



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD  
PROGRAMA DE MESTRADO**

---

**RODRIGO MIOTO DOS SANTOS**

**MÉTODO, RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE  
DE FRIEDRICH MÜLLER**

---

**FLORIANÓPOLIS, JULHO DE 2006**

RODRIGO MIOTO DOS SANTOS

**MÉTODO, RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE  
DE FRIEDRICH MÜLLER**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Cecilia Caballero Lois.

FLORIANÓPOLIS, JULHO DE 2006.

RODRIGO MIOTO DOS SANTOS

**MÉTODO, RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL:  
UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pelo Programa de Mestrado do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina pela Banca Examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Professora Doutora Cecilia Caballero Lois  
(Orientadora e Presidente)

---

Professor Doutor Sílvio Dobrowolski

---

Professor Doutor Adrian Sgarbi

---

Professor Doutor Argemiro Cardoso M. Martins

Florianópolis, 18 de agosto de 2006.

*Aos meus pais, Jorge e Vanda,  
pois a eles devo  
muito do meu  
interesse pelo  
mundo das letras.  
Aos dois que são meu  
maior orgulho,  
dedico este singelo mas  
esperançoso texto.*

## AGRADECIMENTOS

Certamente eu seria injusto se apresentasse nomes, pois correria o sério risco de cometer graves omissões.

Contudo, mas injusto ainda seria se omitisse duas pessoas que, se não foram as únicas, tiveram um papel fundamental não apenas neste texto, mas o que é mais importante, durante todo o meu mestrado.

Primeiramente à minha amiga, orientadora e mestre Cecilia Caballero Lois.

A passagem pelo Mestrado seria algo indiscutivelmente menos proveitoso, e menos desafiador sem a sua presença.

Impossível, por derradeiro, não agradecer à minha Carol.

Seu apoio, sua presença e seu carinho são elementos integrantes deste texto e do próprio mestrado.

Sua amizade, sua delicadeza e seu companheirismo foram indiscutivelmente a tríade que me permitiram escrever tais agradecimentos. Muito obrigado Carol...

*A democracia e o Estado de Direito legitimam desde os seus inícios a dominação da ordem social burguesa; constituições como a brasileira de 1988 ou a Lei Fundamental alemã mencionaram expressamente a legitimação pelo povo. É de importância decisiva saber em que campos e em que grau essas pretensões são cumpridas ou descumpridas no funcionamento cotidiano do ordenamento jurídico. Disso faz parte não apenas a atuação dos políticos, mas também o trabalho prático da docência, da pesquisa e sobretudo da decisão dos juristas, pois o seu fazer é operacionalizado nos termos do Estado de Direito somente em caso de procedimento racionalmente controlável dos titulares das funções jurídicas no Executivo e no Judiciário, bem como no trabalho prévio para o Legislativo. E só então existe a oportunidade de que ao menos uma parte relevante da vida social seja determinada pela democracia, à medida que ela ainda possa ser genericamente controlada pelo direito.*

**(Friedrich Müller, in Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia)**

## RESUMO

Partindo da metódica estruturante (*Juristische Methodik*) de Friedrich Müller, o objetivo deste trabalho é verificar se (e em que medida) tal proposta teórica pode contribuir no contexto do debate – central na teoria e filosofia do direito – acerca da racionalidade e legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Com este fim, apresenta, especialmente a partir de uma interlocução com a *teoria pura do direito* de Hans Kelsen, a reconfiguração que Friedrich Müller opera no que concerne ao debate sobre a relação entre norma e realidade, passando o foco para um problema de teoria (estruturada) da norma. Analisa a noção de ciência jurídica como ciência decisória referida ao trabalho metódico cotidiano dos juristas. Caracteriza epistemologicamente, em suas linhas gerais, a metódica estruturante, situando-a no contexto maior da teoria estruturante do direito (*Strukturierende Rechtslehre*), apresentando suas tarefas, seu tema e suas funções, bem como seu contexto indutivo de surgimento e desenvolvimento. Analisa a teoria da norma de Friedrich Müller a partir de sua decomposição nos elementos normativos de concretização, estabelecendo as relações entre eles mantidas, assim como o papel de cada qual na tarefa de construção da norma. Apresenta a estrutura textual do Estado democrático e social de direito como via de acesso à legitimidade e à racionalidade das decisões judiciais. Introduce a reformulação do conceito de “poder constituinte do povo” levada a cabo pela *teoria estruturante do direito*, fornecendo, assim, a partir de Friedrich Müller, um critério material de aferição da legitimidade do agir do Poder Judiciário. Expõe, com vistas à caracterização de uma teoria da decisão que permita o controle e a discussão da decisão judicial, a hierarquização dos elementos de concretização normativa, apontando, ao final, algumas das contribuições que pode a metódica estruturante fornecer ao jurista para que este alcance um trabalho racionalmente defensável e, por via de consequência, democraticamente legitimado.

**Palavras-chave:** Friedrich Müller; metódica estruturante; processo de concretização; elementos de concretização; hierarquização dos elementos de concretização; poder constituinte do povo; legitimidade; racionalidade; decisão judicial.

## RESUMEN

Desde la metódica estructurante (*Juristische Methodik*) de Friedrich Müller, el objetivo de este trabajo es verificar se (y en que medida) tal propuesta teórica puede contribuir en el contexto del debate – central en la teoría y filosofía del derecho – acerca de la racionalidad y legitimidad de la actuación del Poder Judicial. Con esta finalidad, presenta, especialmente a partir de una interlocución con la *teoría pura del derecho* de Hans Kelsen, la reconfiguración que Friedrich Müller opera en el que concierne al debate sobre la relación entre norma y realidad, pasando el foco para un problema de teoría de la norma. Analiza la noción de ciencia jurídica como ciencia decisoria referida al trabajo metódico cotidiano de los juristas. Caracteriza epistemológicamente, en sus líneas generales, la *metódica estructurante*, situando ella en el proyecto teórico de Müller, presentando sus tareas, su tema y sus funciones, bien como su contexto inductivo de surgimiento y desenvolvimiento. Analiza la teoría de la norma de Friedrich Müller a partir de suya descomposición en los elementos normativos de concretización, estableciendo las relaciones entre ellos mantenidas, de esta manera como el papel de cada cual en la tarea de construcción de la norma. Presenta la estructura textual del Estado democrático y social de derecho como vía de acceso a la legitimidad y a la racionalidad de las decisiones judiciales. Introduce a la reformulación del concepto de “poder constituyente del pueblo” levada a cabo por la *teoría estructurante del derecho*, forneciendo, de esta manera, a partir de Müller, un criterio material de aferición de la legitimidad. Expone, con vistas a la caracterización de una teoría de la decisión en Müller, la jerarquización de los elementos de concretización normativa, apuntando, al final, algunas de las contribuciones que puede la *metódica estructurante* fornecer al jurista para que este alcance un trabajo racionalmente justificable, y por vía de consecuencia, democráticamente legitimado.

**Palabras-clave:** Friedrich Müller; metódica estructurante; proceso de concretización; elementos de concretización; jerarquización de los elementos de concretización; poder constituyente del pueblo; legitimidad; racionalidad; decisión judicial.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>17</b>
<b>A CIÊNCIA JURÍDICA COMO CIÊNCIA DECISÓRIA REFERIDA A NORMAS:.....</b>	<b>17</b>
<b>Sobre a relação entre norma e realidade na <i>teoria estruturante do direito</i> .....</b>	<b>17</b>
<b>Introdução.....</b>	<b>17</b>
<b>1.1 O modelo de separação entre <i>ser</i> e <i>dever-ser</i> do neopositivismo kelseniano .....</b>	<b>21</b>
1.1.1 A pureza metodológica .....	21
1.1.2 A teoria da norma de Hans Kelsen.....	26
1.1.3 O modelo interpretativo proposto por Hans Kelsen.....	28
<b>1.2 Epistemologia como <i>práxis</i>: a normatividade como conjunção de texto e realidade ...</b>	<b>31</b>
1.2.1 As críticas da teoria estruturante ao neopositivismo de Kelsen.....	31
1.2.2 A superação das dicotomias <i>norma e realidade, ser e dever-ser</i> por meio da <i>estrutura da norma</i> e sua <i>normatividade</i> .....	35
1.2.3 A ciência jurídica como ciência decisória referida a normas.....	36
<b>1.3 A caracterização epistemológica da <i>Metódica Estruturante</i> de Friedrich Müller.....</b>	<b>40</b>
1.3.1 A <i>metódica estruturante</i> como <i>práxis</i> metódica: tarefa, tema e funções .....	40
1.3.2 A <i>metódica estruturante</i> como <i>lógica material</i> .....	41
1.3.3 As conexões entre a <i>metódica estruturante</i> e o direito constitucional .....	44
<b>1.4 Uma teoria indutiva: a prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC).....</b>	<b>46</b>
1.4.1 A metódica do Tribunal Federal Constitucional.....	48
1.4.2 A superação da teoria tradicional a partir da inserção dos elementos factuais ....	51
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>54</b>
<b>A TEORIA DA NORMA DE FRIEDRICH MÜLLER: .....</b>	<b>54</b>
<b>Os elementos do trabalho metódico de construção da norma jurídica .....</b>	<b>54</b>
<b>Introdução.....</b>	<b>54</b>
<b>2.1 A estrutura do processo de concretização normativa: a teoria da norma de Friedrich Müller .....</b>	<b>55</b>
2.1.1 A norma jurídica como <i>ordem materialmente determinada</i> .....	55
2.1.2 O <i>texto normativo</i> e o <i>caso concreto</i> : o desencadeamento e a limitação do processo .....	58
2.1.3 Programa normativo, âmbito normativo, norma jurídica e norma de decisão: a norma jurídica concretizada .....	65

2.2 Os elementos de concretização da norma: primeiro passo para uma teoria da decisão em Friedrich Müller.....	69
2.2.1 Elementos metodológicos em sentido estrito: os elementos de <i>tratamento do texto da norma</i> .....	71
2.2.2 Elementos de concretização do âmbito normativo e do âmbito do caso .....	81
2.2.3. Elementos dogmáticos.....	82
2.2.4 Elementos da técnica de resolução de casos, de teoria e de política constitucional e jurídica .....	84
CAPÍTULO III .....	87
RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: .....	87
Limites e possibilidades a partir <i>metódica estruturante</i> de Friedrich Müller .....	87
Introdução.....	87
3.1 Direito, linguagem e violência: a estrutura textual do Estado Constitucional como via de acesso à legitimidade .....	88
3.2 Poder constituinte processual e material: o cerne da Constituição como critério de aferição da legitimidade da atuação estatal .....	92
3.2.1 O que se entende por “poder constituinte do povo”? .....	92
3.2.2 Qual “povo”? .....	96
3.2.3 O “povo” como instância global de aferição da legitimidade: o papel de uma <i>metódica</i> do trabalho na garantia da legitimidade .....	97
3.3 Hierarquização dos elementos de concretização e “máxima racionalidade”: as possibilidades da <i>metódica estruturante</i> diante das exigências democráticas de racionalidade e legitimidade.....	99
3.3.1 A hierarquização dos elementos de concretização e os critérios de solução de conflitos metodológicos .....	102
3.3.2 Racionalidade e legitimidade das decisões judiciais: quantos passos são possíveis dar a partir de Friedrich Müller?.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
REFERÊNCIAS .....	120

## INTRODUÇÃO

O atual momento da teoria e da filosofia do direito tem se deparado com diversas questões que lutam pelo *status* de questões-chave desses ramos da ciência. Dentre essas, podemos apresentar duas que, se não primazes, gozam de importância significativamente crescente nos debates que envolvem o Estado democrático de direito, razão pela qual constituem parte do – ou o próprio – objeto de pesquisa de diversos autores de expressão<sup>1</sup>. Referimo-nos aos problemas referentes à *legitimidade* da atuação do Poder Judiciário e à *racionalidade* das decisões por ele proferidas.

Por um lado, diversas alterações na configuração político-jurídica do Estado constitucional conferiram ao Judiciário um protagonismo que ele nunca antes havia conhecido. O fenômeno da *constitucionalização* que caracterizou a Europa Ocidental pós Segunda Guerra e a Europa Oriental pós queda do Muro de Berlim, de um lado do Atlântico, e a América Latina com o fim dos períodos de ditadura, do outro, com a fixação de Cortes Constitucionais e o desenvolvimento de uma correlata jurisdição, acarretou um expressivo aumento da função judiciária – em especial no âmbito do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos – desencadeando, dessa forma, acirrados e infundáveis debates acerca do papel, dos limites e da legitimidade dessa atuação.

Dentre as discussões referentes a tais questões, têm adquirido destaque as concernentes ao que se convencionou denominar “judicialização da política”, ou seja, a “intromissão” do Poder Judiciário na esfera que seria – conforme a clássica teoria da divisão dos poderes – de atribuição das funções executiva e legislativa. No caso brasileiro, a discussão acirra-se principalmente com a intervenção do Judiciário e do Ministério Público com vistas à efetivação de direitos sociais. Decisões proferidas, em especial, em ações civis públicas e mandados de segurança que impõem aos demais poderes, sobretudo ao Executivo, obrigações de fazer, têm recebido críticas daqueles que defendem a comunicação racional levada a cabo na esfera pública (cf. VIANNA, 2002). Sentenças que determinam o fornecimento de medicamentos não constantes da lista do Sistema Único de Saúde (SUS); a realização – às custas do Poder Público – de procedimentos cirúrgicos de alto custo (até mesmo no exterior), a aplicação prioritária de verbas em um determinado setor, contrariamente aos planos iniciais do Executivo, e até mesmo, para trabalharmos com

---

<sup>1</sup> Como Robert Alexy, Ronald Dworkin, Klaus Günther, Peter Häberle, Jürgen Habermas, dentre outros.

exemplos mais recentes, aquelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e que, de um modo, ou de outro, acabam impondo obrigações ou abstenções ao Poder Legislativo, sobretudo em sede de investigação parlamentar, são – todas elas –, segundo parte da crítica, manifestações pontuais do fenômeno da “judicialização da política”.

O cerne do questionamento acaba dirigindo-se à constatação de que juízes e tribunais não possuem legitimação democrática direta; não são, regra geral, eleitos por meio do voto direto, como ocorre com os que são responsáveis pela direção do Executivo e do Legislativo, o que os impediria de atuar no “âmbito do político”, usurpando competências dos demais poderes estatais. A preocupação, nesse contexto, refere-se a um eventual “governo dos juízes” que restaria, portanto, assentado em outra base que não o princípio democrático.

Por outro lado, surge a questão, tão importante quanto a primeira, e ao mesmo tempo a ela fortemente vinculada, acerca da *racionalidade* das decisões proferidas por esses mesmos juízes e tribunais. Quais mecanismos, quais instrumentos, quais recursos metodológicos podem (se é que podem) garantir à decisão judicial a qualidade de racional, ou de racionalmente fundamentada? Eis uma questão que tem perturbado a teoria do direito desde, pelo menos, a segunda metade do século XIX.

E é a partir dessas (e de outras) indagações que têm se formado, com frequência cada vez mais acentuada no contexto da filosofia e teoria do direito, “teorias da argumentação jurídica” consistentes em propostas metodológicas tendentes a racionalizar o processo de aplicação do direito, garantindo, assim, a possibilidade de uma fundamentação racional das decisões e permitindo, por via de conseqüência, a discussão e o controle de tais atos<sup>2</sup>.

Esses dois pontos nevrálgicos da ciência jurídica – *legitimidade* e *racionalidade* –, em que pese poderem ser separados, e assim analisados, guardam íntimos pontos de conexão, sendo o principal o argüido por aqueles que concebem como *legítima* toda decisão judicial que possa rogar para si própria a qualidade de *racionalmente fundamentada*. Ou seja, operar-se-ia, aqui, uma *legitimidade* por via da *racionalidade*, sendo este último atributo o elemento que possibilitaria alcançar aquele.

É, portanto, no contexto dessas duas questões que se inserem as indagações da presente dissertação. Com efeito, o objetivo maior deste trabalho é verificar se (e em que medida) a *metódica estruturante* de Friedrich Müller, a partir de todas as reformulações que ela opera em termos de teoria do direito e da interpretação (especialmente a partir da estruturação do processo de concretização), consegue responder às exigências de

---

<sup>2</sup> Para um panorama de algumas das principais propostas argumentativas surgidas no contexto da segunda metade do século passado, cf. ATIENZA (2002).

racionalidade postas pelo Estado democrático e social de direito; e, se caso fosse atingido tal desiderato alcançaríamos conjuntamente a legitimidade, não só das decisões, mas da própria atuação do Poder Judiciário. Vale dizer: em que medida a proposta metódica de Friedrich Müller contribui para a consecução de graus razoáveis de aceitabilidade e racionalidade nas decisões judiciais, bem como em que medida o alcance desses atributos faz com que as decisões passem a ser legítimas do ponto de vista democrático?

O marco teórico do trabalho, assim, é a *metódica estruturante* de Friedrich Müller, teórico do direito nascido em 1938, na Alemanha, e que iniciou a construção de sua teoria em 1966, com a publicação de *Estrutura da Norma e Normatividade (Normstruktur und Normativität)*, obra essa que leva o sugestivo subtítulo de “Sobre a relação entre direito e realidade na hermenêutica jurídica a partir de indagações da interpretação constitucional” (*Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt na Frage der Verfassungsinterpretation*). Desde então, o autor tem publicado uma série de obras que, no conjunto, constituem a denominada *teoria estruturante do direito (Strukturierende Rechtslehre)*, caracterizada como um projeto destinado a reformular e conciliar uma *teoria* (da norma) *jurídica*, uma *metódica*, uma *dogmática jurídica* e uma *teoria constitucional*. Dentre as principais obras da arquitetura estruturante figuram: a já mencionada *Estrutura da Norma e Normatividade* (1966); *Metódica Jurídica* (1971), atualmente na 9ª edição (2004); *Teoria Estruturante do Direito* (1984), com uma segunda edição de 1994; e *A Positividade dos Direitos Fundamentais* (1969), 2. ed. 1990. Há que se ressaltar, ainda, a coleção intitulada *Elementos de uma Teoria Constitucional*, já com VIII volumes<sup>3</sup>.

Em que pese o projeto teórico consistir, como um todo, numa análise sempre conjunta entre *teoria (da norma) jurídica*, *metódica*, *dogmática* e *teoria constitucional*, cada um desses flancos de trabalho apresentam-se como autônomos, nada impedindo, portanto, uma análise que privilegie um (ou alguns) em detrimento de outro(s), como é o caso do presente trabalho, onde o foco é a *teoria da norma* e sua correlata *metódica jurídica*, em especial em decorrência do fato de que, dentre os quatro âmbitos de trabalho, é a *teoria da norma* o eixo pelo qual pode o intérprete percorrer toda a teoria, e mais: o eixo por onde pode compreendê-la.

Essa opção metodológica decorre da importância que esses dois âmbitos de trabalho adquirem dentro da obra de Friedrich Müller, bem como de sua instrumentalidade (o auxílio

---

<sup>3</sup> São eles, com os títulos traduzidos: *Direito, Linguagem e Violência* (1975), *Metódica jurídica e sistema político* (1976), *A unidade da constituição* (1979), *Direito judicial* (1986) *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo* (1995), *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia* (1997), *A democracia na defensiva. Desgaste funcional – Exclusão social – Globalização* (2001) e *Democracia entre direito de Estado e direito mundial. Formas nacionais, não-estatais e globais da democratização apoiada nos direitos humanos* (2002).

que fornecem) para o enfrentamento do problema da racionalidade e legitimidade das decisões judiciais.

Cabe ressaltar que para conseguir estabelecer a (ou iniciar o estabelecimento da) *teoria estruturante do direito*, Friedrich Müller parte de uma reformulação deveras importante. Ao mesmo tempo em que pretende construir uma nova epistemologia jurídica, precisa o autor reformular o que entende ser o objeto desta ciência: a teoria da norma jurídica. Desse modo, apesar de todo o desenvolvimento que o projeto tem assumido ao longo de quatro décadas de produção científica, focar um trabalho sobre a teoria de Friedrich Müller a partir de sua *teoria da norma* consiste em algo, para além de possível, altamente recomendável em termos de compreensão do projeto. E isso porque, como veremos no curso deste texto, a teoria da norma de Friedrich Müller exerce três funções centrais no conjunto de sua obra: (a) é o *locus* privilegiado onde são conciliadas *norma* e *realidade*; (b) confunde-se com o *processo de concretização normativa*, sendo até mesmo seu sinônimo; e (c) é a própria teoria da aplicação do direito que o autor desenvolve.

Esclarecidos esses pontos prévios e fundamentais, apresentaremos a estrutura da presente dissertação, permitindo ao leitor uma visão conjunta do texto e da estrutura lógico-argumentativa que ele percorre. Assim, para a consecução dos fins aqui propostos, dividiu-se o trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo será apresentada ao leitor uma condição de compreensibilidade da teoria de Friedrich Müller. Com efeito, qualquer abordagem da teoria do autor alemão que desconsidere a já mencionada reformulação epistemológica (a partir de uma nova teoria da norma) apresentar-se-á como incompleta. Eis a razão pela qual, nesse capítulo, elegeu-se a *reconfiguração da relação entre norma e realidade* na teoria do direito como referencial metódico palpável de análise desse giro epistemológico. Para isso, utilizamo-nos de um ponto de apoio fundamental: o neopositivismo kelseniano. Interessa-nos em Kelsen o modo como o autor compreendia a relação, tão importante como carente de resposta plausível no âmbito da filosofia do direito ou do Estado, diz-nos Müller, entre *norma* e *realidade*, entre *ser* e *dever-ser*. Eis o ponto de partida para que possamos apresentar tanto as críticas desferidas pela *teoria estruturante do direito* contra tal abordagem, quanto a própria proposta de Müller, que reformulará o problema em termos de teoria da norma e analisará o Direito a partir da concepção da epistemologia como *práxis*.

Essa concepção exposta pelo autor (da epistemologia jurídica como *práxis*) exigirá o desenvolvimento de uma metódica das funções jurídicas, vale dizer, uma metódica daqueles que trabalham cotidianamente no processo de construção de normas jurídicas. Desse modo,

ainda no primeiro capítulo, estabeleceremos o que denominamos de “caracterização epistemológica da metódica estruturante de Müller”, já aqui fornecendo algumas pistas sobre a resposta que será dada a um dos problemas que o trabalho pretende abordar. Um último aspecto que ainda será mencionado refere-se ao contexto de surgimento da proposta teórica de Müller, ou seja, a relação entre o surgimento e consolidação da teoria e a prática judicial do Tribunal Federal Constitucional alemão, que consiste em mais um elemento de compreensão acerca da concepção da epistemologia como *práxis* e da ciência jurídica como ciência decisória referida a normas.

O segundo capítulo do trabalho, por sua vez, tem como responsabilidade, apresentar a caracterização, estruturação e procedimentalização do processo de concretização normativa, cerne da teoria da aplicação do direito de Friedrich Müller.

A *metódica estruturante* partirá de uma nova concepção da norma jurídica (como ordem materialmente determinada), apoiada numa nova forma de conceber a relação entre norma e realidade, exposta no primeiro capítulo. E é justamente nesse ponto que surge uma das principais inovações trazidas por Müller no que se refere à teoria da norma: a inserção de uma parcela de realidade como componente da própria estrutura normativa.

A meta, portanto, deste segundo momento do trabalho consiste em apresentar, a partir de uma discussão de seus principais pontos, a estrutura geral do processo de concretização juntamente com a conceituação dos principais componentes da norma jurídica, ou seja, apresentar-se-á ponto a ponto o procedimento de construção da norma jurídica diante do caso concreto a solucionar. Daí ser indispensável uma exposição detalhada, já numa primeira tentativa de caracterizar uma teoria da decisão em Müller, de cada um dos por ele denominados elementos de concretização, estabelecendo a função e relevância de cada um deles dentro do processo de concretização.

Por fim, no terceiro capítulo, serão discutidos os problemas da *racionalidade* e da *legitimidade* das decisões judiciais a partir, tanto de tudo o que foi exposto nos capítulos precedentes, quanto da apresentação de novos recursos argumentativos: a estrutura textual do Estado democrático de direito, a reconfiguração da idéia de um “poder constituinte do povo” e, como segundo e fundamental momento de uma teoria da decisão em Müller, a resposta da *metódica estruturante* ao problema da hierarquização dos elementos que no conjunto trabalham no processo de construção da norma jurídica.

Este derradeiro momento indagará sobre os limites e as possibilidades das teses fundamentais de Friedrich Müller na tentativa de responder às questões inicialmente formuladas como a preocupação sobre a qual se pauta este texto.

Partindo, pois, do que Friedrich Müller compreende ser a estrutura textual do Estado de direito, veremos como o autor alemão utiliza os conceitos básicos de sua construção teórica para defender uma legitimidade pautada na legalidade: tanto a legitimidade do poder estatal como um todo quanto a específica legitimidade da atuação do Poder Judiciário. Para uma fundamentação realmente democrática dessa reconfiguração será preciso uma nova concepção acerca do clássico “poder constituinte do povo”, qual seja, a do “povo como instância de aferição de legitimidade”. É neste ponto que Friedrich Müller tentará assentar a legitimação da atuação do Poder Judiciário.

Operacionalizado tudo isso, e já que a legitimidade deriva da legalidade (no caso do Judiciário de um trabalho racionalmente defensável a partir de textos de normas), restará, ainda, por enfrentar, a questão das possibilidades da teoria da norma (teoria da aplicação) de Friedrich Müller frente às exigências de racionalidade impostas pelo Estado democrático de direito. Exporemos, então, como parte final da teoria da decisão da *teoria estruturante do direito* a questão da hierarquização dos elementos de construção da norma em paralelo com a idéia da racionalidade do direito como “máxima racionalidade possível”.

Por fim, em tom não conclusivo, mas problematizante, apresentaremos quais as contribuições que pode oferecer o projeto teórico de Friedrich Müller no trato de alguns pontos do debate referente à legitimidade e à racionalidade das decisões judiciais.

