura de validade. Contudo, seria completamente ingênuo, por parte desta teoria, desconsiderar toda a estrutura da ordem normativa em relação à sua legitimidade, ou seja, de uma conduta humana orientada à correspondência de uma conduta normativa. Deste modo, em termos de legitimidade, “o Estado é aquela ordem da conduta humana que chamamos de ordem jurídica, a ordem à qual se ajustam as ações humanas, a ideia à qual os indivíduos adaptam sua conduta”¹¹⁴. O Estado, enquanto ordem jurídica centralizada, pressupõe, portanto, a conduta humana orientada para a ordem jurídica. Nesta relação, há o exercício de um domínio normativo por parte do Estado. Somente com este poder de obrigar, através do exercício de um domínio normativo, que é possível pensar a soberania na figura do Estado. Contudo, “se o Estado é um sistema de normas, então a vontade e a conduta do indivíduo tendem a entrar em conflito com essas normas, e só pode surgir o antagonismo entre o ‘ser’ e o ‘dever-ser’ que é um problema fundamental de toda a teoria e prática social”¹¹⁵.

Para a teoria do direito, produzida a partir da modernidade, parte das dificuldades se encerram justamente aqui: admitir que a validade da estrutura legal, ou melhor dizendo,

¹¹³ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012. p. 525-526.

¹¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 272.

¹¹⁵ Ibidem. p. 273.

que o exercício de uma dominação legal, enquanto execução de uma ordem normativa, depende, em último caso, da eficácia do ordenamento jurídico. Isso implica dizer que a legitimidade do ordenamento jurídico pressupõe que a conduta humana, para a qual a norma é dirigida, esteja orientada conforme o conteúdo prescrito na regra jurídica. Em havendo tal correspondência de “orientação” da conduta humana conforme o conteúdo prescrito, a norma é eficaz. Este é um problema expressivo para a teoria normativa do direito, pois a eficácia da norma jurídica se coloca em um horizonte político, e é justamente esta dimensão política da norma jurídica que a teoria do direito despendeu esforços para eliminar, quando da pretensão de realização de um discurso jurídico objetivo¹¹⁶. Mesmo com a produção do suposto teórico da “norma fundamental”, a fim de cumprir com o rigor da objetividade, exigido pelo conhecimento científico, a questão da eficácia da norma jurídica parece insolúvel. A construção de um sistema interno para a ciência do direito, na tentativa de atender com seu axioma central (separação entre “ser” e “dever-ser”), não pode admitir, logicamente, que a validade do ordenamento jurídico esteja submetida à sua efetiva aplicabilidade, ou seja, à sua eficácia. É neste momento que a teoria pura do direito, proposta por Kelsen, é objetada.

O domínio de validade de uma norma jurídica, conforme proposto por Kelsen, é determinado por uma outra norma jurídica mais elevada. No exercício de seu domínio de validade, a norma jurídica mais elevada regula o processo de criação das normas jurídicas e, portanto, determina sua validade. Quer dizer, segundo Kelsen, as normas de uma ordem jurídica “valem enquanto a sua validade não termina, de acordo com os preceitos dessa ordem jurídica. Na medida que uma ordem jurídica regula a sua própria criação e aplicação, ela determina o começo e o fim da validade das normas jurídicas que a integram”¹¹⁷. Significa dizer que apenas uma norma jurídica válida poderá pôr termo a

¹¹⁶ “[...] a norma fundamental é uma condição necessária, ‘mas não suficiente’ para a validade do direito. Em outras palavras, a validade de um ordenamento jurídico ou de uma norma jurídica seria condicionada ‘também’ por um mínimo de eficácia, sem a qual o ordenamento jurídico ou a norma cessariam de existir. Visto que o problema das relações entre validade e eficácia do direito é ‘um caso particular da relação entre o dever ser (‘sollen’) da norma jurídica e o ser da realidade natural’, disso resulta que – ao menos no caso da validade do direito – o ser condicionaria aquele dever ser, do qual a teoria pura do direito quer mantê-lo separado. Para uma ciência jurídica que pretende atuar até o fim a separação entre o ser e o dever ser, esse resultado é metodologicamente insustentável”. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 102.

¹¹⁷ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 232-233.

validade de outra norma jurídica. Para Kelsen, nesta estrutura de domínio de validade, determinada pelas normas jurídicas, reside um princípio de legitimidade: “o princípio de que a norma de uma ordem jurídica é válida até a sua validade terminar por um modo determinado através desta mesma ordem jurídica, ou até ser substituída pela validade de uma outra norma desta ordem jurídica, é o princípio da legitimidade”¹¹⁸. Por esta razão, é possível concluir que o princípio da legitimidade, no esquema lançado por Kelsen, estará determinado na “norma fundamental”, e somente enquanto uma “norma jurídica maior”, tal como uma Constituição, for eficaz. Quer dizer, a “norma jurídica maior” de um determinado país, possui, como fato gerador de sua legitimidade, um determinado processo histórico que remonta, em sua origem, a “norma fundamental” como um pressuposto. É a partir desta “norma fundamental” que a “norma jurídica maior”, sua Constituição, por exemplo, estará legitimada. No entanto, enquanto a “norma jurídica maior” tem sua legitimidade determinada pela “norma fundamental”, a “norma fundamental”, por sua vez, depende da eficácia da “norma jurídica maior”. A partir do momento em que a “norma jurídica maior”, em razão de algum fator político ou histórico, perder sua eficácia, ou seja, deixar de “valer” e/ou de ser cumprida, o princípio de legitimidade deverá, necessariamente, referendar outra “norma fundamental”. Por esta razão, “os atos que surgem com o sentido subjetivo de criar ou aplicar normas jurídicas já não mais são pensados sob a pressuposição da antiga norma fundamental, mas sob a pressuposição da nova norma fundamental”¹¹⁹.

A modificação da norma fundamental segue-se à modificação dos fatos a serem interpretados como criação e aplicação de normas jurídicas válidas. A norma fundamental refere-se apenas a uma Constituição que é efetivamente estabelecida por um ato legislativo ou pelo costume e que é eficaz. Uma Constituição é eficaz se as normas postas de conformidade com ela são, globalmente e em regra, aplicadas e observadas. [...] Nesta limitação revela-se a conexão, já repetidas vezes acentuada antes e sumamente importante para uma teoria do Direito positivo, entre validade e eficácia do Direito. A determinação correta desta relação é um dos problemas mais importantes e ao mesmo tempo mais difíceis de uma teoria jurídica positivista. É apenas um caso especial da relação entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural. Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser. Uma teoria jurídica positivista é posta perante a tarefa de encontrar entre os dois extremos, ambos insustentáveis, o meio-termo correto¹²⁰. [...]

¹¹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 233.

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 235.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 235.

A relação entre validade e eficácia representa um problema fundamental para a teoria do direito produzida a partir da modernidade. É justamente nesta relação, entre validade e eficácia, que o projeto da teoria normativa do direito, em alcançar um tipo determinado de racionalidade para seu discurso, com pretensões de objetividade, se vê comprometido, de algum modo. Isso porque, na relação entre validade e eficácia da norma jurídica, existe uma tensão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser, da realidade natural. Há uma polarização teórica, neste sentido. Por um lado, a tradição idealista entende que a “validade como um dever-ser e eficácia como um ser, não existe conexão de espécie alguma, que a validade do Direito é completamente independente da sua eficácia”¹²¹. Por outro lado, a tradição realista postula que “a validade do direito se identifica com a sua eficácia”¹²². Daí resultam duas posições aparentemente inconciliáveis. Enquanto a tradição idealista parece excluir, de seus postulados teóricos, a eficácia da norma jurídica, e centraliza seu discurso unicamente sobre a validade da norma jurídica, a tradição realista, pelo contrário, está centralizada unicamente na eficácia da norma jurídica, excluindo então, de sua dimensão teórica, a questão da validade. Trata-se de um problema metodológico fundamental para teoria normativa do direito, pois o direito, “enquanto dever-ser, deve ser separado da realidade, enquanto ser; por outro lado, a constatação de que, no caso específico da validade do direito, essa nítida separação não encontra respaldo na realidade”¹²³. Por esta razão é que se admite, inclusive o próprio Kelsen, que a validade do ordenamento jurídico está determinada/condicionada, também, pela eficácia da norma jurídica. No entanto, para a ciência do direito, admitir este postulado, significaria descumprir com o rigor de seu axioma metodológico: a separação entre ser e dever-ser.

[...] por um lado, existe o ordenamento jurídico com sua estrutura a graus, a qual transmite a validade, o dever-ser, do nível supremo aos níveis inferiores; por outro, existe a realidade extrajurídica, que não é objeto de uma ciência positivista do direito, mas na qual se manifesta empiricamente a eficácia do direito. Para ser coerente até o fim com próprios axiomas, a teoria pura do direito deveria, portanto, suprimir o conceito de eficácia do direito. Como elemento da realidade extrajurídica, esse conceito deveria ser deixado a outras disciplinas. Essa coerência da teoria pura do direito consigo mesma excluiria, porém, sua coerência com a realidade jurídica que ela pretende descrever: é o próprio Kelsen, efetivamente, que considera errôneas as teorias jurídicas que

¹²¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 235.

¹²² *Ibidem*. p. 235.

¹²³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 102.

recusam a noção de eficácia, ‘pois não se pode negar que tanto um ordenamento jurídico como totalidade quanto uma única norma jurídica perdem sua validade quando cessam de ser eficazes’¹²⁴.

Deste modo, entre a corrente idealista e a corrente realista, se estabelece um dilema teórico para o discurso jurídico. O abandono completo da análise da eficácia da norma jurídica, como condição última de sua validade, inegavelmente, parece se tratar de uma miopia epistemológica. Em certo sentido, a análise objetiva da norma jurídica, em sua estrutura de validade, dependerá, em última instância, de sua eficácia. Para tanto, a estrutura da norma jurídica deve ser pensada a partir do sistema normativo estruturado pela teoria do direito produzida a partir da modernidade, e na figura do Estado. Neste sentido, “existe uma conexão entre o dever-ser da norma jurídica e o ser da realidade natural, já que a norma jurídica positiva, para ser validada, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser)”¹²⁵. Por esta razão, a norma jurídica perde validade quando deixa de ser eficaz. Por outro lado, é inegável que a eficácia da norma jurídica não deve estar completamente comprometida pela análise de sua eficácia. A eficácia da norma jurídica não determina, completamente, o exercício do monopólio da violência legal praticado pelo Estado, quando da execução de uma ordem normativa. Ainda, em um nível teórico, a análise objetiva sobre a estrutura de validade da norma jurídica permanece possível, mesmo que a norma em questão seja ineficaz. Todavia, se o axioma metodológico for admitido com rigor, “a teoria pura do direito deixaria de atender a outro dos seus axiomas fundamentais, porque já não descreveria o direito assim como é, mas o direito como ela imagina que deveria ser”¹²⁶. Este problema no axioma metodológico da ciência do direito compromete, inevitavelmente, a racionalidade do discurso jurídico. Isso porque, para a análise objetiva da norma jurídica, em sua estrutura de validade, a ciência do direito pressupõe um sistema de conhecimento categoricamente homogêneo. A objeção teórica, por sua vez, se dá no reconhecimento de que, na estrutura normativa do direito, permanece um elemento da ordem do ser. Admitir este elemento, na ciência do direito, compromete internamente a possibilidade de conhecer objetivamente a norma jurídica, pois é impossível exercer, sobre este fenômeno, um controle unívoco.

¹²⁴ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 102.

¹²⁵ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 236.

¹²⁶ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lambertini. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 103.

Pois bem. A tentativa de resolução do problema exige uma análise dos silogismos pressupostos na estrutura normativa do direito. Para tanto, é necessário compreender, rigorosamente, a localização de termos fundamentais para o discurso jurídico a partir da teoria normativa. Ademais, o rigor exigido na análise dos silogismos da estrutura normativa do discurso jurídico evita confusões teóricas, o que poderia deturpar a possibilidade de compreensão objetiva do discurso jurídico. É justamente com a análise dos silogismos da estrutura normativa que é possível reconhecer uma marca definitiva da filosofia analítica legada à tradição jurídica: o princípio de verificação. Ora, isso porque a validade da norma jurídica está determinada pela “norma fundamental”. Significa dizer que a “norma fundamental” será, em todo caso, um pressuposto determinante para a validade do ordenamento jurídico. A constatação de que a “norma fundamental” é condição pressuposta de validade parece óbvia, mas é nesta estrutura de validade pressuposta para o ordenamento jurídico que é possível harmonizar a teoria normativa do direito com o seu axioma metodológico. A atenção deve se dar no sentido de que a eficácia da norma jurídica não compromete a pressuposição de sua validade, ou melhor dizendo, a condição de sua validade, que é pressuposta na “norma fundamental”. A efetividade do ordenamento jurídico, ou de uma norma jurídica singular, sua eficácia, propriamente dita, poderá indicar, isto sim, a confirmação ou a realocação da “norma fundamental”¹²⁷. Em todo caso, a “norma fundamental” ainda será condição de possibilidade para a validade do ordenamento jurídico. Isto demonstra, uma vez mais, a “norma fundamental” enquanto uma hipótese teórica para o discurso jurídico. Não se trata

¹²⁷ Neste sentido: “Uma ordem jurídica não perde, porém, a sua validade pelo fato de uma norma jurídica singular perder a sua eficácia, isto é, pelo fato de ela não ser aplicada em geral ou em casos isolados. Uma ordem jurídica é considerada válida quando as suas normas são, ‘numa consideração global’, eficazes, quer dizer, são de fato observadas e aplicadas. E também uma norma jurídica singular não perde sua validade quando apenas não é eficaz em casos particulares, isto é, não é observada ou aplicada, embora deva ser observada e aplicada. Como já se acentuou com outro propósito, se fosse admissível a possibilidade de uma oposição entre o que uma norma estatui como devendo ser e o que de fato acontece, se houvesse uma norma que apenas estatuísse como devido (devendo ser) aquilo que de antemão sabemos que, segundo uma lei natural, tem de acontecer, tal norma seria uma norma sem sentido, quer dizer, uma tal norma não seria considerada como norma válida. Por outro lado, também não se considera uma norma que nunca é observada ou aplicada. E, de fato, uma norma jurídica pode perder a sua validade pelo fato de permanecer por longo tempo inaplicada ou inobservada, quer dizer, através da chamada ‘desuetudo’. A ‘desuetudo’ é como que um costume negativo cuja função essencial consiste em anular a validade de uma norma existente. Se o costume é em geral um fato gerador de Direito, então também o Direito estatuído (legislado) pode ser derogado através do costume. Se a eficácia é condição da validade não só da ordem jurídica como um todo mas também das normas jurídicas em singular, então a função criadora de Direito do costume não pode ser excluída pela legislação, pelo menos na medida em que se considera a função negativa da ‘desuetudo’”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 237-238.

de um lugar, portanto, mas de uma condição pressuposta. Contudo, as normas que derivam da “norma fundamental”, seja ela a Constituição de um determinado país, ou mesmo uma norma singular, elas precisam ser efetivas, necessariamente. A efetividade destas normas não ocorrerá pela análise da “norma fundamental”, mas pela análise das normas que dela derivam, tal como uma Constituição. Somente no caso desta Constituição - que é uma premissa de validade para as “normas inferiores” - deixar de ser válida, é que se questionará a validade que está pressuposta através/a partir da “norma fundamental”. Muito possivelmente, em tal caso, esta “norma fundamental” tenha se modificado/alterado de alguma maneira. Eis a estrutura da análise proposta por Kelsen para o sistema normativo do direito:

No silogismo normativo que fundamenta a validade de uma ordem jurídica, a proposição de dever-ser que enuncia a norma fundamental: devemos conduzir-nos de acordo com a Constituição efetivamente posta e eficaz, constitui a premissa maior; a proposição de ser que afirma o fato: a Constituição foi efetivamente posta e é eficaz, quer dizer, as normas postas de conformidade com ela são globalmente aplicadas e observadas, constitui a premissa menor; e a proposição de dever-ser: devemos conduzir-nos de harmonia com a ordem jurídica, quer dizer: a ordem jurídica vale (é válida ou vigente), constitui a conclusão. As normas jurídicas de uma ordem jurídica positiva valem (são válidas) ‘porque’ a norma fundamental que forma a regra basilar da sua produção é pressuposta como válida, e não porque são eficazes; mas elas somente valem ‘se’ esta ordem jurídica é eficaz, quer dizer, enquanto esta ordem jurídica for eficaz. Logo que a Constituição e, portanto, a ordem jurídica que sobre ela se apoia, como um todo, perde a sua eficácia, a ordem jurídica, e com ela cada uma das suas normas, perdem a sua validade (vigência)¹²⁸.

Na estrutura de silogismos apresentada por Kelsen, a eficácia da norma jurídica se torna uma condição de validade. No entanto, a validade está pressuposta na norma jurídica a partir da “norma fundamental”, e não há, nesta estrutura pressuposta, qualquer relação com a eficácia do ordenamento jurídico. “A eficácia é uma condição da validade, mas não é esta mesma validade. Isto tem de ser bem acentuado, pois não falta ainda hoje quem procure identificar a validade do Direito com a sua eficácia”¹²⁹. Ora, isso porque não é possível qualquer correspondência de conteúdo da norma jurídica com a realidade natural. É por esta razão que a realidade natural não determina vigência (existência) da norma jurídica. A “realidade natural” poderá estar conforme o direito, ou em desconformidade com o direito, mas jamais poderá estar identificada com ele. Neste

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 237.

¹²⁹ *Ibidem*. p. 238.

sentido, o direito não produz realidade, mas a conforma. A conduta prescrita em uma norma jurídica singular, em forma de sanção, mais especificamente, poderá produzir efeito ou não, enquanto considerada como conteúdo de uma regra jurídica. Trata-se de um fenômeno exclusivamente jurídico, portanto. Segundo Kelsen, “assim como é impossível, na determinação da vigência, abstrair da realidade, assim também é impossível identificar a vigência com a realidade”¹³⁰. Logo, “o fato de que alguém deva comportar-se segundo uma norma é um problema da ‘validade’ da norma; o fato de que alguém se comporte ‘efetivamente’ como ela prescreve é um problema da ‘eficácia’ da norma”¹³¹. Conforme Kelsen:

[...] A solução proposta pela Teoria Pura do Direito para o problema é: assim como a norma de dever-ser, como sentido do ato-de-ser que a põe, se não identifica com este ato, assim a validade de dever-ser de uma norma jurídica se não identifica com a sua eficácia da ordem do ser; a eficácia da ordem jurídica como um todo e a eficácia de uma norma jurídica singular são – tal como o ato que estabelece a norma – condição da validade. Tal eficácia é condição no sentido de que uma ordem jurídica como um todo e uma ordem jurídica singular já não são consideradas como válidas quando cessam de ser eficazes. Mas também a eficácia de uma ordem jurídica não é, tampouco como o fato que a estabelece, fundamento da validade. Fundamento de validade, isto é, a resposta à questão de saber por que devem as normas desta ordem jurídica ser observadas e aplicadas, é a norma fundamental pressuposta segundo a qual devemos agir de harmonia com uma Constituição efetivamente posta, globalmente eficaz, e, portanto, de harmonia com as normas efetivamente postas de conformidade com esta Constituição e globalmente eficazes. A fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição de validade. [...] Uma condição não pode identificar-se com aquilo que condiciona¹³². [...]

É possível identificar, neste sentido, a relação necessária entre “norma fundamental” e validade do ordenamento jurídico. O cumprimento do axioma metodológico pressuposto pela ciência jurídica, através de uma estrutura indissociável entre a “norma fundamental” e a validade do ordenamento jurídico, além de possibilitar a análise objetiva do discurso jurídico, incorpora em seu sistema, igualmente, uma espécie de “utilidade/adequação” de seu discurso em relação à realidade fática, quando do cumprimento da condição de eficácia da norma jurídica, propriamente dita. Contudo, é preciso ressaltar, “Kelsen afirma não ser um monista, ou seja, não ser o autor de uma

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 238.

