

# CONSIDERAÇÕES SOBRE O POSITIVISMO JURÍDICO E O MANEJO DA FLORESTA TROPICAL

Klaus G. Hering\*

## 1. Introdução

O filósofo do direito e professor de jurisprudência austríaco Hans Kelsen (1881-1973), é reconhecido como “o maior jurista de sua época, ocupando na Filosofia Jurídica relevo igual ao correspondente a Kant, na Filosofia Geral”, conforme Baracho (1979) em lúcido artigo sobre Kelsen publicado na Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Este artigo sobre Kelsen servirá como ponto de partida para uma aproximação do complexo problema sobre o qual se tentará lançar um pouco mais de luz, e que consiste na existência de elaborada legislação florestal brasileira, de um lado, e na ausência de sua efetivação, de outro, implicando a notória e continuada degradação florestal/ambiental com que nos defrontamos.

Para embasamento do problema na realidade histórica, foi selecionada a devastação da Reserva Indígena Duque de Caxias, localizada no município de José Boiteux, Santa Catarina, e que foi ilícita e dolosamente

exaurida de seu principal recurso renovável, a extensa floresta de 40.000 hectares pertencente à Mata Atlântica, condição de sobrevivência cultural dos índios Caingangue, originalmente por ela abrigados. Na década de 40, começou o corte da palmiteira (*Euterpe edulis*) por parte dos próprios índios, tendo o palmito destino certo, qual seja, às fábricas de conserva da região. O processo de omissão da sociedade brasileira no impedimento da subsequente extração da madeira, até a exaustão da Reserva, encontrou uma descrição e documentação pontual em dissertação de mestrado em Direito na UFSC, de Noemia Bohn (1990).

A práxis silvicultural, exemplificada numa tecnologia de manejo preservacionista da floresta tropical, foi desenvolvida em escala comercial e axiomatizada pelo autor. Algumas das idéias aqui apresentadas estão contidas em Hering (1993, 1994).

## 2. O Pensamento Jurídico de Kelsen

Inicialmente, algumas considerações genéricas de natureza metodológica. A atitude frente os exsertos<sup>1</sup> do pensamento de Kelsen, dos quais se partirá, será hermenêutica, ou seja, de acordo com Gadamer (1990, p. 392), consistirá na busca do “entender, e todo

entender é interpretar”<sup>2</sup>. Ou, em outro dizer (p. 312), “entender [*subtilitas intelligendi*] é sempre interpretar [*subtilitas explicandi*], e interpretação é, pois, a forma explícita do entender”. Não se pode pretender o entendimento de uma obra, como a de

\*Bacharel em Economia e Filosofia pela Universidade de São Paulo, M.A. em Economia pela Universidade de Vanderbilt, Doutorando pelo Departamento de Engenharia de Produção e Sistemas da Universidade Federal de Santa Catarina

Kelsen, como o próprio autor a entendeu, sem uma interpretação, que consiste em tradução para o contexto linguístico e cultural daquele que busca o entendimento. Ainda mais, quando a interpretação parte não da obra original, no caso, “A Teoria Pura do Direito” ou a póstuma “Teoria Geral das Normas”, mas parte já de uma interpretação, principalmente de Baracho (art. cit.). Ao que se deve acrescentar que o entender é determinado pelo que se busca na obra interpretada, o objetivo que se persegue, o ponto de vista do que busca o entendimento e que faz com que o lido lhe faça sentido. Este posicionamento interpretativo, por sinal, é bastante familiar na jurisprudência, na qual, ainda de acordo com Gadamer (obra cit., p. 43), “o papel da ‘hermenêutica’, de completar o direito, consiste, exatamente, em engendrar a concretude do direito”.

Para Kelsen, o objeto da ciência jurídica é o direito positivo, colocando o direito na “ordem do dever ser, no sentido de que não é algo que de fato acontece, é um sistema de normas. Kelsen não persegue a internação do Direito na realidade, mas como a caracterização conjunta e articulada das normas. A significação formal das normas separa-se da significação justa das mesmas.” (Baracho, p. 15). Se, como viu-se acima em Gadamer, o interpretar é a forma explícita do entender, então, citando este mesmo autor, “a língua e a conceptualização expositiva são também reconhecidas como um momento estrutural interno do entender e, com isto, o problema da língua se transpõe de uma posição periférica ocasional para o centro da filosofia” (Gadamer, p. 313). Esta, resumidamente, a revolução linguística que se processou na filosofia neste século, ligada ao nome de Wittgenstein, que também pode ser considerado como pertencente ao Círculo de Viena, tal qual Kelsen.

Com isto, pode-se passar a utilizar uma linguagem diferente daquela do ‘dever ser’ e do ‘ser’, como usada por Kelsen. Partir-se-á da unidade fundamental que compõe uma língua, a ‘proposição’. Interpreta-se uma proposição ou um conjunto de proposições, mediante o uso de novas proposições. O ‘dever ser’ é substituído por *proposições normativas* ou normas (também denominadas de deonticas segundo Wright (1957), do tipo

‘incumbe ao Poder Público preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País’ (Constituição Federal, Art. 225, II),

em diferença ao ‘ser’, expresso por uma *proposição fatural* ou sentença, como

‘o incremento diamétrico médio das árvores da Mata Atlântica é de 0,31 cm/ano’ (Hering, 1993)

que pode, esta última, ser verdadeira ou falsa, comprovada ou não pelos fatos, enquanto que uma norma não é verdadeira nem falsa. Tem, isto sim, validade ou não.

Esta é uma distinção fundamental, a existente entre o ‘ser’ e o ‘dever ser’, ou entre proposições faturais e normativas, e Kelsen a “defende contra duas tendências. Dum lado, contra a concepção sociológica, que pretende estudar o direito de acordo com as regras do método causal, como um dado natural; doutro, contra o direito natural, que entende submeter o direito a postulados morais e políticos”, conforme Baracho, citando Haesaert (1948) .