Antes de adentrarmos no texto, algumas observações necessitam ser feitas. Primeiramente cabe ressaltar a diferença entre *uma* metódica estruturante de caráter geral e as *diversas* metodologias referentes a cada âmbito (ramo) específico do direito. Vários aspectos que serão levantados no curso deste trabalho, tais como, (a) a diferença entre *texto de norma* e *norma jurídica*; (b) o modelo-quadro do processo de concretização normativa; (c) os princípios gerais de hierarquização tendentes a solucionar conflitos metodológicos entre elementos de concretização; (d) a concepção da ciência jurídica como ciência decisória referida a normas; (e) os princípios gerais referentes às exigências metódicas postas pelo Estado democrático e social de direito, dentre outras, aplicam-se indistintamente às diversas metodologias particulares que compõem o universo de trabalho dos juristas (a metodologia do direito penal, a do direito processual, a do direito administrativo, a do direito civil, e assim sucessivamente). Contudo, como cada ramo do direito contém particularidades que o diferencia, em maior ou menor grau, dos demais, surgirão no seio de cada um deles, aspectos metodológicos singulares, tão-somente àquele âmbito aplicáveis. Um exemplo pontual são os denominados “princípios de interpretação da constituição”, evidentemente restritos ao direito constitucional.



Dito isso, cumpre fixar que as questões expostas neste trabalho privilegiarão, em algumas passagens, aspectos restritos de uma metodologia do direito constitucional. E isso dar-se-á por duas principais razões, que mesmo simples, cumpre esclarecer. Primeiramente, tendo em vista que os problemas referentes à racionalidade e legitimidade da atuação judicial intensificam-se quando inseridos no âmbito constitucional<sup>4</sup>; e, em segundo lugar, por ter sido o trabalho a partir da Constituição o ponto de partida para a construção da teoria de Friedrich Müller. Essa opção – é importante frisar – em nada impede, ao contrário recomenda, a expansão de boa parte das análises aqui desenvolvidas para outras áreas da *práxis* jurídica.

---

<sup>4</sup> E isso em razão do próprio objeto de regulamentação do direito constitucional, que se por um lado o aproxima sobremaneira do plano político, por outro exige que as normas constitucionais apresentem-se, em regra, dotadas de uma *textura aberta*, tornando maior sua “interação com a realidade”, bem como tornando mais árduo o trabalho de concretização.

## CAPÍTULO I

### A CIÊNCIA JURÍDICA COMO CIÊNCIA DECISÓRIA REFERIDA A NORMAS:

#### Sobre a relação entre norma e realidade na *teoria estruturante do direito*

#### Introdução

O projeto teórico que Friedrich Müller iniciou em 1966<sup>5</sup> é por ele próprio denominado de *Teoria Estruturante do Direito*. Essa teoria, explica-nos o próprio autor no prefácio à edição francesa de sua *Metódica Jurídica*, “compreende uma dogmática e uma metódica jurídica, uma teoria do direito e uma teoria da Constituição” (MÜLLER, 1996, p. 25)<sup>6</sup>. Já em outro trabalho, que leva o sugestivo título de *Teoria Estruturante do Direito (Strukturierende Rechtslehre)*, Friedrich Müller esclarece, de forma mais minuciosa, tratar-se a teoria de “um conceito conjunto que compreende dogmática, metódica, teoria (da norma) jurídica e teoria da Constituição” que “os coloca [tais âmbitos materiais de trabalho] em relação uns com os outros”. E elucida, ainda, que esses “quatro domínios de trabalho designam os terrenos materiais de operação da teoria estruturante do direito” (MÜLLER, 1996, p. 05)<sup>7</sup>.

A *dogmática*, na qualidade de referencial conceitual de trabalho cotidiano do jurista; uma *teoria da norma* reformulada em termos estruturantes; uma *metódica* (uma teoria dos métodos de concretização normativa) do trabalho jurídico; e uma *teoria constitucional*, em boa medida, pensada e construída a partir dos demais âmbitos, compõem, em conjunto, a *Teoria Estruturante do Direito*, – uma proposta que convida a repensar questões fundamentais da teoria do direito a partir de uma concepção estruturante da norma jurídica. Eis, portanto, a configuração geral da proposta.

---

<sup>5</sup> Trata-se do ano em que é publicada, em Berlim, na Alemanha, a obra “*Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der Juristischen Hermeneutik, entwickelt na Fragen der Verfassungsinterpretation*” (Editora Duncker & Humblot), ou “Estrutura da Norma e Normatividade. Sobre a relação entre direito e realidade na hermenêutica jurídica a partir de indagações da interpretação constitucional”. Posteriormente, em 1971, surge a segunda grande obra do projeto, a “*Juristische Methodik*” (Berlim, Duncker & Humblot). E, por fim, temos ainda a publicação, em 1984, da primeira edição da “*Strukturierende Rechtslehre*” (Berlim, Duncker & Humblot). Além dessas três obras, que juntas compõem a essência da *Teoria Estruturante do Direito*, cumpre ainda mencionar “*Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktischen Grundrechtsdogmatik*”, Berlim, Duncker & Humblot, 2. ed., 1990, e as oito obras da série “Elementos de Teoria Constitucional”.

<sup>6</sup> Tradução livre.

<sup>7</sup> Tradução livre.

Esse projeto de construção e desenvolvimento do novo paradigma estruturante perpassa toda a obra de Friedrich Müller que, desde o início, opera com os elementos (âmbitos materiais de trabalho<sup>8</sup>) que permitem as reflexões acerca dessa nova forma de conceber o direito e sua prática. E dentro desse projeto, dois âmbitos adquirem especial relevância, a *teoria estruturada da norma jurídica* e sua correlata *metódica estruturante*.

Temos, pois, que, dentro de tal arquitetura estruturante, a *metódica* é um ramo de estudo inserido dentro desse conceito maior, a *teoria estruturante do direito*. Contudo, faz-se necessário ressaltar que as considerações de caráter metódico assumem especial destaque dentro do projeto teórico de Friedrich Müller, sobretudo em razão do fato de que é na análise metódica que a teoria da norma adquire sua primazia e seu destaque<sup>9</sup>. E, como demonstraremos ao longo deste trabalho, a *teoria estruturante do direito* pauta-se em uma *teoria (ela em si estruturante) da norma jurídica*. Daí nossa afirmação de que a *teoria da norma*, bem como sua correlata *metódica* (que fornece todo o arcabouço teórico e prático-instrumental de trabalho da norma jurídica) constituem o coração de todo seu projeto teórico<sup>10</sup>. O postulado metódico fundamental da *metódica estruturante* é a não-identidade entre o texto da norma e a norma jurídica, que assim se caracteriza apenas quando construída diante do caso concreto. Isso não significa, evidentemente, que os demais âmbitos de trabalho, como a dogmática e a teoria constitucional, não possuam relevância dentro do projeto teórico. Muito pelo contrário. Por um lado, a dogmática fornece importantes referenciais conceituais para o processo de concretização da norma, ao mesmo tempo em que conceitos seus são reformulados em razão dessa nova concepção (da norma); por outro, a teoria constitucional (disciplina formada por uma considerável quantidade de âmbitos materiais de estudo) consiste em um *locus* privilegiado de análise para o estudo dos elementos que compõem tanto a norma como seu processo de concretização; além do que, como ocorre com a dogmática, questões várias da teoria constitucional são reconfiguradas a partir da nova concepção da norma<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Quais sejam: teoria (da norma) jurídica, dogmática, metódica e teoria constitucional.

<sup>9</sup> Entendimento que também é partilhado por Olivier Jouanjan no prefácio que faz à edição francesa de *Juristische Methodik*, onde afirma que “a metódica ocupa certamente no âmbito da teoria estruturante do direito um lugar estratégico”, destacando ainda sua íntima relação com a teoria da norma jurídica. Acrescenta, inclusive, que a *metódica estruturante* “nasce da constatação da inadequação da representação tradicional da norma jurídica às exigências práticas que os princípios do Estado de direito e da democracia impõem ao trabalho com normas” (JOUANJAN, 1996, p. 06) (Tradução livre).

<sup>10</sup> Essa afirmação, aqui apenas lançada, encontra-se fundamentada pelo teor material deste capítulo e do seguinte; capítulos estes que buscam demonstrar como, e em que medida, a *teoria da norma* que Müller trabalha assume esse importante papel de *coração* de seu projeto teórico.

<sup>11</sup> Um exemplo dessa reconfiguração de temáticas afetas à teoria constitucional operada pela nova concepção da norma é a referente à teoria do poder constituinte. Para essa nova abordagem cf. Müller, 2004; 2003.

Contudo, em que pese todo esse diálogo que os “âmbitos materiais” da *Teoria estruturante do direito* desenvolvem, tal fato não retira da teoria (*estruturada / estruturante*) da norma o papel de destaque, de centralidade dentro da proposta teórica de Friedrich Müller, posto que, ou as questões trabalhadas pela teoria estão a ela (teoria da norma) intimamente vinculadas (como é o caso do processo de concretização), ou com ela se relacionam – em maior ou menor grau (como ocorre, por exemplo, com a compreensão do autor acerca do *poder constituinte*).

Se a norma jurídica adquire em sua nova versão, como afirmado, papel central na *teoria estruturante do direito*, a ponto de ser chamada de “coração” da teoria, conseqüentemente a *metódica jurídica*, tendo em vista que se apresenta como intimamente relacionada à construção da norma, também gozará de destaque. Caracterizá-la, portanto, é o objetivo final deste capítulo.

Contudo, antes, faz-se necessário delimitar a *teoria estruturante do direito* no que concerne ao plano epistemológico. E para tal, indispensável será a passagem pelo “diálogo” com a proposta kelseniana que Friedrich Müller constrói, e para quem, sua teoria, sob a ótica da teoria pura do direito, é decididamente impura. E mais, Müller defende que o trabalho começa onde Kelsen achava que terminava (vale dizer, na teoria da interpretação) (cf. MÜLLER, 1996, p. 7).

A *teoria estruturante do direito* não poderá furtar-se dessa referência a Hans Kelsen, tendo em vista sua busca pela construção de uma proposta que refuta três pontos centrais da teoria pura do direito: a pureza metódica, a teoria da norma e a teoria da interpretação. E é por meio desse eixo de crítica que Friedrich Müller construirá sua teoria: (a) ao estabelecer seu entendimento acerca da ciência jurídica, (b) reformulará a teoria da norma, apresentando, ao final, (c) uma teoria da decisão compatível com essa nova concepção acerca da norma jurídica<sup>12</sup>.

Essa tríplice reconfiguração operada, em boa medida, a partir de uma crítica ao neopositivismo kelseniano, relaciona-se intimamente com um debate que sempre, em maior ou menor intensidade, permeou a teoria do direito do século XX, em especial na vertente alemã: a relação entre *direito e realidade*, ou, para restringirmos-nos ao âmbito da teoria da

---

<sup>12</sup> Em verdade, como constataremos no segundo capítulo, e como adverte Robert Alexy (1993, p. 76), bem como o próprio Müller na metódica estruturante, teoria da norma e teoria da decisão (ou da aplicação) do direito são dois lados de uma mesma moeda. O processo de concretização normativa é tanto uma descrição da norma, como uma prescrição acerca do trabalho metódico de resolução de casos.

norma, a relação entre a norma jurídica e a realidade material que a circunda ou que dela afasta-se como se o comando legislativo não encontrasse ressonância no plano fático<sup>13</sup>.

Ocorre, porém, que muitas das análises sobre esse tema têm primado por uma abordagem dicotômica, tratando direito e realidade como dois entes distintos, como duas grandezas díspares e de âmbitos de incidência bem delimitados, cabendo à teoria do direito estudar as relações que entre eles se estabelecem<sup>14</sup> – evidentemente para aquelas concepções que entendem possível tal conexão.

Inserido que se encontra na tradição da teoria jurídica alemã, Friedrich Müller também construiu sua tentativa de resposta ao aparentemente insolúvel problema da relação entre norma e realidade. Contudo, o fez realizando um rompimento significativo com as concepções metodológicas anteriores que, regra geral, operavam com uma análise dual entre norma e realidade. A *teoria estruturante do direito*, ao contrário do que se sucede com outras abordagens, não trabalha com as categorias *norma* e *realidade* (ou mesmo, *direito* e *realidade*, ou ainda *ser* e *dever-ser*). Pelo menos não da forma como operava a tradição: vendo-as como grandezas postas em *locus* distintos. A proposta metodológica de Friedrich Müller convida-nos a uma análise conjugada entre *norma* e *realidade* dentro daquilo que ele próprio denomina de *processo de concretização normativa*<sup>15</sup>, concebendo, pois, o direito como “fenômeno ontologicamente dual” (LAMEGO, 1990, p. 95), ou seja: composto por

<sup>13</sup> Sobre a manutenção do debate nos dias atuais, bem como sobre seu reflexo na metodologia alemã, cf. SCHAPP, 1985, p. 32-38. A importância desse debate pode ser facilmente constatada a partir da menção a alguns nomes que sobre ele se debruçaram: Hans Kelsen, Carl Schmitt, Rudolf Smend e Hermann Heller, no âmbito dos debates da República de Weimar; e Konrad Hesse, Peter Häberle, Martin Kriele e Friedrich Müller, após a Segunda Grande Guerra.

<sup>14</sup> É, por exemplo, o que acontece com a obra de Konrad Hesse até 1970. Em um de seus escritos mais conhecidos, intitulado “A força normativa da Constituição”, pauta-se o autor em uma concepção dicotômica de Constituição: há a Constituição normativa (o Texto Constitucional), de um lado, e a Constituição real (uma entidade distinta do Texto Constitucional), de outro. Segundo Konrad Hesse (1991, p. 15), “‘Constituição real’ e ‘Constituição jurídica’ estão em uma relação de coordenação”. Esse mesmo posicionamento aparecia em seu “Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha” até 1970. Posteriormente, Konrad Hesse abandona a análise dicotômica (constituição real – constituição jurídica) e passa a adotar a idéia de constituição concretizada. A partir de então, a tese passa a ser no seguinte sentido: “A concretização do conteúdo de uma norma constitucional e sua realização são, por conseguinte, somente possíveis com o emprego das condições da ‘realidade’, que essa norma está determinada a ordenar” (HESSE, 1998, p. 50). Esse giro operado no pensamento de Konrad Hesse – ressalte-se – deve-se ao contato que teve o autor com a produção (naquele momento incipiente) de Friedrich Müller, que com ele trabalhou na condição de assistente. Ainda sobre essa guinada operada na teoria constitucional de Hesse, consultar a introdução de Pedro Cruz Villalón à obra “Escritos de Derecho Constitucional (Selección)”, de Konrad Hesse, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. XII, nota 18.

<sup>15</sup> O *processo de concretização* é, em essência, o tema do próximo capítulo deste trabalho e, em uma primeira conceituação, caracteriza-se como o processo de construção da norma jurídica (que para Friedrich Müller nunca equivale ao simples *texto* da norma). A *norma jurídica* somente pode ser entendida a partir da noção de *construção metodologicamente orientada no caso concreto*. E é no interior desse processo de construção, que “norma” e “realidade” se encontram, trabalhando conjuntamente para a construção das fases finais do processo: a *norma jurídica* e a *norma de decisão* (cf. 2.1 A estrutura do processo de concretização normativa: a teoria da norma de Friedrich Müller).

norma (texto) e realidade, juntos e em igual medida dentro de um mesmo processo de construção normativa.

Assim, temos que um dos principais pontos do projeto teórico que nos é apresentado por Friedrich Müller, qual seja, a distinção entre *texto da norma* e *norma jurídica*, implica a superação dessa dicotomia (ou mais precisamente, dessa análise dicotômica), de forte inspiração neokantiana, e que por longos e longos anos permeou o debate jusfilosófico, vale ressaltar: a dicotomia *ser – dever ser*, ou ainda, a relação entre *norma e realidade*.

Em razão da relevância que essa nova configuração no trato da relação entre *norma (texto da norma)* e *realidade* possui dentro da *metódica estruturante* de Friedrich Müller<sup>16</sup>, o objetivo deste primeiro capítulo é demonstrar como o autor reconfigura o problema a partir de uma crítica ao modelo de separação de Kelsen, bem como tal reformulação influencia sua concepção da ciência jurídica, da teoria da norma e da teoria da decisão judicial.

## **1.1 O modelo de separação entre *ser* e *dever-ser* do neopositivismo kelseniano**

### **1.1.1 A pureza metodológica**

A análise da ciência do direito enquanto tal, isolada de considerações estranhas ao seu objeto, afigura-se como ponto nevrálgico das concepções de cunho positivistas, tão debatidas como incompreendidas. De fato, não é fácil caracterizar o que venha a ser uma concepção positivista, ou mesmo, o que seria seu âmago, tendo em vista a polissemia que envolve o termo. Michel Troper, após ressaltar a dificuldade dessa caracterização, afirma que o positivismo “como forma de aproximação ao direito pode caracterizar-se globalmente como a idéia de que é possível construir uma ciência do direito” (2001, p. 08)<sup>17</sup>, e, em seguida, relaciona o que entende constituírem os quatro principais traços distintivos dessa corrente do pensamento jurídico, quais sejam: (a) a distinção entre o direito e a ciência do direito; (b) uma vontade de limitar essa ciência ao conhecimento de seu objeto; (c) uma definição desse objeto

---

<sup>16</sup> Trata-se, com efeito, de um aspecto fundamental da arquitetura de Friedrich Müller. Essa nova configuração da relação entre norma e realidade, juntamente com a concepção estruturante da norma jurídica (que, aliás, é o que permite essa nova configuração) assumem papel de destaque, de centro de convergência da *Teoria estruturante do direito*.

<sup>17</sup> Tradução livre.

– que deve coincidir exclusivamente com o direito positivo; e (d) a idéia de que tal ciência deve construir-se sobre o modelo das ciências naturais (cf. TROPER, 2001, p. 08).

Apesar de tratar-se de considerações gerais acerca do positivismo, tanto a primeira afirmação – de caráter genérico –, quanto as demais características singularmente apontadas, coadunam-se perfeitamente com os objetivos e concepções de Hans Kelsen<sup>18</sup>, que profundamente descontente com o estado em que se encontrava a teoria do direito de seu tempo, dá início<sup>19</sup> a um ousado projeto de purificação da ciência do Direito<sup>20</sup>.

Esse empreendimento teórico pauta-se em um postulado fundamental: *o postulado da pureza metódica*, de evidente origem neokantiana<sup>21</sup>.

Logo no início da obra que leva o nome pelo qual sua teoria é conhecida, Hans Kelsen nos fornece vários nortes para compreendermos o que significa a “pureza” que embasa sua teoria:

(a) diz-nos tratar-se de uma teoria do Direito positivo em geral, e não de ordenamentos particulares;

(b) afirma-nos, ainda, que na qualidade de teoria quer única e exclusivamente conhecer seu próprio objeto (no caso, o Direito) e, por fim;

(c) que sua teoria busca garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito, excluindo “deste conhecimento tudo quanto não pertença a seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito” (cf. KELSEN, 1999, p. 01).

Para uma concepção positivista, determinado saber somente pode afigurar-se como científico quando se apresenta como exterior a seu objeto. Eis, pois, o caminho por onde Hans

---

<sup>18</sup> A idéia de que é possível a construção de uma ciência jurídica, no entanto, não é exclusividade do positivismo (ou de posturas positivistas). A própria concepção de Friedrich Müller (“pós-positivista”) trabalha com a idéia de que se afigura possível uma ciência jurídica. Contudo, as semelhanças com o positivismo findam aqui. Conforme veremos ao término deste capítulo, todas as demais características que Michel Troper atribui às concepções positivistas distanciam-se sobremaneira da *teoria estruturante do direito*.

<sup>19</sup> Podemos estabelecer como data inicial dessa caminhada o ano de 1911, quando Kelsen publica *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (Problemas Fundamentais da Teoria Jurídica do Estado).

<sup>20</sup> Conforme escreveu Karl Larenz (1983, p. 82): “A sua [de Hans Kelsen] ‘teoria pura do Direito’ constitui a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do Direito como ciência – mantendo-se embora sob o império do conceito positivista desta última e sofrendo das respectivas limitações – que o nosso século veio até hoje a conhecer”.

<sup>21</sup> Segundo Pablo Lucas Verdu (1990, p. 36), “Kelsen reconheceu, relativizando-a, sua dívida com Kant. Assinalou que é absolutamente certo que o fundamento filosófico da Teoria pura do Direito repousa na filosofia kantiana, ou mais precisamente, na interpretação que Cohen fez de tal filosofia”. O reconhecimento encontra-se em KELSEN, carta a Renato Treves, em *Droit et Société*, n. 7, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1987, p. 334-335. Ainda sobre as dívidas de Kelsen para com o Neokantismo, e em especial para com Hermann Cohen, cf. PAULSON (2003, p. 550), para quem: “Entre as fontes filosóficas da Teoria pura do direito de Kelsen encontra-se sobretudo o neokantismo” (Tradução livre). E mais: SCHMILL, Ulisses. Diálogo em Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen, In: **DOXA** [Cuadernos de filosofía del derecho]. N. 26. Alicante: Universidad de Alicante, 2003, p. 583-608.

Kelsen constrói sua teoria. O Direito e sua respectiva Ciência afiguram-se como entidades distintas. Aquele caracteriza-se como um conjunto de normas, de regras formalmente estatuídas; ao passo que esta é composta pelo conjunto das proposições referentes às normas, ao Direito<sup>22</sup>. O Direito – que para Kelsen constitui o objeto do conhecimento jurídico – caracteriza-se suficientemente numa ordem normativa da conduta humana, ou em outros termos: “[n]um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1999, p. 05). A Teoria pura do direito, portanto, caracteriza-se como um positivismo normativista. O objeto do conhecimento jurídico é tão-somente o Direito enquanto sistema normativo. A ciência do Direito contenta-se perfeitamente com um sistema desse tipo, independentemente de suas diversas conexões com outros sistemas<sup>23</sup>. Eis a marca distintiva do neopositivismo kelseniano, que para Warat (2004, p. 242):

[...] ao reduzir-se a um conceitualismo presente tanto no idealismo crítico como no positivismo lógico, consegue eliminar de sua problemática a discussão sobre os fatores co-determinantes da realidade jurídica, bem como sobre o papel social e político do Direito e as dimensões ideológicas dos diversos discursos jurídicos enquanto prática jurídica concreta.<sup>24</sup>

De fato, logo nas primeiras linhas de sua “teoria pura do Direito”, Kelsen enuncia, como já demonstramos, o princípio metodológico fundamental de sua teoria: “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” (1999, p. 01). A pretensão – anuncia o próprio Kelsen – é libertar a ciência jurídica daqueles elementos que lhe são estranhos (1999, p. 01).

Entretanto, reconhecendo que as demais ciências sociais possuem conexões com o Direito, Kelsen (1999, p. 01-02) explica-nos que:

---

<sup>22</sup> Importante consignar que a pureza refere-se à Ciência do direito, e não ao próprio Direito. A Teoria pura do Direito é uma “Teoria pura do Direito, e não a doutrina de um Direito puro”, escreve Kelsen “*Was ist die reine Rechtslehre*”, em *Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe für Giacometti*, obra de 1953, apud. VERDU, 1990, p. 21.

<sup>23</sup> Uma precisa caracterização de como se constitui epistemologicamente o positivismo oferece-nos o professor Luis Alberto Warat (2004, p. 241) que, alegando razões epistemológicas, defende tratar-se de uma forma de idealismo, posto que, de modo diacrônico define sua problemática valendo-se de um movimento duplo: “racional e empírico, conceitual e referencial”, que aceitando sua dialética, acaba por rechaçar tanto o idealismo puro, quanto o empirismo ingênuo. E como resultado disso tem-se: de um lado, “um idealismo crítico, que não admite um conhecimento exclusivamente processado pelo pensamento, sem referência à experiência, para constituir a razão em fator determinante do conhecimento a partir da experiência”; e de outro, “um positivismo lógico, que se distancia dos dados sensíveis, desembocando em um conceitualismo vazio e formal, que se conforma com um controle sintático da realidade” (Tradução livre).

<sup>24</sup> Tradução livre.



Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que são impostos pela natureza do seu objeto.

Mesmo assim, o problema ainda persiste. Não se trata de reconhecer que o Direito conecta-se a uma variedade significativa de outros âmbitos do saber (tais como a Sociologia, a Economia, a História, a Ciência Política, a Antropologia, etc.). A questão central é acreditar que se possa analisar o Direito de forma isolada, como se fosse um componente celular dissecado à luz de um microscópio. Aqui está o ponto crucial, diz-nos Müller (cf. 1995, p. 25). Nesse sentido, não se trata de uma crítica externa (ou por fora) à arquitetura kelseniana, mas de uma crítica epistemológica que atinge o alicerce fundamental da concepção. O sistema kelseniano é apoiado em uma distinção não mais tão clarividente como era em seu tempo. Pablo Lucas Verdu (1990, p. 30) afirma com relação aos pressupostos metodológicos da Teoria pura do direito: “Se os aceitamos ficamos presos em suas conseqüências algébrico-geométricas, mas condicionados a pagar o duro preço de separar-se da realidade que condiciona todo Direito positivo”. Desse modo, não concordamos com a afirmação de Karl Larenz (1989, p. 87) que, ao discorrer sobre a Teoria pura do direito, afirma:

Por isso, declarar os seus conceitos sem valor porque são necessariamente apenas formais, tem tão pouco sentido como criticar os conceitos de geometria “por abrangerem só as formas dos corpos, sem se renunciarem sobre o seu conteúdo”.

Larenz haveria de convir que as peculiaridades da geometria e da ciência jurídica estão separadas por uma distância abissal no plano epistemológico. A realidade condicionante do Direito positivo, da qual nos fala Verdu, salvo melhor juízo, não atua, ou não atua da mesma forma, sobre a geometria. Por fim, resta ainda a própria crítica de Friedrich Müller acerca da impossibilidade de atingir-se a normatividade jurídica sem o apoio da materialidade fática.

O ponto de partida fundamental das considerações de Kelsen é a distinção entre *ser* e *dever ser*; distinção essa que, para o autor, afigura-se como “um dado imediato da nossa consciência” (1999, p. 06). Nesse sentido, afirma:

Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é – ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático – se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser – com o qual descrevemos uma norma – e que da circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da

circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja (KELSEN, 1999, p. 06).