¹³¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lambertí. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 99.

¹³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 236.

conciliação entre ser e dever ser entre realidade e direito, mas um dualista, ou seja, autor de uma nítida separação entre os dois”¹³³. Neste sentido, “a norma fundamental é uma condição necessária, ‘mas não suficiente’ para a validade do direito”¹³⁴. Ainda que haja alguma oposição teórica, no que trata o estrito cumprimento do axioma metodológico pressuposto pela ciência jurídica, em termos de análise objetiva de validade, a proposta de Kelsen é inatacável. Não é possível desconsiderar que, efetivamente, o elemento de “dever-ser” colocado pelo discurso jurídico, se dá através de um “ato-de-ser”, ou seja, através de um elemento volitivo que está disposto em um horizonte político. Na “norma fundamental”, “a estatuição e a eficácia são consideradas condições da validade; a eficácia no sentido que deve acompanhar a estatuição, para que tanto o ordenamento jurídico como totalidade quanto uma única norma jurídica não percam os respectivos sentidos”¹³⁵. E mais. A fim de manter a objetividade do discurso jurídico, ou em qualquer conhecimento produzido pelas ciências humanas, as quais tratam, inevitavelmente, de uma dimensão da liberdade humana, cujos conceitos são inapreensíveis enquanto fenômenos da natureza, o universo político deve estar admitido, necessariamente, caso não se queira regressar, evidentemente, às “velhas igrejas”¹³⁶.

3.2 RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE NO DISCURSO JURÍDICO

A positividade da norma jurídica, pressuposta em uma estrutura de legalidade, é uma marca determinante para o discurso jurídico, a partir da modernidade. A produção/criação do direito, portanto, está vinculada em uma “única instituição estatal coativa, que reivindica para si a condição de fonte de todo direito ‘legítimo’[...]”¹³⁷. Em termos estruturais, este fenômeno (Estado), no exercício de uma dominação legal (execução de uma ordem jurídica válida), é condição de possibilidade para o conhecimento lógico-formal da ciência jurídica, no que trata seu objeto: a norma jurídica,

¹³³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 101.

¹³⁴ Ibidem. p. 102.

¹³⁵ KELSEN, Hans apud LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX**. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 107.

¹³⁶ WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011. p. 35.

¹³⁷ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012. p. 14.

notadamente. Por esta razão, a tradição lógico-positivista, legada aos juristas, foi decisiva para fundação dos axiomas metodológicos do discurso jurídico: o dualismo kantiano da separação entre ser e dever-ser e, igualmente, o “princípio de não valoração”, nos termos anteriormente tratados. Neste sentido:

Do ponto de vista jurídico, um direito moderno compõe-se de ‘disposições jurídicas’, isto é, normas abstratas com o conteúdo de que determinada situação, de fato, deva ter determinadas consequências jurídicas, como em todas as ordens, é a em normas ‘imperativas’, ‘proibitivas’ e ‘permissivas’, das quais nascem os direitos subjetivos dos indivíduos de ordenar, proibir ou permitir aos outros determinadas ações. A este poder juridicamente garantido e limitado sobre as ações dos outros correspondem sociologicamente as seguintes expectativas: 1) que outras pessoas façam determinada coisa ou 2) que deixem de fazer determinada coisa – as duas formas de ‘pretensões’ – ou 3) que uma pessoa pode fazer ou, se quiser, deixar de fazer determinada coisa sem intervenção de terceiros: ‘autorizações’. Todo direito subjetivo é uma fonte de poder que, no caso concreto, devido à existência da respectiva disposição jurídica, pode também ser concedida a alguém que sem esta disposição seria totalmente impotente. Já por isso, a disposição jurídica é uma fonte de situações inteiramente novas no interior da ação social¹³⁸.

No entanto, a expectativa que recai sobre o ordenamento jurídico, enquanto um “interesse” legítimo em cumprimento a determinado fim (disposto na norma jurídica)¹³⁹, é onde se colocam problemas categóricos para o direito. A estrutura de “dominação legal” precisa estar justificada/legitimada de alguma maneira. A partir do momento em que o discurso jurídico exclui de seus postulados argumentos metafísicos, ou fundados na consuetude, a racionalidade do ordenamento jurídico dependerá, em último caso, de uma justificação prático-moral. É justamente sobre esta pretensão de legitimidade a ser realizada pelo discurso jurídico que se opõem as objeções metodológicas da ciência do direito. Para o cumprimento dos fundamentos metodológicos da teoria normativa do direito, foi necessária a suposição de um ente heterogêneo, centralizador e produtor das normas jurídicas: o Estado. Este ente (o Estado), através de sua estrutura burocrática positivamente colocada, neutralizou do horizonte teórico do direito, com algum sucesso, a “intromissão/interferência” de elementos de ordem política, elementos dispostos em um universo da liberdade humana, portanto. E é justamente aí que se estabelece um dilema para a teoria do direito. A efetiva esterilização de intrusões metafísicas (normativas) pela ciência do direito, quer dizer, o sucesso no cumprimento de seu empreendimento metodológico, produziu, sobre o direito, uma exigência de justificação legítima para o

¹³⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012. p. 14-15.

¹³⁹ Ibidem. p. 14.

ordenamento jurídico, e esta justificação de legitimidade somente pode ser conduzida em termos “prático-morais”. Deste modo, ao tempo em que se eliminou, do discurso jurídico, uma justificação natural para a sua vigência, o fechamento desta dimensão obrigou o jurista a voltar-se para o mundo “prático-moral” na busca de racionalidade para o discurso jurídico.

Legitimidade e legalidade possuem uma relação de dependência. O controle metodológico, legado pela tradição lógico-positivista ao direito, constrangeu o discurso jurídico a encontrar uma justificativa interna de legitimidade. Daí então a construção da “norma fundamental” como um postulado teórico. A “norma fundamental” resolve um problema de condição de validade para o ordenamento jurídico, no interior de uma estrutura silogística: a validade das “normas inferiores” está pressuposta na sua criação em conformidade com uma “norma maior” (Constituição). Ainda, em último caso, esta norma cuja válida está pressuposta, deverá ser, também, eficaz. Entretanto, esta “norma maior” que confere validade as demais normas de um ordenamento jurídico, ela precisa estar justificada através de um processo/elemento histórico: a “norma fundamental”. Por esta razão, “a norma jurídica positiva, para ser válida, tem de ser posta através de um ato-de-ser (da ordem do ser)”¹⁴⁰. E é justamente esta “ordem do ser” que está disposta em horizonte prático-moral, ou seja, em um universo da liberdade humana, propriamente dito. A estabilização “legaliforme” do discurso jurídico tornou possível o conhecimento objetivo sobre o objeto da ciência jurídica: a norma jurídica/ordenamento jurídico em sua estrutura de validade. Isto significa a fixação de um critério de racionalidade para o discurso jurídico. No entanto, a harmonização teórica entre legalidade e legitimidade, na construção de um postulado jurídico intersubjetivamente válido, ou seja, racional, é um problema complexo para o discurso jurídico, nos termos anteriormente expostos.

O cumprimento dos pressupostos metodológicos, legados pela tradição lógico-positivista ao discurso jurídico, não deve ser confundido como uma mera oscilação teórica aleatória, naquilo que significa a tentativa de adequação metodológica de seu sistema de conhecimento. Havia razões teóricas e sociais para a realização deste empreendimento. A eliminação de elementos metafísicos (normativos) importa, para o discurso jurídico, no

¹⁴⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 236.

desprendimento de qualquer influência de natureza-prático moral sobre o conhecimento do objeto do direito (a norma jurídica), tais como o são a religião e o costume. Somente com a esterilização destas dimensões (naturalizadas/sagradas) é que foi possível, ao direito, ter alguma expressão enquanto instituição reguladora da conduta humana (liberdade), a partir da modernidade. Esta exigência é uma condição de racionalidade produzida pelas sociedades modernas, e não apenas um “delírio dogmático” do discurso jurídico ou das demais ciências regionais (história, sociologia, ciência política e etc.). Logo, fica impedida a justificação do discurso jurídico, em termos de legitimidade, em elementos naturais, sagrados ou consuetudinários. A partir de então, a validade do ordenamento jurídico ocupa um lugar fundamental/central para o discurso do direito. Mas esta mesma validade deve/precisa estar legitimada, sob pena de perder normatividade, que nada mais é do que o caráter engajador, obrigacional e deontológico da norma jurídica.

A estrutura normativa, disposta positivamente, deve estar fundada em um “reconhecimento” intersubjetivo de validade. Significa dizer que, para a validade do ordenamento jurídico, deverá haver um “reconhecimento” da ordem jurídica. A própria estrutura de racionalidade do discurso jurídico, a partir da modernidade, dependerá deste reconhecimento intersubjetivo, como condição de validade. Com a eliminação das imagens mítico-teológicas do “mundo da vida”, a racionalização da regulação normativa dependerá, em última instância, de uma orientação geral para este fim. É o “desencantamento de mundo”, enquanto eliminação de qualquer interferência de um ente transcendente ou natural sobre a vida em sociedade, que imprime sobre o direito, encontrar na própria humanidade, um ordenamento legítimo. De tal modo, as regras jurídicas se perfazem como um “regulamento humano dentro das formas consideradas legítimas para este fim, em virtude da constituição convencional ou imposta por uma associação”¹⁴¹. Trata-se, portanto, da formação de uma “conformidade” a uma orientação normativa, de um “consensus” normativo (*legal agreement*). Neste sentido, a validade do ordenamento jurídico dependerá da expectativa/correspondência de um fim estatuído enquanto norma jurídica. Por esta razão, “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de

¹⁴¹ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012. p. 67.

discursos racionais”¹⁴². Habermas propõe a seguinte compreensão sobre os termos referidos:

Entram nesta formulação conceitos carentes de uma explicação. O predicado ‘validas’ refere-se a normas de ação e a proposições normativas gerais correspondentes; ele expressa um sentido não-específico de validade normativa, ainda indiferente em relação à distinção entre moralidade e legitimidade. Eu entendo por ‘normas de ação’ expectativas de comportamento generalizadas temporal, social e objetivamente. Para mim, ‘atingido’ é todo aquele cujos interesses serão afetados pelas prováveis consequências provocadas pela regulamentação de uma prática geral através de normas. E ‘discurso racional’ é ‘toda’ tentativa de entendimento sobre pretensões de validade problemáticas, na medida em que ele se realiza sob condições da comunicação que permitem o movimento livre de temas e contribuições, informações e argumentos no interior de um espaço público constituído através de obrigações ilocucionárias. Indiretamente a expressão refere-se também a negociações, na medida em que estas são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente¹⁴³.

Se há uma margem determinante para a compreensão do direito, a partir da modernidade, é a estatuição legal de suas normas. Significa dizer que o direito deve ser posto/criado positivamente, através de um processo legislativo. Como esclarecido, a dimensão de positividade do direito, em princípio, neutraliza de seu ambiente de legalidade qualquer dependência política ou metafísica. Em certo sentido, no entendimento de seu projeto metodológico, não poderia haver qualquer dependência/referência ao mundo “prático-moral”. No entanto, este é um ponto controvertido em sua teoria, evidentemente. Pois bem. A norma jurídica, legalmente pressuposta, passa a ser, neste sentido, um balizador para a conduta humana. Trata-se de uma condição de possibilidade para que o discurso jurídico elimine qualquer intrusão metafísica (normativa) em sua estrutura de racionalidade. Contudo, e aqui se coloca uma crítica à teoria normativa do direito, bem como sobre sua estrutura de “dominação legal”, em último caso, a racionalidade da norma jurídica, sua legitimação (justificação racional), dever se dar, necessariamente, em um horizonte “prático-moral”. Como o regramento jurídico não deve estar fundamentado/fixado em termos tradicionais (tradição) ou “sacralizados”, a sua justificação racional somente poderá ocorrer através de um fundamento “prático-moral”. Não há solução para o discurso jurídico, sem que comprometa seus pressupostos metodológicos, senão fundar a legitimidade do direito na

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 142.

¹⁴³ Ibidem. p. 142.

constituição do tecido social. A validade de seu ordenamento terá, neste sentido, uma profunda dependência em relação a legitimidade:

[...] A grande consequência desta nova forma de sociedade, que muitos denominam de modernidade, foi a destruição do imaginário político medieval: organizado a partir de uma forma de sociedade estratificada, onde os lugares do poder já estariam pré-determinados, a partir de um centro transcendente. Na sociedade medieval, o tempo, dentro da perspectiva que estamos vendo, seria atemporal. Pois não havia possibilidade de produção de novos simbolismos sociais. Nesta ótica, o modelo jurídico dominante na Europa não poderia deixar de ser o jusnaturalismo: concepção jurídica que postula a existência de valores absolutos a priori, portanto estáticos e fora do tempo. Desta maneira, a modernidade, ao romper com a forma política medieval, e com o jusnaturalismo transcendente, enfrenta pela primeira vez, a problemática do controle das decisões. No caso, enfrenta a problemática das decisões jurídicas: as relações entre tempo e Direito. A forma característica da sociedade moderna é a diferenciação: separam-se indissolavelmente as esferas do poder, do saber, da lei, da religião, do prazer implicado na necessidade da legitimação constante de suas áreas de atuação¹⁴⁴.

Com o “desencantamento” do discurso jurídico, enquanto um apartar-se das imagens mítico-teológicas de mundo, e a impossibilidade de construção de um fundamento *jusnaturalista* para o direito, estes fatores retiram, do ordenamento jurídico, a possibilidade de um fechamento (absolutização) de sua justificação racional. Neste sentido, a partir da modernidade, o direito se vê obrigado a legitimar o seu ordenamento jurídico constantemente. Então, o discurso jurídico, na busca de sua consistência interna, enquanto um discurso racional, necessariamente precisa referendar o mundo prático-moral para sua fundamentação. Não há outra possibilidade de justificação racional, para o direito, senão em um horizonte “prático-moral”. Isto porque, ainda que o direito possua uma rigorosa sistemática formal, a existência (vigência) do ordenamento jurídico deve estar apoiada em algum elemento capaz de legitimá-lo. Em todo caso, esta legitimidade não pode ser produzida internamente, pois seria necessário pressupor uma espécie de regularidade natural para o discurso jurídico, na tentativa de compreender sua fundamentação de forma imanente. Isso conduziria o direito, invariavelmente, a uma justificação natural, através de um “a priori” de que toda forma de legitimidade está pressuposta na legalidade. É preciso ressaltar que, em termos de legitimidade do discurso jurídico, a necessidade de uma justificação racional para o direito somente ocorre a partir

¹⁴⁴ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p.1034-1035.

do momento em que se fixa uma diferença entre o mundo “prático-moral” e o ordenamento legal:

Max Weber interpreta as ordens estatais das sociedades ocidentais modernas como desdobramentos da ‘dominação legal’. Porque a sua legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder. Segundo ele, a dominação legal adquire um caráter racional, pois a fé na legalidade das ordens prescritas e na competência dos que foram chamados a exercer o poder não se confunde simplesmente com a fé na tradição ou no carisma, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito e que legitima o poder exercido nas formas legais. Esta tese desencadeou grande discussão. E, durante o seu desenrolar, Max Weber introduziu um conceito positivista do direito, segundo o qual direito é aquilo que o legislador, democraticamente legitimado ou não, estabelece como direito, seguindo um processo institucionalizado juridicamente. Sob esta premissa, a força legitimadora da forma jurídica não deriva de um possível parentesco com a moral. Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa ‘racionalidade’, não se pode apelar para a razão prática no sentido de Kant ou de Aristóteles. Isso significa, para Weber, que o direito dispõe de uma racionalidade própria, que não depende da moral. Aos seus olhos, a confusão entre moral e direito pode, inclusive, colocar em risco a racionalidade do direito e, com isso, o fundamento da legitimidade da dominação legal¹⁴⁵.

A partir do momento em que o direito se torna um instrumento de dominação legal, as exigências sobre sua justificação racional se tornam mais expressivas. Em termos de legitimidade, é preciso haver um “consenso racional” sobre o ordenamento jurídico. Por esta razão, a concepção de uma “dominação legal” é problemática, pois a positividade do direito, por si só, não é capaz de lhe conferir legitimidade. Para se admitir esta pressuposição, seria necessário incorporar, no discurso jurídico, uma noção imanente de legitimidade, fundada a partir da legalidade: tratar-se-ia, melhor dizendo, de uma “fé” na legalidade. Ora, a estrutura de validade do direito, produzida a partir da modernidade, pressupõe uma conexão entre a legitimidade da norma jurídica e a legalidade de seu ordenamento. Por esta razão, a legitimidade do exercício de uma “dominação legal” deve estar justificada procedimentalmente (com “respeito a fins”), pois a validade do ordenamento jurídico depende, necessariamente, da suposição de legitimidade das normas jurídicas. Trata-se de uma pré-disposição de racionalidade (legitimidade) para o ordenamento legal. Quer dizer, a validade do ordenamento jurídico possui, como condição de possibilidade para a sua legalidade, a legitimidade de um exercício de “dominação legal” sobre o tecido social. Esta estrutura pressupõe uma espécie de

¹⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 193.

consenso racional sobre o fundamento de legalidade para a ordem jurídica. Isto porque há uma “adjudicação” de legitimidade para a normatividade de um direito posto positivamente, quando da formação/admissão da existência de um “interesse” voltado para a vigência legal do ordenamento jurídico. Aí se apresenta o caráter instrumental do discurso jurídico: a admissão de uma estrutura legal, sobre a qual há um interesse geral e que lhe confere vigência (existência) legítima.

Como visto anteriormente, a modernidade sofre um processo de “desencantamento de mundo”. Este “desencantamento de mundo” implica na profanidade da sociedade, o que significa a obsolescência de qualquer interferência de instâncias “sagradas” sobre a vida humana. É justamente este processo de “desencantamento de mundo” que impede o discurso jurídico apoiar-se em elementos *jusnaturalistas* para sua justificação racional, bem como sobre um fundamento transcendente. Ainda, o “desencantamento de mundo” conduz a um processo de “racionalização intelectualista”. A racionalização intelectualista implica em um domínio completo sobre a vida em sociedade por meio da previsão. A compreensão sobre estes termos (“desencantamento de mundo” e “racionalização intelectualista”) é fundamental, pois permite um entendimento preciso sobre a racionalidade instrumental, pressuposta pelo direito, na modernidade. Em primeiro lugar, significa a completa separação entre estruturas formais e estruturas culturais/morais (valorativas). Esta estrutura formal exige um corpo burocrático altamente especializado, e a disposição desta estrutura burocrática é central para a composição/compreensão do discurso jurídico. Justamente porque, a instrumentalidade da razão, permite também ao corpo especializado do direito, um exercício de dominação por meio da previsão: marca do que significou o conhecimento científico produzido a partir da modernidade. Ainda, e em segundo lugar, a racionalidade instrumental terá um efeito determinante para o direito, que é a supressão de um “universo valorativo” enquanto parâmetro regulador de conduta. Neste sentido, a norma jurídica, em sua estrutura formal, produzida através de um “domínio legal”, será determinante:

[...] Os especialistas em direito velam por um ‘formalismo do direito’ em três aspetos: Em primeiro lugar, a estruturação sistemática de um ‘corpus’ de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direito uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei

garante uma aplicação ponderada e conforme ao processo, bem como uma implementação confiável dessas leis. [...] Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segunda a qual, o estabelecimento de um nexos interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita no ‘medium’ do direito enquanto tal¹⁴⁶.