Segundo o Dicionário de Filosofia editado por Mautner (1995, p. 223), Kelsen “rejeita a tentativa de considerar o direito simplesmente como um fato social; de onde decorre a sua oposição àquele positivismo jurídico que reduz o direito a meras relações de poder. Normas legais direcionam a conduta humana, em última análise, pelo uso de sanções. ... A sua validade procede não de princípios morais ou políticos, tampouco de fatos históricos ou sociais, mas duma norma legal superior.”

Ainda segundo o mesmo Dicionário, com referência à crítica à segunda tendência acima referida, Kelsen “rejeitou as tentativas de reduzir o direito à moralidade; donde decorre sua oposição às teorias do direito natural”. Para elucidar o conceito de ‘moralidade’, cabe uma menção de Amorim (1996, p. 13): “Immanuel Kant, na *Crítica da Razão Prática*, distinguiu a moralidade da legalidade, dizendo que a legalidade é o simples acordo ou desacordo de uma ação com a lei, sem atenção ao móvel da própria ação, enquanto a moralidade consiste em assumir o móvel da ação à própria idéia do dever. .. a ação não pode ser vista sem ... o objetivo a que visa.” E para distinguir moralidade de eticidade, cabe mencionar uma proposição de Figueira (1998, p. 16): “Hegel é o pai da eticidade. Ele a conceitua como sendo a realização do bem em objetividades históricas ou institucionais, distinguindo-a da moralidade que por si mesma, é simplesmente intenção ou vontade subjetiva do bem.”

Assim, no sistema kelseniano, “o Direito é visto como um sistema escalonado e gradativo das normas ou ‘proposições normativas’, que se apóiam umas nas outras, formando um todo coerente: recebem uma das outras a sua vigência e todas de uma norma fundamental, suporte lógico da integralidade do sistema.”, *apud* Baracho (op.cit., p. 33), citando Miguel Reale (1953), o qual ainda afirma, segundo mais uma vez Baracho (p. 24), que “Kelsen marca o apogeu da corrente do positivismo jurídico.”

Com isto, tem-se um esboço, mesmo que muito sintetizado, de uma teoria do direito, na qual, conforme Baracho (obra cit., p. 18), “o vocábulo ‘teoria’ serve para indicar a unidade dos fundamentos de certos conhecimentos sistematizados, conforme Husserl. Pode-se aceitar que Kelsen foi, no dizer de Enrique R. Afalión, o primeiro a construir uma Teoria Geral do Direito com coerência total que funciona em todas as suas partes com precisão. Os contraditores de Kelsen, ainda, não foram capazes de construir e formular nada que ofereça uma elaboração semelhante.”

### 3. O Ilícito da Devastação da Reserva Indígena

Da dissertação de mestrado de Noemia Bohn (1990, p. 194/197), extraiu-se relato sobre ação ilícita ambiental, transcrito a seguir:

“A floresta situada no Posto Indígena Duque de Caxias é de preservação permanente porque integra o Patrimônio Indígena (Art. 3º, parágr. 2º da Lei n 4.771/65 - Código Florestal c/c art. 39º, II da Lei n 6.001/73 - Estatuto do Índio).

A devastação florestal na Reserva Indígena era (e continua sendo), fato público e notório, reiteradamente noticiado na imprensa.

Em visita efetuada à área em data de 23.03.87, membros da ACAPRENA [Associação Catarinense de Preservação da Natureza] puderam ver e fotografar veículos de diversas empresas madeireiras da região carregados de toras comprovadamente extraídas do local.

Feitas estas constatações, a ACAPRENA encaminhou denúncia ao Ministério Público Federal e através deste órgão, foi solicitado ao IBDF [Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, transformado posteriormente no IBAMA] que enviasse os autos de infração florestal, relativos à exploração madeireira na Reserva Indígena de Ibirama para servirem de subsídios à propositura de ação civil pública e outras medidas judiciais cabíveis à defesa do patrimônio federal constituído pela Reserva.

Novamente [o mesmo acontecera com denúncias sobre retirada de madeira da Reserva Biológica Estadual da Canela-Preta] o IBDF usou de evasivas, e somente depois de

instaurado o inquérito policial nº 265/87 (1 Vara RV12756), por recusa, retardamento e omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura de ação civil, é que se conseguiu os referidos autos de infração.

Ante à demora do IBDF em fornecer os dados solicitados, com os quais se pretendia conseguir provas para acionar as madeireiras da região, a ACAPRENA e o Ministério Público Federal intentaram em dezembro/87 a Ação Civil Pública de Responsabilidade por Danos Causados ao Meio Ambiente contra a FUNAI ... e o IBDF ... (processo 893/87) por não obstem a desenfreada extração de madeira ocorrente então na Reserva Indígena. Uma vez que é atribuição da FUNAI, consoante o Decreto nº 92.470, de 18.03.86:

‘gerir o patrimônio indígena, visando à sua conservação e valorização’ (art. 1º, inciso III),

‘exercitar o Poder de Polícia nas áreas indígenas e nas matérias atinentes à proteção do índio’ (art. 1º, inciso IX),

e do IBDF, consoante o Decreto-lei nº 289 de 28.02.67:

‘cumprir e fazer cumprir as Leis 4.771, Código Florestal; 4.797, de 20.10.65; 5.106, de 02.09.66; 5.197, de 003.01.67 e toda a legislação pertinente aos recursos naturais renováveis’ (art. 3º, XXI),

'organizar e realizar diretamente ou através de outros órgãos públicos, ou entidades de classe, a fiscalização das atividades relacionadas com o presente decreto-lei bem como promover a repressão às fraudes na exploração florestal, produção, transporte, comercialização e industrialização de produtos florestais, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo'(art. 5º, II)."