Tendo em vista o princípio metodológico fundamental de sua teoria pura, bem como a indiscutível separação entre *ser* e *dever ser*, o conceito de *norma jurídica* apontado por Kelsen é de uma prescrição que determina que algo *deve ser*<sup>25</sup>. Essa concepção leva Kelsen a afirmar a necessidade de uma rigorosa distinção entre a conduta estatuída na norma como devida e a correspondente conduta de fato. A primeira é do plano do *dever ser*; a segunda, do plano do *ser*. E, para Kelsen, o postulado metodológico fundamental de sua teoria pura não pode ser posto em dúvida, pois igualmente a distinção entre ciências naturais e ciências sociais também não pode ser<sup>26</sup>.

Vemos assim, pois, que a marca distintiva do neopositivismo kelseniano é um modelo de separação, ao menos em termos de método (“dualismo metodológico”), entre os domínios do *ser* e do *dever ser*. Essa, a razão da crítica de Warat (2004, p. 253), para quem:

O postulado da pureza metodológica separa o conhecimento do Direito de sua função na sociedade. A significação jurídica está entrelaçada na própria materialidade social, a determina e, por sua vez, é determinada por ela. No fundo, ver as normas como o sentido objetivo das condutas humanas não deixa de ser uma forma mítica de apresentação da função social do Direito. O postulado da pureza metódica não pode sustentar-se na medida em que nos propõe uma retórica cisão entre a produção das significações jurídicas e o conhecimento científico das mesmas.<sup>27</sup>

O próprio Warat (2004, p. 244) ainda chama a atenção para o fato de que na esteira de Kant, a Teoria pura do direito “propõe-nos a necessidade de possuir um critério metodológico apto para estabelecer a total autonomia do conhecimento jurídico, distinguindo o fático e o

<sup>25</sup> É importante frisar que na teoria de Kelsen o termo *dever* assume um significado diferente do usual. Conforme explica-nos o próprio autor, em sua construção teórica: “emprega-se o verbo ‘dever’ para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem” (1999, p. 06). E complementa: “Neste ‘dever’ vão incluídos o ‘ter permissão’ e o ‘poder’ (ter competência)” (1999, p. 06).

<sup>26</sup> Percebe-se, na tese defendida por Kelsen, um posicionamento altamente vinculado ao momento histórico em que o autor escreve e que hoje não mais pode ser defendido com tanta facilidade e simplicidade. Com efeito, a relativização da distinção entre *ciências naturais* e *ciências humanas* (ou ciências do espírito) atingiu hodiernamente o mais alto grau. O sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, por exemplo, defende que a natureza, na qualidade de objeto de conhecimento, foi sempre uma entidade cultural, razão pela qual não há problema algum em afirmar que, desde sempre, as denominadas ciência naturais foram sociais. Ainda segundo prevê o autor: “[...] gradualmente, todas as ciências serão concebidas como ciência sociais” (2000, p. 85). Evidentemente que não se trata de uma completa e total equiparação entre, por exemplo, a “lógica da matemática” e a “lógica da história”. Trata-se apenas de mostrar o quanto um dos postulados fundamentais de Kelsen não mais se mantém sobre alicerces tão firmes, o quanto o postulado da “pureza” apresenta-se hoje inconcebível, sobretudo em uma ciência como é a ciência jurídica, vale dizer uma ciência intimamente relacionada com a facticidade da realidade que pretende regular.

<sup>27</sup> Tradução livre.

deôntico”<sup>28</sup>, o *ser* e seu correlato *dever ser* – ainda que essa busca pela total autonomia acarrete uma série de dificuldades, sobretudo no plano da *práxis* jurídica<sup>29</sup>.

Esse modelo epistemológico que, como já ressaltamos, afigura-se fortemente influenciado pela acepção neokantiana de ciência<sup>30</sup>, influenciou sobremaneira a teoria da norma de Kelsen que, por sua vez, como veremos, condicionou seu modelo interpretativo. A teoria da norma kelseniana, que fez escola durante o século XX, será um dos principais alvos de toda a construção teórica de Friedrich Müller, razão pela qual a ela é dedicado o próximo item.

### 1.1.2 A teoria da norma de Hans Kelsen

A teoria da norma proposta pelo neopositivismo kelseniano, bem como a própria “fundamentação da autonomia metodológica da ciência do Direito” (LARENZ, 1983, p. 82), como vimos acima, parte de uma precisa distinção entre *juízos de ser* e *juízos de dever ser* (pois dizer que algo é e dizer que algo deve ser afiguram-se atos distintos, dizia-nos Kelsen).

Um fato jurídico, para Kelsen, possui dois elementos de composição:

(a) “primeiro, um ato que se realiza no espaço e no tempo, sensorialmente perceptível, ou uma série de tais atos, uma manifestação externa de conduta humana” (1999, p. 02); e

(b) “segundo, a sua significação jurídica, isto é, a significação que o ato tem do ponto de vista do Direito” (1999, p. 02).

Disso deriva que, na leitura do mestre da Escola de Viena, o ato jurídico possui sua parcela de realidade, de naturalidade. Contudo, explica-nos o autor (1999, p. 04):

O que transforma este fato [essa parcela de realidade] num ato jurídico (lícito ou ilícito) não é a sua facticidade, não é o seu ser natural, isto é, o seu ser tal como determinado pela lei da causalidade e encerrado no sistema da natureza, mas o sentido objetivo que está ligado a esse ato, a significação que ele possui.

<sup>28</sup> Tradução livre.

<sup>29</sup> Pontualmente sobre esse aspecto cf. infra 1.1.3 O modelo interpretativo proposto por Hans Kelsen.

<sup>30</sup> Segundo Paulson (2003, p. 553), “O ideal metodológico da pureza pode reconduzir-se conceitualmente à caracterização kantiana dos conhecimentos como ‘puros’, quando ‘não contêm absolutamente nada empírico’”. E complementa: “Especialmente no contexto do construtivismo jurídico, a ‘pureza’ relaciona-se com a pretensão de evitar a mescla de diferentes métodos cognitivo-teóricos” (p. 553-554). Vide igualmente Serra (1982, p. 27), para quem “A idéia de pureza está filiada a Kant”.

E esse significado objetivo que a conduta recebe, fornece-o a norma jurídica, que por sua vez, permitirá ao ato ser interpretado conforme a disposição normativa. Desse modo, funciona a norma como “esquema de interpretação” [da realidade] (KELSEN, 1999, p. 04); ou como explicita o próprio Kelsen: “o juízo em que se enuncia que um ato de conduta humana constitui um ato jurídico (ou antijurídico) é o resultado de uma interpretação específica, a saber, de uma interpretação normativa” (1999, p. 04).

São essas normas que conferem a fatos a qualificação de jurídicos que, na acepção de Kelsen, constituem o objeto do conhecimento jurídico, e para quem “o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas [esquemas de interpretação] que regulam o comportamento humano” (1999, p. 05).

Aqui, cabe apresentar o primeiro conceito de *norma* dado por Kelsen: com *norma jurídica* “se quer significar que algo *deve* ser ou acontecer, especialmente que um homem se *deve* conduzir de determinada maneira” (1999, p. 05). Percebe-se, de tal conceituação, sua íntima vinculação com um ato de vontade. O *dever ser* dirigido a outrem nada mais é do que um ato de vontade. Disso decorre que *norma* “é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém” (1999, p. 06). Veja-se: sendo o *sentido* do ato de vontade, não se confunde a norma com o próprio ato. O *sentido* do ato, ou seja, a *norma* é um *dever-ser*; já o ato de vontade do qual a norma é o sentido, por outro lado, afigura-se um *ser*. A única conexão que a norma jurídica – ao menos conceitualmente – kelseniana opera com o *ser* é essa. Restringe-se única e exclusivamente à existência do ato de vontade.

A teoria da norma de Kelsen não apresenta qualquer preocupação com o conteúdo que a norma eventualmente possa ter. A norma interessa apenas como categoria lógica, desprovida de materialidade. Apresenta-se como ordem, como comando lógico, ressalte-se, sem referência conceitual à realidade. Esse o principal flanco pelo qual Friedrich Müller desenvolverá sua crítica à teoria kelseniana.

### 1.1.3 O modelo interpretativo proposto por Hans Kelsen

A questão da interpretação permeia a obra de Hans Kelsen desde seus primeiros escritos<sup>31</sup>. Com efeito, já em 1934, pouco antes da aparição da primeira edição da Teoria pura do direito o autor publicara um escrito denominado *Zur Theorie der Interpretation* (Sobre a teoria da interpretação). Pouco depois, ainda no mesmo ano, vem à lume a primeira edição da Teoria pura, obra na qual a questão da interpretação já possui praticamente a disciplina que viria a ser consagrada na segunda edição, em 1960. De qualquer modo, mesmo tendo Kelsen sempre se debruçado sobre o tema, alguns afirmam que na Teoria pura do direito e até mesmo na própria teoria como um todo possui a interpretação um lugar secundário, pois, por exemplo, em sua obra mais famosa, o capítulo sobre o tema aparece ao final do livro, para uns como uma espécie de anexo – o que poderia dar a entender tratar-se de um escrito de relevância menor (cf. TROPER, 2001, p. 63).

Contudo, entendemos não ser esse o entendimento que se deve conferir à interpretação no âmbito da teoria pura, pois o campo da aplicação judicial do direito não pode ser por ela ignorado. Uma construção teórica que fornece uma detalhada teoria da norma não pode furtar-se ao problema da interpretação. Tanto é que Kelsen não o fez. Enfrentou o problema com todas as dificuldades que seus pressupostos epistemológicos conferem à tarefa.

Para que uma norma jurídica seja aplicada, Kelsen compreende ser necessário que antes, ela seja interpretada (o que significa fixar o sentido da norma)<sup>32</sup>. Assim, a interpretação consiste em “uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (KELSEN, 1999, p. 387). A partir de uma concepção silogística-subsuntiva, o trabalho interpretativo consistiria em deduzir a norma individual a partir da norma geral abstrata.

Já no que concerne à sua essência, Kelsen (1999, p. 388) evidencia duas espécies dessa atividade: (a) a interpretação autêntica (aquela realizada pelos órgãos aplicadores do Direito), e (b) a não-autêntica (qual seja, a realizada por uma pessoa privada ou, em especial, pela ciência jurídica).

Para o autor da Escola de Viena, o ato interpretativo ganha destaque justamente por um inevitável atributo de indeterminação que acompanha o próprio momento da aplicação do

---

<sup>31</sup> Sobre esse ponto, cf. Michel Troper, 2001, p. 63.

<sup>32</sup> “Quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar essas normas” (KELSEN, 1999, p. 387).

Direito. E isso se dá posto que a relação que se estabelece entre norma e decisão (lei e sentença), por exemplo, é uma relação de determinação ou vinculação. Em outros termos: a lei determina o processo de produção, bem como o conteúdo da sentença (cf. KELSEN, 1999, p. 388). No entanto, por uma impossibilidade ínsita à linguagem (o mecanismo do Direito), essa tal determinação nunca pode ser absoluta. Segundo o próprio Kelsen (1999, p. 388):

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.

Assim, sem fornecer um recurso metodológico que leve ao estabelecimento de referido quadro (ou moldura), Kelsen (1999, p. 390) afirma que todo ato decisório que se mantenha dentro dos limites da moldura é conforme ao Direito.

O Direito a aplicar forma [...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível (KELSEN, 1999, p. 390).

O ponto principal dessa afirmação é a autorização que Kelsen concede ao responsável pela aplicação do Direito de que preencha o espaço fornecido pela moldura “*em qualquer sentido possível*”<sup>33</sup>. Tal permissão envolve um específico modo de conceber a interpretação, ou seja, como sendo o ato interpretativo composto por dois elementos: um *cognitivo*, outro *volitivo*.

Preso que estava a uma concepção tradicional da interpretação, ainda vinculado ao vetusto esquema sujeito – objeto, Kelsen afirma que se entendermos por interpretação “a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem” (1999, p. 390). Eis o momento cognoscitivo da arte de interpretar juridicamente. Contudo, para além desse ato de fixação da moldura, há aquele, posterior, de escolha (sem métodos), dentre as várias opções fornecidas pela moldura, de uma solução para

---

<sup>33</sup> “Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão, que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1999, p. 391).

o caso concreto. Aqui aparece o momento volitivo (*decisionista*) da interpretação. Um momento (conclusivo, resalte-se) diante do qual à crítica não cabe qualquer forma de discussão acerca dos métodos (posto que inexistentes), bem como do próprio resultado ao qual se chega. Essa concepção, vale frisar, deriva do conceito de norma que Kelsen nos fornece (e nesse ponto, a teoria é coerente). Se a norma (geral) é um ato de vontade, a interpretação (mediante a qual se cria uma norma individual) também o é<sup>34</sup>.

Certamente o uso da palavra *decisionista* pode levar a equívocos. Portanto, um esclarecimento se faz necessário: não se está, aqui, equiparando o suposto decisionismo kelseniano com o consolidado e difundido *Decisionismo* de Carl Schmitt. Não se trata de um conceito de filosofia do Estado ou do Direito, mas de uma noção metodológica: *decisionismo*, aqui, significa pura e simplesmente ausência de um método de interpretação. Toda teoria que atribui à interpretação a característica de um *ato de vontade* insuscetível de controle, outra qualificação não pode receber. E Hans Kelsen (1999, p. 393) é muito explícito ao afirmar que:

A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de qual se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito.

A descrença do autor austríaco acerca da viabilidade de uma metodologia da interpretação era tamanha que ele até mesmo retirava-a do âmbito de incidência da teoria do Direito, afirmando, pois, tratar-se de uma questão de política do Direito. Kelsen não aceitava a possibilidade de que corpos estranhos ingressassem no âmbito do Direito, razão pela qual teve que rejeitar toda e qualquer proposta que acenasse à possibilidade de fixação de métodos de interpretação, pois pra ele, “[...] do ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra” (KELSEN, 1999, p. 391).

No prefácio que faz à tradução francesa de *Juristische Methodik (Discours de la Méthode Juridique)* Olivier Jouanjan (1996, p. 07) afirma que: “Purificada dos elementos perturbadores, a teoria pura acaba abdicando diante deles: a ciência do direito é purificada,

---

<sup>34</sup> Nesse sentido, Michel Troper (2001, p. 61): “[...] a idéia de que a norma é o significado de um ato de vontade conduz à idéia de que a própria interpretação é um ato de vontade e não um ato de conhecimento”.

mas não a prática. No interior do quadro, a escolha da decisão não é justificada por um método (jurídico)”<sup>35</sup>.

E razão assiste a Olivier Jouanjan ao afirmar que, no âmbito da *Teoria pura do direito*, a purificação da ciência do direito não é acompanhada de uma purificação da *práxis* jurídica. A pureza somente é possível no âmbito teórico. Impossível purificar a prática cotidiana de realização do Direito. E a *Teoria pura do direito* demonstra isso. Kelsen não possui dificuldades em excluir da norma geral e abstrata qualquer referência ao conteúdo. No entanto, não possui igual sorte ao tratar da norma individual fruto da interpretação.

A compreensão e trato da norma jurídica como ordem materialmente vazia acarreta ao normativismo kelseniano sérios problemas. O processo de atribuição de significado à norma jurídica (objetivo da interpretação para Kelsen) não pode desconsiderar o ingresso dos fatos no processo hermenêutico, sob pena de tornar-se desprovido de sentido. Por outro lado, se aceita o ingresso de tais dados como passíveis de uma mediação cientificamente orientada, não consegue sustentar o postulado da pureza metódica. Assim, não lhe resta outra alternativa a não ser estabelecer dois momentos do processo interpretativo: um cognitivo e outro volitivo, sendo que nesse último (e até mesmo no primeiro) não há que se falar em qualquer forma ou mecanismo de controle em termos de método. A separação irretratável entre *ser* e *dever-ser* custa caro à científicização, que se vê excluída de um dos âmbitos mais importantes do Direito, qual seja, o hermenêutico.

## **1.2 Epistemologia como *práxis*: a normatividade como conjunção de texto e realidade**

### **1.2.1 As críticas da teoria estruturante ao neopositivismo de Kelsen**

A obra de Friedrich Müller situa-se no contexto maior do debate germânico sobre questões de método. A teoria estruturante insere-se na tradição metodológica alemã que – desde Savigny até hoje – tem se debruçado sobre o problema-chave da interpretação. E o “debate” que ela opera com o constitucionalismo nascente da República de Weimar (e depois

---

<sup>35</sup> E acrescenta Olivier Jouanjan: “Nisso, há uma ruptura radical entre o projeto do ‘*método* jurídico’ anunciado com triunfalismo por Gerber e Laband, e os resultados da *Teoria pura do direito*: se, como se tem dito, Kelsen é ‘o executor testamentário de Laband’, ele é um executor infiel” (1996, p. 07-08) (Tradução livre).



com as perspectivas construídas à luz da Lei Fundamental de Bonn) é um dos elementos que demonstram essa sua vinculação ao debate germânico que, surgido no século XIX, atravessou todo o XX e já invade o XXI.

As idéias de Müller acerca da norma jurídica têm, de certo modo<sup>36</sup>, uma origem crítica. É, com efeito, especialmente a partir de um questionamento dos postulados da teoria pura do direito que parte o autor, para quem sua teoria, “vista com os olhos da teoria pura do direito é decididamente impura”<sup>37</sup> (MÜLLER, 1996, p. 07). O alvo maior da *teoria estruturante do direito* é, sem dúvidas, o positivismo, sobretudo na vertente kelseniana<sup>38</sup>.

A crítica desferida por Müller contra o positivismo situa-se em uma análise decomposta em três âmbitos: o epistemológico (contra a concepção de ciência que é pelo neopositivismo kelseniano defendida), o que se refere à teoria da norma e, por fim, o que concerne à teoria da interpretação.

Vimos na seção precedente que a concepção de ciência professada por Kelsen redundava em uma teoria da norma com ela compatível. Justamente em razão dessa epistemologia, que

---

<sup>36</sup> De outro lado, acerca do caráter prático e indutivo de fundamentação da “teoria estruturante do direito” vide *infra* 1.4 Uma teoria indutiva: a prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC).

<sup>37</sup> Tradução livre.

<sup>38</sup> A crítica de Müller, em verdade, dirige-se àquilo que ele denomina como um “positivismo do tratamento das normas” (1996, p. 100, tradução livre). Para essa postura teórica, a Constituição forma um sistema formal de leis constitucionais, sendo a lei um ato de vontade estático na forma legislativa (cf. MÜLLER, 1996, p. 100), que não se coaduna metodologicamente a uma postura de inserção de elementos factuais no processo argumentativo, por exemplo. Além disso (e ao mesmo tempo que em decorrência dessa concepção da Constituição), na lógica positivista direito e mundos social, político, histórico, econômico e cultural estão dissociados. Contudo, para o autor, uma concepção que assim entende as coisas, não elimina do âmbito jurídico somente valores, ideologias e valorizações subjetivistas, elimina também “as implicações factuais das normas jurídicas e de seus campos de regulamentação” (1996, p. 102, tradução livre), ou seja, um aspecto crucial do processo de estruturação das normas jurídicas, tornando inócua toda e qualquer atividade interpretativa – em especial aquela tendente à concretização de um Texto Constitucional. No entanto defenderá Müller que superar um positivismo do trato do texto da norma não equivale, na concepção estruturante, a um abandono de todos os postulados e fins daquilo que se convencionou chamar positivismo. A teoria estruturante do direito, ao negar a identidade entre texto da norma e norma jurídica e ao negar a idéia de que funciona o raciocínio jurídico ao modo de um silogismo lógico-formal, passa a integrar o grupo das concepções teóricas que se mostram críticas do positivismo. Entretanto, entende Friedrich Müller que a superação pura e simples do positivismo não se afigura um fim legítimo em termos de método. Daí sua afirmação no sentido de que: “A Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Ciência Jurídica de orientação sociológica, a Tópica, a Hermenêutica, a Teoria Integracionista e outros antipositivismos esforçaram-se debalde em ‘superar’ o positivismo. Parece mais correto não regredir nesse esforço para aquém do positivismo, não deixar de atingir o seu padrão de tecnicidade. Trata-se de retomar o que foi reprimido por ele e elaborar o assim retomado de forma generalizável na Dogmática, Metódica e Teoria. Os objetivos do positivismo de cientificar na medida do possível a Ciência Jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores de racionalidade e honestidade em questões de método. A ‘superação’ do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo” (MÜLLER, 2005, p. 160-161). Importante, frisar, entretanto, que segundo desprende-se da citação, somente em um aspecto o positivismo deve ser levado adiante: o referente ao seu padrão de tecnicidade (tecnicidade entendida aqui não em sentido estrito, mas como pretensão de racionalidade e controlabilidade do método jurídico). Ou seja, as pretensões positivistas de cientificação da ciência jurídica e de elaboração de uma dogmática racional “não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores de racionalidade e honestidade em questões de método”. No que concerne a esse aspecto metódico específico, o positivismo é algo a ser preservado e constantemente atualizado.

acredita que o Direito somente pode ser objeto de uma ciência se restrito ao mundo do *dever-ser*, o neopositivismo kelseniano construiu uma teoria da norma “vazia”, ou seja, norma e realidade encontram-se em planos distintos, sendo somente o normativo objeto da ciência do Direito. A relação entre norma e realidade não é um problema da ciência do Direito. A transferência para o Direito de sua concepção de cientificidade faz com que o positivismo entenda-o como algo que repousa em si próprio, objetivamente, sem qualquer necessidade de uma vinculação efetiva com a *práxis*.

Assim, temos que a tentativa de uma neutralização (purificação) axiológica dos textos normativos e uma falsa intuição acerca da possibilidade de uma aplicação silogística do Direito levou o positivismo à construção de um bem estruturado sistema teórico, mas que não encontrou a mesma ressonância no que tange à prática cotidiana dos tribunais<sup>39</sup>.

Müller (1989, p. 114) entende que:

[...] na afirmação de Kelsen, segundo a qual norma e realidade normada coexistem sem guardar nenhuma relação entre si, manifesta-se o erro de um delineamento que, sem mais, aplica ao Direito um conceito da ciência atualmente em desuso, inclusive no terreno das ciências naturais, no lugar de analisar diretamente as características próprias da normatividade jurídica, baseando-se para tanto na aplicação concreta das normas jurídicas<sup>40</sup>.

Essa afirmação, de que se trata de um conceito de ciência que há muito tempo caiu em desuso, afigura-se como um importante argumento de contraposição àqueles que entendem que a crítica às teorias da norma e da interpretação de Kelsen seria uma crítica *por fora*, externa às próprias concepções do autor. Não se trata de desconsiderar as opções metodológicas e epistemológicas feitas pelo pensador austríaco; ao contrário, a questão diz respeito a uma crítica às próprias escolhas feitas por ele nesses âmbitos. O questionamento primário não é contra a teoria da norma ou a teoria da interpretação, mas sim referente à própria concepção de ciência (e sua correlata extensão ao Direito) pela qual optou Hans Kelsen<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Ou, como explicita Karl Larenz (1989, p. 82): “[...] assim como a Jurisprudência dos interesses é deficiente como teoria, mas foi de grande utilidade prática, assim a ‘teoria pura do Direito’ atinge um alto nível como teoria, mas do ponto de vista prático os seus resultados são pobres”.

<sup>40</sup> Tradução livre.

<sup>41</sup> O ponto principal, como vimos, é a separação entre *norma* e *realidade*. A questão, para Müller, é que o positivista “[...] reprime na sua *práxis* a vinculação das estruturas internas do trabalho jurídico às correspondentes funções sociais e o seu condicionamento por essas mesmas funções; ele reprime tudo aquilo, devido ao qual a metódica e a decisão jurídicas estão *realmente* [*überhaupt*] ‘em funcionamento’; ele reduz os nexos funcionais e estruturais do ordenamento jurídico de forma cientificamente insustentável à positividade do direito vigente – que, tomada em separado, não é ‘errada’, mas vista corretamente” (1995, p. 25).

Entretanto, para além da crítica ao modelo de separação entre *ser* e *dever ser* proposto por Kelsen, Friedrich Müller ainda insurge-se de forma contundente contra a idéia, ainda hoje fortemente disseminada, de que o raciocínio jurídico, ou o processo de aplicação de um texto de norma, obedece a um modelo silogístico-dedutivista. Para o autor da *teoria estruturante do direito*:

O axioma segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas em sua totalidade do texto da norma, ou seja, de estruturas lingüísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso alguns pressupostos que, em seu caráter de fontes de erros incontroláveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não apenas a tão desejada auto-suficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, mas também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do Direito (MÜLLER, 1989, p. 114)<sup>42</sup>.

O neopositivismo de Hans Kelsen compreende a norma jurídica como ordem, como juízo hipotético, como vontade materialmente vazia (pois sem vinculação à realidade, sem contato com os elementos contaminadores da pureza). A separação entre norma (direito) e realidade afigura-se um dado primário básico. Norma e realidade apenas se encontram no caminho da subsunção; aquela como premissa maior e esta como premissa menor. Müller, contudo, entende que a pergunta pelo papel da realidade no direito não pode ser resolvido pura e simplesmente mediante sua eliminação (cf. 1996, p. 105-106); fazê-lo seria desconhecer que, para além de uma vontade vazia, a norma jurídica possui como elemento componente a própria realidade circundante, que por sua vez, é um elemento central de composição da norma.

Em que pese a crítica aos pressupostos epistemológicos de Kelsen, é com referência à teoria da norma por ele apresentada que a crítica ganhará contornos mais claros. A compreensão limitada que o autor austríaco possui de “vigência”<sup>43</sup>, entende Müller, não lhe permite chegar à normatividade<sup>44</sup>. Denominar a teoria kelseniana de “normativismo” é algo demasiadamente otimista sob a ótica da *teoria estruturante do direito*, pois aqui somente a

<sup>42</sup> Tradução livre.

<sup>43</sup> Vigência, para Kelsen, significa pura e simplesmente a existência de uma norma; o que, no entanto, não se confunde plenamente com a eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. Porém, não se apresentam sem conexões, posto que para a teoria pura do direito, um mínimo de eficácia, afigura-se como condição de vigência (validade) de uma norma. Já para Müller, a vigência é uma qualidade não do texto da norma, mas da norma jurídica e da norma de decisão. Não se trata de um dado estático, mas de um resultado dinâmico. Somente a partir da fusão entre programa normativo e âmbito normativo, ou seja, em termos preliminares, do texto da norma com a realidade a qual se refere é que se obtém a normatividade. Somente aqui há que se falar em vigência. Textos de normas somente podem pretender validade (*Geltung*). Nesse sentido cf. Müller, 1996, p. 46-47.