Weber pressupõe qualidades formais para a racionalidade do direito, o que significa dizer que são qualidades “neutras”, do ponto de vista moral (normativo). No entanto, é preciso ressaltar, o “mundo objetivo” não possui significado em si. Emprestar sentido ao “mundo objetivo” é uma tarefa singular/solitária. Ainda assim, o direito possui uma racionalidade autônoma, em relação ao mundo “prático-moral”. De tal modo, a pretensão de racionalidade do discurso jurídico possui qualidades formais próprias. Trata-se da observação do cumprimento de regras procedimentais, através de um corpo especializado. Por esta razão, a racionalidade é uma forma muito rigorosa, no sentido de que nela devem permanecer apenas qualidades formais para o discurso jurídico. A consideração de elementos normativos (valorativos) compromete, portanto, a possibilidade de fornecer um sentido racional para o ordenamento jurídico. Para Weber, a neutralidade da racionalidade se expressaria em três pontos fundamentais.

Em ‘primeiro lugar’, ele parte de um conceito amplo de técnica [...], a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos. E, quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a ‘racionalidade’ geral ‘de regras’ assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. ‘Em segundo lugar’, Weber fala em ‘racionalidade de fins’, quando não se trata mais da aplicação de meios, mas da seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. Sob este aspecto, uma ação pode ser racional na medida em que não for comandada por afetos cegos ou tradições nativas. Para Weber, as orientações valorativas são preferências dotadas de conteúdo, que se orientam para valores materiais, precedendo as decisões de sujeitos que agem em termos de racionalidade finalística, não sendo possível fundamentá-las. [...] ‘Em terceiro lugar’, Weber também considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam analiticamente os sistemas simbólicos tradicionais, tais como, por exemplo, as cosmovisões religiosas, as ideias morais e jurídicas. Tais realizações doutrinárias são expressão de um pensamento ‘científico-metódico’, que tornam o saber ensinável mais complexo e específico¹⁴⁷.

¹⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 196-197.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 197-198.

Estas qualidades formais da racionalidade estão estruturadas em um regramento voltado à ação. Conforme demonstrado, para a realização de uma espécie de domínio legal, é imprescindível um controle técnico-instrumental sobre o direito: de uma *racionalidade instrumental*, portanto. Este tipo de racionalidade implica um processo de “racionalização intelectualista”, quer dizer, de um domínio completo do mundo da vida por meio da previsão. Esta, aliás, é a marca da modernidade, e sobre ela é possível identificar os fundamentos da ciência moderna, no que trata os conceitos de experiência e observação: fatores que contribuíram objetivamente para o fenômeno do desencantamento das imagens mítico-teológicas de mundo. Em termos de racionalidade, é possível reconhecer, ainda, uma orientação à determinados fins, uma orientação valorativa, propriamente dita. Trata-se de uma *racionalidade com respeito à fins*, capaz de conduzir a um tipo de ação específica. Por fim, há, ainda, um outro tipo de racionalidade, composta/formada por um corpo especializado. Este tipo de racionalidade é imprescindível para a compreensão sistemática dos postulados metodológicos e científicos do discurso jurídico, enquanto uma *racionalidade científico-metodológica*. Sobre ela se estrutura a ideia de um direito sistematicamente organizado e orientado por regras formais. Pois bem, sobre estes tipos diversos de racionalidade, é preciso reconhecer o predomínio de uma racionalidade de caráter formal¹⁴⁸, voltada à conceitos puros. Deste modo, a racionalidade não é um “estado mental”, mas a constituição de uma linguagem objetiva capaz de “conduzir/orientar” a organização social. Ainda que a perspectiva formal e material (valorativa) de racionalidade pareçam inconciliáveis, Weber parece não desconsiderar as exigências valorativas que recaem sobre estrutura formal. Neste sentido, a racionalização, enquanto regulação da conduta humana, está voltada à fins específicos.

¹⁴⁸ Neste sentido: “Chamamos racionalidade ‘formal’ [...] o grau de ‘cálculo’ tecnicamente possível [...]. Ao contrário, chamamos racionalidade ‘material’ o grau em que o abastecimento de bens de determinados ‘grupos’ de pessoas (como quer que se definam), mediante uma ação social economicamente orientada, ocorra conforme determinados ‘postulados valorativos (qualquer que seja sua natureza)’ que constituem o ponto de referência pelo qual este abastecimento é, foi ou poderia ser julgado. Esses postulados têm significados extremamente variados. [...] Seus diversos significados só têm uma coisa em comum: que a consideração ‘não’ se satisfaz com o fato puramente formal e (relativamente) inequívoco de que se ‘calcula’ de maneira racional, com vista a um fim, e com os meios tecnicamente mais adequados possíveis, senão que estabelece ‘exigências’ éticas, políticas, utilitaristas, hedonistas, estamentais, igualitárias ou outras quaisquer, e as torna como padrão dos resultados da gestão econômica – por mais racional, isto é, de caráter calculável, que esta seja do ponto de vista forma -, procedendo assim de modo ‘racional, referente a valores’ com racionalidade ‘material’ referente a fins. Destes possíveis padrões valorativos racionais neste sentido, há em princípio um número ilimitado. [...]”.WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 2012. p. 52.

Habermas, em análise à proposta de Weber, entende a estrutura do sistema jurídico da seguinte forma:

Tendo em vista a racionalidade da regra, a racionalidade da escolha e a racionalidade científica, as qualidades formais do direito, acima citadas, podem ser descritas como ‘racionais’ num sentido moralmente neutro. Ora, a estruturação sistemática do corpo do direito depende: a) da racionalidade científica de especialistas; b) de leis públicas, abstratas e gerais que asseguram espaços de autonomia privada para a busca racional – em termos de fins – de interesses subjetivos; c) da institucionalização de processos para o emprego estrito e a implementação dessas leis, possibilitando a ligação, conforme a regras, portanto calculável, entre ações, fatos e consequências jurídicas, especialmente nos negócios organizados no âmbito do direito privado¹⁴⁹. [...]

Os tipos de racionalidade acima descritos são exigências/condições de racionalidade para o direito. Necessariamente, um direito racional deve atender a estas características para a formação de seu discurso. Contudo, sobre estes aspectos formais da racionalidade colocados por Weber, ainda resta saber se tal sistematicidade é capaz de conferir legitimidade à estrutura legal do ordenamento jurídico. Ainda, em que medida esta estrutura esboça uma “dependência” de justificação moral de seus postulados formais, em termos de legitimidade de uma ordem jurídica. É sobre esta perspectiva que Habermas irá se debruçar sobre a proposta weberiana de racionalidade para o direito. Especificamente, Habermas analisa a sistematicidade da estrutura formal proposta por Weber, no que trata a possibilidade de manifestação legítima do poder exercido pelo direito, através da figura do Estado. O direito delimita, formalmente, as margens da ação, por meio de sua normatividade. Mais precisamente, o ordenamento legal possui um atravessamento objetivo na estrutura social. Neste sentido, é preciso avaliar os valores prescritos normativamente. No entanto, é preciso que o direito mantenha o caráter formal e abstrato da norma jurídica. Esta referência formal sobre a estrutura racional do direito, cujo objetivo é evitar/neutralizar determinações/referência puramente empíricas ou materiais sobre o direito, procura garantir ao discurso jurídico uma estrutura equânime, no que trata a incidência da norma jurídica: a sua normatividade, propriamente dita. O discurso jurídico, de alguma maneira, não deve se expor a indeterminações factuais, capaz de desestabilizar sua incidência objetiva. Contudo, deste modo, é premente que o discurso jurídico seja efetivo, em termos de igualdade de condições jurisdicionais (da prestação

¹⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 198.

jurisdicional). Logo, necessariamente, o direito deve voltar-se a referências “prático-morais” para a sua efetiva composição. Daí surgem temas determinantes para a compreensão da estrutura jurídica. Como primeira questão, a segurança jurídica:

Se percorrermos as três determinações da racionalidade em ordem inversa, descobriremos que isso vale, em primeiro lugar, para a segurança jurídica, na medida em que ela é garantida na base de leis gerais e abstratas, através de processos estritos da justiça e da administração. Suponhamos que as condições empíricas para uma garantia universal e simétrica da segurança jurídica estão preenchidas. Então é preciso considerar que a segurança jurídica, no sentido de que é possível prognosticar intervenções na vida, liberdade e propriedade, constitui um ‘valor’ que concorre com outros valores [...], com a participação, em igualdade de chances, nas decisões políticas, ou com a distribuição equitativa das compensações sociais. [...] Todavia, o lugar privilegiado que esse valor ocupa no direito forma [...] não se justifica pelo fato de a calculabilidade das consequências jurídicas das próprias ações ser ‘funcional’ para a organização do intercâmbio social [...]¹⁵⁰.

Diante disso, surge com segunda questão, as qualidades formais do direito.

Segundo Habermas:

[...] Com isso, atingimos, em segundo lugar, a questão da qualidade formal das leis. A forma clássica da lei abstrata e geral não legitima um poder exercido em tais formas pelo simples fato de esse poder preencher certas exigências funcionais para a busca autônoma, privada e racional, de interesses próprios. [...] No entanto, programas de leis, dirigidos por regras, têm uma vantagem real face a programas de fins, pois a generalidade semântica os aproxima da igualdade perante a lei. E, devido ao seu caráter abstrato, e na medida em que os fatos regulados são gerais e não tocados em seu conteúdo essencial pelos contextos cambiantes, eles chegam a corresponder ao princípio mais amplo, segundo o qual aquilo que é igual tem que ser tratado de modo igual e o que é diferente tem de ser tratado de modo diferente. Constatamos, pois, contra a argumentação funcionalista de Weber, que a forma de leis gerais e abstratas só pode ser justificada como racional à luz desses princípios que possuem um conteúdo moral (não se deve concluir, a partir daí, que uma ordem jurídica só poderia satisfazer aos princípios da igualdade da aplicação e do conteúdo do direito na forma de leis públicas, abstratas e gerais)¹⁵¹.

Há, ainda, uma terceira questão: a organização/ordenação sistemática da estrutura jurídica. Como visto, com a eliminação de qualquer intromissão metafísica (normativa) na busca de justificativas para vigência do direito, a justificação do discurso jurídico se vê obrigado a racionalizar seus fundamentos em um nível “prático-moral”. Trata-se de uma exigência que não se suspende para o direito, eis que ele não pode mais

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 199-200.

¹⁵¹ Ibidem. p. 199-200.

se valer de uma pressuposição fechada/absoluta para a formação de sua legalidade. O direito, na figura do Estado, é uma instituição produtora de normas jurídicas, e sobre elas recaem as mais diversas exigências/expectativas sociais. Neste sentido, em termos de validade do ordenamento jurídico, a de produção de novas normas jurídicas, bem como a possibilidade de falência de normas jurídicas já vigentes, faz com que o direito, enquanto instituição, e o discurso jurídico, enquanto ciência, se voltem à perspectiva da legitimidade referendada por instâncias “prático-morais” da sociedade. Ora, isso porque a normatividade, em seu caráter deontológico, somente se torna efetiva quando esta obrigação se dá em um nível “prático-moral”. É preciso que o cumprimento da norma jurídica seja eficaz, ou seja, que haja uma orientação de conduta voltada à norma jurídica e ao regramento jurídico. É preciso haver este tipo de correspondência na estrutura jurídica, para que a mesma, efetivamente, seja legítima. Neste sentido, Habermas assim esclarece o tema:

A terceira qualidade formal, isto é, a construção científica e metódica de um corpo jurídico, configurado sistematicamente, também não é capaz, por si só, de explicar a eficácia legitimadora da legalidade. Por maior que seja a autoridade reclamada pelas ciências na sociedade moderna, as normas do direito não se tornam legítimas a partir do momento em que os seus significados e conceitos são explicitados, sua consistência é examinada e os motivos uniformizados. O trabalho profissional da doutrina jurídica pode dar uma contribuição para a legitimação somente quando e na medida em que ajudar a satisfazer a necessidade de fundamentação, a qual surge na medida em que o direito como um todo se transforma em direito positivo. Na visão de seus destinatários e de seus administradores, a modificabilidade do direito positivo só pode ser combinada com a pretensão à validade legítima, na medida em que eles puderem supor que as modificações do direito e os seus desdobramentos em contextos modificados podem ser fundamentados sobre princípios evidentes. As contribuições de sistematização dos juristas profissionais chamaram a atenção para o modo pós-tradicional da validade do direito. Ou seja, no direito positivo, as normas perderam, em princípio, a validade consuetudinária. Por isso, as proposições jurídicas singulares têm que ser fundamentadas como componentes de uma ordem jurídica que resulta de princípios, sendo que os próprios princípios podem colidir entre si, estando expostos a um exame discursivo. Entretanto, neste nível de discussão normativa, reaparece uma racionalidade que se aproxima mais da razão prática de Kant do que de uma racionalidade científica – a qual também não é neutra moralmente¹⁵².

Por tais razões, “as qualidades formais do direito, pesquisadas por Weber, sob condições sociais especiais, só poderiam ter garantido a legitimidade da legalidade na

¹⁵² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 200.

medida em que se tivessem comprovado como ‘racionais’ num sentido prático moral”¹⁵³. Segundo Habermas, “Weber não reconheceu esse núcleo moral do direito forma [...] porque ele sempre entendeu as ideias morais como orientações valorativas subjetivas; os valores eram tidos como conteúdos não racionalizáveis, inconciliáveis com o caráter formal do direito”¹⁵⁴. A preservação de aspectos puramente formais para a racionalidade do direito, na esterilização de qualquer influência normativa em seu método de conhecimento, pretende garantir a objetividade do discurso jurídico. A eliminação de instruções metafísicas (valorativas) na estrutura da norma jurídica possui como determinação um conhecimento objetivo sobre o regramento jurídico, em termos de racionalidade. Trata-se da preservação de um universo explicativo que poderia ser deturpado por elementos valorativos, afeitos ao universo da liberdade humana. Melhor dizendo, Weber procurou evitar a irracionalidade do discurso jurídico através de condições que definiu como necessárias para a formação de um discurso racional. “Isso se depreende do modo como Weber interpreta o moderno direito racional, que ele contrapõe ao ‘direito formal’ positivado. Ele pensa ‘que não pode haver um direito natural puramente formal’, pois ‘a natureza e a razão são a medida material para aquilo que é legítimo’”¹⁵⁵. Conforme Habermas:

[...] É preciso reconhecer que as teorias do direito natural, de Hobbes até Rousseau e Kant, mantêm certas conotações metafísicas. Rousseau e Kant, todavia, através de seu modelo de um contrato social que permite aos parceiros do direito regular democraticamente a sua convivência, por serem livres e iguais, fazem jus à exigência metódica de uma fundamentação procedimental do direito. Nesta tradição moderna, expressões ‘natureza’ e ‘razão’ não representam conteúdos metafísicos; elas servem, ao invés disso, para explicar os pressupostos que possibilitam força legitimadora de um acordo. Tal modelo contratual permite deduzir condições procedimentais para uma formação racional da vontade. Mais uma vez, porém, Weber não separa com suficiente clareza os aspectos estruturais dos de conteúdo. Isso o leva a confundir ‘natureza’ e ‘razão’ com ‘conteúdos’ de valor, dos quais o direito formal teria se separado. Ele equipara equivocadamente as qualidades procedimentais de um nível de fundamentação pós-tradicional às orientações valorativas materiais. Por isso, ele não percebe que o modelo do contrato social, do mesmo modo que o imperativo categórico, pode ser entendido como proposta para um processo, cuja racionalidade garante a correção de qualquer tipo de decisão tomada conforme um procedimento”¹⁵⁶.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 200-201.

¹⁵⁴ Ibidem. p. 201.

¹⁵⁵ Ibidem. p. 201.

¹⁵⁶ Ibidem. p. 202.

Ora, Weber pretende impedir que, na formação racional do direito, permaneçam elementos valorativos (morais). Por esta razão, ele rejeita concepções naturalistas para a formação do discurso jurídico, pois que impregnadas de elementos metafísicos (normativos). No entanto, a formação de uma racionalidade meramente formal para o direito, ou seja, imanente em relação à estrutura legal especializada e autônoma em relação aos aspectos valorativos, não é capaz de oferecer uma justificação legítima para o ordenamento jurídico. Não é suficiente pois, para a validade do ordenamento jurídico, é preciso haver um fundamento interno entre direito (legalidade) e moral (legitimidade). Em termos de racionalidade, a pressuposição de legalidade não é capaz de atribuir ao direito vigência efetiva. O discurso jurídico precisa estar justificado em uma perspectiva social, capaz de conferir ao seu caráter deontológico, normatividade. As regras formais do direito, neste sentido, não são suficientes em “esclarecer” o direito de forma imanente. É preciso, para tanto, a formação de processos de argumentação capaz de emprestar sentido ao conteúdo normativo formal do ordenamento jurídico. Neste sentido, “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta, ao invés disso, de uma relação interna entre o direito e a moral”¹⁵⁷. Ademais, em que pese o forte apelo metodológico e formal para a estrutura racional do discurso jurídico, não é de todo evidente que o direito justificado legitimamente em instâncias “prático-morais” não possua qualidades formais, ou seja, de que estas qualidades formais estariam completamente comprometidas, em termos de justificação racional. Neste sentido, Habermas assim se manifesta sobre o tema:

[...] Ora, pode até ser correto afirmar que a mudança na forma do direito, descrita por Weber sob o tópico da ‘materialização’, elimina a base de sustentação desses argumentos. Porém, com isso, não se prova que o direito materializado não possui qualidades formais das quais não se possa deduzir, pelo caminho da analogia, argumentos legitimadores. Ao contrário, a mudança da forma do direito exige uma radicalização da questão weberiana acerca da racionalidade que habita no ‘medium’ do direito. Pois o direito forma e o não formal constituem, desde o início, variantes distintas, nas quais se manifesta o mesmo direito positivo. O ‘formalismo’ do direito, que é comum a esses dois tipos especiais de direito, tem que estar situado num nível mais abstrato¹⁵⁸. [...]

Ainda neste sentido:

¹⁵⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 202.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 202.

[...] H. L. A. Harte e outros mostraram que sistemas de direito modernos contêm não apenas normas diretas de comportamento e de castigo, mas também normas secundárias de organização e de autorização que servem para institucionalizar processos da legislação, da jurisdição e da administração. Deste modo, a própria produção de normas é submetida a normas. Um modo de operar determinado procedimentalmente, porém indeterminado do ponto de vista do conteúdo, torna possível o surgimento pontual de decisões jurídicas obrigatórias. Além disso, é preciso considerar que esses processos colocam as decisões sob a necessidade de uma fundamentação. Desta forma se institucionalizam discursos jurídicos que operam nos limites exteriores do processo jurídico e sob as ‘limitações’ internas da produção argumentativa de bons argumentos¹⁵⁹. [...]

Aí, então, se situa uma perspectiva procedimental para a justificação racional do discurso jurídico. Quer dizer, por um lado, é preciso a estrita observância da forma jurídica. Trata-se de um aspecto formal imprescindível para a realização do direito. Por outro lado, é preciso informar a estrutura formal do direito com argumentos. Portanto, a característica formal do direito, em termos científicos-metodológicos é preservada, ao tempo que, através dela, igualmente, é possível uma argumentação em um nível “prático-moral”, capaz de legitimar o ordenamento jurídico. Com esta perspectiva, haveria uma preservação do rigor formal do direito, evitando, assim, a eventual desestabilização do seu sistema por meio de um exercício arbitrário do direito e da argumentação nele implicados. Não é razoável, para a formação da racionalidade jurídica, diante do até aqui exposto, que o direito se feche em termos de regras jurídicas formais fixadas pelo direito positivo. A fundamentação do direito, institucionalizado juridicamente, deve estar aberta aos discursos que se estabelecem em um horizonte político, prático e moral. Esta ideia conduz ao entendimento de que a forma do direito, contemporaneamente, “não pode ser descrita como ‘racional’, num sentido moralmente neutro, mesmo quando [...] se leva em consideração as premissas do formalismo jurídico¹⁶⁰. Desta maneira:

[...] se as qualidades formais do direito são encontráveis na dimensão dos processos institucionalizados juridicamente, e se esses processos regulam discursos jurídicos que, por seu turno, são permeáveis a argumentações morais, então pode-se adotar a seguinte hipótese: a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. A legitimidade da legalidade resulta do entrelaçamento entre processos jurídicos e uma argumentação moral que obedece à sua própria racionalidade procedimental¹⁶¹.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 202-203.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 221.