Continua o relato, mais adiante, afirmando que

"Em sua contestação à petição, a FUNAI inicia defendendo-se de uma inexistente acusação sobre danos ao meio ambiente em toda a região do Vale do Itajaí e termina por imputar ao IBDF e à UNIÃO (Polícia Federal) a culpa pela depredação da Reserva Indígena. Argumenta que não tem os meios necessários para coibir a desobediência dos índios e a cobiça dos madeireiros e que fez sempre o que pode, isto é, solicitou durante anos a fio a fiscalização do IBDF. ... Quanto ao IBDF, defende-se afirmando que 'sempre esteve presente na Reserva Indígena coibindo o desmatamento apesar das dificuldades de material humano', mas contraditoriamente, logo a seguir, reconhece que não o impediu sob a justificativa de que ao IBDF não cabe adentrar na Reserva para coibir desmatamento.

Aí, justamente, o grande erro e o pecado do IBDF. Em nenhum texto legal é proibida a entrada das autoridades florestais em Reservas Indígenas, no exercício de suas atribuições legais de fazer cumprir o Código florestal.

Depois, se essa entrada pudesse causar mal-estar aos funcionários da FUNAI, como parece que causava, impunha-se fiscalizar com rigor e eficiência as saídas da Reserva e as indústrias da região."

Na busca de uma resposta à sua indagação, 'onde estaria a falha?', Noemia Bohn (p. 199/200), referindo-se a artigos de dois juristas, Souza (1979) e Werneck (1979), verifica que ambos concordam que

"a multiplicidade de leis e regras sem a necessária organicidade e subordinadas a hierarquias diversas, fragmenta, enfraquece e

torna ineficaz a legislação sobre meio ambiente e, conseqüentemente, sobre a proteção da cobertura florestal".

Para concluir, finalmente,

"que se reconheça falhas na legislação, há que se concordar com Werneck, se ela fosse rigorosamente colocada em prática e a corrupção não fosse um fato corriqueiro nos órgãos da administração pública, sem sombra de dúvida, ter-se-ia um meio ambiente muito mais hígido, equilibrado, passível de oferecer uma qualidade de vida mais saudável ao povo desta terra."

Neste artigo, a questão será colocada diferentemente. Não se buscará imputar a culpa a pessoas ou instituições, eis que tal é função do juiz. E dentre as instituições imputadas da esfera do Executivo, além do Poder Legislativo, soberano mesmo em sua costumeira pletora legiferante, se encontraria o próprio Judiciário, pois sua atuação pode ser qualificada no mínimo de burocrática e tardia, face aos poderes enfeixados por juizes e promotores federais e estaduais, no que concerne ao "público e notório" ilícito acima relatado.

Busca-se uma tentativa de explicação para este comportamento geral de nossa sociedade, de cada cidadão e instituição como co-participantes desse processo de descumprimento da legislação estabelecida. Pois a legislação aí estava por época do ilícito descrito, e continua, aperfeiçoada e detalhada, como um 'dever ser' largamente impotente, feito letra morta, atestando em seu contraste a realidade do 'ser' que não deveria ser.

Também não procuraremos perscrutar as razões da selvageria econômica, desde o desespero da sobrevivência por parte de desafortunados e aculturados índios, até os excessos da sobrevalia de umas poucas madeireiras e fábricas de conserva, tão decantada pelos marxistas de outrora.

Perguntar por alguma razão que faz com que os poderes constituídos - o Legislativo, com seu descolamento dos anseios do eleitorado no longo período pós-eleitoral; o Executivo, aqui representado pelo IBAMA e FUNAI, vendo exercido seu poder se não descricionário, ao menos burocrático, pelos poderosos de plantão; o Judiciário, se auto-satisfazendo em seu pairar olímpico acima do bem e

do mal - permitem que atos ilícitos, notórios e públicos, (1) continuem a se desdobrar com a maior desfaçatez ao longo de anos e décadas (e está aí a nossa Amazônia, como novo exemplo gritante), e (2) não sejam punidos com todo o rigor que a legislação prevê e, desta maneira, ajudando a inibir, se não coibir, a generalização do ilícito.

A hipótese desenvolvida neste artigo e que, se acredita, seja uma das vertentes explicatórias do conflito entre o dever ser e o ser brasileiros, que levou um estadista europeu, nada menos que o General De Gaulle, a tachar-nos de não-sérios, consiste em identificar o positivismo jurídico como um dos panos de fundo de nossa cultura, neste sentido, tão herdada de Portugal.

O espírito ecológico da legislação ambiental brasileira, bem o sabemos todos nós, veio de fora para dentro. Seja pela nossa tradicional predisposição de acompanharmos os movimentos culturais europeus e, agora, a civilização norte-americana, seja por força da globalização que, calcada no poderio do capital financeiro, coloca-nos em posição de dependência em relação às economias do primeiro mundo e, por decorrência, nos impinge também o dever ser como elas o dizem entender, como, por exemplo, os valores do movimento ecológico - a intrusão das normas é consentânea com o espírito positivista do direito como o é o kelseniano: uma norma geral governa a instituição de normas mais específicas, mais próximas aos atos jurídicos. Uma norma adquire sua validade de uma norma que logicamente lhe é anterior. A legalidade de um ato jurídico é a sua adequação ao sistema de normas, encimado por uma norma constitucional. Se partirmos do pressuposto que uma proposição normativa geral faz menos sentido para o cidadão que uma norma específica, então a adoção dum princípio ecológico geral por parte dum povo alheio a este tipo de preocupações facilita de muito o erigir de um sistema legal adventício como o ambiental entre nós. Talvez um estudo histórico pudesse revelar que não só a ambiental, mas nossa legislação em geral, tem esse traço de dependência cultural, inicialmente em relação a Portugal, passando pela influência de interesses do império britânico, e, mais recentemente, a partir da Segunda Guerra, em sintonia com a estratégia política norte-americana.