<sup>44</sup> Segundo Heller, “o positivismo kelseniano é um positivismo sem positividade” (*Die Krisis der Staatslehre, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 1926, apud. VERDU, 1990, p. 31).

partir de um diálogo com a realidade circundante, no seio do *processo* de concretização, é que a normatividade poderá aflorar.

A normatividade designa a propriedade dinâmica de uma norma, isto é, de um modelo de ordenação estruturado e concretamente determinado (*sachgeprägt*), propriedade de ordenar a realidade que lhe é subjacente ao mesmo tempo em que é condicionada por esta realidade<sup>45</sup> (MÜLLER, 1996, p. 187-188).

Em comparação com o modelo kelseniano o rompimento é manifesto. Do mesmo modo que para Kelsen a separação entre *ser* e *dever-ser* afigurava-se um dado da consciência que não poderia ser questionado, em Müller, de forma diametralmente oposta, a compreensão do Direito passa por uma análise estruturada que conjugue *norma* e *realidade* no seio do processo de concretização, como veremos a seguir.

### **1.2.2 A superação das dicotomias *norma e realidade, ser e dever-ser* por meio da estrutura da norma e sua normatividade**

A proposta teórico-metodológica apresentada por Friedrich Müller parte da reformulação da pergunta fundamental da teoria do direito: não mais se pergunta por norma e realidade, *ser* e *dever ser*. Para além de abstrações do âmbito da filosofia do direito e da teoria do estado, a questão reconfigura-se em um problema de teoria da norma jurídica. No entanto, não se trata de uma redefinição simplesmente retórico-lingüística do problema fundamental da teoria do direito, tampouco de uma nova tentativa de conciliação entre norma e realidade, *ser* e *dever-ser*. Em verdade, trata-se de uma reformulação tanto metodológica quanto epistemológica da forma de compreensão da estrutura da norma. E essa nova perspectiva de análise encontra-se em perfeita sintonia com a concepção de epistemologia de Friedrich Müller, para quem: “mesmo *enquanto teoria*, a epistemologia é *práxis*”<sup>46</sup> (1995, p. 15).

A *práxis* jurídica é trabalho, posto que o estabelecimento de regras pelo legislador, a aplicação de regras pelo Executivo, a interpretação jurídica levada a cabo pelo Judiciário, a valoração jurídica, a decisão e a discussão configuram atividades laborais. E como trabalho

<sup>45</sup> Tradução livre.

<sup>46</sup> “Ela é *práxis* na medida em que ela é trabalho [Leistung], fator de atuação, conteúdo comunicativo, na medida em que ela é trabalho na companhia de membros concretos do gênero humano” (MÜLLER, 1995, p. 15).

desenvolvido em determinado contexto social (portanto, em íntima vinculação com outras esferas sociais), “o *trabalho* dos juristas é *estruturalmente* compreensível a partir da sua *função* e na sua função como trabalho, a partir da *divisão social do trabalho*” (MÜLLER, 1995, p. 15).

Quem, no entanto, quiser considerar os enunciados jurídicos e as decisões jurídicas apenas “em si”, que não incluir a sua inserção em formas de organização social e em tarefas determinadas, a sua profissionalização específica como trabalho socialmente caracterizado, ficará restrito ao jogo das contas de vidro com conteúdos ou sinais de comunicação “enquanto tais”, como se estes caíssem do céu ou aparecessem na natureza (MÜLLER, 1995, p. 15-16).

A reformulação da pergunta por *norma e realidade* (agora estabelecida como uma questão de estrutura da norma e sua normatividade) somada à concepção de epistemologia do autor (*práxis*) e ao entendimento de que a atividade jurídica é trabalho elevarão à condição de elemento de destaque o aspecto *metódico*, bem como conduzirá à reformulação da conceituação da ciência jurídica: de ciência normativa à ciência decisória.

### **1.2.3 A ciência jurídica como ciência decisória referida a normas**

Tradicionalmente tem-se classificado as ciências em duas grandes categorias: humanas (sociais) e naturais (exatas). Nesse debate, a ciência jurídica tem aparecido como uma ciência normativa ou então, situada conjuntamente com as ciências sociais (humanas) como a história, a sociologia, a antropologia, etc. Contudo, ela goza de particularidades que, numa análise minuciosa, afasta-a de tais ciências, não permitindo equiparações generalizantes. É certo que o conteúdo (matéria) histórico da ciência jurídica distancia-a das ciências ditas exatas. No entanto, também é de se reconhecer que sua íntima relação com textos de normas vigentes distancia-a das demais ciências humanas, que não possuem tal tipo de vinculação. Essa relação necessária entre a ciência jurídica e os textos de normas exige uma caracterização epistemologicamente adequada desse setor do pensamento. Esse, pois, um dos primeiros objetivos da arquitetura de Friedrich Müller, o ponto fundamental a partir do qual sua *teoria estruturante* ganha inteligibilidade.

O pilar fundamental da *teoria estruturante do direito* é uma concepção, ela também estruturante, da norma jurídica. Tal entendimento pauta-se em uma proposta que reconfigura o debate entre norma e realidade por meio de uma redefinição da pergunta fundamental do direito: em vez de perguntar-se abstratamente sobre como se relacionam direito e realidade, ou norma e realidade, Friedrich Müller passa a perguntar-se sobre a normatividade e sobre a estrutura da norma jurídica. Deixam-se, portanto, análises de cunho puramente ontológico ligadas à filosofia do Direito (e do Estado) e eleva-se a questão a um problema de teoria da norma jurídica e, conseqüentemente, a um problema de método. Daí que: “a tarefa da ciência jurídica é circunscrita pela norma jurídica (que deve ser elaborada no caso concreto)”<sup>47</sup> (MÜLLER, 1996, p. 216).

A questão fundamental da ciência jurídica no período que vai do final do século XIX ao fim da República de Weimar, em 1933 – mas não somente até aqui –, consiste em delimitar e situar epistemologicamente o Direito a partir do debate entre ciências humanas e ciências naturais. Ocorre que o período posterior à Segunda Guerra traz consigo uma profunda relativização dessa dicotomia (ciências naturais vs. ciências humanas), bem como uma relativização da própria caracterização epistemológica da noção de ciência (seja “natural”, seja “humana”).

Para Friedrich Müller, no atual estágio da discussão, a busca por critérios absolutos no âmbito científico tornou-se uma questão sem sentido, assumindo o *status* de ponto-chave a formulação precisa das diferenças e distinções graduais que cada “ciência” possui como característica distintiva (cf. MÜLLER, 1995, p. 13-14; 1989, p. 113). Por isso, para a *teoria estruturante do direito*, a ciência jurídica deve preocupar-se menos (na verdade, não se preocupar) com uma eventual delimitação conceitual com referência às ciências naturais do que com a análise da estrutura da norma e de sua normatividade.

Não se trata, portanto, de buscar elementos que tendam a afastar (ou a aproximar) a ciência jurídica das ciências naturais ou das ciências humanas. Esse debate, na acepção de Müller, é de somenos importância, posto que para o autor a ciência jurídica tem uma tarefa muito particular que lhe permite caracterizar epistemologicamente sem necessidade de um encaixe dentro de uma das duas grandes espécies de ciência. Nas palavras do autor:

À ciência do Direito apresenta-se, assim, a tarefa [...] de analisar por sua conta a particularidade das normas jurídicas e de perguntar-se de que

---

<sup>47</sup> Tradução livre.

maneira atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos da concretização do Direito (MÜLLER, 1989, p. 113)<sup>48</sup>.

A crítica que Friedrich Müller tece à separação entre *ser* e *dever ser* (entre norma e realidade) levará à crítica da concepção da ciência jurídica como ciência humana normativa referida à realidade (cf. MÜLLER, 1995, p. 12-13). E essa crítica nasce, em especial, de uma reformulação da questão epistemológica fundamental no plano da metódica jurídica. Ao invés de se perguntar “Que espécie de ciência entre as ciências é a Dogmática Jurídica?” (1995, p. 14), o autor passa à seguinte indagação: “O que ocorre *efetivamente*, quando se pode afirmar de um determinado ordenamento jurídico que ele funciona, que ele tem ‘vigência’?” (1995, p. 14). Não se trata mais de – num plano abstrato – definir que tipo de ciência é o Direito, mas de se perguntar – numa perspectiva dinâmica e intimamente ligada à *práxis* jurídica – como age, funciona o Direito de um determinado (historicamente situado) tipo de Estado: o *Estado democrático de direito*.

Para responder a essa questão Müller parte da diferenciação entre *validade* e *vigência*. A validade decorre aqui do estabelecimento da norma pela entidade competente e legitimada para a função. O teor de obrigatoriedade da norma jurídica advém do fato de haver sido (o texto da norma) “fixado com força de autoridade numa única redação determinada” (1995, p. 22). Nessa perspectiva, desde a Constituição legitimamente estabelecida até o mais simples ato legislativo somente existem textos de normas válidos, pois instituídos por aqueles que possuem competência (constitucionalmente fixada) para tanto.

Por outro lado, a vigência do texto da norma não deflui pura e simplesmente do fato de seu estabelecimento. A vigência de uma norma decorre de sua concretização na *práxis* cotidiana pelos trabalhadores (operadores) jurídicos. Assim, a validade apresenta-se como uma característica *estática* dos textos de normas, ao passo que a vigência afigura-se com uma característica *dinâmica* das normas jurídicas (textos válidos concretizados). Nas palavras do próprio Müller (2004: p. 35):

Uma norma jurídica é materialmente determinada. Por isso, como também em virtude dessa determinidade material, ela determina, por sua vez, as coisas, consegue responder a perguntas, “vige” como um complexo *sui generis* de regulamentações, capaz de solucionar por via da concretização o caso e o conflito em questão. O mero ato de instituir não é suficiente; a vigência no sentido mencionado confere concreção, eficácia social ao fato de estar instituído.

---

<sup>48</sup> Tradução livre.

Müller entende que nas atuais sociedades, dentre as diversas normas sociais existentes, assumem destaque aquelas que, por serem estabelecidas pelo legislador democrático, gozam de *validade* e, portanto, apresentam-se como obrigatórias. Por outro lado, há “funções” (competências constitucionalmente definidas) que atualizam esse conjunto válido-obrigatório de normas, conferindo-lhes aplicabilidade concreta, vale dizer, *vigência*. Essa tarefa de conferir vigência aos textos das normas está, primordialmente, a cargo dos juristas, chamados por Müller de “trabalhadores jurídicos”, ou, ainda, “operadores do direito” (cf. 1995, p. 22-23)<sup>49</sup>.

Para o autor alemão:

O seu trabalho [o dos “operadores jurídicos”] com referência ao ordenamento jurídico, i. é, à totalidade “em funcionamento” das normas [...] é sempre um trabalho com *referência à sociedade*, dotado de *caráter decisório* (MÜLLER, 1995, p. 22).

Desse esquema de funcionamento do ordenamento jurídico decorre o fato de que aquela ciência “[...] que trabalha as normas e as seqüências de ‘normatividade’ [...], i. é, a ciência jurídica, é por conseguinte uma *ciência social* muito peculiar e ao mesmo tempo uma *ciência decisória* (1995, p. 23). Daí defender Müller a primazia do nome “ciência decisória”, segundo ele, mais preciso do que a tradicional designação “ciência normativa”.

A questão acerca da cientificidade da “ciência” jurídica, segundo Müller, resolve-se a partir de seu método. Assim, só é possível falar de “ciência jurídica” a partir da compreensão da Dogmática Jurídica (a *Jurisprudência*, na terminologia alemã) por meio de uma *metódica científica*. Ou seja, é o estabelecimento de uma *metódica jurídica* que eleva a ciência jurídica à categoria científica, à qualificação de *ciência decisória*. E esse proceder metódico tem por função primordial analisar – cientificamente – como, de fato, operam os “trabalhadores jurídicos” (juristas) e mais: como são realmente tomadas as decisões judiciais.

Essa metódica jurídica, ao mesmo tempo em que analisa como atuam em seu labor cotidiano os “operadores do direito”, assume a tarefa de, no plano específico da concretização constitucional, conciliar “norma” e “realidade”, vale dizer, compete-lhe a verificação das condicionantes factuais que atuam sobre o processo de realização do direito. Eis o lugar da *metódica jurídica* dentro da epistemologia de Müller: ela é o instrumento de operacionalização da *práxis*. Em verdade, é na soma da teoria estruturada da norma com a metódica que a trabalha, que a ciência jurídica, como ciência decisória, ganha concretude.

---

<sup>49</sup> Contudo, não só aos juristas.



### 1.3 A caracterização epistemológica da *Metódica Estruturante* de Friedrich Müller

#### 1.3.1 A *metódica estruturante* como *práxis metódica*: tarefa, tema e funções

De acordo com o pensamento de Friedrich Müller – e conforme vimos na seção precedente – somente é possível falar em “ciência jurídica” como “ciência”, “na medida em que a Dogmática Jurídica exhibe uma *metódica científica*” (1995, p. 26). Em outros termos, a cientificidade vincula-se a (e deriva de) um método, de um trabalho de características metodicamente estabelecidas. Por outro lado, somente afigura-se possível falar em *metódica* enquanto “*práxis metódica*”, ou seja, em referência à atividade (função) normativo-atualizadora-concretizadora dos “trabalhadores jurídicos” em relação a um determinado sistema jurídico.

Na definição de Friedrich Müller: “A *metódica jurídica* refere-se aos modos efetivos de trabalho de um setor da *práxis social* com determinadas tarefas, determinadas seqüências, possibilidades específicas de modificação e de controle” (1995, p. 27). No que diz respeito ao âmbito constitucional, por exemplo, a tarefa *metódica* consiste na concretização – operada em igual medida pelo Governo, pelo Legislativo e pelo Judiciário<sup>50</sup> – do Texto Constitucional.

Dessas noções iniciais decorre que, para o autor alemão, “questões de método são questões concretas”<sup>51</sup> (Müller, 1996, p. 39) – vale dizer – relacionam-se com o trabalho cotidiano dos juristas, com a *práxis* jurídica. Não se trata – no que tange às questões de método – de problemas primordial ou puramente teóricos. A *metódica jurídica* é um ramo do conhecimento do direito intimamente relacionado com a *práxis* diária dos “trabalhadores jurídicos”<sup>52</sup>. Tal fato, conjugado com a paulatina relativização da distinção entre “Natureza” e “Cultura” (ou “História”) que a filosofia da ciência vem operando e, em especial, a relativização da pureza científica do estudo das ciências ditas “exatas” ou “naturais”, afasta a

<sup>50</sup> Não apenas do trabalho constitucionalmente previsto de instâncias jurídico-decisórias consiste a *concretização*. Müller frisa que também o respeito às normas, que evita o desencadeamento de um conflito, é concretização. E mais: igualmente a “vontade de Constituição” da qual nos fala Konrad Hesse é apontada por Müller como um elemento concretizador. Por fim, cabe mencionar a ciência jurídica que, por meio de considerações de caráter *metódico* também contribui para a realização do direito textualmente previsto.

<sup>51</sup> Tradução livre.

<sup>52</sup> Tal posicionamento, aliás, não pertence com exclusividade a Friedrich Müller. Karl Larenz (1989, p. xxiii) igualmente afirma que: “A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria actividade. Ela não pretende somente, porém, descrever os métodos aplicados na ciência, mas também compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e seus limites”.

metódica jurídica da pretensão de fornecer ao jurista um catálogo infalível de regras interpretativas com vistas à solução do caso concreto (cf. MÜLLER, 1996, p. 39-40). Contudo, não a exime de uma busca incessante por uma racionalidade operacional cada vez mais transparente que permita, em grau cada vez mais otimizado, a controlabilidade e a discutibilidade das decisões às quais chega, adequando, assim, a *práxis metódica* às exigências do Estado democrático e social de direito.

### 1.3.2 A metódica estruturante como lógica material

No que diz respeito à sua caracterização epistemológica, temos que no âmbito da *Teoria estruturante do direito* a “*metódica jurídica* não é uma lógica jurídica formal” (1996, p. 35)<sup>53</sup> <sup>54</sup>. Por outro lado e em complementação a essa definição negativa, como vimos, tampouco a metódica fornece ao jurista uma técnica precisa de decisão do caso concreto, ou mesmo um conjunto de técnicas infalíveis destinadas a tal fim. Com isso, Müller quer – mais uma vez – afastar-se de concepções positivistas que entendem ser possível uma racionalização absoluta do processo de decisão judicial<sup>55</sup>. No plano da metódica jurídica, pelo contrário, a busca é sempre pela maior racionalidade possível<sup>56</sup>.

A forma lingüística que caracteriza as prescrições jurídicas impede um maior sucesso por parte da lógica formal no âmbito do Direito. Ademais, o raciocínio jurídico não se compatibiliza com o modelo lógico-subsuntivo, posto que a matéria jurídica não está inserida nos elementos lingüísticos que compõem as normas jurídicas.

O objetivo de Müller, em essência, é esclarecer que a lógica formal prestaria grandes serviços ao Direito caso a norma jurídica estivesse contida no texto legislativo, fato que, contudo, não ocorre no âmbito de sua teoria. Textos de lei não confrontados com a realidade que os circundam não alcançam a normatividade, pois na concepção estruturante ela é

---

<sup>53</sup> Tradução livre.

<sup>54</sup> Refere-se aqui, Müller, à clássica distinção da lógica em formal (dedutiva) e material (substantiva). Aquela se preocupa única e exclusivamente com a correção formal dos argumentos, não sendo de sua alçada as questões materiais (de conteúdo) que podem, e constantemente o fazem, permear um contexto de argumentação. Já a lógica material, e nesse sentido a metódica jurídica de Müller aqui se inclui, atém-se à correção material dos argumentos, o que permite a ela fazer frente às denominadas falácias materiais.

<sup>55</sup> Essa pretensão de uma racionalização absoluta do processo de decisão judicial não é inerente a qualquer positivismo. Como vimos, não é, por exemplo, uma preocupação da teoria kelseniana.

<sup>56</sup> Sobre essa contenção da pretensão de racionalidade na *metódica estruturante*, vide o item 3.3 Hierarquização dos elementos de concretização e “máxima racionalidade”: as possibilidades da metódica estruturante diante das exigências democráticas de racionalidade e legitimidade.

histórica e materialmente concreta ou, pelo menos, concretizável. Nesse sentido, a lógica jurídica “é uma lógica material referente a normas e, por conseqüência, vinculada às condições da concretização das normas” (MÜLLER, 1996, p. 290)<sup>57</sup>.

Essa caracterização dá o tom do que vem a ser a tarefa de uma metódica jurídica. Com efeito, não se trata, de início, tão-somente de um objetivo prescritivo de fornecer regras precisas de solução do caso concreto; pelo contrário, trata-se, em um primeiro momento, de uma função descritiva: cabe à metódica jurídica a “*tarefa* de explicitar a estrutura de concretização da norma em um caso particular” (MÜLLER, 1996, p. 35)<sup>58</sup>. Ou, nas palavras do autor:

[...] ela parte do trabalho prático dos titulares dessas funções, ela o decifra conceitualmente, faz ressaltar a especificidade, a produção e os limites dos elementos de concretização, e lhes determina inter-relações e sua submissão a certos imperativos do direito em vigor (MÜLLER, 1996, p. 35)<sup>59</sup>.

No entanto, em que pese essa consideração sobre a tarefa da metódica jurídica, faz-se necessário chamar a atenção para o seguinte aspecto: na medida em que ela se apresenta como responsável por uma análise do *processo de concretização da norma*, fornecendo seus elementos, as relações entre eles estabelecidas, e analisando de forma estruturada um processo que parte do texto da norma e do caso concreto e chega ao fim com a construção da norma de decisão<sup>60</sup>, a metódica fornece importantes dados conceituais (e operacionais) para o trabalho cotidiano dos juristas. Apesar de não ser uma lógica jurídica formal, pois parte de uma concepção da ciência jurídica como ciência decisória (e um *quantum* mínimo de discricionariedade é elemento constitutivo do próprio conceito de decisão) e preocupa-se com a correção material dos argumentos, a metódica jurídica fornece importantes critérios para se auferir a racionalidade das decisões judiciais. Daí sua caracterização, pelo próprio Müller, como *técnica de imputação*, ou seja, técnica que fornece ao trabalhador jurídico um procedimento estruturado capaz de imputar sua decisão ao texto de norma que a fundamenta

---

<sup>57</sup> Tradução livre.

<sup>58</sup> Tradução livre.

<sup>59</sup> Tradução livre.

<sup>60</sup> “*Norma de decisão*” é a tradução para o termo alemão [*Entscheidungsnorm*] e refere-se ao último estágio do processo de concretização, correspondendo, em um sentido genérico e comparativo, ao que o direito processual denomina de *parte dispositiva da sentença*. Por vezes o termo também aparece traduzido por “norma-decisão” ou mesmo “norma da decisão”.

(cf. MÜLLER, 1996, p. 37)<sup>61</sup>, garantindo assim, à decisão tomada, a importante característica de ser *racionalmente fundamentada*.

De todo o exposto decorre que: “Em se concentrando sobre o grau ótimo de racionalidade e de controlabilidade da realização do direito orientada pelos textos de normas, ela [a metódica jurídica] se concentra sobre seu tema”<sup>62</sup> (MÜLLER, 1996, p. 35).

Em que pese tudo o que acabamos de dizer, ainda se faz necessário mais um passo na direção de um maior esclarecimento sobre a caracterização de nosso objeto de análise. A metódica estruturante de Friedrich Müller, como vimos, não se afigura uma “lógica jurídica formal” e ao mesmo tempo apresenta-se como “*técnica de imputação*”, exercendo uma importante função no auxílio à controlabilidade da racionalidade da decisão judicial. No entanto, para além de uma característica meramente descritiva do trabalho do jurista, ela fornece importantes elementos prescritivos que podem auxiliar não só em um trabalho regressivo de imputação, mas, em especial, em uma tarefa progressivo-concretizadora; ou seja, no processo de construção da norma jurídica e da norma de decisão. Nesse aspecto, não se trata apenas de uma “técnica de imputação”, mas de uma “técnica de decisão” (cf. MÜLLER, 1996, p. 37). Ou seja, de uma técnica (no sentido mais amplo possível do termo) destinada a estruturar o processo de concretização da norma jurídica, fornecendo ao responsável pela decisão judicial elementos racionalizadores desse processo. Ressalte-se, mais uma vez, que tal fato não transforma a *metódica estruturante* em uma lógica jurídica formal, fazendo-lhe regredir alguns anos no debate metodológico; mas, ao contrário, traz à tona esse caráter bifuncional da proposta de Friedrich Müller: ao mesmo tempo em que se apresenta como um raio-x da prática cotidiana dos juristas, interage com o resultado desse exame apresentando elementos teóricos na tentativa de racionalizar tal prática, coadunando-a, assim, com os ditames do Estado democrático de direito.

Jochen Schneider e Ulrich Schroth (2002, p. 523) defendem que:

As atuais teorias da argumentação permitem a identificação de três objetivos de conhecimento. Por um lado, a teoria da argumentação é concebida como teoria de instruções normativas do procedimento do juiz (**teoria prescritiva da argumentação**). Por outro lado, a teoria da argumentação é concebida segundo o critério da compreensão, interrogando-se então sobre o sentido da argumentação jurídica em geral (**teoria interpretativa da argumentação**).

<sup>61</sup> Tratando da função da metódica estruturante, Müller (1995, p. 28) afirma que “a sua função consiste em elaborar, formular regras para a imputação (faticamente com probabilidade suficiente) bem-sucedida das *normas de decisão* estabelecidas no caso individual às *normas jurídicas* gerais indicadas como existentes por trás dessas normas de decisão”. E complementa: “A solução de casos jurídicos é uma *técnica decisória*, a metódica jurídica enquanto metódica da fundamentação explanadora da decisão é uma *técnica de imputação*”.

<sup>62</sup> Tradução livre.

*Last but not least*, a teoria da argumentação pode ser entendida empiricamente. Nesta forma, ela investiga de que modo a argumentação jurídica se apresenta na prática jurídica (**teoria empírica da argumentação**) (*grifamos*).

Partindo da classificação apresentada por Schneider e Schroth, podemos afirmar que a *metódica estruturante* de Friedrich Müller caracteriza-se como uma teoria da argumentação que nasce *descritiva*, desenvolve-se como *interpretativa* e consolida-se como *prescritiva*. Contudo, não se pode delimitar tais momentos como estanques (não se pode afirmar que a *metódica estruturante* nasce apenas descritiva, nem tampouco afirmar que hoje desempenhe caráter unicamente *prescritivo*). Entendemos que, ao contrário de Robert Alexy (cf. 2005), por exemplo, que apresenta uma teoria da argumentação de acentuado tom prescritivo<sup>63</sup>, Friedrich Müller não tem na prescrição seu principal alvo. Trata-se de uma investigação acerca de como atuam na *práxis* cotidiana os “operadores do direito” e de perguntas sobre o sentido desse trabalho. Entretanto, inevitavelmente, de *técnica de imputação* passa a *metódica* a constituir-se igualmente em *técnica de decisão*, fornecendo por isso uma construção de caráter prescritivo.

### 1.3.3 As conexões entre a *metódica estruturante* e o direito constitucional

Um derradeiro aspecto que necessita de esclarecimento é o que se refere à relação existente entre a *metódica estruturante* (e a própria *Teoria estruturante do direito*) e a teoria constitucional, solo este onde Müller semeou, cultivou e colheu os frutos de seu projeto teórico:

A teoria da norma e a *metódica* sustentadas aqui [...] têm seu ponto de partida nas dificuldades e nas experiências exemplares de um domínio particular do direito, o direito constitucional, e implicam ao mesmo tempo seus pressupostos políticos (MÜLLER, 1996, p. 30)<sup>64</sup>.

A centralidade que possuem hoje, nas pesquisas de Filosofia e Teoria do Direito, as questões componentes do âmbito de estudos do Direito denominado de Teoria Constitucional,

<sup>63</sup> Sobre o caráter prescritivo da teoria da argumentação de Alexy (cf. SCHNEIDER; SCHROTH, 2002, p. 523-527).