¹⁶¹ Ibidem. p. 202-203.

Pois bem, “a forma do direito moderno não pode ser descrita como ‘racional’, num sentido moralmente neutro, mesmo quando [...] a abordagem leva em conta as premissas do formalismo jurídico”¹⁶². Ainda, as exigências contemporâneas sobre o discurso jurídico não comprometem a sua racionalidade formal, em uma perspectiva procedimental, no que trata as exigências normativas (valorativas)¹⁶³. Estas exigências ocorrem, inclusive, pelo grau de complexidade da sociedade contemporânea. Para tanto, é preciso produzir um tipo de discurso para o direito em que a sua fundamentação legítima esteja voltada a um processo de legislação e a um processo de jurisdição¹⁶⁴. Para a compreensão da proposta de uma racionalidade procedimental de Habermas, é introduzida uma diferença entre “validade do direito”, enquanto uma prerrogativa de competência, e “validade social do direito”, como aquilo que é posto factualmente, enquanto direito. “No entanto, no próprio sentido complexo da validade do direito, manifesta-se uma ambivalência que o direito moderno adquire devido à sua dupla base de validade, que repousa no princípio da fundamentação e no da normatização”¹⁶⁵. Por um lado, as normas morais expressam um contexto de descoberta, onde “prevalece o sentido de ‘ideias’ morais, análogo ao do sentido da verdade, [...] ao passo que a pretensão de validade do direito positivo não consegue fugir da contingência que cerca a sua gênese,

¹⁶² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 221.

¹⁶³ Neste sentido: [...] “Direitos subjetivos gerais delimitam áreas da autonomia privada e garantem a liberdade individual pelo caminho de autorizações subjetivas. A moralidade do direito consiste no fato de ‘se atribuir à vontade individual um domínio no qual ela pode reinar independentemente de qualquer vontade estranha’. Porém, durante a evolução do direito, tornou-se claro que os direitos subjetivos são, de certa forma, secundários ao direito objetivo, não podendo oferecer a base conceitual para o sistema do direito privado em sua totalidade. A partir daí, o conceito do direito subjetivo foi reinterpretado de modo positivista e purificado de todas as associações normativas. Segundo a definição de B. Windscheid, os direitos subjetivos apenas transpõem as prescrições da ordem jurídica objetiva para o poder de mando de sujeitos singulares do direito. [...] Certamente a construção kantiana, segundo a qual a política e o direito estão submetidos aos imperativos morais do direito racional, foi desmentida, tanto na doutrina do direito privado como na teoria do Estado de direito, porém esse desmentido acontece por duas visões distintas: na da justiça e na do legislador político. É possível formular este problema da seguinte maneira: de um lado, os fundamentos morais do direito positivo não podem ser explicados em termos de um direito racional superior. De outro lado, porém, esses fundamentos não podem ser liquidados sem deixar nenhum vestígio, pois isso privaria o direito do momento essencial da indisponibilidade que habita nele. A partir daí, é preciso mostrar como é possível estabilizar, no interior do próprio direito positivo, o ponto de vista moral de uma formação imparcial do juízo e da vontade. O fato de determinados princípios morais do direito racional terem sido positivados como ‘conteúdos’ do direito constitucional não basta para satisfazer esta exigência. Pois trata-se precisamente da contingência dos conteúdos de um direito modificável arbitrariamente. Por isso, eu gostaria de retomar a tese desenvolvida na primeira aula, segundo a qual a moralidade embutida no direito positivo possui a força transcendente de um processo que se regula a si mesmo e que controla sua própria racionalidade”. Ibidem. p. 241-243.

¹⁶⁴ Ibidem. p. 246.

¹⁶⁵ Ibidem. p. 246-247.

nem da facticidade da ameaça de sanção”¹⁶⁶. Por outro lado, as normas jurídicas positivas pretendem, igualmente, legitimidade: a validade da estrutura jurídica aponta “não somente para a expectativa moral do reconhecimento racionalmente motivado de uma pretensão de validade normativa, a qual só pode ser resgatada através de argumentação”¹⁶⁷. Esta perspectiva de racionalidade para a construção do discurso jurídico, na contemporaneidade, está fundada em um princípio realidade. Quer dizer, sobre a possibilidade do exercício do direito no tecido social e, ainda, sobre os efeitos que a sua estrutura produz sobre a sociedade. O fechamento de um horizonte normativo (valorativo), para o direito, apenas conduz à uma autonomia formal para a produção racional do discurso jurídico. No entanto, o discurso jurídico somente possui autonomia a partir do momento em que “os processos institucionalizados da legislação e da jurisdição garantem uma formação imparcial da opinião e da vontade, abrindo assim o caminho para a entrada da racionalidade moral procedimental no direito e na política”¹⁶⁸. Isto porque, segundo Habermas, “não pode haver direito autônomo sem a consolidação da democracia”¹⁶⁹.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 247.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 247.

¹⁶⁸ Ibidem. p. 247.

¹⁶⁹ Ibidem. p. 247.

4 NORMATIVIDADE AMBIENTAL E JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DO DIREITO

4.1 O DISCURSO JURÍDICO DIANTE DAS EXIGÊNCIAS CONTEMPORÂNEAS SOBRE O DIREITO AMBIENTAL

Os temas conduzidos até aqui tiveram intenções precisas. Era necessário demonstrar como a estrutura do discurso jurídico se articulou na modernidade. Estas razões são capazes de fazer compreender os fundamentos para a problematização da proposta ora apresentada. As transformações sociais que atravessaram a modernidade produziram exigências de sistematização do conhecimento em termos de objetividade. Ainda, a produção de um conhecimento de tipo científico pareceu fomentar, diuturnamente, as instituições modernas em seus mais diversos campos, desde a academia às práticas sociais. Desta forma, nem tão somente a modernidade estabilizou a ciência como um conhecimento objetivo, desencantado e “preferível”, nem tampouco a ciência produziu, exclusivamente, o imaginário moderno. Nesta relação, há um enraizamento profundo entre ciência e sociedade. Trata-se de um elemento sociológico sobre a construção do pensamento científico. A sua razão é tornar evidente o contexto histórico que atuava sobre a construção do pensamento científico na modernidade, quer dizer, sobre a produção de um tipo de conhecimento que se estabelecia, deste modo, como uma exigência institucionalizada pela própria sociedade moderna. Esta perspectiva remonta o que é possível denominar como um “significado cultural da ciência”, quer dizer, a questão sobre como o crescimento metodicamente assegurado do saber teórico tem efeito sobre o avanço do espírito humano e do contexto cultural da vida em seu todo”¹⁷⁰. Esta situação põe em evidência os pressupostos culturais do conhecimento, determinante para uma compreensão razoável dos problemas teóricos que são colocados pela contemporaneidade, quando da tentativa da formulação de um conhecimento racional. Neste sentido:

[...] A arte de pensar a racionalidade consistirá, então, no esforço de descobrir as conexões entre a racionalidade e mundo da vida, de encontrar o equilíbrio ou a possível relação que não seja banal entre o sistema que é produzido pela racionalidade e o mundo da vida. Estes dois elementos sempre foram considerados excludentes, incompatíveis. Toda tentativa sistemática de explicação da realidade significava fundamentalmente o esmagamento do

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: racionalização da ação e racionalização social.** Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 1, 2012. p. 270.

mundo da vida. [...] A racionalização significará uma crença no progresso indefinido das ciências; o progresso será compreendido como transformação do mundo exterior, que será visto como um fundo inesgotável de reservas. A esta ideia de racionalização liga-se fundamentalmente a de planejamento, em todos os setores da vida. Este sonho de expansão ilimitada de controle do mundo ao nível empírico tem como complemento o desejo ilimitado do saber [...] ¹⁷¹.

A compreensão sobre os processos de racionalização, a partir da modernidade, torna-se um tema central para a reflexão epistemológica. A “racionalização intelectualista”, fenômeno que implica na previsibilidade e no domínio técnico sobre a vida, foi determinante para a construção de uma racionalidade técnico-instrumental a partir da modernidade. Esta perspectiva de uma “racionalização intelectualista” possui um efeito mais imediato, que é o reflexo da eliminação das imagens “mítico-teológicas” da vida em sociedade. Mais especificamente, este processo de racionalização produz um efeito imediato sobre a produção do conhecimento humano. A produção de um conhecimento objetivo, através da “racionalização intelectualista”, foi determinante em extirpar do conhecimento humano qualquer elemento transcendente sobre o domínio da vida. Por outro lado, possibilitou a construção de um conhecimento constituído por um corpo técnico especializado. Quer dizer, institucionalmente, a “racionalização intelectualista” foi determinante para as instituições modernas, em uma perspectiva de organização social exercida pelo Estado moderno, pelo exercício de uma dominação legal. No que interessa ao do direito e ao ordenamento jurídico, nos termos tratados anteriormente, esta mudança na estrutura do conhecimento humano, produzido a partir da modernidade, teve um efeito determinante sobre a sua estrutura de racionalidade. Ora, com a eliminação das imagens mítico-teológicas de mundo, a estrutura de justificação racional do direito, ou seja, a sua fundamentação, necessariamente, deveria ocorrer através de um processo que não o conduzisse a estruturas metafísicas. Por esta razão, a teoria normativista do direito foi fundamental para a estruturação do discurso jurídico. Fixada na figura do Estado, ente centralizador e produtor de normas jurídicas, foi possível construir uma hipótese teórica capaz de efetivar um “princípio de não valoração”, pressuposto pelo conhecimento objetivo. Esta exequibilidade do projeto normativista do direito ocorreu, portanto, com a suposição de uma “norma fundamental” enquanto um postulado científico, “neutralizando” de seu discurso qualquer instabilidade decorrente de elementos valorativos de ordem subjetiva. Neste sentido:

¹⁷¹ STEIN, Ernildo. **Paradoxos da racionalidade**. Porto Alegre: PyR Edições, 1987. p. 66-68.

[...] O projeto de construção de uma linguagem rigorosa para a ciência foi adaptado para o direito, principalmente por Hans Kelsen. [...]. Postulam uma ciência do direito alicerçada em proposições normativas que descrevem sistematicamente o objeto do direito. [...] A teoria do direito de Kelsen possui, porém, influências do neo-kantismo, evidentes no seu ideal de “ciência pura”. [...] O ideal de pureza implica em separar o conhecimento jurídico, do direito natural, da metafísica, da moral, da ideologia e da política. Por isso, Kelsen tem como uma de suas diretrizes epistemológicas basilares, o dualismo Kantiano, entre ser e dever ser, que reproduz a oposição entre juízos de realidade e juízos de valor. Kelsen, fiel a tradição relativista do neo-kantismo de Marburgo, optou pela construção de um sistema jurídico centrado unicamente no mundo do dever ser. Tal ênfase, acarretou a superestimação dos aspectos lógicos constitutivos da teoria pura, em detrimento dos suportes fáticos do conhecimento¹⁷².

Esta estrutura de racionalidade, legada pela tradição lógico-positivista, criou condições teóricas para o discurso jurídico. A análise da estrutura do ordenamento jurídico, em termos de validade, objetivamente, pretendia cumprir com um de seus axiomas metodológicos fundamentais: a separação entre ser e dever-ser, tema já tratado no capítulo anterior. A pretensão de objetividade do discurso jurídico, para tanto, deveria obedecer a estrutura metodológica das ciências, conforme seus pressupostos de racionalidade produzidos na modernidade. No entanto, é justamente sobre a realização deste projeto de cientificização do discurso jurídico que se colocam alguns problemas teóricos, contemporaneamente. Isso porque o direito, para cumprir com o rigor da ciência, precisou pressupor um critério interno de racionalidade (critério de legalidade). A legitimidade do ordenamento jurídico, no exercício de uma dominação legal por parte do Estado (execução de uma ordem jurídica válida), deveria estar fundada em um critério formal de legalidade. Contudo, o processo de “racionalização intelectualista” produziu um dilema para a estrutura da teoria do direito. Com a eliminação das estruturas naturalizadas de justificação do ordenamento jurídico, a sua legitimidade não poderia mais ser extraída de qualquer elemento metafísico. Desta forma, a possibilidade de justificação do direito, mesmo restrita em sua legalidade, necessariamente conduz a uma referência de “ordem social”, ou seja, sobre a estrutura de constituição da sociedade e de suas instituições. Ainda que se reconhecesse a existência de uma estrutura formal de legalidade, enquanto vigência legítima do direito, em último caso, esta estrutura deveria

¹⁷² ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p.1034-1035.

estar referida em à instâncias culturais (“prático-morais”), pois já não lhe competia buscar um fundamento transcendente (absolutizado/fechado).

Diante destas razões, percebe-se que a constituição de uma racionalidade, através de critérios puramente internos, é incapaz de assegurar a justificação legítima do discurso jurídico. O exercício de uma dominação burocrática, por meio de um corpo especializado, não evidencia, racionalmente, que dessa estrutura se possa obter algum fundamento para a vigência (existência) do ordenamento jurídico. Este tipo de pressuposição somente seria possível com a admissão da ideia de uma “regularidade natural” para a racionalidade do direito, isto é, entre legitimidade e legalidade do discurso jurídico, ou seja, entre facticidade e validade. No entanto, o critério de demarcação entre o conhecimento científico e conhecimento metafísico importa justamente na negação de suposição de condições “a priori” naturalizadas como justificativa racional, pois que incapazes de serem obtidas por meio de um critério de verificação. Então, para o ordenamento jurídico, a partir do momento em que se torna evidente, metodologicamente, a impossibilidade deste tipo de pressuposição naturalizada, é quando o seu discurso precisa voltar-se para uma instância política de justificação, através de elementos “prático-morais” constituídos na sociedade civil. Neste sentido, a validade do ordenamento jurídico deve estar disposta de forma eficaz, é preciso haver uma orientação de conduta conforme a norma jurídica. Em que pese esta situação não ser condição de validade, a sua legitimidade, enquanto vigência (existência) do ordenamento jurídico, necessariamente deverá observar um critério de eficácia. Por esta razão, ao tempo em que o discurso jurídico deve observar regras formais (procedimentais), estas mesmas regras devem estar informadas em um nível de argumentação. É justamente o processo de “racionalização intelectualista” que constrangeu o direito a buscar a fonte de legitimação do direito em uma espécie de “ordenação” na sociedade civil, pois não há qualquer possibilidade de se encontrar uma justificativa para os preceitos normativos (valorativo) inscritos no ordenamento jurídico, senão através de uma argumentação produzida pelos atores sociais. Por tais motivos, a estrutura de racionalidade do direito, a partir da modernidade, até os dias atuais, apresenta algumas fissuras teóricas, quando da sua pretensão de pureza formal. É preciso admitir, portanto, um outro critério de racionalidade para a formação do discurso jurídico, diante da complexidade de temas que se lhe apresenta na atualidade. Neste sentido:

[...] a teoria jurídica normativista, que ainda é a base da racionalidade do Direito, deriva de um contexto histórico bem preciso. É uma teoria que se origina e fundamenta na forma de sociedade que chamamos de modernidade. É uma teoria jurídica da modernidade, e o significado mais lapidar que se pode dar à expressão modernidade seria aquele de um período, de uma fase, em que há uma grande crença numa certa ideia de racionalidade e essa racionalidade, no Direito, para simplificar, estaria ligada a uma forte noção de Estado. Assim, toda teoria jurídica da modernidade é uma teoria ligada à noção de Estado, e essa racionalidade se desenvolveu, principalmente numa dinâmica que se chama normativismo. [...] É, assim, uma teoria datada que tem como pressuposto teórico, epistemológico, o normativismo, que vai, como se sabe, difundir-se por todo o ocidente como a matriz teórica representante do Direito na modernidade. Desta maneira, quando se ingressa numa nova forma de sociedade globalizada [...], o problema é o fato de que qualquer perspectiva racionalista ligada ao normativismo e ao Estado se torna extremamente limitada. [...] Neste linha de raciocínio, se entende a necessidade de criticar-se a epistemologia do neo-positivismo analítico, da linguagem da denotação pura, introduzindo-se uma epistemologia construtivista que privilegie para a globalização a temática da pluralidade social, da complexidade dos paradoxos e riscos, e mostre algumas consequências que esta perspectiva está provocando na teoria do Direito¹⁷³.

Sobre a estrutura de racionalidade do direito, constituída a partir da modernidade, recaem exigências contemporâneas complexas. Naturalmente, a resposta que é possível ao direito se apresenta como um fenômeno puído, já ineficaz diante das expectativas que, diuturnamente, se colocam sobre o seu discurso. Isto porque, a sua estrutura de racionalidade, constituída na modernidade, é incapaz de problematizar, com profundidade, uma situação que se estabelece como o limiar de uma crise para a humanidade, em vista da degradação contínua da natureza e dos recursos naturais. A ideia de “crise ambiental”, aqui, é uma suposição teórica. O objetivo é evitar a verdadeira guerra de berlinda que se estabelece neste sentido, entre a admissão ou a negação de um estado de alerta sobre a ingerência humana em relação à natureza. Há indicativos muito fortes sobre a ameaça da vida das espécies, em geral. Residualmente, a admissão desta hipótese está sendo incorporada globalmente, tanto em um nível discursivo, quanto institucional. A constituição dos elementos que compõem esta crise ocorre em, pelo menos, dois níveis. Por um lado, há um forte apelo sobre a conduta humana na história da sociedade civil, em um nível ético, portanto. A “ecologia política” parece se debruçar mais atentamente sobre esta dimensão ética, na pretensão de “reconstruir o conjunto das

¹⁷³ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000. p.1034-1035.

modalidades do ser-em-grupo”¹⁷⁴. O reconhecimento é de uma crise na subjetividade humana, em sua composição coletiva, e possui como consequência o comprometimento da vida em um nível global. Portanto, o “teor” de crítica ocorre em uma dimensão valorativa sobre a conduta humana. Sobre este pano de fundo (“ecologia política”), reconhece-se a exigências de uma postura “eco-ética”, a qual se julga capaz de reorientar as práticas sociais e individuais, já que, a seu ver, “as relações da humanidade com o ‘socius’, [...] com a ‘natureza’ tendem, com efeito, a se deteriorar cada vez mais”¹⁷⁵. Estar-se-ia, portanto, diante de uma espécie de “recomposição das práticas sociais e individuais”, entre o social (ecologia social), o subjetivo (ecologia mental) e o meio ambiente (ecologia ambiental). Por outro lado, é possível apontar, com mais precisão, elementos “objetivos” sobre o que comporia a “crise ambiental e ecológica”. Trata-se de uma segunda dimensão deste problema contemporâneo:

O desmatamento irracional vem transformando o país num verdadeiro deserto, com a destruição das florestas, dos cerrados e da vegetação em geral. [...] A falta de carvão mineral contribui consideravelmente para a devastação de nossa flora, com a derrubada, que continua, para o aproveitamento da lenha como matéria de fabrico de carvão vegetal, para alimentar locomotivas e siderúrgicas. [...] A poluição é o modo mais pernicioso de degradação do meio ambiente natural. Atinge mais diretamente o ar, a água e o solo, mas também prejudica a flora e a fauna [...]. O solo, além da poluição, também sofre outra forma de degradação: a erosão, que lhe causa destruição e deterioração. Ela consiste na remoção ou transporte dos elementos constituintes do solo para as planícies, para os vales, para o leito dos rios e até para o mar, em consequência da ação de agentes externos. [...] Essa preocupação não há de ser apenas com a qualidade do meio ambiente natural. Busca-se a preservação do patrimônio ambiental global, isto é, considerado em todas as suas manifestações em face da atuação conjunta dos fatores [...]¹⁷⁶.