O processo histórico de instituição da legislação ambiental brasileira redundou, pois, em uma estrutura legal isomórfica com a do positivismo kelseniano, um sistema lógico, coerente, validado por uma ou umas

poucas normas constitucionais, como as introduzidas na Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo VI, intitulado "Do Meio Ambiente". Esse isomorfismo se torna especialmente patente ao observar-se que, por exemplo, na normatização da ação florestal, vai-se a detalhes como os constantes da Portaria Interinstitucional nº 01, de 04/06/96 (do Presidente do IBAMA, do Governador do Estado de Santa Catarina, do Superintendente do IBAMA/SC, do Secretário de Estado do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente e do Diretor Geral da FATMA - D.O.U. de 30/07/96), que reza:

"Art. 1º - A exploração de florestas nativas, nas áreas cobertas por vegetação primária ou secundária nos estágios avançado e médio de regeneração no Estado de Santa Catarina, somente será permitida sob a forma de corte seletivo mediante manejo florestal sustentável, conforme estabelecido nesta Portaria.

Art. 3º - Além dos princípios gerais e dos fundamentos técnicos estabelecidos no art. 2º, o PMFS [Plano de Manejo Florestal Sustentado], objetivando a extração madeireira com fins industriais ou energéticos, deve obedecer aos seguintes critérios:

I - somente podem ser exploradas as espécies que apresentem estoques compatíveis com a garantia de conservação do ecossistema;

II - exploração de, no máximo, 4 (quatro) espécies madeireiras com limitação de 40% (quarenta por cento), em volume do estoque dos indivíduos de cada espécie com Diâmetro à Altura do Peito - DAP - igual ou superior a 40 cm (quarenta centímetros), com casca, exceto para as espécies que, de acordo com os respectivos ciclos biológicos, comprovadamente não alcancem o DAP especificado; ...",

em que se legisla sobre um assunto que não adveio de nenhum conhecimento empírico da realidade florestal, haja vista existirem, no Brasil e demais países tropicais, não mais que poucas experiências acadêmicas com o manejo 'sustentado' de florestas nativas, uma concepção nascida em departamentos de florestas tropicais de universidades da Europa, especialmente da Inglaterra, Alemanha e Holanda. Quer-se ressaltar, aqui, não a eventual não-conformidade do conteúdo fatural da norma com a

realidade da floresta (cuja veracidade pode ser testada em experimentos sob a égide das ciências naturais e da tecnologia silvicultural), mas a maneira de se proceder na pormenorização infundável do que se imagina de como deveria ser efetivado o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, como constante do Art. 225ª da Constituição. Os legisladores navegam no universo do dever ser, exatamente como o preceitua o positivismo jurídico. Pode-se, para tornar mais pregnante o ponto de vista aqui defendido, citar mais uma vez Baracho (p. 23), numa referência a Roulier (1951): “O puro jurista não tem o que se preocupar nem de moral nem de política [e poder-se-ia acrescentar, de ecologia ou de manejo de florestas]: deve-se limitar a reconhecer o direito tal qual é, a verificar se as suas regras [normas] foram ou não observadas, tais quais foram fixadas pela autoridade competente. A teoria do direito deveria ser, de certa forma, uma geometria das regras jurídicas...”. A vinculação ao ‘ser’ se dá por ato de

enquadramento dos atos nas normas jurídicas. Quer dizer, os atos são apreciados somente nos conformes de sua legalidade.

Algumas questões, no entanto, se colocam na relação entre o ‘dever ser’, predominante no positivismo jurídico de Kelsen, e o universo do ‘ser’. Uma primeira consiste em se estabelecer, ou de como se deveriam estabelecer as normas em seu confronto com os fenômenos físicos, como é o caso da Portaria Interinstitucional nº 1 acima referida. Ou, em outros termos, em se estabelecer a relação entre proposições normativas e proposições fatuais.

Outra seria o averiguar-se de como se passa “da moralidade que por si mesma é simplesmente intenção ou vontade subjetiva do bem” para algo como a hegeliana “eticidade ... como sendo a realização do bem em objetividades históricas ou institucionais...”, como foi colocado mais acima (Baracho, 1979, citando Barós).

#### 4. A Práxis Silvicultural

As limitações do positivismo lógico começam a transparecer ao indagar-se como se relaciona uma proposição normativa com uma proposição fatural. Partir-se-á da práxis silvicultural, como abaixo definida.

Uma tecnologia de manejo florestal, como a preservacionista, contém um conjunto de proposições normativas, aqui denominadas de *regras*, adotadas pelo silvicultor ou pela empresa florestal e que determina os critérios de seleção e corte das árvores a serem retiradas e, por decorrência, decide quais as árvores que deverão permanecer para garantir a continuidade regenerativa do processo de produção de madeira ao longo do tempo.

Partir-se-á do pressuposto que, no processo de estabelecimento das regras, dois são os componentes considerados. De um lado, precisa-se conhecer a estrutura e a dinâmica do processo florestal, mais exatamente, de uma parcela específica a ser trabalhada. São conhecimentos que assumem a forma de *proposições fatuais*. Citaremos algumas poucas, enunciadas não muito detalhada e precisamente, dado o nível de nossa análise:

1. árvores de copas fracas têm baixa probabilidade de se transformarem em árvores de copas normais;

2. árvores de copas fracas têm baixa probabilidade de sobrevivência nos próximos anos;

3. árvores de copas fracas têm incrementos diamétricos médios anuais significativamente mais baixos que árvores de copas normais;

4. existe uma área basal limite [a superfície calculada a partir do diâmetro à altura do peito do tronco da árvore] para cada parcela de floresta primária, que não pode ser ultrapassada (ou seja, neste limite, para uma árvore crescer, alguma outra precisa morrer).

As variáveis (diâmetro do tronco, qualidade da copa) podem ser determinísticas, probabilísticas ou difusas. As proposições são testáveis pela metodologia das ciências naturais, pois que descrevem fenômenos da natureza física. Podem ser cientificamente verdadeiras, como podem ser rejeitadas e substituídas por novas ‘leis’ naturais. Resultam de um processo de rigorosa investigação empírica e/ou do acúmulo da experiência de mateiros em seu convívio com o lidar da floresta<sup>3</sup>.