<sup>64</sup> Tradução livre.

deriva de um fator relativamente simples: o respectivo destaque do qual desfrutam as Constituições (elevadas a centro de convergência legislativo das atuais democracias constitucionais) dentro dos sistemas jurídicos de quase todos os países. Esse *status* constitucional, manifestado no entendimento de que são as Constituições os documentos político-jurídicos responsáveis pela fundação e respectiva organização dos Estados, por si só, já faz com que os estudos que lhe dizem respeito adquiram centralidade em termos de teoria do Direito. Contudo, ainda um outro aspecto soma forças ao precedentemente mencionado. Trata-se da *textura aberta* (*open texture*)<sup>65</sup> que, regra geral, caracteriza as normas constitucionais<sup>66</sup> e que, conseqüentemente, torna o processo de concretização (ou a interpretação, para usar uma expressão “clássica”) dessa espécie de norma mais complexo, delicado e carecedor de uma fundamentação racional. O que, por sua vez, faz desse âmbito um fecundo *locus* de estudo acerca da concretização normativa e a correspondente fundamentação racional que deve acompanhá-la.

Esses dois aspectos, em especial, levaram Müller a optar pela Teoria Constitucional como âmbito privilegiado de trabalho<sup>67</sup>. Porém, em que pese essa *origem constitucional* que permeia a *metódica estruturante*, como ressalva seu próprio autor:

O modelo-quadro de uma metódica estruturante que é aqui desenvolvida busca aprender, para todos os domínios normativos e dogmáticos do direito, o processo de concretização das normas e, assim, o trabalho jurídico ligado a textos de normas. Fornece, pois, por assim dizer, o equipamento elementar necessário às diversas modalidades do trabalho jurídico (MÜLLER, 1996, p. 36)<sup>68</sup>.

---

<sup>65</sup> Por *textura aberta* (baixa densidade) das normas constitucionais entende-se a significativamente mais ampla “[...] disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’” (CANOTILHO, 1999, p. 1145).

<sup>66</sup> É válido ressaltar que esse aspecto sempre esteve presente em documentos constitucionais, mesmo quando não havia ainda propriamente uma Teoria Constitucional. Já as primeiras Constituições liberais (como a estadunidense e as francesas do período pós-revolução) caracterizavam-se como documentos de baixa densidade, de alta margem interpretativa. No entanto, é o período de surgimento da Teoria Constitucional (o primeiro quarto do século XX), que inaugura a fase do constitucionalismo social (com as constituições do México, de 1917, e da Alemanha, de 1919), onde as Constituições passam a ousar mais, regulamentando não apenas os direitos e garantias individuais e a organização jurídico-político-administrativa do Estado, mas também adentrando no terreno dos direitos e garantias de caráter social e coletivo. Tal fato, que marcou o constitucionalismo do Estado de Bem-Estar Social e que, mormente a ofensiva neoliberal, ainda dá o tom de diversos Textos Constitucionais; em muito alterou duas questões centrais do constitucionalismo: a interpretação constitucional e a relação entre o Judiciário e os demais Poderes (Executivo e Legislativo).

<sup>67</sup> Cabe mencionar, ainda, por rigor metódico, mais um dado: a influência desses aspectos que mencionamos não foi propriamente direta. Os pontos de partida de Müller, de modo efetivo, foram: a prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional alemão, de um lado, e a discussão com as “tendências constitucionais” de seu tempo, de outro.

<sup>68</sup> Tradução livre.

Características próprias das normas constitucionais, bem como o maior contato com a realidade política que possuem as discussões acerca da Constituição, tornam o campo da jurisprudência constitucional um espaço deveras frutífero para a análise de questões práticas da vida constitucional. Pautado em suas concepções acerca da estrutura da norma e sua normatividade, Müller utilizou a jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) como importante campo de investigação para a *metódica estruturante*. A compreensão da relação que se estabelece entre prática jurisprudencial da Corte alemã e surgimento e desenvolvimento da *metódica estruturante* afigura-se um dado importante, não apenas para um entendimento acerca do contexto histórico-político de nascimento da teoria de Müller, mas igualmente para a compreensão de pontos centrais das teses do autor alemão, razão pela qual lhe dedicaremos a última seção deste primeiro capítulo.

#### **1.4 Uma teoria indutiva: a prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC)**

Toda a construção teórica de Friedrich Müller possui, evidentemente, elementos de cunho teórico que a embasam, conferindo consistência e rigor ao projeto. Contudo, não se deve reear qualquer equívoco na caracterização de sua teoria como eminentemente *indutiva*<sup>69</sup>, pois, como demonstraremos a seguir, uma análise crítica da prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC)<sup>70</sup> consiste em um importante elemento

---

<sup>69</sup> Uma determinada concepção teórica afigura-se como *indutiva* quando trabalha com uma espécie de raciocínio onde as premissas têm caráter menos geral que a(s) conclusão(ões). É aqui, sem dúvidas, que se insere a *teoria estruturante do direito* (bem, como, conseqüentemente, sua correlata *metódica*). Para Olivier Jouanjan (1996, p. 12, tradução livre), “A abordagem indutiva consiste, portanto, em uma análise *crítica* (e o ponto crítico é fornecido pelos princípios do direito em vigor) da prática jurídica real”. É, com efeito, o caminho trilhado por Friedrich Müller que, apesar de toda sua inserção no debate metodológico alemão do séc. XX, constrói sua teoria não a partir de uma teoria de base, de uma teoria filosófica de fundamentação, mas sim a partir da *prática cotidiana dos tribunais*, do direito vivo, do direito de todos os dias. Ressalta-se, pela importância, que não há que se falar (por uma impossibilidade epistemológica e metodológica) de uma desconsideração total de bases filosóficas. Evidentemente que não. Mas há que se frisar o caráter eminentemente indutivo da teoria, que parte da práxis para o teórico, e não o contrário. Sobre o caráter *indutivo* da *metódica estruturante*, nas próprias palavras de Müller, cf. 1996, p. 32-33.

<sup>70</sup> Derrotada nas duas Grandes Guerras, berço da experiência nazista e tendo visto a Constituição republicana de Weimar ter existência curta, a Alemanha somente conheceu um desenvolvimento constitucional em termos modernos, a partir do fim da Segunda Guerra e o correlato estabelecimento da Lei Fundamental de Bonn, de 1949. Em que pese a ausência de uma Assembléia Constituinte democraticamente eleita e/ou de um referendo popular visando a ratificação do Texto, a Lei Fundamental alemã contribuiu de forma significativa para a reconstrução da Alemanha pós-1945. Conforme afirma Nuno Rogério (1996, p. 50), “A Constituição de 1949 teve, mais do que mera tarefa de estruturação jurídica do Estado, a missão de refundação de uma Alemanha destruída e humilhada, materialmente exausta e internacionalmente isolada, ocupada e dividida”. E dentro desse

(talvez o mais importante) desencadeador do processo de construção da *metódica estruturante*.

Com efeito, Friedrich Müller parte daquilo que chama “o estado atual da metódica no direito constitucional”. E o faz a partir de dois referenciais, de dois caminhos: de um lado, vale-se de uma análise da discussão na literatura científica; de outro, utiliza-se de uma investigação acerca da prática jurisprudencial da mais importante Corte de seu país (o Tribunal Federal Constitucional). A razão que o leva a essa atitude é que, em que pese a atuação conjunta de Legislativo, Executivo e Judiciário no processo de concretização constitucional, de efetivação do Texto Constitucional, ao lado da ciência do direito; “somente a jurisprudência está obrigada a fornecer constantes e concatenadas representações dos seus processos decisórios” (MÜLLER, 2005, p. 05; 1996, p. 52), o que a torna um interessante e seguro campo de estudo. E ainda: no plano jurisprudencial, afirma o autor, “[...] os materiais existentes são de um volume e de uma consistência suficientes para permitir acompanhar com confiabilidade as concepções e tendências metódicas” (MÜLLER, 1996, p. 52). Tais dados práticos, lidos a partir de aportes teóricos específicos, levaram o autor a adotar a jurisprudência do TFC como *locus* privilegiado de análise; *locus* este que mantém com o “resultado final” da metódica uma interessante relação de complementaridade, pois ao mesmo tempo em que se apresentam como dotados de autonomia, alguns elementos do processo de concretização normativa já estavam previamente identificados na análise daquela jurisprudência. E mais: por um lado, foi a análise dessa jurisprudência que permitiu o surgimento e o desenvolvimento da *metódica estruturante*; por outro, a própria *metódica* serve, atualmente, como vem fazendo desde o seu surgimento, como referencial teórico de avaliação do trabalho jurisprudencial, permitindo assim a discussão e o controle dos resultados atingidos pelos Tribunais, inclusive pelo próprio Tribunal Federal Constitucional.

---

cenário de ressurgimento, papel de destaque assumiu o Tribunal Federal Constitucional. Com efeito, até 1949 com a Lei Fundamental, a Alemanha não havia conhecido uma jurisdição constitucional autônoma, elemento hoje consensualmente aceito como de singular importância na consolidação de uma democracia constitucional. Foi somente a partir de 1951, com a instituição da Corte que já estava prevista, especialmente, nos arts. 92 a 94 da Lei Fundamental, que de fato o processo de concretização do Texto Constitucional alemão de 1949 teve início.



### 1.4.1 A metódica do Tribunal Federal Constitucional

Constitucionalmente previsto nos artigos 92 a 94 da Lei Fundamental alemã (1949), o Tribunal somente foi instituído por lei em 1951. Nasce, portanto, em um momento histórico singular da vida constitucional alemã que, após toda a riqueza do debate dos tempos de Weimar, viveu durante as décadas de 30 e de 40, ou o vácuo institucional do regime nazista, ou seus efeitos mais próximos. Conseqüência direta da lembrança nazista na teoria jurídica alemã (principalmente no âmbito da filosofia do direito) do início da segunda metade do século passado foi o renascer jusnaturalista, que na leitura de Paulo Bonavides (2005, p. [II]), “foi um relâmpago, não uma lâmpada”<sup>71</sup>.

De fato, um retorno ao jusnaturalismo apresentava-se como a primeira e mais acertada medida de reação contra a experiência jurídica (ou sua ausência) nazista. Contudo, em que pese o esforço de Gustav Radbruch, que do positivismo converteu-se ao jusnaturalismo e foi o expoente do “renascer” jusnaturalista dos anos 50, a proposta não obteve maiores êxitos. E isso em razão de um dado fundamental: o ano de 1953 conhece a publicação de *Topik und Jurisprudenz* (Tópica e Jurisprudência), de Theodor Viehweg, obra que faz ressurgir a tópica. E com a tópica – afirma Paulo Bonavides (2000, p. 446) – “inaugurou-se para a hermenêutica contemporânea [especialmente para a alemã] uma direção indubitavelmente renovadora”<sup>72</sup>.

Assim, a derrocada do positivismo e os renasceres jusnaturalista e tópico compuseram o quadro teórico-hermenêutico alemão do pós-Segunda Guerra Mundial, pelo menos nos anos imediatamente posteriores ao fim do conflito. O Tribunal Federal Constitucional, que nasce nesse contexto histórico, estava órfão de um posicionamento hermenêutico que fosse predominante e que, além disso, gozasse de amadurecimento e consolidação teóricos. Não lhe restou outra opção a não ser – pelo menos no plano retórico – manter-se ligado à tradição.

Com efeito, já em suas primeiras decisões, em seus primeiros acórdãos, o Tribunal Federal Constitucional se autodenominava um seguidor da tradicional teoria da interpretação,

<sup>71</sup> No mesmo sentido, cf. Kaufmann, 2004, p. 46-48.

<sup>72</sup> Para o Prof. Paulo Bonavides a ressonância do método tópico na hermenêutica alemã adquire *status* de um verdadeiro marco, um divisor de águas: “O prestígio da tópica em toda a Alemanha logo se fez sentir com a adesão de três civilistas eminentes – Wieacker, Esser e Coing – seguida de apoio de constitucionalistas de peso, como Schneider e Ehmke, relatores do tema ‘Princípios de Interpretação Constitucional’, exposto na assembléia de 1961 dos professores de direito público daquele país” (2000, p. 448). Continua, ainda, o Prof. Paulo Bonavides, agora numa afirmação mais discutível, defendendo que também se voltaram para o método tópico, “nomeadamente para uma teoria material da Constituição, construindo estradas próprias com o propósito de alcançar objetivos semelhantes, juristas da envergadura de Martin Kriele, Peter Häberle, Friedrich Müller e Konrad Hesse” (2000, p. 448).

segundo a qual a resolução de um caso jurídico dar-se-ia de forma silogística: uma premissa maior (o texto da lei), uma premissa menor (os fatos concretos) e a conclusão (a decisão) (cf. MÜLLER, 1996, p. 52-55). Entretanto, para que o silogismo possa ser desencadeado, um passo prévio faz-se antes necessário: estabelecer o conteúdo da norma, o que se dá com o auxílio dos métodos (tradicionais) de interpretação.

Essa teoria – a tradicional – sempre se perguntou qual seria o objetivo da interpretação: a “vontade do legislador” ou a “vontade (objetiva) da lei”? Conseqüentemente, esta questão não deixou de ocorrer ao Tribunal, que se filiou – ao menos discursivamente – à tese objetivista<sup>73</sup>. Müller afirma que, já em um julgamento de 21 de maio de 1952<sup>74</sup>, decidiu-se que “é a vontade do legislador, tal qual ela se exprime e se objetiva na disposição legislativa, que é determinante para a interpretação desta disposição [...]”<sup>75</sup>. A tese é relativamente simples: “A ‘vontade do legislador’ encontra-se objetivada na lei” (BVerfGE 11,26, apud. SCHWABE, 2003, p. 02), o que corresponde a uma espécie de *objetivação da tese subjetivista*<sup>76</sup>. E para atingir tal desiderato, ou seja, a vontade legislativa objetivada no texto da lei – como defende a teoria tradicional – é lícito ao Tribunal valer-se, de forma coordenada e complementar, dos métodos gramatical, sistemático, teleológico e histórico (BVerfGE 11,26, apud. SCHWABE, 2003, p. 02; MÜLLER, 1996, p. 52). Com o auxílio de tais métodos, seria possível ao julgador descobrir a “vontade da lei”<sup>77</sup>.

Entretanto, em que pese ser lícito e recomendável ao responsável pela decisão judicial trabalhar os métodos de forma coordenada e complementar, o discurso jurisprudencial

<sup>73</sup> A tese objetivista surgiu e ganhou força já no final do séc. XIX, quando se professava: “[...] se a lei vale menos, em último termo, por ser ‘positiva’ do que por ser ‘racional’, mais do que à vontade empírica do legislador cumpre recorrer à sua vontade ‘racional’, ou seja, à razão jurídica contida na lei” (LARENZ, 1989, p. 35). Foi a essa exigência “que correspondeu a teoria ‘objectivista’ da interpretação, tal como foi exposta, nos anos 1885 e 1886, quase simultaneamente por três dos mais significativos teorizadores do Direito da época: Binding, Wach e Kohler”, explica-nos Larenz (1989, p. 35-36). Sobre a tese central do voluntarismo objetivista, Larenz afirma tratar-se de uma concepção que defende “não apenas que a lei, uma vez promulgada pode, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor – o que seria um truísmo –, mas ainda que o juridicamente decisivo é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação ‘objectiva’, independente dele e imanente à mesma lei” (1989, p. 36).

<sup>74</sup> Decisão em BVerfGE 1, 299 (312). Confirmada nas seguintes: BVerfGE 6, 55 (75), BVerfGE 10, 234 (244), BVerfGE 11, 126 (130). Cf. Müller (1996, p. 53, nota 1). A sigla (BVerfGE) refere-se ao Repertório de Decisões da Corte Constitucional Federal. Os dois números que a seguem, separados por uma vírgula, indicam, respectivamente, o tomo em que a decisão aparece e a página onde está transcrito o trecho citado.

<sup>75</sup> Tradução livre.

<sup>76</sup> Contudo, a consistência da *tese objetivista* não era um dado na jurisprudência do Tribunal. Em diversos julgamentos, como por exemplo, em BVerfGE 2, 266; 4, 299 (citados por Müller, 1996, p. 56), o decisivo foram argumentos referentes aos trabalhos preparatórios da Constituição, vale dizer, aqueles referentes à vontade constituinte, sem que tal abandono da tese objetivista tenha sido devidamente justificado.

<sup>77</sup> Segundo Müller, comentando a concepção reinante na jurisprudência do Tribunal: “A interpretação da letra do texto (interpretação gramatical), de seu contexto (interpretação sistemática), de seu objetivo (interpretação teleológica), bem como a interpretação dos trabalhos preparatórios e da gênese do texto (interpretação histórica ou genética) não têm outro objetivo a não ser descobrir a vontade do legislador tal como objetivada na lei” (1996, p. 53-54) (Tradução livre).

do Tribunal, aponta Müller (1996, p. 54), acenava com uma espécie de *hierarquização racional* dos cânones, onde a primazia parecia recair, “sem outras justificações mais precisas” – e esse é um dado fundamental –, “sobre a letra e o contexto sistemático da disposição legal” (1996, p. 54)<sup>78</sup>. No entanto, já em um julgamento de 1952, (cf. MÜLLER, 1996, p. 54), os aspectos sistemático e teleológico pareciam dotados de um peso decisivo, sendo o texto da norma “cronologicamente utilizado como a primeira *instância de seleção* entre as soluções possíveis e, objetivamente, como o *limite* imposto às distintas soluções aceitáveis” (1996, p. 55)<sup>79</sup>.

Percebe-se que, mesmo dentro da área restrita da concepção tradicional, a jurisprudência do Tribunal já apresentava inconsistências e divergências de cunho metodológico. Contudo, o recurso à teoria tradicional da interpretação era apenas a retórica do Tribunal alemão, pois, como viria a demonstrar sua prática, o processo que então se iniciava de concretização da Lei Fundamental alemã de 1949 exigiria um agir interpretativo muito mais complexo e de difícil fundamentação do que o declarado pelo Tribunal em suas primeiras decisões.

A teoria constitucional alemã ainda não possuía uma tradição hermenêutica apropriada para um especial tipo de disposição legislativa: as normas constitucionais abertas da Lei Fundamental de 1949. O Tribunal Federal Constitucional, um dos principais responsáveis pela concretização da nova Carta alemã, sentiu tal ausência, a ponto de Müller afirmar que se afigura “quase impossível entender a prática decisória da Corte constitucional federal à luz das regras sobre as quais afirma ter feito seu programa” (1996, p. 55)<sup>80</sup>. Ou seja, a prática efetiva e o discurso teórico (retórico) do Tribunal não se coadunavam. Seus dois *postulados interpretativos*, quais sejam, o da busca da vontade objetiva do legislador e o do recurso aos cânones interpretativos que remontam a Savigny, por si só, mostraram-se demasiadamente distantes de obter êxito na fundamentação das decisões. E isso é pontualmente detectado por Müller, que critica a jurisprudência da Corte afirmando que:

As inconseqüências, que colocam em questão o valor da posição metodológica formulada a título de princípio pela Corte constitucional federal, são essencialmente devidas à insuficiência objetiva dos pontos de vista sobre a concretização, tais como são definidos de maneira programática pela alta jurisdição (MÜLLER, 1996, p. 57-58)<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Tradução livre.

<sup>79</sup> Tradução livre.

<sup>80</sup> Tradução livre.

<sup>81</sup> Tradução livre.

Müller ainda defende que, tanto o dogma *voluntarista* da metodologia alemã do séc. XIX, quanto a idéia de que a concretização de uma norma restringe-se a uma interpretação de seu texto tendente a reexecutar uma vontade (pré)-existente e, ainda, a concepção do raciocínio jurídico como silogístico, de modo algum adaptam-se às exigências atuais de concretização de um Texto Constitucional, bem como à própria prática real do processo de decisão (MÜLLER, 1996, p. 58); fatos esses significativamente comprovados pela prática decisória da mais alta Corte alemã.

A razão da incompatibilidade entre a prática decisória real da Corte e aquilo que, por vezes, aparecia na fundamentação dos acórdãos como sendo a teoria seguida por sua jurisprudência resulta, na opinião de Müller, da “insuficiência objetiva dos fundamentos sobre os quais repousam as profissões de fé que a uma falta onerando sobre o fundo o caractere sustentável das decisões judiciais” (1996, p. 59)<sup>82</sup>.

E essa insuficiência metodológica ficou cristalina a partir do momento em que a própria Corte alemã começou a valer-se de novos recursos interpretativos, tais como: o princípio da unidade da Constituição, a interpretação conforme a Constituição e, ainda, o critério da correção funcional. Daqui em diante, ainda que tal ação não fosse deliberadamente voluntária, a jurisprudência da Corte Constitucional alemã tendente a concretizar o Texto constitucional de 1949 passou a demonstrar de forma incontestada que a teoria tradicional da interpretação não servia à sua nobre tarefa constitucional.

#### **1.4.2 A superação da teoria tradicional a partir da inserção dos elementos factuais**

Nem só de novos princípios interpretativos compõe-se o retrato da falência da tradição no âmbito da prática jurisprudencial do Tribunal Federal Constitucional. Com efeito, como acentua Müller (1996, p. 61):

[a] diferença entre, de um lado, as possibilidades e o estado da reflexão relativamente às concepções tradicionais da interpretação e, de outro, a realidade do que realiza a prática da Corte constitucional federal, é mais tangível quando se trata dos elementos de decisão e de motivação que – para

---

<sup>82</sup> Tradução livre.

utilizar a terminologia tradicional – não são tirados das normas, mas da realidade.<sup>83</sup>

O principal referencial dessa *invasão de realidade* na fundamentação das decisões dá-se pela referência (constante) à *natureza da coisa*, recurso utilizado pela Corte “em apoio à concretização do princípio da proibição de arbítrio, bem como enquanto critério da coerência sistemática de uma regulamentação legislativa global”<sup>84</sup> (MÜLLER, 1996, p. 61). Não se trata, contudo, de um proceder metodicamente estruturado, mas tão-somente de considerações acerca de dados sociais reais concernentes ao contexto fático do caso a ser decidido (cf. MÜLLER, 1996, p. 61-62). Além disso, outros elementos de caráter factual integram a imensa gama de argumentos de fundamentação das decisões da Corte alemã, dentre os quais, “a necessidade de chegar a um resultado concretamente apropriado”, “a possibilidade de uma mudança de significação de uma norma constitucional em razão de uma mudança fática no seio do mundo social” e “a significação constitutiva que revê as circunstâncias do caso que devem ser regulamentadas pela norma e pela decisão, considerados os contextos histórico, político ou sociológico como tantos aspectos que, em última análise, sustentam a decisão”. Todos esses “argumentos”, desprovidos de uma elaboração e concatenação metódica, bem como insuscetíveis de compatibilização com a tradicional teoria da norma, somam esforços na demonstração da inconsistência (tanto teórica, como prática) que permeia a metodologia tradicional (e que é discursivamente professada pela Corte) – sobretudo no âmbito constitucional. Segundo Müller (1996, p. 63):

Eles demonstram que o discurso dos métodos tradicionais não permite mais dissimular ou esconder os procedimentos de concretização tais como são em realidade praticados. Eles mostram, enfim, que os procedimentos atuais de concretização da Constituição, tais como são apresentados, estão em condições de recolocar em questão a concepção tradicional da norma jurídica e de sua “aplicação”<sup>85</sup>.

Vista em seu conjunto, a prática metódica do Tribunal Federal Constitucional revelava um pragmatismo que, de um lado, apoiava acriticamente seu discurso na concepção tradicional da interpretação e, de outro, sempre que a doutrina não lhe fornecia material suficiente para a resolução dos casos, rompia constantemente com a fé que professava, também sem o fundamentar (cf. MÜLLER, 1996, p. 90-91).

---

<sup>83</sup> Tradução livre.

<sup>84</sup> Tradução livre.

<sup>85</sup> Tradução livre.

Esse, pois, em apertada síntese, o quadro jurisprudencial alemão que mantém com a posição teórica de Müller uma importante posição de mão dupla: de uma parte, o repertório jurisprudencial da Corte alemã é alvo de agudas críticas (sobretudo no que tange ao aspecto metódico); ao passo que, de outro, trata-se de todo um material de análise que está na origem da *metódica estruturante*, permitindo, por assim dizer, seu surgimento e contribuindo de forma decisiva para o seu aperfeiçoamento.

Eis o recurso argumentativo que Friedrich Müller utiliza na crítica à concepção tradicional da interpretação jurídica. Em vez de recorrer a uma busca por argumentos de caráter (puramente) teóricos, o autor utiliza-se de um referencial institucionalmente palpável: a prática jurisprudencial do TFC. No entanto, isso não significa um completo desprezo pelo desenvolvimento teórico acerca da teoria hermenêutica. Longe disso. Não se distancia, a *metódica estruturante*, de um diálogo com a tópica, com o “*linguistic turn*” (da filosofia da linguagem) ou com a própria hermenêutica filosófica de Gadamer. Por mais que o caráter *indutivo* da teoria seja proclamado, como afirmamos acima, diversos aportes teóricos surgem no auxílio da crítica à jurisprudência da alta Corte alemã. Contudo, Friedrich Müller faz questão de ressaltar que sua construção teórica não se funda em nenhuma teoria (especialmente filosófica) de base, mas ao contrário surge da *práxis*, da observação crítica do cotidiano dos “operadores do direito”. E é a partir dessa via indutiva que será formulada a *teoria (estruturante) da norma jurídica*, objeto do próximo capítulo.

## CAPÍTULO II

### A TEORIA DA NORMA DE FRIEDRICH MÜLLER: Os elementos do trabalho metódico de construção da norma jurídica

#### Introdução

Após apresentarmos, no primeiro capítulo, a reformulação por Friedrich Müller operada no trato da relação entre norma e realidade no âmbito da teoria do direito, sua concepção acerca da ciência jurídica como *práxis* metódica, bem como a própria caracterização, em suas linhas gerais, de sua metódica estruturante; neste segundo capítulo serão apresentados os elementos que Müller entende constitutivos da norma jurídica, além da estruturação do processo de concretização.