As exigências contemporâneas sobre o ordenamento jurídico, no que trata a admissão de uma “crise ambiental e ecológica”, se estruturam através destes horizontes teóricos. Evidentemente que se tratam de causas complementares. Ainda, as razões que informam uma situação de “crise” são muito mais amplas, incapazes de serem arroladas taxativamente. Contudo, importa saber que esta situação de “crise” se coloca em diferentes níveis de compreensão para o discurso jurídico. Externamente, recai sobre o ordenamento jurídico uma “expectativa” normativa, capaz de regulamentar esta situação.

¹⁷⁴ GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. 11ª Ed. Campinas, SP: Editora Papyrus, 2001. p. 16.

¹⁷⁵ *Ibidem*. p. 23.

¹⁷⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 30-33.

No entanto, a produção de um corpo de normas ambientais, tendo em vista a peculiaridade material em que elas estão implicadas, possuem uma carga valorativa latente. Então, na perspectiva de uma estrutura interna do discurso jurídico, no que trata a justificação destes valores inscritos na norma jurídica, é preciso que o direito se volte para a sociedade civil, em um nível de argumentação, a fim de fixar os conceitos normativo-ambientais. Não há elucidação possível para os valores prescritos na norma ambiental, senão em um nível político, ou seja, “prático-moral”. É, então, um problema para a estrutura de racionalidade do discurso jurídico. A estrutura formal da racionalidade jurídica não é capaz de informar, de forma imanente, os “valores ambientais” incorporados no ordenamento jurídico, tendo em vista que não se tratam de conceitos autoevidentes e, tampouco, de procedimentos puramente formais. A constituição razoável destes valores, em um nível de racionalidade, somente é possível de ser encontrada na estrutura de legitimidade do discurso jurídico, ou seja, em uma dimensão de justificação política, prática e moral, através de um processo de argumentação regulado por regras formais/procedimentais. Para tanto, em termos de racionalidade, é preciso desvincular a legitimidade do discurso jurídico da amarra formal de sua legalidade, enquanto possibilidade de determinação conceitual dos valores inscritos na norma ambiental.

Por estas razões, se expõe então, sobre a estrutura jurídica, a possibilidade de estruturação interna de seu discurso. Racionalmente, é preciso emprestar sentido ao ordenamento jurídico, através de uma orientação legítima. Por um lado, esta orientação legítima diz respeito às práticas sociais e institucionais. Imprescindível haver, então, uma orientação/conformidade de conduta, para tanto. Por outro, esta orientação somente é possível em um nível de comunicação com a sociedade civil. Assim sendo, não é possível considerar a racionalidade do direito como uma questão puramente formal, no que diz respeito a descrição de uma regra jurídica. Logo, é necessária uma orientação normativa legítima, tanto na constituição/orientação ao ordenamento jurídico, quanto na possibilidade de justificação racional de seus conceitos. Este ponto, especialmente, é problemático. A formação de um consenso normativo, diante da crise “ambiental e ecológica”, ultrapassa o conceito de soberania do direito nacional. Há fortes influências externas sobre a regulamentação das práticas sociais em relação ao “meio ambiente”. Tratam-se de exigências políticas e econômicas incapazes de serem controladas através de um critério formal de território. Quer dizer, não é possível “domesticar” as exigências

que recaem sobre o discurso jurídico. Esta questão é de difícil resolução, pois em consideração ao grau de afetação mundial do “problema ambiental”, é preciso produzir elementos capazes de gerar um engajamento intersubjetivamente válido (racional), em termos de uma orientação conduta, seja ela ética ou normativa. Considerando o universo polissêmico das culturas, a perspectiva de construção deste elemento engajador, é realmente problemático, diante dos pressupostos que um discurso racional exige. Esta perspectiva problemática da crise ambiental é incorporada, também, em um nível epistemológico, quando da tentativa de justificação racional dos postulados das ciências humanas, dentre elas, a ciência jurídica. Sobre o conceito de crise, Bachelet assim se manifesta:

A palavra crise cobre um grande número de situações. Entre elas a ecologia, relativamente recente, mas instalada num espaço de tempo que será inteiramente notável em virtude dos problemas que coloca ao conjunto das populações mundializadas, de alguma forma, por meio de uma referência comum e obrigatória à natureza. Na realidade, essa crise no uso da natureza é, antes do mais, uma crise no modo de vida do homem. [...] Com efeito, de todas as questões formuladas neste final de século, aquela que diz respeito ao futuro da Terra, representada aos nossos olhos pela natureza, parece particularmente preocupante¹⁷⁷.

Somente com a compreensão do significado de uma situação de “crise ambiental e ecológica”, notadamente no que trata as suas implicações teóricas para a formação de um discurso racional, é possível entender a possibilidade de o direito oferecer uma resposta para tanto. Especificamente, em oferecer uma resposta racional aos valores ambientais inscritos no ordenamento jurídico, em atendimento à uma expectativa social produzida pela ideia de “crise ambiental”. No entanto, a tarefa de apontar, mais especificamente e com alguma clareza, os elementos que compõem uma situação de “crise ambiental e ecológica”, ainda parece uma questão controvertida, de pouco consenso na literatura. Salvo melhor juízo, um único acordo sobre esta questão complexa parece razoável: que esta situação de “crise” implica, em primeiro lugar, na ameaça da vida das espécies, em geral e, ainda, importa em conflitos de princípios e valores constituídos no tecido social. Ora, as duas situações devem importar ao direito. Em primeiro lugar porque o direito possui historicamente como um de seus deveres a

¹⁷⁷ BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 18.

preservação da vida. Esta expectativa, diante desta situação de “crise ambiental”, é atravessada por diversos valores que constituem um conceito de “meio ambiente”.

Quer dizer, o discurso jurídico precisa justificar racionalmente estes valores inscritos na preservação do “meio ambiente” como condição de manutenção da vida, de forma geral. “Doravante, o homem está submetido a duas soberanias, a da natureza e a do Estado a que está sujeito por diversos laços”¹⁷⁸. Ainda que se apontem rupturas estruturais sobre a compreensão da figura Estado, na contemporaneidade, no que trata, principalmente, o exercício de uma soberania através da dominação legal, esta instituição é fortemente presente no contexto global, em termos políticos. O Estado ainda é fonte centralizadora e produtora de normas jurídicas e, neste sentido, possui margem de ação diante da situação de “crise” que se coloca na contemporaneidade. No entanto, o Estado não exerce com a mesma intensidade política o exercício do ordenamento jurídico que exercia na modernidade. Isso porque “a centralização política obtida pelo Estado moderno é superada, atualmente, por um fenômeno de dispersão dos centros de tomada de decisão, cada vez mais diversos e plurais”¹⁷⁹. Ainda assim:

O Estado tem competência para reger as pessoas e os bens que estão no seu território ou que aí acedem e as situações que estão ligadas ao seu espaço jurisdicional. Este poder soberano consiste, por um lado, em estabelecer normas jurídicas às quais essas pessoas e bens estão submetidos e, por outro lado, em manifestar-se concretamente para agir em função dessas normas sobre essas pessoas e bens. Esta liberdade de reger e de agir é reconhecida como absoluta e não sofre qualquer redução, segundo o direito internacional, a menos que as restrições sejam agenciadas entre dois ou vários Estados por meio de convenção ou que o poder estatal discricionário seja moderado no interesse da comunidade internacional. Neste caso, o Estado encontra os seus próprios limites no contexto do direito internacional e dos costumes respeitados por todas as potências¹⁸⁰. [...]

É possível reconhecer na figura do Estado, enquanto ente centralizador e produtor de normas jurídicas, a possibilidade de uma orientação normativa para a “crise ambiental e ecológica”. Do contrário, caso não fosse possível reconhecer uma função de orientação de conduta ao direito, não haveria sentido em se falar de uma possível ingerência do Estado em relação aos “problemas ambientais” que se colocam para a

¹⁷⁸ BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 18.

¹⁷⁹ ROCHA, Leonel Severo. **Direito ambiental e autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.

¹⁸⁰ BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995. p. 24.

sociedade contemporânea. O ordenamento jurídico, justamente sobre o que dispõe enquanto matéria ambiental (normas ambientais), parece incapaz de justificar racionalmente as exigências complexas da sociedade moderna. Parte de sua “situação de ingerência”, portanto, perpassa a possibilidade da justificação de vigência (legítima) de seu ordenamento, no que trata as exigências de resolução de problemas de ordem ambiental. O ordenamento jurídico parece incapaz de oferecer uma orientação de ação sobre esta situação, talvez porque, ainda, restrito em uma estrutura de racionalidade puramente legalista. O que é preciso compreender é que esta situação de “crise ambiental”, por um lado, imprime valores (em um nível ideológico) sobre a conduta humana. Este é o seu caráter de crítica. No que trata uma orientação em um nível ético, não há resolução jurídica possível. Por outro lado, esta situação aponta para uma “emergência” institucional. Assim, “o problema da ‘tutela jurídica do meio ambiente’ manifesta-se a partir do momento em que sua degradação passa a ameaçar não só o bem-estar, mas a qualidade da vida humana, senão a própria sobrevivência do ser humano”¹⁸¹. Neste sentido:

A crescente intensidade desses desastres ecológicos despertou a ‘consciência ambientalista’ ou a ‘consciência ecológica’ por toda parte, até com certo exagero; mas exagero produtivo, porque chamou a atenção das autoridades para o problema da degradação e destruição do meio ambiente, natural e cultural, de forma sufocante. Daí proveio a necessidade da ‘proteção jurídica do meio ambiente’, com o combate pela lei de todas as formas de perturbação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, de onde foi surgindo uma legislação ambiental em todos os países. Essa preocupação não há de ser apenas com a qualidade do meio ambiente natural. Busca-se a preservação do patrimônio ambiental global, isto é, considerado em todas as suas manifestações [...]”¹⁸².

O ordenamento jurídico, em matéria ambiental, possui uma especificidade muito própria. Ainda, o direito ambiental exige, por parte do Estado, um controle incidente sobre a atuação dos atores sociais no meio ambiente. Esta regulamentação se dá através de regras de direito, cujo objetivo é controlar e prevenir efeitos colaterais da ação humana sobre o “meio ambiente”. Para tanto, o sistema normativo jurídico faz menção explícita a conceitos de matéria ambiental, como o são os conceitos de “meio ambiente” e de “preservação ambiental”, por exemplo. A normatividade ambiental tem um fundo muito

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 28.

¹⁸² *Ibidem*. p. 28.

específico, que é a preservação da vida. Trata-se de um direito fundamental regulado normativamente nas mais diversas legislações do mundo. A referência do direito ambiental à termos jurídicos indeterminados é ampla, isso porque, sobre o “meio ambiente”, há um sistema de direitos que se encontram comprometidos pela ameaça de sua degradação. A estruturação de um corpo normativo, voltado à proteção ambiental, demonstra a centralidade deste tema para a contemporaneidade. Ainda assim, esta estrutura, articulada através de conceitos complexos e pouco evidentes, cria uma exigência de explicitação. Para a ciência do direito, esta questão será determinante, justamente porque não se tratam de conceitos normativos autoevidentes. As expectativas criadas sobre o ordenamento jurídico, no que trata o atendimento de uma “demanda ecológica e ambiental”, possuem um caráter propriamente subjetivo sobre as intervenções do Estado nos mais diferentes sistemas sociais a que está submetido, seja ele político, econômico ou cultural:

[...] O conteúdo e o campo de aplicação do Direito Ambiental parecem insuficientemente explorados na mesma proporção em que a disciplina aparenta se justificar e se bastar em si mesma. Muito menos o campo dos direitos e obrigações que a compõem, relações jurídicas altamente complexas e ainda cobertas por uma certa aura de ambiguidade e mito de incerteza, o que, em rigor, prejudica seu entendimento e, pior, dificulta sua efetividade, podendo mesmo, em certas circunstâncias, inviabilizar a realização concreta de seus elevados objetivos¹⁸³.

Por estas razões, o Estado parece assumir, definitivamente, uma “causa ambiental”. Trata-se de uma orientação normativa em atendimento a uma expectativa sobre a degradação do “meio ambiente”, em um nível social (subjetivo). Quer dizer, o ordenamento jurídico, na figura do Estado, passa a estruturar-se neste sentido. Estas expectativas sociais, de caráter subjetivo, “passam a ser objeto de orientação do Estado, sendo que ao reagir e transformar seu ambiente, altera seus próprios pressupostos, aumentando significativamente a complexidade para suas futuras ações (no seu escopo de aumento e garantia jurídica da qualidade de vida)”¹⁸⁴. Em termos de construção de um discurso racional para o direito, a complexidade se dá pela seguinte questão: ao tempo que recaem, sobre o direito, exigências mais rigorosas sobre a possibilidade de sua intervenção em relação às pautas ambientais, igualmente, no que trata à sua estrutura de

¹⁸³ CANOTILHO, Joaquim Gomes. LEITE, Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 65.

¹⁸⁴ ROCHA, Leonel Severo. **Direito ambiental e autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.

dominação legal, enquanto a execução de um ordenamento jurídico válido, ela encontra-se sistematicamente fragmentada. Isto porque a centralidade do poder político exercido pelo Estado sofre algumas rupturas na contemporaneidade. Estas rupturas ocorrem pelo surgimento de outros organismos de intervenção política, em um nível global. O Estado, então, não exerce plenamente a sua soberania, no que trata a dominação legal através do ordenamento jurídico: o “Estado Nacional já não está em capacidade de impor soluções, seja de um modo autoritário ou seja por negociação com os principais atores sócio-políticos nacionais, aos problemas sociais e econômicos atuais”¹⁸⁵. “Assim sendo, “a repercussão destas alterações havidas no âmago da sociedade demonstra profundas consequências no papel do Estado e na sua relação com as transformações necessárias a uma nova teoria jurídica para os novos direitos”¹⁸⁶. Assim:

[...] Atores sociais tais como ONGS e organizações transnacionais passam a desenvolver um papel fundamental na proteção do meio ambiente, demonstrando a existência de um fenômeno de ‘eco-democratização’ do sistema político. A dinâmica das ressonâncias produzidas no interior da política em reação às alterações havidas [...] na própria sociedade, além de fazer uso destes novos atores para finalidades específicas (como é a proteção ambiental), repercute também numa reconfiguração do Estado e de suas funções. Uma fórmula inicial para o encaminhamento desta nova organização é a tendência de inserção da proteção ambiental como objetivo fundamental do Estado. Isto permite o surgimento da ‘hipótese do Estado de Direito Ambiental’, cuja finalidade consiste na defesa do ambiente e promoção da qualidade de vida. [...] Há um estímulo à participação cidadã através de órgãos com ou sem capacidade organizativa e reivindicativa. [...] no que diz respeito ao ponto de vista funcional, o Estado assume novas tarefas, tais como a defesa do meio ambiente e promoção da qualidade de vida, que consistem em fins qualitativa e substancialmente diversos dos anteriores (Estado de Direito e Estado Social), muitas vezes inclusive conflitantes com estes¹⁸⁷.

As transformações sociais ocorridas na contemporaneidade implicam em uma reconfiguração da estrutura jurídica. A partir do momento em que o ordenamento jurídico incorpora as peculiaridades do “discurso ambiental”, em sua estruturação política e normativa, o direito se vê obrigado a reestruturar seus fundamentos, quer dizer, a racionalidade do seu discurso. A incorporação de um “Estado ambiental”, no que trata o atendimento das “demandas ambientais”, imprime, sobre o direito, a necessidade de uma abertura discursiva com a sociedade civil e outros atores sociais. Isto porque, estão

¹⁸⁵ ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (Org.) **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 18.

¹⁸⁶ ROCHA, Leonel Severo. **Direito ambiental e autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 35.

¹⁸⁷ Ibidem. p. 36.

incorporados neste processo de um “Estado ambiental”, outros atores sociais, até então inexistentes. Trata-se de uma mudança nas articulações do cenário político global, desta forma. Portanto, a normatização da “matéria ambiental” produz a necessidade de abertura do discurso jurídico. A especificidade da “matéria ambiental”, disposta através de um ordenamento jurídico, aponta para a ciência do direito algumas inconsistências teóricas, notadamente em seus pressupostos de racionalidade puramente formais. A razão disso é que a complexidade do “problema ambiental”, para o discurso jurídico, está em reconhecer a descentralização do poder de decisão e do exercício de dominação legal que, até a modernidade, estavam depositados exclusivamente no Estado. Enquanto o “discurso ambiental”, institucionalmente, remete o direito à fontes exógenas de decisão, igualmente, a peculiaridade da “matéria ambiental” normatizada exige, da ciência jurídica, rever a possibilidade de justificação racional do seu discurso, notadamente em razão do caráter normativo (valorativo) inscrito na “norma ambiental”. Sobre esta questão:

Com isto, o Estado Ambiental deve levar em consideração o meio ambiente como um critério de aferição para tomar suas decisões. Este Estado Constitucional Ecológico, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, ‘além de ser e dever ser um Estado de Direito Democrático e Social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos’. Da mesma forma, este Estado Ecológico ou Ambiental (como estruturação estatal na sociedade de Risco) deve apontar para novas formas de participação política, numa verdadeira “Democracia Sustentada” (forma de democracia adequada ao desenvolvimento ambientalmente justo e durador). Uma “Democracia Sustentada” consiste numa alteração das estruturas políticas para fomentar o aumento na participação popular acerca das tomadas de decisão que envolvem o meio ambiente e a instituição de uma solidariedade integracional. Desta forma, o Direito Ambiental impõe ao Estado, na versão de Canotilho, o fortalecimento da democracia direta ou participativa em processos de tomada de decisão que repercutem ou podem repercutir na qualidade ambiental tem por justificativa o fato de que as consequências das decisões tomadas acerca das questões ambientais não se prolongam apenas pelos períodos em que os representantes ocupam seus cargos políticos, mas propagam-se anos e gerações à frente¹⁸⁸.

Com isso, percebe-se que a tutela dos direitos sobre o meio ambiente possui um alcance muito maior e mais complexo sobre a vida humana. Trata-se, então, de um princípio de solidariedade sobre a possibilidade da manutenção da vida, em condições minimamente razoáveis, para as gerações vindouras. Os valores implicados na atuação normativa do direito, através de normas ambientais, são, então, um amálgama quase

¹⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Direito ambiental e autopoiese**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 38.

inapreensível em termos puramente técnicos. No entanto, a complexidade de apreensão deste tipo de normatividade (valor), não deve isentar o direito, no que trata a incidência de seu discurso sobre o tecido social. A abertura de seu discurso, em um nível institucional, ao tempo em que precisa reavaliar seus fundamentos na contemporaneidade, em vista da própria descentralização do poder nas tomadas de decisões (de dominação legal, propriamente dito), deve também submeter o seu discurso no que trata os valores inscritos nas normas ambientais. É impraticável para o direito, diante deste complexo de questões, pretender justificar valores cientificamente pelos instrumentos que lhes foram legados pela tradição lógico-positivista. Esta mesma tradição oferece ao direito razões que o impedem neste empreendimento. Contudo, a busca de uma outra estrutura de fundamentos capaz de legitimar o discurso jurídico não deve abandonar a sua marca da legalidade. A legalidade se perfaz como a possibilidade de construção de um discurso intersubjetivamente válido. Trata-se de um engajamento normativo produzido pela própria legalidade. Ademais, pela legalidade que se estabelece a principal distinção entre normas morais e normas jurídicas: não por meio de um critério volitivo, interno ou externo, em termos de aferição do móbil da ação, portanto. A formação da vontade (móbil da ação) importa ao discurso jurídico, no que trata a sua normatividade¹⁸⁹. A verdadeira distinção entre normas jurídicas e morais ocorre pela forma de sua coação. A questão que resta saber, então, é como a sanção, prescrita através de uma norma jurídica permeada por valores, deve ser justificada racionalmente, e aí reside o problema da legitimidade e da questão do valor no discurso jurídico.