De outro lado, lembrando citação anterior de Amorim (1996), “a ação [jurídica] não pode ser vista sem ... o objetivo a que visa”, um dos componentes de todo processo decisório é o objetivo que se procura realizar.

Tendo o termo 'objetivo' vários significados na tradição jurídica e filosófica, como na expressão 'direito objetivo', utilizar-se-á, aqui, o termo 'intento'. Os intentos são expressos por proposições que se poderiam denominar de *intencionais*<sup>4</sup>. Um exemplo de proposição intencional, uma das conducentes do manejo preservacionista como desenvolvido pelo autor, se expressa por

'intenta a empresa silvicultural que todas as espécies arbóreas sejam preservadas'.

No pensar sobre o manejo florestal chega-se clara e naturalmente à constatação que as proposições normativas não formam uma estrutura auto-suficiente, na qual uma norma tira o seu sentido de outra, numa construção lógica em que se precisa supor uma norma última, constituinte, da qual fluem todas as demais, como o postula o sistema kelseniano. Mas sim, que as proposições normativas não são entes primários mas derivados de dois conjuntos logicamente anteriores de proposições, (1) as intencionais, representando os intentos do indivíduo e/ou do grupo social e (2) as fatuais, representando as possibilidades físicas da ação humana. 'Práxis' é um termo que aqui faria sentido, se definir-se uma práxis como um sistema maior composto de proposições intencionais e proposições fatuais, a partir das quais emanam as regras orientadoras da ação humana, do 'dever ser'.

O encadeamento destes três grupos de proposições (intencionais, fatuais e normativas, nesta ordem) pode ser exemplificado pela práxis silvicultural preservacionista:

*Se intenta a empresa silvicultural que*

*todas as espécies arbóreas sejam preservadas e o máximo de produção de madeira seja obtido, e*

*Se árvores de copas fracas têm baixa probabilidade de se transformarem em normais, árvores de copas fracas têm baixa probabilidade de sobrevivência nos próximos anos, existe uma área basal limite para cada parcela de floresta primária, e etc.*

*Então árvores de copa fraca deverão ser cortadas*

*Se em sua queda não prejudicarem árvores não destinadas a corte, não se localizarem em área de preservação permanente etc.*

lembrando que estas proposições fatuais e normas não são exaustivas, sendo apenas um recorte ilustrativo de um sistema que considera bem mais dimensões, indispensáveis para a preservação da diversidade arbórea e a produção continuada de madeira.

Há que se atentar para a *operacionalidade* das proposições intencionais para que possam ser confrontadas com as proposições fatuais e, assim, possibilitar a elaboração de regras definidas e consistentes. O intento 'preservação das espécies arbóreas' é operacional, pois que, uma vez definido como estratégico para a empresa, o silvicultor saberá agir de modo a, em todos os estados futuros da parcela de floresta, se garantir a manutenção das variáveis estatísticas densidade e distribuição diamétrica inicial das dezenas de espécies arbóreas, para um dado estado do conhecimento. Já os conceitos 'sustentável' e 'ecologicamente equilibrado' não o são: não sabendo-se exatamente o que se quer, fica indefinida a escolha entre as opções fatuais que a natureza oferece, como se reflete na anarquia e inconsistência de normas silviculturais contidas na legislação florestal brasileira.

Intentos operacionais somente são obtidos no processo dialético do confronto da (1) realidade concreta do físico e do social com os (2) vagos e indefinidos intentos gerais, à espera de sua operacionalização. A operacionalidade da proposição intencional se caracteriza formalmente por, em conjunto com proposições fatuais, implicar um conjunto de proposições normativas tal que, pautando-se por estas o comportamento, se realizará o desiderato estabelecido. Caso contrário, não se consegue sair do normativismo que requer um ato de poder para a legitimação de normas, como se lê em Faria (1978, p. 44), que se defronta com tal dificuldade:

"(...) as regras jurídicas são opções entre diversos caminhos, pois não há somente uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato."

Estabelecido um conjunto consistente de proposições normativas, a sua aplicação à realidade conduz à consecução do intento, dado um certo estado do conhecimento fatural. Alterando-se este, precisam ser adaptadas as normas para atingir-se o intento. Necessariamente, não existe um único conjunto de proposições normativas que conduza a um intento, mas, dado mais de um intento, as alternativas de

normas vão se estreitando. Exemplificando: se o intento do silvicultor for tão-somente o de preservar a diversidade arbórea, pode-se ou manejar a floresta em acordo com as normas do manejo preservacionista, ou, então, deixar a floresta intacta; ou mesmo, podem as normas do manejo preservacionista serem abrandadas, desde que se garanta o replantio de alguma espécie extraída em demasia; contudo, se agregar-se ao ideal preservacionista a maximização de um fluxo de caixa positivo para o empreendimento florestal, a custosa intervenção do replantio será eliminada do leque de possibilidades. Finalmente, um intento adicional poderá ser conflitante com os demais, por impossibilitar a normatização e a consecução do conjunto de intentos a partir das proposições fatuais. Pode, também, existir um intento irreal, impossível de ser realizado. Resta considerar se, dado um conjunto de normas obtido de um determinado conjunto de intentos operacionais e de proposições fatuais, é possível a ação ensejada pelas normas conduzir a um intento conflitante com o inicialmente estabelecido. Isto, no entanto, só será possível caso dentre as proposições fatuais ao menos uma não for comprovada no *ex post* dos acontecimentos, ou as normas forem transgredidas, ou o intento não for operacional.