O cerne do projeto teórico de Friedrich Müller é a teoria (estruturada) da norma jurídica – o “coração” da teoria. A norma, para a metódica estruturante, somente se apresenta como tal na parte final do processo de concretização, processo esse que *guia* o *procedimento* de *construção* da norma jurídica. Daí podermos afirmar que, na concepção pós-positivista da norma, esta é tanto o resultado (parcial) de um processo de concretização (construção) quanto o próprio processo<sup>86</sup>.

Para a *teoria estruturante do direito*, a norma jurídica apresenta-se como ordem materialmente determinada, como o resultado metodologicamente orientado de um processo de construção que envolve texto e contexto, *programa normativo* e *âmbito normativo*. Nas linhas que se seguem estabeleceremos detalhadamente o mecanismo de construção de cada um dos elementos constitutivos da norma, demonstrando de forma palpável como se opera a reformulação da relação entre norma e realidade.

O alvo deste capítulo, nesse sentido, é decodificar a estrutura da norma jurídica na *metódica estruturante*, bem como analisar cada um dos *elementos do processo de concretização*, caracterizando-os e delimitando seu âmbito de atuação. Será aqui apresentada,

---

<sup>86</sup> Esse, portanto, o ponto de origem da afirmação de Robert Alexy, (cf. 1993, p. 70), para quem, em Müller – e ele próprio confirma a assertiva –, a norma jurídica e a teoria da aplicação do direito são duas faces da mesma moeda. Alexy (1993, p. 70) inclusive cita trecho da obra *Juristische Methodik und Politisches System*, Berlim, 1976, p. 94, onde Müller afirma que “A concepção pode ser formulada, por uma parte, como modelo estrutural geral das *normas jurídicas*; por outra, como estruturação dos *processos de decisão* jurídicos e, finalmente, como *exigência para o trabalho* dos juristas” (Tradução livre).

portanto, o que podemos denominar de “primeira parte da teoria da decisão de Friedrich Müller”, ficando para o derradeiro capítulo, no contexto da discussão sobre a racionalidade da decisão, a perturbadora questão acerca da hierarquização de tais elementos.

## **2.1 A estrutura do processo de concretização normativa: a teoria da norma de Friedrich Müller**

### **2.1.1 A norma jurídica como *ordem materialmente determinada***

Afigura-se um dado de entrada fundamental do projeto teórico de Friedrich Müller, como já vimos em algumas passagens anteriores, a não-identidade entre o texto da norma e a norma jurídica (concretizada). Aqui, a norma jurídica apresenta-se não como um dado, mas como resultado, como produto do processo de concretização. Esse processo, que parte do caso e do texto e *metodicamente orientado* dirige-se à norma de decisão, é – no que concerne aos textos de normas garantidores dos direitos humanos – em citação longa, mas significativamente esclarecedora, assim resumido pelo autor:

Os direitos humanos e de cidadania são normas positivas. Mas eles não estão “contidos” liminarmente [nicht schon “enthaltten”] – como todas as normas consoante a Teoria Estrutural do Direito – no texto legal, vale dizer, nesse contexto, no texto constitucional. Este último somente fornece o texto da norma [Normtext], uma forma prévia da norma jurídica. Formulando em termos metodológicos, podemos dizer que o texto da norma é o ponto de partida do processo de concretização, implementado pelo jurista, v. g., pelo juiz. O texto da norma é interpretado como todos os recursos hermenêuticos [Mitteln der Auslegung], com todos os dados de linguagem. Quer dizer: em termos gramaticais, históricos, genéticos e sistemáticos; mas também com procedimentos modernos de interpretação da constituição, como, por exemplo, “interpretação conforme a constituição”, “correção funcional”, “proporcionalidade”, “concordância prática”, “conexão [Zusammenhang] entre direitos fundamentais e competências”. O resultado dessa interpretação é chamado aqui de programa da norma. Com ele se elabora a primeira parte integrante da norma jurídica. Mas ao mesmo tempo os dados materiais [sachliche Daten] (v.g. econômicos, políticos, sociais, técnicos) do caso, os dados reais, são, como sempre, coletados e formulados pelo juiz, enquanto “área material” [“Sachbereich”] do direito fundamental. À medida que esses fatos são (a) relevantes para a questão de direito em epígrafe e (b) compatíveis com o programa da norma elaborado, eles constituem a segunda parte integrante da norma jurídica, a área da norma. Ela contém, por



consequente, os fatos, que podem embasar legitimamente a decisão. Assim a norma jurídica acabada, construída pelo juiz – ou por outro jurista que tomar a decisão – consiste do programa da norma e da área da norma (MÜLLER, 1995a, p. 540-541).

Tal processo, que partindo do caso e do texto, passando pelo programa e pelo âmbito normativos, e terminando na norma jurídica e na subsequente norma de decisão, é ao mesmo tempo um procedimento de descrição da estrutura da norma jurídica, bem como a prescrição (normativamente orientada) de como funciona e de como *deve* funcionar o processo de decisão judicial. Com ele, Friedrich Müller quer tanto explicitar a estrutura geral do processo de concretização normativa, quanto oferecer critérios (*metodicamente controláveis*) de concretização que permitam a discussão e o controle da decisão judicial; vale dizer, a estrutura geral desse processo representa dois conceitos, até distintos conceitualmente, mas não empiricamente passíveis de separação no âmbito da *teoria estruturante do direito*: a *norma jurídica* (ou a teoria da norma jurídica) e a própria estrutura do processo de decisão judicial (ou a teoria acerca da decisão).

A norma jurídica, para a *metódica estruturante*, apresenta-se não como uma ordem materialmente vazia, mas, ao contrário, como “um modelo de ordenamento [de ordem] materialmente determinado, cujos elementos materiais atuam de modo co-normativo, conforme a concretização defensável no quadro do Estado de Direito”<sup>87</sup> (MÜLLER, 2004, p. 31-32). A norma jurídica possui como um de seus elementos integrantes o âmbito da realidade pelo programa normativo abarcado<sup>88</sup>. Todo texto de norma jurídica possui um âmbito material ao qual ele se refere (ou mais especificamente, ao qual o programa normativo refere-se). E esse âmbito de realidade será tanto maior quanto for a *abertura* da disposição legislativa<sup>89</sup>.

Daí que:

No *processo efetivo* da concretização prática do direito, o “direito” e a “realidade” não constituem duas grandezas independentes, existentes cada qual por si. A prescrição, de uma parte, e o que é ordenado por meio dela, de

<sup>87</sup> Ou ainda, no específico plano do direito constitucional: “[...] uma Constituição é um ordenamento fundamental materialmente determinado” (MÜLLER, 2004, p. 114).

<sup>88</sup> É aqui que reside um dos principais pontos de divergência entre a concepção de norma de Friedrich Müller e a que defende seu compatriota Robert Alexy. Para a concepção exposta pela *teoria estruturante do direito*, evidentemente, texto da norma e norma jurídica são conceitos distintos. O mesmo ocorre com a proposta teórica de Robert Alexy, que distingue entre norma e enunciado normativo. Contudo, cessam por aqui as semelhanças. Ao contrário da proposta de Müller, Alexy vê como inconcebível a pretensão de inserção do “âmbito normativo” como componente da norma jurídica. Para as razões de Robert Alexy cf. 1993, p. 73-80. Os argumentos de Müller estão expostos em 1996, p. 204-208. Na tentativa de contenção do “sincretismo metodológico” que permeia algumas análises feitas no Brasil, outras distinções entre as propostas desses dois autores podem ser verificadas na análise de Silva, 2005, p. 115-143.

<sup>89</sup> É o que ocorre, por exemplo, com os textos de normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais.

outra parte, são dois momentos da concretização de eficácia equivalente e cuja distinção é somente relativa<sup>90</sup>(MÜLLER, 1996, p. 192).

Essa proposta metódica de construção da norma jurídica a partir de uma análise conjugada entre direito e realidade permite a superação de algumas aporias da teoria jurídica, em especial a referente ao *Direito Judicial (ou Jurisprudencial)*, ou mais especificamente, a pergunta sobre se os juízes criariam ou não direito. No seio do processo de concretização tal questionamento, se não for abandonado, deve ao menos ser reformulado: a pergunta não deve ser sobre eventual poder de criação do Judiciário, mas sim sobre o “*grau de criatividade*” e sobre os “*modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciários*” (CAPPELLETTI, 1999, p. 21).

O objetivo do processo de concretização é a criação (construção metodicamente orientada) da norma jurídica e da ulterior norma de decisão (que tem o poder de alterar a realidade social, colocando direito e realidade em conexão). Isso não pode suscitar dúvidas: não se afigura com sentido a pergunta sobre eventual possibilidade de criação por parte do Judiciário. Todos os poderes estatais criam direito. A diferença, contudo, reside na competência, na função constitucionalmente atribuída a cada um. O que não é lícito ao Judiciário produzir são normas de caráter geral e abstrato (os textos de norma), função proeminentemente legislativa. Por outro lado, a concretização, apesar de consistir em um objetivo de todos os que vivem determinado ordenamento jurídico (não só dos órgãos estatais, mas também particulares), na atual configuração do Estado democrático de direito tem no Judiciário seu principal agente, e no processo judicial, por sua vez, seu *locus* de operacionalização.

Esse processo de construção da norma jurídica, conforme veremos nas páginas que se seguem, apresenta uma série de etapas que têm por fim “dividir para controlar”. Ou seja, encontra-se na proposta de Müller a idéia de que quanto mais passos metódicos de trabalho forem estabelecidos, maior apresenta-se a chance de discussão e controle das decisões.

---

<sup>90</sup> Tradução livre.

### 2.1.2 O texto normativo e o caso concreto: o desencadeamento e a limitação do processo

Na acepção de Friedrich Müller, como também na de outros pensadores<sup>91</sup>, detectamos o que Castanheira Neves (1993, p. 142) denomina “o caso jurídico como *prius metodológico*”, vale dizer, o caso jurídico a ser solucionado é “a perspectiva problemático-intencional que tudo condiciona e em função da qual tudo deverá ser interrogado e resolvido”. É o que de fato ocorre na *metódica estruturante*. Em que pese figurar o texto da norma (ou os textos das normas) como um dos elementos desencadeadores do processo, por uma questão de primazia lógica, é o caso que de fato dá o impulso da concretização, ficando reservado ao texto a função não menos digna de guia e de limitador do processo. Difícil não reconhecer aqui um contributo da tópica de Theodor Viehweg, que tinha como postulado “pensar o problema”<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> Castanheira Neves, Martin Kriele, Arthur Kaufmann, entre outros.

<sup>92</sup> Os trabalhos de Theodor Viehweg, principalmente Tópica e Jurisprudência (Topik und Jurisprudenz), influenciaram toda uma geração de juristas e de posicionamentos metódicos da segunda metade do século XX. Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 448), “O prestígio da tópica em toda a Alemanha logo se fez sentir com a adesão de três civilistas eminentes – Wieacker, Esser e Coing – seguida do apoio de constitucionalistas de peso, como Schneider e Ehmke”. No Brasil, o tratamento acerca da influência da tópica no âmbito constitucional, ainda que de forma sucinta, tem como um dos principais expositores justamente Paulo Bonavides, que é também o responsável pela introdução do pensamento de Müller na teoria do direito brasileira. Em sua leitura, a metódica estruturante caracteriza-se como “um método concretista de inspiração tópica”, que possuiria “sua base medular ou inspiração maior na tópica”, à qual Müller “faz alguns reparos, modificando-a em diversos pontos para poder chegar aos resultados da metodologia proposta” (BONAVIDES, 2000, p. 456). Essa posição, no entanto, parece imbuída de certo otimismo um tanto quanto exacerbado no que concerne ao relacionamento da teoria estruturante do direito com o modo de proceder tópico. Com efeito, Müller tece críticas à metodologia constituída sob a base dos *topoi*, em especial no que tange à consideração da norma (seu texto) como um *topos* dentre outros. Ao não trabalhar de forma clara e cristalina a noção de submissão à lei constitucional, que deve permear a *práxis* jurídica em um Estado democrático de direito, o modo de proceder tópico apresenta-se desprovido de qualquer possibilidade de aceitação racional. Em razão da posição de destaque que assumem na configuração político-jurídica do Estado de direito, as normas constitucionais (e, em especial, o uso que delas se faz) primam por uma total obediência aos “imperativos que emanam do Estado de direito”: “a claridade das normas, a precisão das condições legais, a claridade dos métodos e a segurança jurídica” (MÜLLER, 1996, p. 130). Daí afirmar o autor, de forma categórica, que: “A ‘problematização’, esse tipo de pensamento que tem seu ponto de partida na primazia dada ao problema enquanto tal, não pode satisfazer às exigências que põe a Lei fundamental relativamente à sua concretização, e isso nem do ponto de vista dos métodos, nem do ponto de vista do respeito ao princípio do Estado de direito” (MÜLLER, 1996, p. 130). Ou ainda: “[...] aquele que quer decidir em certo sentido em tudo respeitando o direito em vigor não poderá encontrar sempre uma norma que possa justificar sua vontade. Aquele que, ao contrário, pretende impor certas decisões de fundo, em caso de necessidade, contra o direito positivo, encontrará sempre, sem nenhuma dúvida, boas razões (puramente verbais) para justificar, independentemente das normas, sua vontade (política, ideológica, ou outra forma interessada) pelo único recurso ao ‘problema’ – um problema que, ao contrário do texto da norma, será exclusivamente formulado por ele mesmo” (MÜLLER, 1996, p. 137, tradução livre). Há, porém, de se reconhecer, alguns âmbitos de convergência entre a metodologia tópica e a concepção estruturante de Müller. Por um lado, o rechaço ao positivismo e à concepção do raciocínio jurídico como axiomático-dedutivo e a configuração do sistema jurídico como um sistema fechado, apresentam-se como flancos de combate onde ambas as propostas atuam; por outro, o lugar metódico no qual se situa o “problema”, o destaque e importância que o caso a ser

A *metódica estruturante*, como vimos, não apenas pretende-se uma teoria normativa da argumentação. Há, e de forma fundamental, no âmago da proposta, um especial elemento indutivo: não se trata de como deve ser o processo de concretização; trata-se de descrevê-lo como é. Para Friedrich Müller o direito é o direito vivo (*law in action*), o direito do caso concreto, a concreção, a aplicação da gama dos conjuntos de textos a determinado contexto fático. Daí que, para o autor alemão, ao contrário do que se sucede com as concepções positivistas tradicionais, não faz nenhum sentido uma abordagem restrita apenas aos textos de normas. Tal não passaria de ilusão positivista.

### 2.1.2.1 Dados lingüísticos e dados reais

Antes de adentrarmos propriamente na análise do processo de concretização faz-se necessário delimitar alguns conceitos importantes para a compreensão desse processo.

A *metódica estruturante* trabalha com a pressuposição de alguns “dados de entrada” do processo de concretização: os “dados lingüísticos” (*Sprachdaten*) e os “dados reais” (*Realdaten*). Os “dados lingüísticos” são fornecidos pelos pontos de vista interpretativos comuns (por exemplo, os aspectos gramaticais, sistemáticos e genéticos), que são essencialmente fundamentados na linguagem – esses “dados” futuramente serão utilizados na confecção do programa da norma. Concomitantemente, há os elementos naturais e sociais, que não são primariamente lingüísticos (no sentido dos “dados lingüísticos”), embora sejam secundária e necessariamente intermediados pela linguagem (o âmbito da norma selecionado pelo programa da norma), e que fornecem os “dados reais” da concretização, que em momento posterior constituirão os elementos do âmbito do caso e do âmbito da norma (cf. MÜLLER, 1996, p. 346). É por meio dos “dados lingüísticos” que, de modo racionalmente defensável, podem os “dados reais” ingressar no processo de concretização. Para João Maurício Adeodato (2002, p. 240-241): “A metódica estruturante procura conectar tais dados, de forma juridicamente ‘regular’, ao processo decisório, evitando a forma arbitrária ou ‘puramente pragmática’ dos decisionistas”. De fato, eis o objetivo fundamental da proposta.

Esses “dados lingüísticos e reais” são, ressalte-se, inerentes a todo e qualquer caso jurídico, seja um *soft case*, seja um *hard case*. E todo aquele que, na esteira positivista, relegar

---

resolvido adquire também é um outro elemento que aproxima, por assim dizer, Müller e Viehweg. As semelhanças, contudo, param por aí. Conforme vimos, a crítica de Müller à falta de um tratamento diferenciado do texto da norma, afasta-o da tópica, tornando a afirmação de que seria a metódica estruturante uma teoria de “inspiração tópica” algo de difícil justificação.

a segundo plano o papel que os “dados reais” desempenham no processo de concretização estará condenado a uma análise insuficiente do caso a decidir, o que, provavelmente, redundará em pragmatismo, pois a rejeição pode até ser feita do ponto retórico-ideológico, porém não faticamente. Impossível não trazer para a argumentação (concretização) o âmbito de realidade que o caso envolve. A questão fundamental é: mediante qual(is) método(s) pode-se operar a inclusão da *realidade* no processo de concretização?

### 2.1.2.2 A primazia do “texto” e do “caso”

O processo de concretização parte de dois *dados de entrada* de igual relevância metodológica: o *caso* a ser regulado e o(s) *texto(s) da(s) norma(s)* pertinente(s). Tanto o caso, como o texto – além desse papel de elementos desencadeadores do processo – assumem importância manifesta no que se refere ao seu desenrolar. O caso concreto, que de certa maneira pré-seleciona os dados reais que integrarão o processo de concretização, contribui para a posterior delimitação do âmbito da norma. Nas palavras de Müller (1996, p. 214):

*O caso* dado impulsiona a concretização da disposição e ao mesmo tempo fornece ao processo os pontos de vista objetivos indispensáveis para a elaboração da solução jurídica, na medida da resistência que ele opõe às diversas soluções alternativas e segundo o tipo dos problemas práticos que ele coloca à concretização. Toda questão de direito se coloca sob a forma de um caso concreto real ou imaginário<sup>93</sup>.

O texto da norma, por sua vez, assume a expressiva função pós-positivista de limitar o processo de concretização. Na metódica estruturante, “[...] o texto demarca os limites extremos dos diferentes sentidos possíveis que podem ser funcionalmente sustentados e constitucionalmente autorizados” (MÜLLER, 1996, p. 240). É o texto (ou textos) da norma que servirá de guia e de parâmetro à concretização. Somente os dados reais que com o programa normativo (o texto interpretado) forem compatíveis integrarão a tarefa concretizante.

É importante consignar que essa função de seleção e de condução operada pelos textos de norma não significa que a norma jurídica esteja previamente neles contida, como parece compreender Castanheira Neves, ao afirmar, referindo-se à *metódica estruturante* e à teoria da *Fallnorm*, de Fikentscher, que “é mais do que duvidosa a validade desta persistente atribuição

---

<sup>93</sup> Tradução livre.

à norma jurídica de um valor normativo abstratamente sustentado no seu teor textual” (1993, p. 146). E acrescenta que “perspectivas metodológicas que reconhecem igualmente a prioridade metódica do caso [...] dificilmente são conciliáveis com o postulado da autonomia normativo-textual” (1993, p. 146).

Neves (1993, p. 146-147) mostra-se mais próximo da perspectiva, por exemplo, de Martin Kriele, que compreenderá a realização do direito nos seguintes termos:

Quanto ao *modus* jurídico dessa decisão, deverá o julgador começar por formular uma “hipótese de norma” como seu critério, que satisfaça essa específica exigência de justiça, e confrontar depois essa norma hipotética com as normas do direito positivo.

A perspectiva de Kriele para apontar para concepções segundo as quais, diante do caso, o intérprete primeiro decide, para somente depois buscar na gama dos textos componentes do ordenamento jurídico aquele(s) que será(ão) pertinente(s) para a fundamentação da decisão (anteriormente e sem critérios metodológicos tomada).

Não é esse, contudo, o caminho por onde é construída a *metódica estruturante* de Müller. Em que pese não negar a possibilidade de que o jurista atue de forma pragmática ou decisionista, buscando somente depois algum texto para fundamentar sua decisão, Müller entende que tais propostas metodológicas são integralmente inconciliáveis com alguns postulados básicos do Estado democrático de direito, sobretudo o que exige a vinculação à lei e à Constituição. Isso, entretanto, em nada se assemelha à idéia de que o texto da norma conteria de início a normatividade, ou então, até mesmo, a própria solução do caso, sendo função do intérprete apenas declará-la. Os textos nada contêm previamente. Do papel do texto, de guia e de limitador das possibilidades de inclusão da realidade no processo de concretização, não deriva, como quer defender Castanheira Neves, uma vinculação ao positivismo; mas da necessidade de uma fundamentação racional que possa ser vinculada àquilo que foi democraticamente produzido pelo Poder Legislativo (e também pelo Executivo, em alguns casos), que para Müller, é o único referencial capaz de garantir o controle e a discussão das decisões. Esses argumentos serão desenvolvidos nas páginas seguintes.

### 2.1.2.3 O ingresso da realidade no processo de concretização: da *versão profana do caso* ao *âmbito do caso*

Por razões óbvias, ou de primazia lógica, é o caso a ser solucionado o dado verdadeiramente inicial do processo de concretização. Sua primeira forma de apresentação denomina-se “versão profana do caso jurídico” (MÜLLER, 1996: 45). É o relato, ou seja, o conjunto de informações de cunho social, político, psicológico, histórico, econômico, etc. feito pelo “leigo”. Essa descrição de como se deu a questão no plano real é a maneira pela qual o jurista (o responsável pela decisão) tem acesso ao caso concreto. Neste momento são fornecidos tanto dados que serão utilizados na solução do problema, quanto aqueles que serão descartados, tendo em vista não se tratar de elementos captados pelo âmbito normativo, ou em outros termos, não compatíveis com o programa normativo.

Diante do “texto da norma” (ou textos) e do “relato profano do caso” (a realidade), o jurista, valendo-se do conhecimento técnico-especializado do qual é possuidor, transforma o relato do leigo nas “circunstâncias do caso” (*Sachverhalt*).

Para Adeodato (2002, p. 243), que traduz a expressão (*Sachverhalt*) como “conjunto de matérias”, neste momento ocorre a passagem da relação com os textos normativos para um nível mais restrito de concretização. O estabelecimento dessas “circunstâncias do caso” dá-se pela pré-compreensão operada pelo sujeito concretizante, que, para tanto, vale-se do que se pode denominar “filtro técnico”. O “conjunto de matérias” são os fatos sob os quais se construirá a norma jurídica e a norma de decisão. E é a partir desse “conjunto de matérias” que o jurista escolherá, dentre os textos normativos válidos de determinado ordenamento, as referências (hipóteses) normativas que entende mais pertinentes; o que permite que “os pontos de vista mais propriamente técnico-jurídicos” (ADEODATO, 2002, p. 246) ingressem no processo de concretização e constituam o “âmbito da matéria” (*Sachbereich*), resultante da relação entre as hipóteses dos textos específicos escolhidos e as “circunstâncias do caso”.

Importante consignar que a passagem do “relato profano do caso” para as “circunstâncias do caso” independe do conjunto dos textos de normas que compõem o ordenamento. Não é a partir de tais textos que o sujeito concretizante opera tal mudança de estágio. Essa alteração dá-se, ao contrário, em virtude da *pré-compreensão* do hermeneuta.

A passagem do que se denomina “circunstâncias do caso” até o chamado “âmbito do caso” nos é explicada por Müller (1996, p. 45):

O jurista que deve decidir o caso escolhe, diante das circunstâncias do caso, os textos de normas que, considerando o estado de seus conhecimentos, parecem-lhe “apropriados” (*einschlägig*). Pelo canal desses textos de normas, introduzem-se no trabalho os aspectos factuais das normas jurídicas que convêm ao caso (*campo factual*) (*Sachbereich*), aspectos que são de ordinário, por razões de economia de trabalho, restritos ao que corresponde à particularidade das circunstâncias do caso, o “*âmbito do caso*” (*Fallbereich*).<sup>94</sup>

Eis o momento do processo de concretização em que de fato surgem os textos de normas. A seleção de tais textos, como decorre da citação acima, é outra tarefa intimamente ligada à competência técnica do jurista. A decisão acerca de quais textos de normas participarão do processo de concretização afigura-se, pois, uma escolha livre do sujeito concretizante. Obviamente que em um contexto de “inflação legislativa”<sup>95</sup> tal tarefa ganha maiores contornos de indefinição. Contudo, não se pode fornecer um critério final e totalmente seguro de seleção dos textos; daí falar Müller nos *textos que lhe parecem “apropriados”*. Trata-se, destarte, de uma tarefa que conta, basicamente, com dois fatores auxiliares: (a) a competência técnica e intelectual do sujeito; e (b) a essência de funcionamento do processo, que estabelecendo sempre o mínimo de três sujeitos (jugador, autor e réu), além da previsão do duplo grau de jurisdição (que amplia o leque de sujeitos envolvidos), permite o controle argumentativo acerca dos textos que o caso envolve.

O passo seguinte ao estabelecimento das “circunstâncias do caso” é a fixação do chamado “campo factual”, que para Adeodato (2002, p. 246) “resulta da relação entre as hipóteses dos textos específicos escolhidos e o conjunto de matérias formado a partir dos dados reais”. O “campo factual”, em essência, não pertence aos dados reais, mas aos textos de normas. Ou seja, os textos de normas pertinentes primam apenas por determinados dados (que juntos constituem o “campo factual”). Esses dados constituiriam o campo de proteção da disposição normativa.

Entretanto, antes de passar à construção do *programa normativo*, Müller ainda introduz uma outra noção: a de “*âmbito do caso*” (*Fallbereich*). Após fixar o “campo factual”,

---

<sup>94</sup> Tradução livre.

<sup>95</sup> Por “inflação legislativa” entende-se aqui o fenômeno, bastante comum nas atuais democracias constitucionais, de regulamentação desenfreada dos mais variados âmbitos da vida social, bem como a hiper-regulação pela qual passam determinadas matérias, tornando tarefa árdua o domínio do conjunto dos textos de normas componentes de determinado sistema jurídico. Além disso, podemos incluir como um dos vieses desse fenômeno a instabilidade legislativa, caracterizada por uma acentuada ânsia modificadora do legislador, que muitas vezes parece totalmente inseguro e despreparado no exercício de sua função democrática de estabelecer textos de normas. Tais fatos, por evidente, tornam mais onerosa a tarefa de seleção, diante das “circunstâncias do caso”, dos textos de normas pertinentes.



ressalta o autor, “por razões de economia de trabalho”, o “campo factual” é ainda restringido à particularidade das circunstâncias do caso, que é o “âmbito do caso”.