4.2 VALOR AMBIENTAL E LEGITIMIDADE NO DISCURSO JURÍDICO: A QUESTÃO DA RACIONALIDADE NA CIÊNCIA DO DIREITO

A dimensão do que se constitui como um “valor ambiental” é ampla. A complexidade sobre a apreensão do termo “valor ambiental” atravessa um amálgama de interesses, principalmente no que diz respeito à formação de um corpo normativo capaz de oferecer uma “tutela ambiental” eficaz. A própria perspectiva de um “tempo de direito” parece atravessar profundamente esta questão, pois o que está em jogo, quando se coloca

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 74.

em evidência “valores ambientais”, ultrapassa uma perspectiva meramente imediata. Está implicado nesta dimensão um princípio de solidariedade para com as gerações futuras. Ademais, a própria perspectiva de alteridade no direito está em jogo, tendo em vista que a proteção da vida não é um privilégio humano, mas das espécies, propriamente ditas. A própria noção de “meio ambiente” remete à uma reflexão sistemática de dependência da vida em relação à natureza, e da diversidade de suas espécies. E esta questão deve ser considerada pelo discurso jurídico contemporâneo. Trata-se, talvez, da necessidade da superação de uma concepção antropocêntrica para a produção das instituições sociais. Somente através de um entendimento sobre a condição de natureza da própria humanidade, ou seja, enquanto uma espécie dentre outras e profundamente dependente do ecossistema que habita, é que é possível ao humano produzir um sentido capaz de realocar as práticas sociais e jurídicas na perspectiva do “meio ambiente”. Evidentemente, adentrar nos recônditos da “animalidade” é tarefa impossível, assim como o é saber objetivamente, sobre o móbil subjetivo da vontade humana. Por esta razão, o caráter político da “questão ambiental” sobressai. É preciso, a partir de pressupostos históricos, assumir, então, uma “causa ambiental”.

A complexidade de um termo sobre o que constitui o “valor ambiental” se dá, também, pelo conflito de interesses institucionais, políticos e econômicos. E não só. Muitas vezes, mesmo que considerado o “meio ambiente”, única e exclusivamente, concorrem princípios que conduzem a um dilema por vezes insuperável, sem que haja, para tanto, algum prejuízo ambiental, efetivamente. A complexidade sobre o conceito de “valor ambiental” não decorre, unicamente, entre um conflito econômico e ambiental. Diz respeito, também, sobre a capacidade da humanidade em compreender a natureza e se autocompreender enquanto um ser natural. A natureza do “valor ambiental” é uma questão disposta em um horizonte ético. A questão do “valor ambiental” submete à crítica a própria razão humana, em sua apreensão histórica, na sua possibilidade de oferecer um sentido racional sobre o amálgama de questões que se estruturam na contemporaneidade. Atualmente, esta perspectiva invoca a capacidade da própria humanidade exercer algum controle político efetivo sobre a degradação da natureza, fenômeno que compromete a existência das espécies. O exercício de um domínio sobre a natureza se coloca como um

problema central desde a modernidade, sobretudo para o ocidente¹⁹⁰. Isto porque a exploração massiva do “meio ambiente” parece operar em uma estrutura de permissividade exploratória dos recursos naturais, outorgados por uma compreensão de domínio humano sobre a natureza. Mesmo sobre esta perspectiva de domínio na natureza, a tutela da vida humana estava ameaçada, mesmo que sem qualquer engajamento com a noção de “meio ambiente”, da forma como se coloca na atualidade. Diante da exploração intensiva e cumulativa da natureza, na modernidade, o discurso jurídico era impotente em defender princípios básicos de seu ordenamento, mesmo quando da pressuposição de proteção da vida humana:

Por mais que seja tosca essa tradição, ela não exclui a preocupação com a preservação da natureza, desde que tal preocupação possa estar relacionada ao bem-estar humano. Com frequência, é o que pode acontecer. Nós poderíamos, inteiramente contidos nos limites da tradição ocidental dominante, fazer objeção à extração de urânio, sob o argumento de que o combustível atômico, quer sob forma de bombas ou de usinas nucleares, é tão ameaçador à vida humana que melhor seria deixar o urânio no solo. Da mesma forma, muitos argumentos contra a poluição, o uso de gases prejudiciais à camada de ozônio, a queimada de combustíveis fósseis e a destruição das florestas podem ser apresentados em termos do prejuízo causado à saúde e ao bem-estar humanos pelos poluentes, ou pelas mudanças climáticas que podem ocorrer em decorrência do uso de combustíveis fósseis e da destruição das florestas. Como os seres humanos necessitam de um meio ambiente no qual possam sentir-se bem, a preservação desse ambiente pode constituir um valor, dentro de um referencial moral centrado no ser humano¹⁹¹.

O que aqui se discute por “valor ambiental” não diz respeito a uma explicitação capaz de exaurir quase que completamente as amarras conceituais da existência de uma dimensão ambiental sobre o curso da história humana, na atualidade. Antes, a pretensão é de expor que a discussão sobre a existência de um “valor ambiental” diz respeito a possibilidade de compreensão do humano sobre a sua própria humanidade, em termos históricos. É uma discussão de problemas éticos, portanto, e não um arrazoado de elementos unívoco-explicativos. Ora, justamente porque sobre esta discussão, está implicada, profundamente, a questão da autocompreensão do humano nas instituições que produz ao longo da civilização. “Por isso os ambientalistas estão certos quando se referem

¹⁹⁰ Neste sentido: “Segundo a tradição ocidental dominante, o mundo natural existe para benefício dos seres humanos. [...] Os seres humanos são os únicos membros moralmente importantes deste mundo. A própria natureza carece de valor intrínseco, e a destruição das plantas e dos animais não pode ser um pecado, exceto se nessa destruição forem prejudicados os seres humanos”. SINGER, Peter. **A vida ética**. Tradução de Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 121.

¹⁹¹ SINGER, Peter. **A vida ética**. Tradução de Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 122.

à mata nativa como uma ‘herança planetária’. Ela é algo que herdamos de nossos ancestrais e que devemos preservar para nossos descendentes, se quisermos que eles a tenham, algum dia”¹⁹². Esta questão é um problema ético sobre o “valor ambiental”, pois exige um entendimento, em um nível de solidariedade, sobre o valor (vida) a longo prazo. Diz respeito a profunda dependência das gerações futuras em relação à condução da vida em sociedade na contemporaneidade. Problemas como estes remetem ao caráter de irreversibilidade dos prejuízos ambientais produzidos pela intervenção humana. É praticamente impossível racionalizar os efeitos futuros sobre a ação humana, em que pese se poder apontar uma perspectiva para tanto. Quer dizer, a valoração sobre o “meio ambiente” é um problema complexo para a contemporaneidade. Esta dificuldade se acentua, quando da tentativa de dimensionar o “valor ambiental” para as gerações futuras, através de uma perspectiva de solidariedade entre gerações. Não é possível supor racionalmente a centralidade do “valor ambiental” para uma história que ainda não aconteceu. No mais, trata-se da perspectiva de um legado contemporâneo muito próprio.

Por esta razão, a tutela do “meio ambiente” implica em uma perspectiva de compreensão histórica sobre a própria humanidade na contemporaneidade. A proteção do “meio ambiente” é um legado eleito enquanto um sentido político capaz de se perpetuar ou não às gerações futuras. Esta questão, então, se coloca como um sentido possível para as próximas gerações, algo que é incorporado no discurso contemporâneo como um elemento central da compreensão humana sobre si mesma, a partir deste momento. Não se trata apenas da construção de aportes teóricos ou jurídicos para defender, sem qualquer objetivo, a tutela de determinados bens jurídico. Trata-se de uma convicção sobre a vida em sociedade que é realizada e deve ser garantida pelos instrumentos jurídicos e políticos atuais: resultados de uma investigação sobre a autocompreensão humana enquanto uma espécie natural, diante do cenário de destruição do “meio ambiente”. É impossível assumir este compromisso de forma naturalizada, pois em essência, a natureza não diz nada sobre si mesma. Isto quer dizer que é a humanidade que compreende o “fenômeno natureza”, e sobre esta compreensão, se estabelece um sentido político para a civilização: uma linguagem orientada através de uma perspectiva ambiental. A construção de uma racionalidade sobre o “meio ambiente”, neste caso, não parte de um acesso entre uma instância sensível e outra inteligível. Não há privilégio (meta-domínio) de entendimento

¹⁹² SINGER, Peter. **A vida ética**. Tradução de Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 123.

sobre a dependência da vida humana em relação à natureza. É, antes, a produção de um sentido de mundo completamente temporal e histórica:

A ilusão da Filosofia é pensar poder extrair o sentido, para o ser humano, de fora do homem (da evolução da natureza ou de um Deus transcendentes): esta ideia de entender assim o ser humano é o que eu chamo de ‘redução’, que se produziu na Filosofia. A compreensão, no entanto, vai se fazer a partir da própria investigação, da análise que é produzida mediante as Ciências Humanas. Não há como definir o homem de fora ou abstratamente. Se fizermos isso estamos introduzindo elementos exógenos, estranhos, usados arbitrariamente. Porque o que devemos, e isso parece fundamental em toda Escola Histórica e em toda tradição hermenêutica, é saber que quando o homem se dobra sobre suas próprias instituições, por meio das diversas ciências (Literatura, Antropologia, História, Direito, etc.), é aí que teremos uma espécie de recuperação do sentido do ser humano. Sentido de fora não vem. É claro que podemos dizer que vem pela fé, ou que esse sentido vem da crença inelutável na natureza. Efetivamente, no âmbito da racionalidade, o que podemos dizer da condição humana vai resultar do nosso aprofundamento, do nosso ‘perder-nos’ nesse universo que as Ciências Humanas articulam. Este ‘perder-nos’ tem de ter parâmetros, para, deste universo das Ciências Humanas, extrair um sentido para a História. Se o céu, tudo bem!, mas ninguém pode dizer que isso é real. E o mesmo acontece com a evolução. Dizer que tudo começou lá com a ameba também é fantasia para a Filosofia¹⁹³.

Diante desta perspectiva, levanta-se a questão se há algum “valor intrínseco” na natureza e no “meio ambiente”. Importa em saber, portanto, em que medida os “valores ambientais” necessitam de explicitação. Esta questão diz respeito à possibilidade de determinação racional de conceitos ambientais, em um horizonte ético ou jurídico. Por vezes, admitem-se os “valores ambientais” como um elemento pressuposto, na medida em que excede a atividade humana na tentativa de fixação de seus conceitos. A condição de algo ter valor intrínseco significa que ela é desejável em si mesma. Esta questão é problemática. Por um lado, a pressuposição de um valor intrínseco para a natureza remete a uma condição de dominação sobre a mesma. Uma espécie de “regularidade natural” para o que se presta o “meio ambiente” e a natureza, propriamente dita. Sobre esta perspectiva, parece impróprio à atividade humana determinar valor para a natureza, na medida em que o valor “natureza” é autoevidente. Ainda, mesmo que se quisesse adentrar nos recônditos do “meio ambiente”, na “razão da natureza”, seria muito improvável encontrar algo que se pareça com um sentido que evidencia a si mesmo. Esta evidência, necessariamente, deverá estar pressuposta. Parte das dificuldades na construção racional de conceitos ambientais, incorporados naquilo que se denomina enquanto um “valor

¹⁹³ STEIN, Ernildo. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008. p. 15.

ambiental”, residem justamente sobre esta perspectiva. É inegável que há um interesse humano na preservação do “meio ambiente”. A construção de argumentos éticos ou jurídicos, mesmo que represente um interesse genuinamente humano, “são suficientes para mostrar que, pelo menos numa sociedade onde ninguém precisa destruir a floresta para sobreviver, o valor da preservação do que resta das áreas significativas da mata ultrapassa em muito o valor do que se ganha em troca de sua destruição”¹⁹⁴.

Pois bem. Aqui se coloca um elemento determinante para a contemporaneidade. A destruição massiva do “meio ambiente” e a exploração dos recursos naturais provocam a questão sobre a possibilidade da formação de uma orientação normativa, ética ou jurídica, capaz de assegurar a sobrevivência da biosfera. Particularmente, há um interesse humano aí, na medida em que a sua sobrevivência se vê “garantida” através da perspectiva de preservação ambiental. Inclusive, a própria possibilidade de o entendimento humano separar a natureza da sociedade parece estar comprometida. Esta noção invoca um princípio de solidariedade, não só em relação à contemporaneidade, pela particularidade do “problema ambiental”, qual seja, de uma ameaça iminente que produz efeitos colaterais em um nível global, mas, também, sobre as gerações futuras. O caráter normativo (valorativo) e político desta questão é evidente, pois remete a uma noção deontológica, sobre a necessidade, enquanto um dever, de buscar soluções para este problema. Ainda, em que medida esta questão, em um nível intersubjetivamente válido capaz de produzir algum engajamento, é possível ser colocada em termos de racionalidade. Pela análise da tradição de racionalidade (lógico-positivista) até então exposta, “não é nada evidente que uma tal orientação normativa de base seja realmente possível”¹⁹⁵. A complexidade da compreensão sobre o termo “meio ambiente” está implicada em um amálgama de questões, especialmente no que diz respeito à realização de interesses (jurídicos ou não) sobre a “tutela ambiental”. Parte desta complexidade decorre, inclusive, pela dificuldade de compor uma noção racional sobre o “valor ambiental”, já que implica em uma discussão ética (ou de escolas éticas) e um confronto ideológico (valorativo) muito forte entre as concepções culturais sobre a natureza e a sua relação com a humanidade. Neste sentido:

¹⁹⁴ SINGER, Peter. **A vida ética**. Tradução de Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 136.

¹⁹⁵ APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 160.

A ‘paradoxalidade’ dessa situação se caracteriza, a meu ver, através do seguinte dilema: de um lado, a necessidade de uma ética, intersubjetivamente vinculatória, de responsabilidade solidária da humanidade, diante das consequências de atividades e conflitos humanos, nunca foi tão urgente como nos dias atuais, e isso em função do pavoroso aumento do risco decorrente de todas as atividades e conflitos humanos, devido ao espantoso potencial técnico da ciência. De outro lado, parece que a fundamentação racional de uma ética intersubjetivamente válida jamais foi tão difícil quanto hoje em dia, uma vez que a ciência moderna (‘sciece’) pré-ocupou o conceito de fundamentação racional, intersubjetivamente válida, no sentido da neutralidade valorativa; por causa disso, todas as formações teóricas não isentas de valoração parecem, a partir deste parâmetro, ser meras ideologias. Assim, precisamente uma ética racional de superação de conflitos parece ser impossível, já que a ética aparece, desde logo, apenas como possível ideologia de um dos partidos conflitantes”¹⁹⁶. [...]

A primeira perspectiva deste paradoxo diz respeito ao potencial tecnológico da ciência, “que teve como resultado o alcance, e com isso o risco das atividades humanas, atingissem uma amplitude simplesmente assombrosa”¹⁹⁷. A potencialização dos avanços técnicos da atividade humana parece, de algum modo, ignorar uma noção de alteridade, quando do processo de dominação de culturas e territórios (“inexplorados”). “Assim como a bomba atômica onerou a guerra, por primeira vez, com um grave risco para toda a humanidade, o mesmo vale, em âmbito ainda maior, para a potencialização da exploração humana da natureza pela técnica civil da moderna sociedade industrial em seu conjunto”¹⁹⁸. Esta conjuntura do problema faz parecer inalcançável, até então, a busca por um fundamento racional para a realização de um princípio de solidariedade, universalmente apreensível. Esta perspectiva parece penetrar somente mais recentemente no universo das ciências humanas. “Durante muito tempo se esteve habituado à concepção de que o controle científico-tecnológico do homem sobre a natureza tinha sido definitivamente atingido e de que só era necessário complementá-lo pelo controle do homem sobre o homem, no social ‘engineering’ (na engenharia social)”¹⁹⁹. Por outro lado, “em nossos dias atuais, fica claro, aos poucos, que a relação do homem com a natureza ainda inclui problemas bem diversos do que a mera exploração de nosso conhecimento das leis causais para a realização de fins subjetivos de ação humana”²⁰⁰. A perspectiva

¹⁹⁶ APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 160-161.

¹⁹⁷ Ibidem. p. 161.

¹⁹⁸ Ibidem. p. 161.

¹⁹⁹ Ibidem. p. 162.

²⁰⁰ Ibidem. p. 163.

deste tipo de racionalidade (instrumental), orientada a fins, pareceu conduzir a um problema de decisão sobre o uso dos instrumentos técnicos. Justamente sobre esta perspectiva, parece exigível, então, a busca por fundamentos racionais capazes de legitimar a ação humana. Isso porque, à omissão de pôr as determinações humanas de fins em conexão com os sistemas funcionais naturais correspondeu a omissão de refletir também sobre os condicionantes funcionais biológicos-ecológicos de sistemas sociais humanos, mesmo em perspectivas econômicas e jurídicas”²⁰¹. Deste modo:

[...] somente nos últimos anos se evidenciou que a ecossfera planetária (por exemplo ar e água) apresenta um ‘capital’ disponível apenas em âmbito limitado – um ‘bem’, que pertence a todos os homens, mas que é desperdiçado amplamente pela indústria como capital produtivo não restrito. [...] a consciência do ameaçador esgotamento e respectiva destruição da ecossfera pela superpopulação, poluição ambiental e desgaste das provisões energéticas, deveria ser apropriada para reduzir efetivamente a importância vital dos conflitos entre os homens. O destino ecológico comum – poder-se-ia pensar – deveria encher os habitantes do planeta com o sentimento de solidariedade próprio daqueles que estão num mesmo barco e predispô-lo a subordinar todos os interesses divergentes ao interesse comum pela sobrevivência. [...] é preciso considerar aqui, mais uma vez, que os fatores relacionados com a ameaça da ecossfera, apesar de toda a discussão deste tema que está na moda mesmo entre os cientistas, só raramente são admitidos em seu total alcance e aceitos realmente como fatos. [...] Na esfera política do cotidiano se comprovou, em todo o caso, que a ameaça ecológica, conjurada pelos ‘experts’, de início ainda não pôde ter sido evidenciada tão concretamente, a ponto de influenciar sensivelmente o conflito dos ‘pressure groups’ (grupos de pressão), que limita o campo de ação dos políticos²⁰². [...]

Ainda que a tomada de consciência sobre a ameaça da vida planetária não seja completa, parece inescapável o fato de que, residualmente, e de forma “espontânea”, o “discurso ambiental e ecológico” seja incorporado nos discursos institucionais, em um nível global. Neste sentido, esta questão “poderá e deverá, provavelmente, num futuro próximo, tornar-se simplesmente eficaz de modo automático, pelo fato de a política de crescimento econômico não mais poder ser promovida no velho estilo”²⁰³. Contudo, “um tal desenvolvimento, segundo todas as aparências, não levará a uma diminuição dos conflitos existentes entre os homens, mas antes ao ressurgimento de conflitos clássicos e ao surgimento de novos conflitos”²⁰⁴. A possibilidade da constituição de novos conflitos, por outro lado, parece produzir uma pré-disposição de entendimento sobre alguns

²⁰¹ APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 163.

²⁰² Ibidem. p. 163-164.

²⁰³ Ibidem. p. 164.