Estabelecendo-se, pois, um paralelo entre regras silviculturais e normas jurídicas, conclui-se que o direito, visto tanto como “um sistema escalonado (...) das ‘proposições normativas’ ... [no qual] recebem uma das outras a sua vigência e todas de uma norma fundamental ...” pelo positivismo jurídico (conforme citação anterior), é *incompleto*. A mesma crítica se

aplica aos que vêm no realismo jurídico, com sua validação instrumentalista aferida pela eficiência com que opera o sistema legal, uma influência paradigmática do jurídico brasileiro. Ambos consideram somente um só lado do todo aqui denominado práxis: o primeiro, albergando tão somente proposições normativas, e o segundo, movendo-se no cipoal das relações entre o normativo e o fático, se esquecem do essencial, qual seja, que o normativo é criatura do fático e do axiológico. Assépticos quanto ao universo ético e, por isto, estéreis como o direito brasileiro ambiental, não conseguem o assentimento das pessoas físicas e jurídicas que, em suas ações, são os destinatários da legislação.

Esta forma de ver o jurídico parece coadunar-se, quanto à relação do fático com o intencional, com a posição de Reale (1981) citada por Pasold (1986, p. 26), que a

“norma jurídica é uma expressão de situações conflituais que ela não pode ser pensada como simples juízo lógico, como pretende Kelsen; nem como mero dado de fato, como pretende o realismo americano ou o escandinavo: ela é, repito, mais uma vez, a forma integrante de tensões fático-axiológicas, visando a um equilíbrio duradouro, embora nunca definitivo”,

no entanto, situando-se na práxis o conflitual não em nível do normativo, mas do intencional, e o interpretando como um processo de desenvolvimento do sistema intencional dos indivíduos e dos grupos sociais, como se verá abaixo.

## 5. Da moralidade individual para a eticidade

A distinção entre proposições intencionais e normativas possibilita a formalização da passagem da moralidade individual para a eticidade, cristalizada na história e nas instituições, em fazendo-se uso, muito parcamente, da terminologia hegeliana.

Partir-se-á de paralelo na realidade empresarial, de como se processa a negociação dos intentos estratégicos em uma organização que, por exemplo, procede a manejo de florestas tropicais. O processo de negociação destes intentos é descrito partindo-se de proposições intencionais em nível do indivíduo

inserido em um grupo social, justamente, uma determinada organização. Os desejos de um indivíduo são muitos e aparentemente caóticos, não só para o descritor, como para o próprio descrito. A descrição consiste em definir desejos e encontrar a hierarquização que, mais ou menos inconscientemente, lhes subjaz. Por exemplo, um subconjunto de proposições intencionais levantadas em uma empresa silvicultural em relação a dois decisores, A e B, poderia ser escrito por extenso (proposições estas passíveis de melhor formalização lógica, mas que aqui não cabe)<sup>5</sup> como:

1. deseja o decisor A que lhe seja assegurada pela empresa uma remuneração ao longo do tempo, independentemente de considerações ecológicas;
2. deseja o decisor A que a empresa gere satisfatória renda líquida;
3. deseja o decisor B que a floresta seja manejada com rigor ecológico;
4. deseja o decisor B que, na empresa, possa auferir uma renda, por razoável que seja,

descreve o 'desejaria que fosse' de cada decisor, ou seja, alguns aspectos da moralidade de cada qual, naturalmente influenciada pelos respectivos papéis desempenhados na organização, onde o decisor A poderia ser um gerente e o decisor B, um silvicultor. Mesmo que alguns desejos não se interseccionam ou, mesmo, são conflitantes, o auferir renda ou gerar renda da empresa são, neste exemplo, um desejo em torno do qual os esforços dos dois decisores poderiam ser unidos. Poderia ser um intento estratégico da empresa e do grupo social, uma vez acordado. Transformar-se-ia de desejo individual em intento social (mesmo que para alguns, por posicionamento ideológico, o gerar renda para uma empresa não possa ser concebido como um intento estratégico dignificante: estes, certamente, não poderiam fazer parte da organização, por não poderem ser aglutinados em torno daquilo que a unifica). Passar-se-ia de algo como a moralidade do indivíduo, para um institucionalizado intento estratégico da empresa, mais estável, eventualmente sobrevivendo à contingência dos indivíduos que lhe deram um dia a vida. Algo já mais próximo do ético, do sobre-pessoal, do objetivo. Do que dá origem ao 'dever ser'.

A este intento econômico da práxis foi adicionado um segundo intento, a preservação das espécies florestais, ao mesmo nível hierárquico do primeiro. Se o intento econômico de uma empresa silvicultural (uma madeireira, do tipo que depredou a Mata Atlântica ou que está a dizimar a Amazônica, seja nacional, seja estrangeira) for interpretado como maximização da renda líquida no curto prazo, a preservação das espécies seria um intento conflitante, prejudicial à imediatez da exploração. Contudo, pode-se constituir uma empresa que concilie os dois intentos, o de geração de uma renda líquida permanente e o da manutenção da biodiversidade. Desde que seja possível, em negociação dos decisores

(*stakeholders*, como os denomina a literatura organizacional anglo-saxônica), chegar-se a assentimento sobre a possibilidade de auferir renda e, ao mesmo tempo, preservar a diversidade. Tal processo de negociação envolve não somente aspectos estáticos das proposições intencionais dos decisores, mas resulta, muito naturalmente até, em uma reinterpretação e *desenvolvimento* da estruturação e conteúdo das proposições intencionais de cada qual. Um processo de entendimento racional dos valores do outro, de início, para desembocar em uma recompreensão mútua daquelas proposições pertinentes ao sucesso do grupo social que deles se compõe. Se for possível, pois, que haja um assentimento entre os *stakeholders* de uma empresa acerca de algumas proposições intencionais gerais, estas se transformarão em proposições estratégicas, legitimadas por um processo de negociação e decisório, em torno das quais se aglutinará o proceder da empresa. Estáticas, enquanto não se esgotarem face a mudanças seja externas, advindas dos mercados ou da sociedade em geral, seja internas, pelo desenvolvimento criativo de seus subgrupos e indivíduos. Feito 'como desejaríamos que fosse' o processo constituinte de um Estado.