Não é de todo claro na *metódica estruturante* a distinção entre o “campo factual” e o “âmbito do caso”, que seria obtido a partir daquele por “razões de economia de trabalho”<sup>96</sup>. O “campo factual” parece-nos uma espécie de pré-forma do *programa normativo*, referente, portanto, ao texto da norma. Já o “âmbito do caso” refere-se à parcela dos dados reais do caso concreto que se mostra compatível com o “campo factual”. De qualquer modo, fica claro na proposta de Müller que, a idéia subjacente a todas essas divisões, que partem da “versão profana do caso” e chegam até o “âmbito do caso”, é a de uma separação tendente a aumentar a possibilidade de discussão e, conseqüentemente, de controle da inserção e trato dos “dados reais” no seio do processo de concretização. Por fim, cabe ainda frisar que a incidência de todas essas categorias não é algo inerente a todo e qualquer processo de concretização. As infundáveis particularidades de cada caso, referentes aos mais diversos tipos de ações judiciais, podem excluir um ou outro desses aspectos, bem como muitas vezes afigurar-se-á impossível detectar, no plano fático, a passagem, por exemplo, da “versão profana do caso” para as “circunstâncias do caso”.

Após esses estágios, portanto, está o sujeito concretizante diante de um conjunto de textos de normas e do “âmbito do caso”. A partir daqui serão obtidas as duas partes constitutivas da norma jurídica: o *programa normativo* e o *âmbito normativo*.

---

<sup>96</sup> Cumpre ressaltar que algumas dificuldades de compreensão relacionadas com conceitos da *metódica estruturante* de Friedrich Müller têm sido apontadas por alguns autores, que detectam nesse ponto um mecanismo de imunização à crítica. Ernst-Wolfgang Böckenförde (1993, p. 33), por exemplo, afirma que: “A polêmica com a posição de Fr. MÜLLER chega a ser muito difícil pela peculiar linguagem conceitual que este utiliza em seus trabalhos. Nunca se está seguro acerca da compreensão correta de conceitos como normatividade, âmbito normativo, programa normativo, estrutura normativa e assim sucessivamente, dotados de um significado especial, e se não se atribuem a Fr. MÜLLER posições que não representa e nem quer representar. Tal separação da linguagem coloquial jurídico-geral produz um déficit comunicativo que por um lado provoca imunização, e, por outro lado, quase exclui o efeito amplificador desta teoria da interpretação [...] para além do círculo de adeptos”.

### **2.1.3 Programa normativo, âmbito normativo, norma jurídica e norma de decisão: a norma jurídica concretizada**

#### **2.1.3.1 Programa normativo (programa da norma)**

O primeiro elemento realmente constitutivo da norma jurídica (ou a primeira parte da norma jurídica, na expressão de Müller) é o *programa normativo*. O passo seguinte do processo de concretização constitucional é a interpretação dos textos normativos mediante o recurso aos métodos de interpretação tradicionais (gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico), bem como aos métodos modernos de interpretação constitucional (no caso específico da concretização constitucional). Como ressalta Adeodato (2002, p. 247): “O programa da norma, de nível genérico, sem ligação direta com o caso concreto, cooperará para fornecer o conteúdo da norma, subsidiado pelo conjunto de dados e informações lingüísticos”. Eis uma observação importante: em que pese haverem sido selecionados com base nas “circunstâncias do caso”, os textos de normas, ou mais precisamente, o resultado de sua interpretação, são de caráter genérico, sem vinculação direta com o caso.

É aqui, neste momento de fixação do *programa normativo*, que o jurista de fato interpreta. A interpretação, para Müller, restringe-se ao trato do texto da norma com vistas ao estabelecimento do *programa normativo*. Em outros termos, a interpretação é apenas um elemento no decorrer do processo de concretização, não a própria concretização.

Contudo, trata-se de um dos mais importantes, se não o mais importante, momentos da construção da norma jurídica. E isso por duas razões muito simples: (a) o texto da norma – que é o objeto da interpretação – é o guia e o limitador de todo o processo, tendo em vista as exigências de legitimação democrática do Estado democrático de direito; e (b) é a partir do *programa normativo* que a realidade será “recortada” e o *âmbito normativo* selecionado e anexado ao trabalho de construção da norma. Vale ressaltar: os “dados reais” que entram no processo de concretização e que possuem o poder de compor a norma jurídica são selecionados a partir do programa normativo, razão pela qual adquirirá significativa importância a análise dos “elementos” responsáveis por essa tarefa.

### 2.1.3.2 Âmbito normativo (âmbito da norma)

O *âmbito normativo* é o segundo elemento da norma jurídica; aquele que juntamente com o *programa normativo* compõe a estrutura da norma, a única dotada de normatividade<sup>97</sup>.

Na explicação de Müller (1996, p. 45-46):

A interpretação conjunta dos dados lingüísticos, isto é, a explicação dos textos por meio de todos os métodos reconhecidos, esclarece o “programa normativo” (*Normprogramm*). Por meio desse programa, o intérprete escolhe, a partir do “campo factual” ou do âmbito do caso, a quantidade dos fatos co-normativos (*mit-normativ*) para a solução do caso, o “âmbito normativo” (*Normbereich*); este recupera, portanto, a quantidade dos dados reais que são convenientes ao direito utilizar para contribuir para se chegar à decisão.<sup>98</sup>

Após a fixação do primeiro elemento da norma jurídica, o responsável pela decisão escolhe os fatos normativamente relevantes a partir do “campo factual” e do “âmbito do caso”, unindo os textos de normas aos dados lingüísticos específicos do programa normativo a eles conectados pela ciência e pela *práxis* jurídicas. Aqui, o sujeito concretizante decidirá quais dos fatos, dos elementos reais apresentados são selecionados pelo *programa normativo*. Portanto, o *âmbito normativo* consiste no:

[...] recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte criou para si como seu âmbito de regulamentação (como amplamente no caso de prescrições referentes à forma e questões similares) (MÜLLER, 2000, p. 57).

O *âmbito normativo*, em verdade, é apenas preenchido pela realidade, é apenas composto por ela, a partir do que é autorizado pelos textos de norma interpretados<sup>99</sup>. Pode ter, segundo Müller (1996, p. 192), duas origens:

<sup>97</sup> A normatividade, como vimos, somente afigura-se possível com a conexão entre programa e âmbito normativos. Somente na construção da norma jurídica surge a normatividade. Ao contrário de concepções positivistas, não há normatividade no texto da norma, mas apenas na norma jurídica concretizada. Tal fato é decorrência natural da noção de norma jurídica como “ordem materialmente determinada”. Para Müller (1996, p. 187-188): “A normatividade designa a propriedade dinâmica de uma norma, isto é, de um modelo de ordenação estruturado e concretamente determinado (*sachgeprägt*), propriedade de ordenar a realidade que lhe é subjacente ao mesmo tempo em que é condicionada por essa realidade” (Tradução livre). E isso tudo, somente é possível ao término do processo de concretização.

<sup>98</sup> Tradução livre.

<sup>99</sup> Para João Maurício Adeodato (2002, p. 248): “Aplicando praticamente o conceito de âmbito da norma, pode-se dizer que se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos normativos a ele correspondentes, à luz de toda experiência jurídica acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos”.

O âmbito normativo pode ser *produzido pelo direito* (disposições relativas a prazos, disposições de formas, regras institucionais ou processuais, etc.) ou então *não produzido pelo direito* (por exemplo, art. 1, alínea 1; art. 3, alíneas 2 e 3; art. 4, alínea 1; art. 5, alínea 3, frase 1, da Lei Fundamental<sup>100</sup> e outras disposições comparáveis)<sup>101</sup>.

Todo sistema jurídico (seja de qual Estado for) deixa manifesto que – para usar a terminologia tradicional – “norma” e “realidade” são indissociáveis. A norma jurídica somente se faz inteligível enquanto ordem materialmente determinada<sup>102</sup>. Os textos de normas voltam-se para um âmbito de regulamentação, para uma determinada parcela da vida social que pretendem regular<sup>103</sup>: ou seja, apontam para um âmbito normativo. E é somente a soma desse texto de norma trabalhado (*programa normativo*) com seu âmbito de regulamentação (*âmbito normativo*) que compõe a norma jurídica, situando-se aqui um dos pontos mais polêmicos da compreensão estruturante da norma.

Canotilho chama-nos a atenção para um aspecto importante: a necessidade da busca por uma *racionalidade material*<sup>104</sup> no seio do processo de concretização. De fato, o ingresso de “valores materiais” como componentes da norma jurídica (por meio do âmbito normativo), em que pese afigurar-se uma proposta “realista” (ao defender a indispensabilidade da *realidade* como componente normativo), torna árdua a tarefa pela busca da racionalidade. A questão que resta em aberto é saber em que medida a *metódica estruturante* encontra-se apta para lidar com essa dose de realidade que invade o processo de concretização.

<sup>100</sup> Tratam-se de dispositivos da Lei Fundamental alemã: art. 1, alínea 1 [A dignidade do ser humano é intangível. Todos os poderes públicos têm a obrigação de respeitá-la e protegê-la.]; art. 3, alíneas 2 [Homens e mulheres são iguais em direitos. O Estado promove a satisfação efetiva da igualdade de direitos de homens e mulheres e age para eliminar as desvantagens existentes.] e 3 [Ninguém deve ser discriminado nem desfavorecido em razão de seu sexo, de sua descendência, de sua raça, de sua língua, de sua pátria e de sua origem, de sua crença, de suas opiniões religiosas ou políticas. Ninguém deve ser discriminado em razão de suas deficiências]; art. 4, alínea 1 [A liberdade de crença e de consciência, e a liberdade de professar crenças religiosas e filosóficas são invioláveis.]; art. 5, alínea 3, frase 1 [A arte e a ciência, a pesquisa e o ensino são livres.].

<sup>101</sup> Tradução livre.

<sup>102</sup> Para Canotilho: “[...] a norma jurídico-constitucional é um *modelo de ordenação orientado para uma concretização material*, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados lingüísticos, e por um ‘campo’ de dados reais (fatos jurídicos, fatos materiais)” ([1999], p. 1202).

<sup>103</sup> Por razões evidentes, em decorrência de seu objeto de regulamentação, o direito constitucional “[...] mostra de maneira particularmente clara que uma norma jurídica não é um juízo hipotético isolável de seu âmbito de regulamentação, uma forma imposta autoritariamente sobre a realidade, mas uma conseqüência ordenadora e prescritiva tirada da estrutura objetiva do domínio social regulamentado”. (MÜLLER, 1996, p. 192) (Tradução livre).

<sup>104</sup> Defende o professor português que: “O significado do texto aponta para um *referente*, para um universo material, cuja análise é fundamental num processo de concretização que aspira não apenas a uma racionalidade formal (como o positivismo), mas também a uma *racionalidade material*” ([1999], p. 1205).

### 2.1.3.3 A norma jurídica e a norma de decisão

É importante frisar, de início, que todos os procedimentos e elementos anteriores, quais sejam, os “dados lingüísticos”, os “dados reais”, os textos normativos, o relato do caso, as “circunstâncias do caso”, o “campo factual”, o “âmbito do caso”, o “programa normativo” e o “âmbito normativo”; constituem dados de entrada e não possuem caráter normativo. Ou, nas palavras de Müller (1996, p. 46):

A normatividade não cabe, portanto, já no texto da norma. Nenhum dos dados de entrada do trabalho jurídico (texto da norma, circunstâncias do caso) é normativo. Somente seus resultados são normativos: a norma jurídica, enquanto resultado intermediário formulado em termos gerais; a norma de decisão, enquanto determinação obrigatória do caso individual<sup>105</sup>.

A norma jurídica, portanto, afigura-se como a conjugação *metodicamente orientada* entre o programa normativo e o âmbito normativo. Em termos mais explícitos: para a *teoria estruturante*, a norma jurídica apresenta-se como o produto de um processo de construção metódico que une o resultado do tratamento do texto da norma (programa normativo) e a parcela de realidade que esse programa escolheu como sendo normativamente relevante (âmbito normativo). A norma jurídica, em que pese somente ser passível de construção diante de um caso real ou hipotético, não é o estágio final do processo de concretização, ou não precisa necessariamente sê-lo. Para além dela, há um último estágio, único no qual Müller admite que se fale em subsunção (mas somente aqui)<sup>106</sup>, que é a norma de decisão. Em termos processuais, a norma de decisão é o que conhecemos por parte dispositiva da sentença. Nessa derradeira fase do processo de concretização, o responsável pela decisão individualiza a norma jurídica, aplicando-a a um caso concreto pontual.

Assim, a norma jurídica e a norma de decisão, na qualidade de resultados do processo de concretização, somente são possíveis a partir de um trabalho metódico levado adiante com base nos elementos responsáveis pela fixação de cada uma das partes componentes de uma norma jurídica.

O fato de a norma ser concebida como resultado de um processo de construção metodicamente orientado, porém, pouco diz acerca da possibilidade de um controle de racionalidade desse processo. Surgem perguntas como: (a) quais elementos são utilizáveis

---

<sup>105</sup> Tradução livre.

<sup>106</sup> O único lugar em que seria permitido vislumbrar algum tipo de subsunção seria aqui: na passagem da norma jurídica (ainda de caráter geral) para a norma de decisão.

nesse trabalho?; (b) apresenta-se possível o estabelecimento de uma hierarquia entre eles?; (c) eventual catálogo de elementos concretizadores seria exaustivo? A resposta a essas questões constitui o que podemos denominar uma teoria da decisão.

A seguir serão trabalhados todos os elementos que Müller vislumbra como passíveis de integrarem o processo, restando, para o último capítulo, a questão da hierarquização entre eles, bem como a resposta à questão sobre a satisfação, pela *metódica estruturante*, do grau de racionalidade exigido pelo Estado democrático de direito.

## **2.2 Os elementos de concretização da norma: primeiro passo para uma teoria da decisão em Friedrich Müller**

Quando escreveu sobre os “elementos” da interpretação (gramatical, histórico, lógico, sistemático), Savigny fez uma advertência: “Não se trata [...] de quatro classes de interpretação, entre as quais se pode escolher segundo o gosto e o arbítrio pessoal, mas de diferentes atividades que devem cooperar para que a interpretação possa ter êxito” (1949, p. 84).

Ou seja, dizia-nos, um dos iniciadores da metodologia alemã, que seus cânones não deveriam ser entendidos como modalidades diversas de interpretação aplicáveis à revelia das demais e de forma unilateral. Chamava-nos a atenção Savigny acerca do fato de que a interpretação deve ser vista como um processo global, sendo os cânones “elementos” que devem ser trabalhados de forma coordenada. Friedrich Müller vale-se do mesmo recurso argumentativo<sup>107</sup>. Segundo ele, justificando a opção pela expressão “elementos” de concretização:

Essa designação – “elementos” – permitiu a Savigny pôr claramente em evidência que os diferentes aspectos metódicos não representam “modos de interpretação” isoláveis uns em relação aos outros, mas antes momentos de um único e mesmo processo de interpretação e que sua relação não poderia

---

<sup>107</sup> E não só Müller. O caráter de “elementos” dos cânones, como reconhecido pelo próprio Savigny, é reproduzido pelos autores que os trabalham. Karl Larenz, por exemplo, ao discorrer sobre o que chama *critérios de interpretação* (que segundo o autor só parcialmente coincidem com os elementos salientados por Savigny) afirma que: “não se trata de diferentes métodos de interpretação, como permanentemente se tem pensado, mas de pontos de vista metódicos que devem ser tomados em consideração para que o resultado da interpretação deva poder impor a pretensão de correção (no sentido de um enunciado adequado)” (cf. 1989, p. 384).

ser determinada senão em relação à estrutura concreta do caso jurídico particular<sup>108</sup> (MÜLLER, 1996, p. 235).

Importante frisar, portanto, o caráter instrumental e aberto dos *elementos* no processo de concretização. É lícito, pois, ao responsável pela decisão valer-se de todos eles de forma coordenada com vistas à construção da *norma jurídica*. Contudo, essa abertura discricionária não é livre, desprovida de controle, pois cada *elemento* possuiu sua posição e sua importância dentro do processo, como veremos a seguir.

Na primeira medida de racionalização da operacionalização dos elementos, Müller distingue, no que denomina de “classificação funcional”, dois *grupos* desses elementos, consoante a função que desempenham bem como considerando os dados iniciais aos quais se referem.

Em primeiro lugar, afiguram-se aqueles elementos que se referem ao tratamento do texto da norma, e que podemos denominar justamente de *elementos de tratamento do texto da norma* ou elementos metodológicos em sentido estrito, visto estarem direta ou indiretamente vinculados a textos (de normas ou de não-normas). Aqui, situam-se tanto as regras tradicionais da interpretação (os cânones interpretativos que remontam a Savigny), bem como, no que concerne especificamente à metódica constitucional, princípios contemporâneos intimamente vinculados com a interpretação do texto constitucional (como, por exemplo, o princípio da interpretação conforme a Constituição, o princípio da correção funcional, etc.).

No outro plano, por sua vez, situam-se aqueles elementos que são responsáveis pela demonstração de que a concretização ultrapassa a mera interpretação de textos de normas, ou seja, os elementos referentes aos aspectos factuais da concretização, que para Müller:

Referem-se às etapas da concretização por ocasião das quais serão explorados os pontos de vista de tipo factual tirados do *estudo do âmbito normativo* da disposição a interpretar, bem como o estudo dos elementos das circunstâncias do caso cuja pertinência emana no curso do processo de concretização (MÜLLER, 1996, p. 258)<sup>109</sup>.

Além desses dois primeiros grupos de elementos apontados, restam ainda os elementos dogmáticos, os referentes à técnica de resolução de casos, os elementos de teoria e, por fim, os de política constitucional ou jurídica. Esse “terceiro” grupo, por assim dizer, muito freqüentemente integra o processo de concretização (a *práxis* o comprova). Contudo, Müller não os apresenta como um grupo autônomo, mas como elementos que exercem funções

---

<sup>108</sup> Tradução livre.

<sup>109</sup> Tradução livre.

auxiliares de clarificação e de apoio às normas jurídicas que, por outros meios, podem ser imputadas a textos de norma do direito em vigor. Ou seja, para a *metódica estruturante*, não obstante o grande uso que a prática concretizadora cotidiana faz desse tipo de argumento, nada justificaria atribuir-lhes normatividade. Sua utilização faz-se permitida como reforço argumentativo de outros elementos.

São esses “três grupos” de elementos de concretização, a seguir abordados detalhadamente, que fornecem ao jurista todos os aportes necessários à construção do programa e do âmbito normativos para que, em seguida, possa ele firmar a norma jurídica e a derradeira norma de decisão<sup>110</sup>, solucionando assim o caso que lhe fora apresentado. A questão fundamental é constatar em que medida tais elementos, ou mais especificamente, o trabalho metodicamente orientado a partir deles, permitem a caracterização de uma teoria da decisão judicial defensável e recomendável do ponto de vista das exigências de racionalidade de um Estado que se pretenda não apenas de direito, mas também democrático.

### **2.2.1 Elementos metodológicos em sentido estrito: os elementos de *tratamento do texto da norma***

Os elementos metodológicos em sentido estrito, ou elementos do tratamento do texto da norma, adquirem no Estado democrático de direito atual um singular *status*. Obviamente, a estrutura textual que o direito moderno apresenta em diversos países, eleva a uma especial condição de destaque aqueles elementos do processo de concretização que se ligam diretamente ao texto da norma<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> A apresentação de um rol de elementos de concretização (ou de argumentação) é uma constante em teorias que se preocupam com a fundamentação das decisões jurídicas. Robert Alexy, por exemplo, ao apresentar o que denomina de justificação externa, expõe os seis grupos de argumentos que atuam nesse momento da argumentação: “regras e formas (1) de interpretação, (2) da argumentação da Ciência do Direito (dogmática), (3) do uso dos precedentes, (4) da argumentação prática geral e (5) da argumentação empírica, assim como (6) das chamadas formas especiais de argumentos jurídicos” (ALEXY, 2005, p. 227).

<sup>111</sup> Uma ressalva, entretanto, faz-se necessária. Segundo Müller, tais elementos metodológicos em sentido estrito “não se referem apenas aos textos das normas, mas também à formulação de não-normas em linguagem” (2005, p. 59). Textos que não são normas seriam aqueles que, mesmo importantes para o processo global da concretização, não são propriamente textos de normas (legitimamente estatuídos pelo legislador), como é o caso, por exemplo, dos pareceres, atas e documentos referentes à fase legislativa de elaboração do texto da norma. Um parecer proferido por determinada comissão parlamentar não é, rigorosamente, um texto de norma. Contudo, pode ser de significativa valia para uma futura interpretação do texto de norma ao qual se refere ou faz menção. Daí sua importância no processo global de concretização.



Existem dois subgrupos dentro do âmbito dos elementos metodológicos *stricto sensu*, ambos fortemente ligados a momentos históricos específicos da metodologia alemã: (a) o primeiro é constituído a partir de uma reformulação dos *cânones* interpretativos de Savigny (interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica); (b) já o segundo vem composto pelos modernos (pós-Segunda Guerra) princípios de interpretação constitucional, tais como, a correção funcional, o princípio da unidade da Constituição, o princípio da concordância prática, etc. Veremos cada grupo a seguir.

### 2.2.1.1 Os *cânones* interpretativos de Savigny

#### (a) Necessidade e limites dos *cânones*: a necessidade de um trabalho conjunto

A teoria jurídica alemã dos anos finais da década de 50 e início dos anos 60 do século passado assistiu a um movimento de retomada da metodologia de Friedrich Karl von Savigny, movimento este que se apresentava como crítico, tanto das posturas que entendiam as Constituições como sistemas de valores, quanto da metodologia das assim denominadas “ciências do espírito” (cf. MÜLLER, 1996, p. 108).

A metodologia de Savigny, que à época o Tribunal Federal Constitucional dizia ser sua cartilha hermenêutica, cunhou-se no início do século XIX e apresentava como objeto da interpretação jurídica “a reconstrução do pensamento ínsito à lei” (SAVIGNY, 1949, p. 82). Como instrumental para esse reconstruir da vontade legislativa, Savigny apontava quatro elementos de trabalho: o lógico, o gramatical, o histórico e o sistemático, pois tanto uma visão logicamente estruturada de todo o sistema jurídico, quanto a literalidade do texto e o contexto de surgimento da lei, apresentavam-se como peças-chave no “descobrimento” do conteúdo da lei.

O movimento alemão de retomada dos cânones no direito constitucional, na esteira da concepção professada por Savigny, afirmava que a ciência jurídica destruir-se-ia caso não se ativesse ao princípio segundo o qual a interpretação jurídica não passa de uma questão referente a uma correta operação de subsunção, no sentido de um silogismo concludente (cf. MÜLLER, 1996, p. 109). A essa crítica no âmbito metódico correspondia uma outra, de traço político-constitucional: segundo a tendência de retomada dos cânones, uma metodologia que abandonasse o formalismo acarretaria uma “decomposição da lei constitucional”, levando o

Estado de direito à bancarrota e contribuindo sobremaneira para a ascensão de um “Estado de juízes” (cf. MÜLLER, 1996, p. 109).

Por sua parte, Müller reconhecerá que a preocupação com a tecnicidade da lei constitucional, tendente a um método que se apresente a serviço “da claridade das normas, da precisão dos métodos e da segurança jurídica inerentes a um Estado de direito” (1996, p. 111) afigura-se como um fim nobre. Contudo, afirma o autor:

As questões de concretização não podem ser controladas por meio de “aplicação” de disposições acabadas, de decisões de vontade pré-existentes; tampouco – exceção feita aos casos marginais – pelo recurso à “subsunção” e ao silogismo auxiliados pelos cânones definidos por Savigny” (MÜLLER, 1996, p. 111)<sup>112</sup>.

Essa recusa de Müller a uma adoção cega da proposta de Savigny no âmbito do direito constitucional, no entanto, não significa um abandono dos cânones, ou uma rejeição pura e simples; pelo contrário, sua utilização conjugada com diversos outros elementos de concretização da norma é um dado fundamental do processo metódico de realização do direito.

A metódica jurídica desenvolvida por Müller parte de um dado fundamental: a insuficiência do texto para a solução do caso concreto. Para além do credo segundo o qual a norma jurídica está nele contida, a *metódica estruturante* propõe-nos uma concretização estruturada a partir do texto e do caso.

Se abandonarmos a idéia de que o raciocínio jurídico apresenta-se como silogístico e que seu objeto é pura e simplesmente o texto da norma, de plano, resulta a insuficiência dos *cânones* para o processo de concretização. No entanto, em que pese trabalhar com uma proposta da norma jurídica como sendo composta por *programa* e *âmbito* normativo, a *metódica estruturante* conferirá significativa relevância ao trabalho com os textos de normas, o que a levará a efetuar um resgate dos *cânones* de Savigny, pois reconhecer a insuficiência de tais elementos para o processo de concretização, não significa abandoná-los e declarar sua desnecessidade.

Os elementos *gramatical*, *histórico*, *genético*, *sistemático* e *teleológico* possuem uma vinculação importante com o Estado democrático de direito; vinculação essa que os torna indispensáveis em qualquer processo de concretização normativa referido a textos de normas. Apesar da saída de cena da vetusta discussão entre *vontade da lei* e *vontade do legislador*, é

---

<sup>112</sup> Tradução livre.

inegável que num Estado que tenha como fonte primordial de produção de regras o Legislativo, o recurso à intenção do texto de norma é algo a ser considerado. Não se trata, é importante frisar, de buscar uma vontade previamente fixada na lei, ou mesmo, o que se afigura ainda mais despropositado, perguntar-se sobre a vontade da pessoa física do legislador<sup>113</sup>. Ao contrário, a questão refere-se ao reconhecimento de que em um processo de construção da norma que é guiado e limitado pelo texto, este adquire um papel de destaque (por que não de primazia?), sendo que elementos referentes à sua produção apresentam-se como demasiadamente relevantes para sua interpretação<sup>114</sup>.