²⁰⁴ Ibidem. p. 164.

preceitos comuns, como a manutenção da vida, de forma geral. Por esta razão, “a crise ecológica parece incentivar, de maneira muito tênue, a realização de um entendimento em um nível internacional”²⁰⁵. Trata-se, então, da necessidade de institucionalizar um objetivo comum, capaz de conduzir a uma orientação normativa. A formação do ordenamento jurídico, na tutela do “meio ambiente”, ainda que já ocorra globalmente e de maneira residual, parece uma questão inadiável diante da situação que se coloca como um problema emergente para a contemporaneidade: a ameaça causada pela prática de degradação da natureza, por um lado, e a preservação da vida, por outro. A necessidade de incorporar uma dimensão de “valor ambiental” para as práticas institucionais deverá ser, a partir de então, um tema recorrente. E com alguma clareza, já é possível notar os efeitos produzidos por estas exigências sobre o ordenamento jurídico.

A Constituição do Brasil faz referência explícita à conteúdos de matéria ambiental. A norma constitucional parece ter incorporado, com algum rigor, a peculiaridade das questões ambientais. A explicitação sobre estas matérias, dispostas no art. 225, reflete a incorporação da problematização sobre o meio ambiente na contemporaneidade, quando anuncia: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Ainda, em que pese a explicitação da matéria ambiental contida no dispositivo constitucional, a “questão ambiental” está distribuída, igualmente, em outros dispositivos da Constituição. Tratam-se de normas que regulam tanto a “matéria ambiental”, propriamente dita, quanto o procedimento de defesa do “meio ambiente”, como o faz o art. 5º, inciso LXXIII, do mesmo diploma legal, o qual “confere legitimidade a qualquer cidadão para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”²⁰⁶. Quer dizer, os atravessamentos normativos que visam a proteção do “meio ambiente” são diversos, e estão implicados em praticamente todos os níveis normativos da Constituição. É possível identificar, no conteúdo normativo ambiental da Constituição, um forte apelo a “conceitos jurídicos indeterminados”, no uso de uma linguagem mais formal. Termos como

²⁰⁵ APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 165.

²⁰⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 47.

“preservação do meio ambiente”, inscrito no art. 20, inciso II e a proteção de “paisagens naturais notáveis”, disposto no art. 23, ambos da Constituição Federal, denotam a natureza fortemente normativa (valorativa) prescrita na norma ambiental. E é sobre esta questão, qual seja, a prescrição de valores, enquanto uma exigência de conduta, sob pena de aplicação de determinada sanção, é que racionalidade do direito deverá se debruçar. A questão que se levanta, então, é a possibilidade de justificação racional destes valores inscritos na norma Constitucional, ou em outra norma jurídica qualquer.

Os “valores ambientais”, inscritos enquanto normas jurídicas, não possuem qualquer evidência explicativa em um aspecto legal. Não há, pelo menos no caso da Constituição brasileira, um capítulo dedicado à explicitação dos termos jurídicos indeterminados inscritos em suas regras. Tampouco estes “valores ambientais” parecem, normativamente, autoevidentes. Por esta razão é preciso justificar racionalmente valores tais como “meio ambiente ecologicamente equilibrado”, “processos ecológicos essenciais”, “manejo ecológico das espécies e ecossistemas”, “diversidade e integridade do patrimônio genético” (art. 225, *caput* e §§ da Constituição Federal). Tratam-se apenas de exemplos inscritos em uma única norma da Constituição Federal, e restritos por um critério de natureza normativa (o “meio ambiente” e a preservação da natureza). A norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, está atravessada por um amálgama de valores quase inapreensível em sua totalidade. Quer dizer, a exigências sobre a justificação racional de valores inscritos nas normas jurídicas não é uma atividade específica ou eventual. É, em verdade, uma atividade central sobre os fundamentos de vigência do próprio ordenamento jurídico. A partir do momento em que não há uma explicitação imanente, ou uma explicação unívoco-legal sobre os termos valorativos prescritos na norma jurídica, é preciso produzir, de alguma forma, um entendimento sobre estas questões, sob pena de inefetividade do próprio ordenamento jurídico. É impraticável o exercício de um direito, a execução de uma ordem jurídica válida (domínio legal), que não possui qualquer determinação conceitual. No mais, a própria estrutura formal de racionalidade do direito resta comprometida com a imprecisão sobre a efetiva incidência da norma jurídica no tecido social, no que trata a eficácia do ordenamento jurídico (sua vigência legítima).

Sobre a possibilidade de justificação racional do ordenamento jurídico, notadamente no que se refere aos valores prescritos nas normas jurídicas, esta questão percorre alguns problemas teóricos, conforme proposto nos capítulos anteriores. Parte das dificuldades em emprestar racionalidade aos termos jurídicos indeterminados, ou melhor, aos valores normativos, propriamente ditos, diz respeito, inicialmente, à tradição em que a ciência jurídica se apoiou, a partir da modernidade. A tradição lógico-positivista da ciência produziu alguns critérios epistemológicos de racionalidade para o direito. Estes critérios encontram-se fundados, por um lado, em um “princípio de não valoração” que, conforme já tratado, se refere a eliminação da pretensão de justificação racional para elementos normativos (valorativos) de qualquer postulado científico. Trata-se da preservação de um critério metodológico, portanto, que busca a separação definitiva entre instâncias de ser e de deve-ser. Estas razões “externas” legadas ao discurso jurídico, produziram efeitos “internos” sobre a ciência do direito. A eliminação de elementos valorativos da ciência jurídica, a fim de cumprir com o rigor da formação de uma “racionalidade intelectualista”, bem como de tornar efetivo o “princípio de não valoração”, através da cisão definitiva entre ser e dever-ser, a partir da modernidade, imprimiu sobre o direito exigências metodológicas “internas”. E não somente. O discurso jurídico precisou criar elementos capazes de dar conta da formação de uma racionalidade formal, restringindo a objetividade do seu discurso em termos de validade do ordenamento jurídico. Somente através do postulado científico da “norma fundamental” é que este “empreendimento” foi possível. Isto porque a “norma fundante do sistema jurídico é adiáfora ao valor intrínseco de qualquer conteúdo histórico que o direito positivo venha a tomar”²⁰⁷. Neste sentido:

[...] A norma fundamental está no plano da ‘analítica’. Diremos em terminologia atual: como pura forma deontica de relacionar termos, é ‘analítica formal’ ou sintaxe formal. Nesse plano, é esquema puro, desembaraçado de referência especificada a conteúdo do ordenamento jurídico positivo. É a forma lógico-jurídica primeira, a ‘Urform’. A norma fundamental reduzida à forma pura é mera ‘proposição’ e seu estudo cai dentro da esfera da ‘analítica forma’. Como pura forma lógica, nada diz em particular sobre uma dada região específica de fatos. [...] Ora, a norma fundamental é proposição vinculada ao mundo do direito. Abriga, pois, não só a referência geral ao jurídico, ao constituinte lógico que o direito apresenta, ‘in genere’, mas a referência a um dado direito positivo. Compreendemos, assim, que a norma fundamental nem está colocada num sobre-sistema de direito natural, servindo de critério de valor absoluto para julgar o sistema positivo, nem procede desse plano, para inserir-se no sistema positivo, como a norma básica, dotada materialmente de

²⁰⁷ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Editora IBET, vol. 1, 2003. p. 301.

um conteúdo de valor absoluto. Não é ‘transcendente’. Nem tampouco se encontrará ‘no interior’ do sistema positivo do direito: o regresso da norma mais concreta e individual para a última norma, a mais geral e abstrata, é um movimento que se exerce no recinto do sistema positivo. [...] é um conceito puro de entendimento. Com ele reduzimos a multiplicidade do dado na experiência a uma unidade coerente de sentido. [...] O direito positivo, quanto mais evoluído, maior teor de racionalização apresenta²⁰⁸. [...]

A estrutura de um discurso racional, disposto a partir da modernidade, cria, então, alguns contornos quase insuperáveis para as questões contemporâneas. Por um lado, a contemporaneidade, diante dos conflitos que se estabelecem em um nível global, bem como do que se aponta como uma “crise ambiental e ecológica”, exige a produção de um discurso ético, fundado em uma perspectiva de solidariedade. Por outro lado, em uma perspectiva interna ao discurso jurídico, a formação de uma racionalidade para as normas jurídicas, no que se refere aos termos valorativos indeterminados inscritos no ordenamento jurídico ambiental, produzem, para o direito, a necessidade de uma justificação legítima de seu ordenamento, tendo em vista que os critérios legais de uma racionalidade formal não parecem oferecer solução para esta situação. As objeções que se fazem ao discurso de cunho ético, à normatividade (valoração) propriamente dita, portanto, reside na convicção de que é “uma questão de convicção privada, segundo a qual se partia, com Kant, do fato de trata-se apenas da ‘boa vontade’ (a ‘máxima da convicção’), não, porém, do ‘resultado’ de nossas ações no mundo (por exemplo, no mundo da política)”²⁰⁹. Contudo, é justamente sobre a situação limite que se coloca na contemporaneidade, como resultado das ações políticas, que exigem uma revisão sobre as objeções que se criam, em um nível de racionalidade, sobre o discurso ético ou jurídico. Quer dizer, “o risco dos efeitos principais ou colaterais de nossas atividades técnico-industriais em medida planetária – deveria ser hoje responsabilizado por nós. Portanto, não é uma ‘ética de convicção’, mas uma ‘ética de responsabilidade’ a que é exigida”²¹⁰. Ora, “a mesma ciência, que por suas sequelas tecnológicas se constitui numa causa fundamental para a necessidade prática de uma responsabilidade solidária”²¹¹, por outro lado, por seu conceito de racionalidade, “no sentido de uma objetividade neutra (de valor),

²⁰⁸ VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Editora IBET, vol. 1, 2003. p. 301.

²⁰⁹ APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 168.

²¹⁰ *Ibidem*. p. 168.

²¹¹ *Ibidem*. p. 168.

parece ser causa ou fundamento para a impossibilidade de fundamentação racional de uma ética subjetiva válida”²¹².

A tradição lógico-positivista, notadamente a análise lógica da linguagem, promovido pelas filosofias analíticas, parecem produzir objeções de racionalidade sobre este tipo de empreendimento: a formação de uma racionalidade intersubjetivamente válida em um nível ético e jurídico. No caso do direito, a dificuldade particular do seu discurso está, diante das objeções analíticas, justificar racionalmente conceitos valorativos (normativos), cuja orientação ética é muito forte. As razões destas objeções residem em axiomas muito precisos, e que são definidos como condições de justificação racional de qualquer discurso. É possível identificar três axiomas fundamentais, neste sentido. O primeiro axioma diz respeito à fundamentação racional, e “tem o mesmo significado que ‘dedução lógico-formal’ de sentenças a partir de sentenças, num sistema de sentenças sintático-semânticas axiomatizadas”²¹³. Como segundo axioma, a validade intersubjetiva de sentenças, que “tem o mesmo significado que ‘validade objetiva, no sentido de constatação neutra de fatos ou conclusão lógico-formal’”²¹⁴. Estes dois primeiros axiomas são facilmente identificados no discurso jurídico, em sua tradição analítica. Kelsen propõe, para a análise lógica da linguagem jurídica, a observação dos silogismos de derivação de validade entre as normas jurídicas, quer dizer, entre uma “norma maior” como fundamento de validade para uma “norma menor” (infraconstitucional), conforme abordado nos capítulos anteriores. E, por fim, como terceiro axioma: “sobre constatações factuais não é possível deduzir, através de conclusões lógicas, ‘nenhum juízo’ de valor ou ‘asserção normativa’”²¹⁵. Sobre este último axioma fica impedida qualquer tentativa de exercer um juízo de semelhança entre a estrutura formal do direito com a realidade efetiva, pelas razões expostas em capítulo anterior. Segundo Apel:

De ‘fatos’ não se podem deduzir ‘normas (ou: de ‘sentenças descritivas’ não se podem deduzir ‘sentenças prescritivas’ e, assim, ‘juízos de valor’). [...]. ‘Ciência’, enquanto fornece conhecimentos de conteúdo, trata de ‘fatos’; por isso uma fundamentação ‘científica’ de uma ‘ética normativa’ é impossível. Somente a ciência fornece um saber ‘objetivo’; ‘objetividade’ é idêntico a

²¹² APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 169.

²¹³ Ibidem. p. 169.

²¹⁴ Ibidem. p. 169.

²¹⁵ Ibidem. p. 169.

‘validade intersubjetiva’; por isso uma fundamentação intersubjetivamente válida de uma ética normativa é absolutamente impossível. [...] O que não puder ser resolvido no sentido dessa racionalidade – o problema das preferências últimas de valor e fim – recai, fundamentalmente, na esfera das decisões subjetivas de consciência, como ela é concebida, no mais amplo sentido, pelo ‘existencialismo’²¹⁶.

Pois bem. A questão do sentido, para as ciências humanas, torna-se um problema de racionalidade. Isto porque, o constrangimento metodológico que a tradição lógico-positivista criou para o discurso científico, para as “ciências regionais”, propriamente ditas, parece dotar a problemática de contornos quase insuperáveis. Neste sentido, seria necessário compreender a epistemologia jurídica em uma perspectiva diversa, no entanto, não menos racional. Poderia se questionar, inclusive, a necessidade de abandonar ou “reformular” os axiomas metodológicos que a ciência jurídica incorporou como pressupostos para a formação de um discurso racional. Esta discussão conduz, novamente, a problemática do direito, entre legitimidade e legalidade. A partir do momento em que o discurso jurídico, na modernidade, eliminou justificativas transcendentais para seu discurso, a necessidade de justificação legítima dos termos de seu ordenamento deveria se dar de alguma forma. Contudo, a pressuposição de uma estrutura formal de racionalidade não é capaz de justificar os “termos jurídicos indeterminados” inscritos na norma jurídica. Em razão disso, o direito, sua normatividade, propriamente dita, precisa voltar-se para a sociedade, para a “manutenção” de tais termos. Ainda, a tradição lógico-positivista, ao impedir qualquer tentativa de justificação racional (científica) de conceitos valorativos, produz uma exigência que estes mesmos “termos indeterminados” sejam construídos racionalmente em um nível político, ou seja, “prático-moral”: trata-se do universo da decisão, propriamente dito. Esta situação ocorre também com o discurso jurídico. Por esta razão, a atual estrutura formal do direito depende, para a fixação razoável dos termos normativos (valorativos) que compõem seu discurso, voltar-se para sua legitimidade, ou seja, para o campo social-histórico, na tentativa de encontrar racionalidade para o seu discurso, por meio de um agir comunicativo realizado a partir de uma argumentação. Ainda, há como pressuposto para esta argumentação, regras procedimentais formais. Neste sentido, não se trata de um abandono de uma racionalidade formal, mas, antes, de uma tentativa de resolver o problema da legitimidade

²¹⁶ APPEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Rio de Janeiro: Vozes, 1994. p. 85-91.

do direito através de sua própria legalidade, tendo como pressuposto o Estado Democrático de Direito:

[...] Ora, a simples legalidade não satisfaz o ideal de consentimento que funda a democracia moderna e segundo o qual os cidadãos se consideram não só os destinatários, mas também os autores das leis às quais se submetem. As leis devem refletir não somente uma ordem legal, mas também uma ordem legítima, isto é, aceita por boas razões – isto é, ainda, para Habermas, razões que têm a ver com a razão prática, resultantes de processo de deliberação argumentada. A distinção, essencial, entre legalidade e legitimidade é redescoberta na própria análise que Habermas faz da categoria jurídica. O título alemão de ‘Droit et démocratie (Direito e democracia), remete diretamente à dupla natureza do direito moderno: sua facticidade e sua validade, isto é, de uma parte um constrangimento factual imposto pela aplicação, pelo Estado, do direito e pela ameaça de sanções, constrangimento que implica a legalidade dos comportamentos; de outra parte, uma obediência às normas motivada pela validade legítima delas, isto é, com base em pretensões à validade normativa intersubjetivamente reconhecidas. [...] A facticidade própria à materialidade mesma do aparelho judiciário e dos mecanismos de sanções e própria ao monopólio da forma detida pelo Estado está ligada à legitimidade de procedimentos de legislação que pretendem a racionalidade, na medida em que garantem a liberdade e a autonomia dos cidadãos. A democracia moderna apoia-se, assim, neste duplo aspecto da validade jurídica: a aceitação da ordem jurídica e a aceitabilidade racional dessa ordem²¹⁷.

A racionalidade formal do direito, produzida a partir da modernidade, parece conduzir os destinatários da lei a uma mera exigência de conformidade legal, em termos de orientação de sua conduta. Por esta razão, para Habermas, “o positivismo jurídico apenas leva em conta o primeiro aspecto, a facticidade”²¹⁸. O que está em questão, aqui, é, então, a própria estrutura de racionalidade possível para as ciências humanas, dentre elas, a ciência do direito. Neste sentido, Habermas “não elimina a ideia de razão da esfera das ciências humanas, mas a reintroduz de maneira deflacionista sob a forma de uma teoria geral da racionalidade sustentada pela natureza comunicativa de toda sociedade”²¹⁹. Quer dizer, Habermas pretende reconstruir as normas subjacentes às práticas sociais, efetivamente operatórias nas interações sociais; e pôr em evidência a racionalidade do agir²²⁰. O efeito desta postura, para o discurso jurídico, será determinante, pois enquanto preserva os axiomas metodológicos formais do discurso jurídico, através de uma racionalidade procedimental, Habermas pretende informa-los em um nível de

²¹⁷ DUPEYRIX, Alexandre. **Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012. p. 142-143.

²¹⁸ Ibidem. p. 143.

²¹⁹ Ibidem. p. 109.

²²⁰ Ibidem. p. 109.

argumentação. Ora, esta situação parte de uma coerência de não absolutização (fechamento) da própria racionalidade do direito e das demais ciências, em relação à relatividade de todo conhecimento humano em que está fundada a própria ciência. Assim, “o procedimentalismo não é um formalismo estático. É movido por um ‘princípio de falibilidade’ que obriga a considerar cada resultado um resultado provisório, suscetível de revisão ou de aprimoramento”²²¹. De tal modo, “operam no nível das interações cotidianas, porém, igualmente numa escala superior, no nível das estruturas do Estado de direito constitucional”²²². Habermas, parte, para tanto, de um paradigma de comunicação, ou seja:

Para Habermas, as relações sociais são relações essencialmente comunicativas. Enquanto outros sociólogos retêm como princípio constitutivo da sociedade a ação (Weber) ou a consciência coletiva (Durkheim), Habermas aposta tudo ou quase tudo na comunicação. Essa comunicação, digamo-lo novamente, é suscetível de elucidação racional. A tese que Habermas defende é a de que os indivíduos se socializam graças à interiorização de normas que dependem de pretensões à validade: verdade, precisão, conhecimento são para ele meios inevitáveis da integração social e a reprodução da sociedade. Habermas confere um nome a essa força integrativa de uma cooperação obtida sem constrangimento, exclusivamente pelos recursos normativos da linguagem: ‘solidariedade’. A sociedade, concebida como uma realidade comunicativa, é uma entidade autônoma; tem sua própria evolução, sua própria destinação, sua própria organização; ela gera a si mesma. Essa autoprodução é fundação das permutas de linguagem permanentes, dos fluxos de comunicação incessantes e das respostas, negativas ou positivas, dadas às ofertas de palavra²²³. [...]

Por estas razões, a estrutura do discurso jurídico, a partir da modernidade, bem como mais recentemente, precisa reavaliar a sua estrutura de legitimidade. Ademais, esta questão permeia o discurso jurídico, em termos de satisfação teórica, a partir do momento em que as estruturas secularizadas do direito sofrem um descrédito pela própria constituição moderna da sociedade, fundada na figura do Estado, através de um processo de “racionalização intelectualista”. No entanto, a própria estrutura formal do direito, construídos sob os pressupostos da ciência, na modernidade, pareceu referir a legitimidade do ordenamento jurídico na própria legalidade. Trata-se de um direito instrumentalizado factualmente. Não é nada evidente que, a partir desta pressuposição factual de legalidade, se extraia legitimidade. Justamente porque os aportes teóricos que o direito dispõe, enquanto referência de conduta, depende de um princípio de integração

²²¹ DUPEYRIX, Alexandre. **Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012. p. 143.