Talvez aqui se esconda uma das razões de os grupos sociais de maior poder político no moderno Estado de Direito fazerem da legitimidade uma propriedade das normas, seja utilizando-se do enfoque positivista como o kelseniano, seja baseando-se em uma abordagem alternativa, a do realismo jurídico, como com muita propriedade expresso por Faria (1978, p. 105),

“Se para o positivismo não é preciso que uma norma jurídica seja justa, mas sim válida, para o realismo não é necessário que ela seja válida: basta ser eficaz.. (...) enquanto de acordo com a primeira concepção a legitimidade é reduzida ao âmbito da legalidade, já em conformidade com a segunda ela é identificada com a idéia de efetividade.”,

que compartilha da tese deste artigo, ao afirmar (*op. cit.*, p. 80) que

“Uma norma é legítima quando sustentada sobre um valor e sua legalidade é dada pelo direito vigente, impessoal e objetivo. Caso não se esclareça o que se entende por esse valor – a justiça, nesta perspectiva, é uma questão

aberta – não se pode compreender o sentido da norma e, portanto, verificar sua legitimidade.”.

Pois que impingir normas à sociedade - seja uma norma constituinte como núcleo de irradiação de normas mais específicas, como o quer o positivismo kelseniano, seja um complexo de normas oportunamente elaboradas para atender a necessidades pontuais, como o pratica o realismo jurídico - normas validadas por um ato de poder ou persuasão, pode levar a um sistema jurídico com a necessária obediência mínima dos governados e dos governantes para o funcionamento do Estado de Direito. Mas sem contar com o assentimento da população em sua maioria, tal estado de artificialismo traz consigo duas limitações, intimamente imbricadas entre si. Uma primeira reside no alto custo de transação com a afirmação da autoridade face o generalizado oportunismo de evasão legal, requerendo-se um aparato fiscal e gastos com o segmento advocatício, jurídico e fiscal que, em nosso caso, é considerável parcela do assim-denominado ‘custo Brasil’, não coberto pelo conseqüente minguado das receitas tributárias. Um círculo vicioso, solapando a autoridade dos poderes estabelecidos frente à Nação e a soberania frente países que não padecem do mal da ilegitimidade. Especificamente, basta citar o inchaço da estrutura pessoal do órgão federal executor da política florestal, o seu de balde esforço por mais recursos para o monitoramento da maior floresta tropical do planeta, a gritante desobediência às normas de manejo por parte do setor privado, a cáotica depredação de nosso maior recurso natural renovável.

Uma segunda conseqüência, menos palpável, menos jornalística, consiste no desperdício da criatividade de grande parcela de nossa gente, não a canalizando para o bem comum e maior - a construção sinérgica de uma sociedade que propicie o desenvolvimento dos cidadãos – mas dispersando os esforços de cada qual em sua busca frenética de salvaguardar seus

interesses menores, com prejuízo para todos. Como exemplo, tome-se mais uma vez a floresta tropical, cuja biodiversidade estamos sendo incapazes de pesquisar e colocar a nosso uso. Nem ao menos desenvolvemos uma técnica, nem nas universidades, nem nos órgãos executores de uma pretensa política florestal, muito menos nas empresas de exploração florestal, que possibilite uma produção madeireira sem a degradação das florestas nativas. Ou baixam-se normas simplesmente proibindo a extração de madeira, maneira juridicamente fácil de se contornar a confissão de inexistência de uma política florestal, ou estabelece-se normas nascidas em ambientes virtuais, economicamente inexecutáveis por parte do setor madeireiro. Vive-se em duas realidades distintas que não se tocam: da alienada legislação florestal e da triste realidade que destruiu ontem a Mata Atlântica e que destrói hoje a Floresta Amazônica.

Não foi capaz, ainda, o Brasil, de desencadear um processo político de busca de conciliação entre os intentos ecológicos e os econômicos da sociedade, desta maneira deixando de trilhar o estéril caminho da promulgação de normas jurídicas consideradas ilegítimas pela maioria dos governados. A democracia representativa mostrou-se incompetente para tanto. Da mesma forma, uma constituinte negociada por políticos e não elaborada por representantes especialmente eleitos para tal fim, como a de 1.988, resultou em minguado conteúdo político propriamente dito, resumido à parca proposição normativa da Constituição,

“Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto; com valor igual para todos (...)”

e à esquelética aridez do Capítulo V, “Dos Partidos Políticos”, que nada propõe com relação a um processo de negociação e conscientização do que, afinal, almejamos, como cidadãos e como Nação, e para o que a organização partidária seria um vetor do desenvolvimento político e não somente de busca do poder.

## 6. Conclusões

Normas, ou proposições normativas, são produtos de duas categorias de proposições logicamente anteriores, as proposições intencionais (expressando desejos individuais ou intentos sociais) e as proposições fatuais (tidas como verdades científicas

ou de especialistas). Normas jurídicas, por esta razão, somente podem ser validadas por ato de poder, dependendo sua legitimação do assentimento da sociedade quanto às proposições intencionais que lhes subjazem. Tal assentimento, em uma sociedade

culturalmente diversificada como a brasileira, somente pode ser conquistado por um processo político que traz à luz as convergências e trabalha dialeticamente as diferenças entre os indivíduos e grupos sociais, na busca incessante de intentos mais gerais, capazes de conciliar os interesses e com isto melhor arregimentar os esforços dos muitos, até agora largamente desperdiçados. Tal como se organiza a bem sucedida empresa moderna, em torno de seus intentos estratégicos.

O positivismo jurídico, feito o kelseniano, que em seu espírito tanto se coaduna com a idéia de direito subjacente à legislação ambiental brasileira, especialmente à florestal, por não conseguir elevar-se das normas aos intentos e desconsiderar a relação daquelas com o fatural, não consegue evitar nossa histórica dissociação do 'ser' e do 'dever ser'. O realismo jurídico, para quem a eficiência legitima a norma, não obstante nutrir-se da proximidade com o fatural, pressupõe uma unicidade do intencional<sup>6</sup> e, caso esta não for dada, não instrumenta o processo

de assentimento e autêntica legitimação dos cidadãos.