²²² *Ibidem*. p. 143.

²²³ *Ibidem*. p. 110.

social, ou seja, a relação entre direito, política e moral. Somente a partir da consideração do mundo “prático-moral” é possível produzir um tipo de racionalidade para o discurso do direito em que a legitimidade do ordenamento jurídico esteja justificada efetivamente. Esta questão está diretamente relacionada com a possibilidade do exercício de uma dominação legal (execução de uma ordem jurídica válida) cuja a orientação normativa da conduta é preenchida por um critério social. Significa uma racionalização de um agir social em conformidade com a norma jurídica, justificada legitimamente: “os seres humanos têm necessidade de saber por quais boas razões se supõe que devam consentir numa ordem, não podem se submeter duradouramente a essa ordem a não ser que lhes pareça legítima, isto é, racionalmente aceitável”²²⁴. Segundo Habermas:

[...] o poder do dominador político emancipa-se da ligação com o direito sagrado e torna-se independente. Esse poder político recebe a tarefa de tapar por conta própria, e através da legislação política, o vazio deixado pelo direito natural administrado teologicamente. E, no final das contas, todo o direito deve emanar da vontade soberana do legislador político. No final de tudo, a legislação, a ratificação e a aplicação das leis passam a ser momentos no interior de um único processo circular regulado politicamente; e elas continuam assim, mesmo quando se diferenciam institucionalmente de acordo com poderes do Estado²²⁵.

As perguntas que se levam para o discurso dizem respeito justamente sobre a possibilidade de este direito, constituído a partir da modernidade, manter seu caráter deontológico-obrigacional. “As respostas formuladas pelo positivismo jurídico são insatisfatórias”²²⁶, pois, segundo Habermas:

[...] Numa das variantes, o direito em geral é destituído de seu caráter normativo, passando a ser definido apenas de modo instrumental: vale tanto quanto a ordem de um soberano (Austin). Nesta resposta, desaparece o momento da indisponibilidade tida como relíquia metafísica. A outra variante do positivismo jurídico mantém a premissa, segundo a qual o direito só pode preencher sua função nuclear de regulação de conflitos judiciais na medida em que as leis aplicadas mantiverem a normatividade no sentido de uma validade deontológica não-imperativista. Porém esse momento só pode valer para a forma do direito, não para os conteúdos do direito natural (Kelsen). Por este ângulo, o sistema jurídico, isolado da política e da moral, e tendo como núcleo institucional a jurisdição, continua sendo o único lugar onde o direito pode preservar sua forma por virtude própria e, desde modo, sua autonomia. [...] Nos

²²⁴ DUPEYRIX, Alexandre. **Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012. p. 111.

²²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 232-233.

²²⁶ *Ibidem*. p. 233.

dois casos, a garantia metassocial da validade do direito, outorgada pelo direito sagrado, pode desaparecer ‘sem deixar substituto’²²⁷.

A racionalidade do discurso jurídico entra em questão justamente a partir do momento em que as amarras metafísicas do direito são “eliminadas”. Quer dizer, somente a partir do momento em que se pressupõe uma cisão entre ser e dever-ser, é que se torna central uma perspectiva racional para o direito, a qual remete a uma questão básica: em que medida a força coativa da norma jurídica, intersubjetivamente válida, possui alguma dependência em relação ao mundo “prático-moral” ou político. “O direito racional reage à decomposição do direito natural, fundamentado na religião e na metafísica”²²⁸. A positividade do ordenamento jurídico não elimina, então, o problema da legitimidade do discurso jurídico. Apenas a setoriza em uma outra perspectiva: na figura do Estado. “O fato de determinados princípios morais do direito racional terem sido positivados como ‘conteúdos’ do direito constitucional não basta para satisfazer esta exigência”²²⁹. Parte-se de uma ideia de que a fonte de legitimidade do ordenamento jurídico estaria ligada à perspectiva da soberania política. Neste sentido, “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade”²³⁰. Por esta razão, o ordenamento jurídico emana através de uma produção discursiva da vontade política (orientação normativa). Estão questão, implica, necessariamente, na abertura do discurso jurídico, já que o caráter normativo do direito deve se dar em um horizonte político-democrático. “A compreensão procedimentalista do direito tenta mostrar que os pressupostos comunicativos e as condições do processo de formação democrática da opinião e da vontade são a única fonte de legitimação”²³¹. Neste sentido, a perspectiva procedimentalista para o direito, no que se refere à formação de um direito racional, recorre às instâncias “prático-morais” (políticas) para sua efetivação. A racionalidade do discurso jurídico, entendida procedimentalmente, dependerá, rigorosamente, de um nível de comunicação institucionalizada em um processo de formação democrática do ordenamento jurídico:

²²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 233.

²²⁸ Ibidem. p. 238.

²²⁹ Ibidem. p. 243.

²³⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 308.

²³¹ Ibidem. p. 310.

Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e políticas. Ela deve relacionar-se em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso, em dois aspectos: o princípio do discurso tem inicialmente o ‘sentido cognitivo’ de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações, de tal modo que os resultados obtidos por este caminho têm a seu favor a suposição da aceitabilidade racional: o procedimento democrático deve fundamentar a legitimidade do direito. Entretanto, o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o ‘sentido prático’ de produzir relações de entendimento, as quais são ‘isentas de violência’, [...] desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta. E esse cruzamento entre ‘normatização discursiva do direito e formação comunicativa do poder’ é possível, em última instância, porque no agir comunicativo os argumentos também formam motivos. Tal cruzamento se faz necessário, porque comunidades concretas que desejam regular sua convivência com os meios do direito não conseguem separar as questões referentes à colocação de fins comuns, o que seria possível numa comunidade idealizada de pessoas moralmente responsáveis²³². [...]

A normatividade objetiva do direito dependerá, nesta perspectiva, do nível de “informação” da norma jurídica, em termos políticos. Quer dizer, a validade do ordenamento jurídico dependerá, neste sentido, de uma justificação faticamente “aceita”. “Dado que as normas jurídicas são impostas, o momento da validade ou da aceitabilidade racional, presente na dimensão da validade jurídica, se liga à validade ou aceitação social”²³³. A validade das normas jurídicas dependerá da não infração das normas morais, portanto. De todo modo, é preciso esclarecer, “na fundamentação das normas jurídicas, é preciso usar a razão prática em toda a sua extensão. No entanto, a validade desses argumentos ‘ulteriores’ é relativa, dependendo do contexto”²³⁴. Esta relatividade está associada a uma concepção histórica e cultural da comunidade jurídica. É “relativa também às orientações axiológicas, aos fins e situações de interesses de seus membros”²³⁵. Segundo Habermas, “mesmo quando se parte da ideia de que enfoques e motivos se modificam no decorrer de uma formação coletiva e racional da vontade, conforme os argumentos, não se pode excluir a facticidade dos contextos existentes”²³⁶. Caso contrário, os próprios discursos normativos e pragmáticos perderiam sentido. É através desta estrutura de racionalidade que se introduz o elemento volitivo na validade

²³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 190.

²³³ Ibidem. p. 195.

²³⁴ Ibidem. p. 196.

²³⁵ Ibidem. p. 196.

²³⁶ Ibidem. p. 196.

das normas jurídicas. “Normas jurídicas válidas estão afinadas com normas morais”²³⁷. É preciso advertir, por fim, que a “sua ‘legitimidade’ [...] não exprime uma autocompreensão autêntica da comunidade jurídica ou a consideração imparcial dos valores e interesses nela distribuídos”²³⁸. A possibilidade da formação legítima da racionalidade do ordenamento jurídico deverá estar justificada em um nível comunicativo, “prático-moral”. Não há como conferir racionalidade ao direito, senão em uma perspectiva de legitimidade fundada numa dimensão política da própria sociedade que o constitui. Já não compete ao direito dizer o que “é” ou não “é” justo. A epistemologia jurídica deverá assumir uma categoria transcendental, quer dizer, precisa pressupor as condições de possibilidade para a produção de um conceito de justiça.

²³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997. p. 196.

²³⁸ Ibidem. p. 196.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O rompimento com “instâncias” metafísicas produzida pela estrutura da sociedade moderna, teve como efeito, para o direito, uma perspectiva pouco evidente sobre a fundamentação de sua legitimidade. Esta indeterminação ocorre “a partir do momento em que a validade do direito é desligada dos aspectos da justiça, que ultrapassa as decisões do legislador. A identidade do direito torna-se, assim, extremamente difusa”²³⁹. Isso porque, “desaparecem os pontos de vista legitimadores, sob os quais o sistema jurídico poderia ser configurado para manter determinada estrutura do ‘médium’ do direito”²⁴⁰. A estrutura formal de racionalidade do direito busca um fundamento de legitimidade na legalidade do exercício soberano do direito, através de uma dominação legal praticada pelo Estado. “Nesta composição estrutural, o Estado moderno assume a condição de legislador soberano, constituindo-se assim como a única fonte do direito”²⁴¹. Com esta “limitação”, a estrutura do direito se limita “a cumprir o papel de mero meio de organização, perdendo seus vínculos com os postulados éticos, morais e políticos que orientam ideais como o de liberdade e de justiça”²⁴². Através desta perspectiva, é possível compreender, de forma mais precisa, o problema de justificação de elementos prescritivos/normativos inseridos no ordenamento jurídico como um problema de racionalidade. A estrutura formal do discurso jurídico não é capaz de justificar estes valores, pois escaparia ao rigor objetivo a que está submetido. Por esta razão, foi necessário a construção de um princípio de ligação entre legalidade e legitimidade para a estrutura do ordenamento jurídico. Quer dizer, a racionalização do direito, “que por sua vez estendeu sua força de dominação legal, pressupondo inclusive uma dominação legítima do mundo da vida, estabeleceu uma ordem social aparentemente não conflituosa com esta ordem de dominação legaliforme”²⁴³.

Neste sentido, “o desafio que se põe face ao necessário resgate do Direito para um sistema de ordens normativas que reafirme a tradição da ‘filosofia prática’, supõe,

²³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 237.

²⁴⁰ Ibidem. p. 237.

²⁴¹ PÊPE, Albano Marcos Bastos. **A Filosofia do direito e a filosofia prática: o ‘ethos’ enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no direito**. 2002. 121 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. p. 102.

²⁴² Ibidem. p. 102.

²⁴³ Ibidem. p. 103.

antes de tudo, seu deslocamento da área de domínio pleno do Estado moderno enquanto ‘legislador soberano’²⁴⁴. Pressupor esta descentralização não significa o abandono completo das estruturas formais do direito, mas, antes, que esta estrutura formal “não se coloque unicamente como limite típico da tradição positivista que resulta numa visão ‘cientificista’ e ‘estatizante’²⁴⁵ sobre o seu discurso. A possibilidade de realização deste empreendimento, qual seja, o de justificar racionalmente elementos prescritivos (normativos) inseridos na regra jurídica, somente será possível, para tanto, através de uma fundamentação política, prática e moral da normatividade jurídica. É justamente aí que se constitui a possibilidade de legitimidade do discurso jurídico: a referência a um horizonte ético e prático, como condição de possibilidade para a justificação da norma jurídica. Não se trata apenas de uma exigência fundacional sobre o direito, o que significaria que o ordenamento jurídico, necessariamente, deve se dar legitimamente. Antes, significa que o termo “legitimidade” somente é possível ser apreendido como uma composição do tecido social, ou seja, através de um princípio de integração social entre o caráter formal da legalidade do direito, e a justificação moral legítima sobre sua a vigência, a partir de um ente produtor de normas jurídicas. Quer dizer, “a separação com que o direito moderno opera entre a moralidade e a legalidade traz consigo o problema que agora é do âmbito da legalidade ‘em conjunto’, o que faz ser necessário uma justificação prática²⁴⁶”.

A legitimidade do discurso jurídico, como condição de possibilidade de sua racionalidade, perpassa, enfim, duas questões principais. Primeiramente, em um nível de justificação “institucional”, uma norma jurídica passa a ser válida quando “o Estado consegue garantir que a maioria das pessoas obedeça às normas, mesmo que isso implique o emprego de sanções e, que se criem pressupostos institucionais para o surgimento legítimo da norma, para que ela também possa ser seguida a qualquer momento por respeito à lei²⁴⁷”. Contudo, ainda sobre isso, é preciso a produção de procedimentos democráticos, onde “as normas de ações morais e jurídicas se interpenetrem ao ponto de

²⁴⁴ PÊPE, Albano Marcos Bastos. **A Filosofia do direito e a filosofia prática:** o ‘ethos’ enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no direito. 2002. 121 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. p. 102.

²⁴⁵ Ibidem. p. 102.

²⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 338.

²⁴⁷ Ibidem. p. 307-308.

a moral conferir legitimidade ao direito”²⁴⁸. Através desta perspectiva, os procedimentos discursivos de legitimação das normas jurídicas justificam a vigência do ordenamento jurídico. “Os dois procedimentos (direito e moral) assemelham-se, uma vez que, servem à regulamentação consensual de conflitos de ações e, portanto, à conservação de uma intersubjetividade de acordo entre sujeitos capazes de linguagem e de ação”²⁴⁹. Neste sentido, “tanto o direito moderno quanto a moral moderna são sistemas de conhecimento por meio dos quais descobrimos como devemos agir”²⁵⁰. Esta perspectiva sobre o direito fundamenta a norma jurídica em um princípio democrático afirmado na “vontade pública” que se pretende legítima através do direito. Por esta razão, a legitimidade do ordenamento jurídico deve dizer respeito também aos bens coletivos de uma “comunidade político-jurídica”, tal como é o caso da “tutela ambiental”. Especificamente, conforme Habermas, “do ponto de vista da ‘teoria da sociedade’, o direito preenche funções de integração social; com efeito, associado ao sistema político configurado através das constituições, o direito assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social”²⁵¹. Já na perspectiva da teoria do direito, “as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da ideia de autodeterminação, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento como autoras do direito ao qual estão submetidas como destinatários”²⁵².

Como segunda e última questão, a legitimidade do direito, já em um nível epistemológico, deve ser entendida como a possibilidade/fonte da justificação dos preceitos normativos (valorativos) das normas jurídicas, tais como os conceitos de “meio ambiente ecologicamente equilibrado” ou “patrimônio histórico cultural”, inscritos na norma constitucional. Se, por um lado, através de razões internas, a justificação de preceitos normativos é irrealizável, nos limites da tradição lógico-positivista, o discurso jurídico deve buscar, para tanto, uma estrutura de argumentação razoável para estes conceitos. Em um nível de legalidade, pressupondo a racionalidade formal do mundo

²⁴⁸ PÊPE, Albano Marcos Bastos. **A Filosofia do direito e a filosofia prática: o ‘ethos’ enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no direito.** 2002. 121 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. p. 107.

²⁴⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 160.

²⁵⁰ Ibidem. p. 160.

²⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 1997. p. 308-309.

²⁵² Ibidem. p. 309.

jurídico, esta explicitação parece insuficiente. Não é nada evidente que a pressuposição de legitimidade, a partir da própria legalidade, dê conta em resolver um problema de explicitação/fixação de conceitos normativos (valorativos) constituídos no interior do ordenamento jurídico. Por esta razão, parece ser preciso informar o discurso jurídico através de uma estrutura de argumentação, disposta em um horizonte político. Ademais, esta parece ser uma questão importante para a contemporaneidade: encontrar no direito um princípio de ligação entre o ordenamento legal e a política, capaz de resguardar uma tutela efetiva do “meio ambiente” ou dos demais bens coletivos. Este princípio de ligação entre a estrutura formal do discurso jurídico, e a estrutura política (“prático-moral”) da sociedade (comunidade jurídica), permite ao direito resolver o problema da legitimidade através da própria legalidade. Trata-se de uma abertura do discurso jurídico, sem que isso, para tanto, implique no abandono completo de sua racionalidade formal.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. Pressupostos e diferenças de um direito dogmaticamente organizado. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000.

ALBERT, Hans. **Tratado da razão crítica**. Tradução de Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde e Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1976.

APEL, Karl-Otto. **Estudos de moral moderna**. Tradução de Benno Dischinger. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Tradução de Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

CABRERA, Julio. **Margens das filosofias da linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenológicas e metacríticas da linguagem**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.

CANOTILHO, Joaquim Gomes. LEITE, Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARNAP, Rudolf. A superação da metafísica pela análise lógica da linguagem (The elimination of metaphysics through logical analysis of language). Tradução de William Steinle. **Revista Cognitio**, São Paulo, 2009.

DUPEYRIX, Alexandre. **Habermas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edições Loyola, 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. 2ª ed. Tradução de Paulo César Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução de Maria Cristina F. Bittencourt. 11ª Ed. Campinas, SP: Editora Papirus, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Bento Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 1997.

_____. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2ª ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 2, 2003.

_____. **Teoria do agir comunicativo: racionalização da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 1, 2012.

_____. **Teoria do agir comunicativo: racionalização da ação e racionalização social**. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, v. 1, 2012.

_____. **Verdad y justificación**. Traducción de Pere Fabra y Luis Diéz. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

HART, H. L. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução de José Garcez Ghirardi e Lenita Maria Rimoli Esteves. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo finitude e solidão**. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. **Marcas do Caminho**. Tradução de Enio Paulo Giachini e Ernildo Stein. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Fernando Costa Mattos. 4ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.

_____. **Metafísica dos costumes**. Tradução de Cléia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.

KELSEN, Hans. **O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **Sobre a teoria das ficções jurídicas: com especial consideração da filosofia do “como se” de Vaihinger.** Tradução de Vinicius Matteucci de Andrade Lopes. Rio de Janeiro: Via Verita, 2012.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução de Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria geral das normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

_____. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito, volume 2: o Século XX.** Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PÊPE, Albano Marcos Bastos. **A Filosofia do direito e a filosofia prática: o ‘ethos’ enquanto mundo compartilhado: a questão da legitimidade no direito.** 2002. 121 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002.

QUINE, Willard van Orman. **Stanford Encyclopedia of Philosophy: the use-mention distinction.** Disponível em <http://plato.stanford.edu/entries/quotation/#2.2>. Acesso em 03 de janeiro de 2016.

RAWLS, John. **História da filosofia moral.** Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, 1999/2000.

_____. **Direito ambiental e autopoiese.** Curitiba: Juruá, 2012

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? *In:* FARIA, José Eduardo (Org.) **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas.** São Paulo: Malheiros, 1996.

SCHLEIERMACHER, Friedrich. D. E. **Hermenêutica e crítica.** Tradução de Aloísio Ruedell. Ijuí: Unijuí, 2005.

SCHNÄDELBACH, H. **A filosofia na Alemanha: 1831-1933**. Tradução de Róbson Ramos dos Reis.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SINGER, Peter. **A vida ética**. Tradução de Alice Xavier. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

STEGMÜLLER, Wolfgang. **A filosofia contemporânea: introdução crítica**. Tradução de Hauptströmungen der Gegenwartsphilosophie. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

STEIN, Ernildo. **Aproximações sobre hermenêutica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.

_____. **Epistemologia e crítica da modernidade**. 2ª ed. Ijuí: Unijuí, 1997.

_____. **Paradoxos da racionalidade**. Porto Alegre: PyR Edições, 1987. p. 53.

_____. **Racionalidade e existência: o ambiente hermenêutico e as ciências humanas**. 2ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Editora IBET, vol. 1, 2003.

WARAT, Luís Alberto. PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do Direito: uma introdução crítica**. 1ª ed. São Paulo: Moderna. p. 1996.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 2, 2012.

_____. **Economia e sociedade: fundamento da sociologia compreensiva**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. 4ª. Ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, v. 1, 2012.

_____. **Metodologia das ciências sociais**. Tradução de Augustin Wernet. 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, v. 1, 2001.

_____. **Metodologia das ciências sociais.** Tradução de Agustin Wernet. 4ª ed. São Paulo: Cortez Editora, v. 2, 2001.