Há, pois, que se vencer a incompletude do positivismo e do realismo jurídico, para que possamos aplacar essa nossa característica esquizofrenia, que nos divide a todos em um 'dever ser' distanciado do 'ser', que torna cada qual de nós um oportunista face o validado mas não por nós legitimado. IBAMA e FUNAI, Ministério Público e Legislativo, nada mais que espelham este desacerto nosso ao longo de um caminho histórico em busca da legitimidade e autenticidade do nosso Direito. Do qual a limitação do positivismo jurídico, que permeia toda nossa cultura, precisa ser removida, possibilitando adentrarmos em um mundo em que a excludência entre 'ser' e 'dever ser' não mais seja tão desgastante de nossas energias, em que aprendamos a cultivar um processo de sinergia aproximando o 'desejaria que fosse' de cada qual com os ideais do que todos nós gostaríamos que fôssemos.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 De *exsertum*, 'tirado para fora', cfe. Ernesto Faria, Dicionário Latino Português, Fename, 1982, p. 212.

2 Tradução do autor dos textos referenciados em língua estrangeira.

3 Dispõe o autor, para ser oferecido à publicação brevemente, de sistema especialista com base de conhecimento contendo proposições normativas para o manejo preservacionista da floresta tropical, partindo de proposições fatuais colhidas da bibliografia e de especialista em manejo.

4 O campo de estudos de proposições normativas (ou deonticas) e intencionais é a lógica modal, em intenso estado de ebulição conceitual e teórica. De acordo com o Dicionário de Filosofia editado por Mautner (1995, p. 270), a lógica modal é "um ramo da lógica que estuda relações entre proposições, relações estas decorrentes de as proposições conterem termos modais (aléticos), tipicamente termos tais como 'necessariamente', 'possivelmente' e 'contingentemente'. Às vezes, o termo 'lógica modal' é usado mais amplamente, para cobrir, adicionalmente, o estudo de proposições contendo termos epistêmicos como 'conhecido' ou 'crido', ou termos deonticos feito 'obrigatório' ou 'permissível'. Por vezes, o termo 'lógica intensional' é usado neste sentido mais amplo."

5 Exemplos retirados de trabalho não publicado do autor sob forma de artigo escrito para a disciplina "Introdução à MCDA – Metodologia Multicritério de Apoio a Decisão (*Multi-Criteria Decision Aiding*)", do Curso de Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), intitulado *Aprimoramento de Processo Decisório em uma Empresa Florestal: Uma Abordagem Axiomática*. 1998.

Importante embasamento metodológico da MCDA se encontra em Roy (1985).

6 Neste sentido pode ser interpretada a frase citada por Faria (1978, p. 61),

"Afinal, como disse (...) Hanna Arendt [1970], referindo-se aos Estados Unidos, o povo norte-americano é um conjunto de grupos altamente heterogêneos, e seu ponto comum, o único princípio de ligação entre todos, é a sua constituição."

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORIM, Antonio Carlos. Corrupção é Fraude. *In Verbis*, Instituto de Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, nº 3, ano 1, ago./set. 1996.
- ARENDDT, Hanna. *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva. 1970.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Aspectos da Teoria de Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, v. 27, nº 21, mai. 1979
- BOHN, Noemia. *A Legislação Ambiental e sua Implementação frente a Degradação da Cobertura Florestal no Vale do Itajaí*. (Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Humanas - Especialidade Direito). Florianópolis: UFSC (PDPC 0015). 1990.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. São Paulo: Editora Perspectiva. 1978
- FIGUEIRA, Manoel Augusto Sales. A eticidade no ofício de julgar. *In Verbis*, Instituto de Magistrados do Brasil, Rio de Janeiro, nº 12, ano 2, jun./jul. 1998.
- GADAMER, Hans-Georg. 1990. *Hermeneutik I. Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik* [Hermenêutica I. Verdade e Método. Fundamentos de uma Filosofia Hermenêutica]. Tübingen: J. C. B. Mohr. 1990.
- HAESAERT, J. *Théorie Générale du Droit* [Teoria Geral do Direito]. Établissements Émile Bruylant. 1948.
- HERING, Klaus. G. 1993. Natural forest management in the Atlantic coastal rain forest of Brazil [Manejo natural da Floresta Atlântica de Encosta no Brasil]. *Plant Research and Development*, Tübingen (Alemanha), v. 40, p. 1-7. 1994. Traduzido por D. e I. JORDAN, Ottawa (Naturmahe Waldwirtschaft im atlantischen Küstenregenwald Brasiliens). In: *Forstarchiv*, Göttingen (Alemanha), ano 64, cad. 6, p. 284-290, nov./dez. 1993.
- HERING, Klaus G. *Diversidade e Manejo da Floresta Atlântica*. Florianópolis: Editora Paralelo 27. 1994. 88 p. ISBN 85-85433-39-06.
- MAUTNER, Thomas. (ed.) *A Dictionary of Philosophy* [Um Dicionário de Filosofia]. Oxford: Blackwell. 1995.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Reflexões sobre o poder e o direito*. Florianópolis: Editora e Distribuidora Estudantil. 1986
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 9a. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva. 1953.
- REALE, Miguel. *Conferências e debates de um seminário realizado de 9 a 12 de junho de 1981*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- ROULIER, Paul. *Théorie Générale du Droit*. [Teoria Geral do Direito]. Paris: Recueil Sirey, 2 ed.. 1951.
- ROY, Bernard. *Méthodologie Multicritère d'Aide à la Décision*. Collection Gestion. Série: Production et techniques quantitatives appliquées à la gestion. Paris: Economica. 1985.
- SOUZA, Waschington P. A. Direito econômico e legislação florestal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, série cursos, v. 1, n. 1, p. 19-59, 1979.
- WERNECK, Hugo E. F. A conservação da natureza e a legislação federal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, série cursos, v. 1, n. 1, p. 83-94, 1979.
- WRIGHT, G. H. von. Deontic Logic. In *Contemporary Readings in Logical Theory*. NY: Macmillan. 1957.