Disso resulta a importância dos *cânones*: a gramática do *texto*, a história da regulamentação da matéria disciplinada pelo *texto*, a gênese do *texto*, a sistemática da lei que contém o *texto* e a “finalidade” que move o *texto* são, todos, elementos indispensáveis para o trato interpretativo dos textos de normas, decorrendo a razão de ser de sua utilização da própria estrutura textual (codificada) do Estado democrático de direito.

Os *cânones* de trabalho dos textos de normas, contudo, não podem ser isolados como se fossem processos autônomos desse trabalho. Ao contrário, são (o elemento gramatical, o histórico, o genético e o sistemático) facetas de um mesmo e indissociável processo. E mais: sua serventia reduz-se ao tratamento de textos, à construção do programa normativo, não sendo aptos, portanto, a resolver os delicados problemas advindos da inserção de realidade que se opera no curso do processo e construção da norma.

Feitos esses esclarecimentos introdutórios, passemos à análise de cada um dos elementos de tratamento do texto da norma, numa análise que abordará a caracterização, a função e os limites de cada um dos elementos.

#### b) “Interpretação” gramatical

O fundamento da utilização do critério da interpretação gramatical para a construção do programa da norma decorre de um dado simples: a estrutura textual do atual Estado democrático de direito. Em uma configuração estatal desse tipo, afirma-nos Müller (1996, p. 259):

---

<sup>113</sup> Pois, como destaca Müller (1996, p. 211): “A concretização não é a reexecução de uma decisão já tomada, de uma vontade já formulada” (Tradução livre).

<sup>114</sup> Nesse sentido, acerca da validade da idéia de “vontade do legislador” para a metódica estruturante, cf. MÜLLER, 1996, p. 329-330.

[...] alguns elementos de interpretação e de concretização decorrem dessa situação mesma [ou seja, da própria estrutura textual do Estado], apoiando-se sobre o texto da prescrição, sobre a redação de outros textos de normas que devem ser colocados em relação com ela, bem como textos (não-normativos) dos trabalhos preparatórios da lei (constitucional)<sup>115</sup>.

É o que ocorre, em especial, com a chamada interpretação lingüístico-gramatical, a que se refere, na teoria tradicional, ao significado do significante estabelecido no texto da norma. É o caminho pelo qual, geralmente, inicia-se a concretização (cf. MÜLLER, 1996, p. 259).

As dificuldades de uma interpretação gramatical do direito constitucional variam segundo os diferentes tipos de normas, afirma-nos Müller (2006, p. 261), em mais uma demonstração do caráter estruturante da norma jurídica. O autor menciona, primeiramente, aos artigos 22<sup>116</sup> e 27<sup>117</sup> da Lei Fundamental alemã para demonstrar que tais disposições apresentam poucas dificuldades interpretativas; e em seguida, menciona os artigos 20<sup>118</sup> e 73<sup>119</sup> como exemplos de disposições textuais que não gozam da mesma tranqüilidade quando o tema é sua interpretação. Segundo entende a tradição, a maior dificuldade hermenêutica que recai sobre os textos dos artigos 20 e 73 da Lei Fundamental alemã, por exemplo, decorreria da formulação “menos clara” de tais disposições. Por outro lado, a maior facilidade referente aos artigos 22 e 27 da LF diria respeito à formulação “mais clara” que caracterizaria esses textos de norma. Tudo isso é dito como se, em essência, o problema fosse puramente lingüístico-gramatical. No entanto, Müller questiona tal tese afirmando que:

Do ponto de vista lingüístico e “gramatical”, eles [os artigos 22 e 27] não são redigidos mais claramente que, por exemplo, os textos de norma dos direitos fundamentais ou das regras referentes à competência. As diferenças que existem com relação a sua concretizabilidade (e isso é já um ponto considerável) por meio da interpretação gramatical situam-se em outro lugar, na diversidade estrutural das normas jurídicas (1996, p. 261)<sup>120</sup>.

A *textura aberta* (Canotilho) das normas (textos de norma) constitucionais não se refere, pois, à construção lingüístico-gramatical da disposição, à forma mais clara ou menos clara de sua formulação, mas sim ao âmbito da norma, vale dizer, à parcela da realidade que o texto (o *programa normativo*) selecionou para compor a norma jurídica. É o caráter

<sup>115</sup> Tradução livre.

<sup>116</sup> Art. 22 da LF: “A bandeira federal é preta-vermelha-dourada”.

<sup>117</sup> Art. 27 da LF: “Todos os navios mercantes alemães constituem uma frota mercantil única”.

<sup>118</sup> Disposição que, em quatro parágrafos, estabelece alguns princípios constitucionais e o direito de resistência.

<sup>119</sup> Disposição que fixa a competência legislativa exclusiva da Federação.

<sup>120</sup> Tradução livre.

extremamente amplo de seus âmbitos normativos que tornam, por exemplo, de difícil interpretação as disposições referentes aos direitos fundamentais<sup>121</sup>. Em suma, a maior ou menor abertura semântica de um texto de norma não decorre do modo de sua formulação lingüística, mas do âmbito de regulamentação que envolve essa disposição (cf. MÜLLER, 1996, p. 263).

Para Müller (1996, p. 263), então, “[...] a fecundidade da interpretação gramatical parece depender da estrutura da norma”<sup>122</sup>. Contudo, continua o autor:

Isso não significa que a norma (estruturada) estaria substancialmente presente no texto da norma. Os potenciais efeitos jurídicos não estão contidos nos elementos lingüísticos das proposições de direito (*Rechtssätze*). Conceitos jurídicos não reificam seus enunciados. Como todo conceito lingüístico, eles se atribuem somente ao estudo de seus empregos e de suas delimitações funcionais. O conceito jurídico dogmático tem somente o valor de um signo. Pode-se freqüentemente observar, nos limites assim traçados, que o aspecto gramatical (que é unívoco somente na aparência) força a *decidir* entre vários usos dos conceitos utilizados, entre significações cotidianas ou jurídicas, e às vezes mesmo entre diversas significações jurídicas (MÜLLER, 1996, p. 263)<sup>123</sup>.

(c) Os elementos *histórico* e *genético*

Friedrich Müller faz-nos uma advertência fundamental naquilo que concerne aos elementos metodológicos *stricto sensu*. Segundo o autor, os “[...] elementos histórico, genético, sistemático e teleológico da concretização não podem ser isolados uns dos outros, nem do processo de interpretação gramatical, tal como este não pode ser daqueles” (MÜLLER, 1996, p. 267)<sup>124</sup>. Ou seja, não se trata, como já vimos, de várias interpretações, mas de elementos que, conjuntamente, trabalham na construção do *programa normativo*.

Exemplificando: os elementos de concretização *histórico* e *genético* estão, em verdade, no interior do próprio elemento *gramatical*. Eventuais imprecisões e dúvidas levantadas por meio do elemento *gramatical* podem, não raras vezes, encontrar solução num recurso auxiliador aos aspectos em questão<sup>125</sup>. Não há uma interdependência plena entre os

<sup>121</sup> Segundo Müller (1995a, p. 542), confirma-se a materialidade dos direitos fundamentais em razão da riqueza de suas áreas materiais. E mais: “Os direitos fundamentais são, de qualquer maneira, posições materiais – o fato de que eles precisaram ser conquistados em cada caso histórico – e precisam continuar sendo conquistados – prova isso de maneira eloqüente”.

<sup>122</sup> Tradução livre.

<sup>123</sup> Tradução livre.

<sup>124</sup> Tradução livre.

<sup>125</sup> Ou, nas palavras de Müller: “Os aspectos genético e histórico podem ajudar a delimitar em seu conteúdo as variantes semânticas nos limites traçados pelo texto” (1996, p. 267-268) (Tradução livre).

*cânon*es interpretativos. Ao contrário, existe uma estreita vinculação entre eles, o que exige do intérprete uma consideração sempre ampliada, sob pena de uma análise restrita e defeituosa.

Os aspectos *genético* e *histórico*, contudo, em que pese a proximidade conceitual são distintos. Conforme aponta Müller (1996, p. 265), acerca primeiramente do aspecto *histórico*:

A interpretação *histórica* [...] é a que se ocupa da história do direito (história legislativa), que, apoiando-se sobre os textos precursores e modelos da norma, responde à questão: como essa matéria era regulamentada anteriormente?<sup>126</sup>

A interpretação histórica, portanto, diz respeito à história legislativa de determinada disposição textual, ou ainda, à história da regulamentação da matéria que hoje interessa a essa disposição. O objeto desse elemento, obviamente, são textos legislativos (textos de normas) não mais em vigor.

Mas não somente de textos de normas nacionais não mais em vigor compõe-se a interpretação *histórica*, mas também de textos de normas de outros sistemas jurídicos (estrangeiros). Ou seja, para Müller, o que alguns denominarão de interpretação comparativa, também pode ser utilizado como um elemento de concretização<sup>127</sup>.

A interpretação de cunho histórico, em que pese a proximidade conceitual, não se confunde a interpretação genética, posto que esta trabalha com :

[...] os textos *que não são textos de normas* (discussões, reflexões, projetos, discursos parlamentares, relatórios de comissões, exposições de motivos), mas que são tirados dos debates de política jurídica, e particularmente dos debates das assembleias parlamentares. (1996, p. 265-266)<sup>128</sup>.

Aqui, busca-se a *intenção constituinte* (no caso da hermenêutica constitucional). Não há que se falar, ressalta-se, em nenhum tipo de ressurreição da antiga idéia de que seria

---

<sup>126</sup> Tradução livre.

<sup>127</sup> “Interpretação comparativa” é a denominação utilizada por Canotilho ([1999], p. 1200), que chama a atenção para o fato de que a vinculação do “elemento comparativo” ao histórico consiste numa idéia que vem, paulatinamente, sendo relativizada, sendo que, em algumas abordagens, o aspecto comparativo tem sido elevado à categoria de elemento autônomo da interpretação de textos de normas (é o que ocorre, por exemplo, com a obra recente de Peter Häberle e com a *práxis* do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia). De fato, não se afigura de fácil justificação a equiparação da interpretação comparativa com a histórica, exceção feita ao caso de disposições de ordenamentos estrangeiros que igualmente não estejam mais em vigor. Para os fins visados pela *metódica estruturante* e em prol de critérios de racionalidade melhor definidos, afigurar-se-ia mais eficaz elevar a interpretação comparativa à condição de elemento autônomo, permitindo assim, desenvolver as particularidades desse tipo de compreensão de textos de normas, estabelecendo seu lugar e sua prevalência dentre os demais elementos.

<sup>128</sup> Tradução livre.

função do intérprete descobrir a *vontade do legislador*, como se fosse, ao final, esse o objetivo da interpretação. Na *metódica estruturante*, o elemento genético apresenta-se como um auxílio argumentativo em prol de uma determinada concepção do programa normativo. E tal recurso, como acontece com os *cânones* em geral, possui sua fundamentação em um dado simples: *a legitimação democrática do legislador*. Sendo o legislador o ente legitimado democraticamente pelos afetados pelas normas jurídicas, sendo-lhe atribuída a precípua função de estabelecer os textos de normas e, por fim, sendo tais textos guias e parâmetros da concretização; os debates travados quando da criação de determinada disposição textual devem compor o rol dos elementos argumentativos tendentes à produção do programa normativo.

O elemento *genético* afigura-se um recurso de importância diametralmente oposta à frequência de sua utilização. Com efeito, não é comum na jurisprudência ou mesmo na literatura científica – especialmente no caso brasileiro – o recurso a esse elemento, o que se apresenta como algo totalmente injustificado, posto não ser incomum, muito pelo contrário, o recurso à teleologia do texto, sem qualquer menção à sua genética. Por possuir estrutura textual passível de documentação e arquivamento, o recurso argumentativo ao elemento genético é sempre preferível, quando comparado ao aspecto teleológico. Assim, sua ausência na justificação de decisões judiciais, ao mesmo passo que não são raras as invocações ao elemento teleológico, constitui fortes indícios do pragmatismo que, regra geral, permeia os processos argumentativos no âmbito do Poder Judiciário.

Em termos de honestidade metódica, ganharia o processo de decisão caso em vez de se utilizar de um recurso quase incontrolável à teleologia do texto, os intérpretes procurassem consultar o processo legislativo de construção desse texto, ou seja, sua genética. O ‘fim’ da norma apaixonadamente invocado, pode estar perfeitamente contradito na genética daquele texto.

#### (d) Os elementos *sistemático* e *teleológico*

A interpretação sistemática, como amplamente consolidada na metodologia jurídica, consiste no recurso a um texto de norma B com vistas à interpretação de um outro texto A (este propriamente o objeto da concretização). Essa é, de fato, a caracterização geral e primeira do elemento sistemático. Contudo, não se encerra nela o âmbito de atuação do elemento, pelo menos não na *metódica estruturante*.

Friedrich Müller destaca o fato de que para além do caso em que um texto de norma B auxilia um A (objeto da concretização), há a hipótese em que tanto A como B regulam o caso em destaque, razão pela qual não apenas A, mas também B deve ser, na hipótese, concretizado. Abre-se, aqui, na verdade, no que se referem aos textos, dois processos autônomos de concretização.

Por fim, cumpre destacar um outro aspecto importante da interpretação sistemática. Para Friedrich Müller (1996, p. 270):

A concretização sistemática compreende, regra geral, ao lado do contexto dos textos apresentados pela argumentação, igualmente o contexto formado pelas estruturas objetivas dos segmentos dos campos de regulamentação pertinentes do ponto de vista normativo<sup>129</sup>.

Esse contexto objetivo é clarificado “por meio da análise dos campos normativos das disposições que são sistematicamente ligadas entre elas”, segundo Müller (1996, p. 270). Ou seja, não apenas de uma comparação entre o teor literal dos textos consiste o elemento sistemático, mas também da análise dos âmbitos de regulamentação.

A interpretação sistemática distancia-se, ainda, um passo a mais da simples comparação de textos de normas em vigor pertencentes a um mesmo contexto (sistemático). Com efeito, conforme acentua Müller, os elementos histórico e genético são sub-hipóteses da interpretação sistemática (cf. 1996, p. 271).

Já no que se refere especialmente ao elemento “teleológico” da interpretação dos textos de normas, Friedrich Müller (1996, p. 269) afirma não se tratar de:

[...] um elemento autônomo da concretização: com efeito, os pontos de vista tirados do “sentido e do fim” da disposição a explicitar não saberiam ser utilizados senão à medida que possam ser justificados por meio de outros elementos.<sup>130</sup>

Entende Müller que qualquer invocação, no seio do processo de interpretação, de uma disposição textual, de uma pretensa razão inerente ao objeto, que não seja passível de demonstração por nenhum outro elemento de concretização, desqualifica-se em “valoração” ou “apreciação” subjetiva desprendida de normas<sup>131</sup>. Ou seja, as exigências pós-positivistas de clareza e racionalidade dos métodos não admitem a autonomia do critério teleológico, posto

---

<sup>129</sup> Tradução livre.

<sup>130</sup> Tradução livre.

<sup>131</sup> Cf. Müller, 1996, p. 269-270.



que na ótica da *Teoria estruturante do direito*, não existem possibilidades de controle sobre as “razões” que poderiam ser trazidas para a argumentação. A única hipótese de que eventual recurso à “finalidade” da disposição seja aceito, refere-se ao caso em que o argumento teleológico vem apoiado em outro *cânone* como, por exemplo, o genético ou o histórico. Cumpre frisar, porém, que tamanha é a relativização desse elemento que, no exemplo citado, o que de fato consistiria um argumento normativo seria o elemento histórico ou genético, e não o teleológico<sup>132</sup>. A razão é simples: de todos os cânones apresentados, somente o *teleológico* não pode apoiar-se do ponto de vista argumentativo diretamente em um texto, seja de norma (elemento gramatical, sistemático e histórico), seja de não-norma (elemento genético) – pelo menos não com a mesma facilidade que possuem os demais elementos. Nessa hipótese, a argumentação sempre pauta-se na busca pelo “fim” da norma, algo que no entendimento de Müller não é passível de controle.

### 2.2.1.2 Princípios de interpretação da Constituição

No plano específico da hermenêutica constitucional, no que concerne ao programa normativo, adquirem primazia os chamados “princípios de interpretação da Constituição”. Alguns dos princípios invocados pela doutrina e pela jurisprudência alemã, segundo Müller, “permanecem subordinados aos aspectos gramatical, histórico, genético, sistemático e teleológico da concretização” (1996, p. 277). Dentre os vários princípios que apresenta, o autor entende que somente o da *correção funcional* apresenta a característica de um elemento de concretização autônomo. Os demais princípios, em essência, não passam de adaptação dos *cânones* ao plano constitucional.

Tendo em vista, porém, que tais princípios: (a) foram desenvolvidos e debatidos especificamente no âmbito germânico; (b) referem-se, quase na totalidade, a especializações dos *cânones* no âmbito constitucional; e (c) passam longe de possuírem a unanimidade que os elementos advindos de Savigny possuem; não os trabalharemos aqui um a um.

Apenas para exemplificar, e ressaltando que não se tratam de elementos suficientes em si para a concretização, mas que são “elementos” (pontos argumentativos auxiliares do processo de concretização), mencionaremos os apresentados por Müller (1996, p. 277-289):

---

<sup>132</sup> Daí falar-nos Müller na atuação do elemento teleológico sob controle de algum dos demais: “No quadro de qualquer desses elementos e sob seu controle, o argumento tirado do ‘telos’ da prescrição (sob o qual o trabalho não está ainda, em regra, terminado) pode fornecer pontos de vista auxiliares suplementares que sejam utilizáveis” (1996, p. 269-270).

(a) a correção funcional (princípio autônomo); e como princípios de interpretação da Constituição não-autônomos: (a) praticabilidade; (b) interpretação tirada do contexto histórico; (c) critério do efeito de integração; (d) princípio da unidade da Constituição; (e) concepção geral pré-constitucional; (f) concordância prática; e (g) força normativa da Constituição.

Esse catálogo não é exaustivo. Princípios diversos podem nele ser incluídos, do mesmo modo que princípios que hoje dele constam podem ser suprimidos, rejeitados. O rol dos elementos de concretização normativa é sempre aberto. E mais: altera-se conforme se muda de ramo do direito, como já exposto<sup>133</sup>.

### 2.2.2 Elementos de concretização do âmbito normativo e do âmbito do caso

A *metódica estruturante* tem como uma de suas principais características – e isso têm sido visto ao longo de todo trabalho – o entendimento da parcela de realidade selecionada pelo programa normativo como integrante da própria norma jurídica. Daí que surja como questão importante para essa *metódica* a forma como essa parcela de realidade será trabalhada e incluída no processo de concretização. Qual o mecanismo de trabalho que permite ao sujeito concretizante partir das “circunstâncias do caso” – e passando pelo “campo factual” e pelo “âmbito da matéria” – chegar ao *âmbito normativo*?

A racionalidade do processo de decisão judicial deve ser sempre a *maior possível*, e isso em decorrência de um dado inerente à própria ciência jurídica: seu inegável caráter decisório – que, por conseguinte, sempre deixará uma margem de livre apreciação por parte do sujeito responsável pela tarefa decisória. Daí Müller afirmar acerca dos elementos factuais da concretização que: “Eles revelam-se inevitáveis na prática sem poder ser obtidos por meio da interpretação lingüística” (1996, p. 292)<sup>134</sup>.

A *metódica estruturante* chama a atenção para a inevitabilidade desses dados reais dentro do processo de concretização sem fornecer nenhum tipo de catálogo infalível de regras concernentes ao ingresso de tais dados no processo. O objetivo fundamental é a honestidade metódica. Em termos de construção de uma teoria da argumentação condizente com as

---

<sup>133</sup> Uma interessante análise sobre tais princípios, principalmente a partir de uma importação irrefletida no seio da doutrina brasileira é feita por SILVA, Virgílio Afonso da, 2005.

<sup>134</sup> Tradução livre.

exigências de racionalidade do Estado democrático de direito há de se reconhecer um avanço significativo: em vez do recurso a expressões e dogmas desprovidos de qualquer possibilidade de fundamentação (como a “natureza das coisas”, os “valores constitucionais que pairam sobre o texto constitucional”, etc.), bem como uma negativa de que os dados reais poderiam compor a norma jurídica, abre-se a argumentação e a própria composição da norma para tais dados, permitindo, ainda que não de forma infalível – ressalte-se – um ingresso controlado (a partir do *programa normativo*) desses dados no processo de concretização.

Para Müller (1996, p. 292):

A distinção entre campo factual, âmbito do caso, âmbito normativo e programa normativo, o aprofundamento de suas diferenciações segundo a especificidade do caso concreto a resolver e o trabalho efetuado com a ajuda de tais conceitos estruturais não podem nem garantir decisões justas, nem substituir os recursos metódicos tradicionais e recentes. [...] Esses aspectos estruturais fornecem elementos suplementares de diferenciação metódica, de argumentação e de demonstração detalhadas.<sup>135</sup>

Contribuem, vale frisar, para a consecução de uma honestidade metódica. Mas tal honestidade depende um novo tipo de jurista, de um tipo de jurista, como afirma Müller, digno deste nome. De fato, um diálogo com outros ramos do saber, em especial aqueles das ciências humanas, como a antropologia (geral e jurídica), a sociologia (geral e jurídica), a psicologia, a história (geral e do direito), a criminologia e a ciência política – para citar as mais diretamente relacionadas ao Direito – afigura-se condição *sine qua non* de processos de concretização cada vez mais adequados em termos de método<sup>136</sup>.

### 2.2.3. Elementos dogmáticos

Passa longe de ser pacífica uma definição de “dogmática jurídica”<sup>137</sup>. Para a teoria estruturante do direito, contudo, a delimitação é precisa: trata-se de concebê-la no sentido

---

<sup>135</sup> Tradução livre.

<sup>136</sup> A mesma exigência é posta por Robert Alexy (2005, p. 228), para quem “A capacidade de cooperação interdisciplinar [requerida pela argumentação jurídica] pressupõe sempre uma adequada formação”.

<sup>137</sup> Cf. Alexy, 2005, p. 244 e ss., que define, por sua vez, uma dogmática do Direito como uma série de enunciados que se referem à legislação e à aplicação do Direito, mas que não se podem identificar com sua descrição, estão entre si numa relação de coerência mútua, formam-se e discutem-se dentro de uma Ciência do Direito que funciona institucionalmente e têm conteúdo do normativo.

técnico da ciência jurídica<sup>138</sup>. Ou seja, para além dos elementos até aqui mencionados, no curso do processo de concretização vale-se o jurista de um outro tipo de texto: os enunciados contidos na jurisprudência e os estudos teóricos pertinentes ao caso. Assim, a dogmática estruturante consiste no conjunto de enunciados sobre a *jurisprudência* e a *legislação*<sup>139</sup>.

A dogmática, que deve ter seus enunciados construídos igualmente a partir de um trabalho metódico e democraticamente responsável (e cientificamente defensável), possui como tarefa primeira o auxílio aos demais elementos no processo de realização do direito. Tem, igualmente, a função de “trabalhar a matéria do direito de um ponto de vista didático” (MÜLLER, 1996, p. 298)<sup>140</sup>. Seu trabalho é, portanto, acessório: “A dogmática não oferece a certeza de uma decisão correta. Ela não é uma instância superior aos demais meios de realização do direito, mas somente a massa de certa classe de argumentos” (MÜLLER, 1996, p. 300)<sup>141</sup>.

Os enunciados dogmáticos, em razão de sua própria estrutura lingüística, não estão acabados e prontos para a aplicação (como acontece com todos os “dados” integrantes do processo de concretização). Ao contrário, carecem – assim como os textos de normas – de interpretação, sendo, portanto, passíveis de um trabalho a partir dos elementos gramatical e sistemático. Isso não lhes retira, todavia, o papel de recursos auxiliares do trabalho de concretização, desde que sua fundamentabilidade seja construída por um processo argumentativo metodicamente honesto.

As construções dogmáticas sobre decisões jurisprudenciais bem como sobre textos de normas, normas jurídicas ou normas de decisão, surgem a partir de um trabalho com textos “normativos”, razão pela qual estão – ainda que de forma limitada – diretamente referidas a textos válidos, aproximando-se assim dos elementos diretamente referidos a normas.

Contudo, tal aproximação é apenas relativa. O fato de que enunciados dogmáticos não se vinculam diretamente (estritamente) a textos de normas é tudo menos irrelevante. Esse fato os levará a um *status* auxiliar no trabalho de concretização. Os enunciados dogmáticos, ao contrário dos textos de normas, não são obrigatórios. O fato de a doutrina ser “unânime”,

---

<sup>138</sup> Müller rejeita, entretanto, uma visão “doutrinária” da noção. Uma dogmática doutrinária para degenerar em dogmatismo, que por sua vez ceifa a potencialidade de crescimento por via do debate. Daí a proposta de uma “dogmática estruturante”.

<sup>139</sup> A mesma perspectiva em Alexy, 2005, p. 244-264.

<sup>140</sup> Tradução livre.

<sup>141</sup> Tradução livre.

“majoritária”, “uníssona”, etc., não significa nada<sup>142</sup>. A dogmática estruturante sempre deixa aberta a possibilidade de discussão.

#### **2.2.4 Elementos da técnica de resolução de casos, de teoria e de política constitucional e jurídica**

Os três tipos de elementos de concretização aqui apresentados (os fatores da técnica de resolução dos casos, de teoria e de política constitucional e jurídica), em que pese autônomos, são aqui conjuntamente tratados em razão de sua subsidiariedade. Com efeito, tais elementos, somente ingressam no processo de concretização como pontos de vista auxiliares, subsidiários, mas nunca podem apresentar-se como decisivos para a solução do caso concreto.

##### *Fatores de técnicas de resolução de casos*

Os fatores da técnica de resolução de casos, fortemente vinculados à realidade alemã, resultam de manuais que fornecem uma espécie de esquematização sobre o caso a resolver (cf. MÜLLER, 1996, p. 339-344)<sup>143</sup>. Não contribuem, destarte, diretamente para uma imputação metodologicamente orientada da norma de decisão ao(s) respectivo(s) texto(s) de norma(s).

Segundo Müller (1996, p. 341):

[...] um esquema técnico de resolução de caso pode ajudar a fixar, por razões materiais-dogmáticas e convencionais-formais, o encadeamento e a sucessão apropriados aos termos do problema, apropriados porque aguardados, porque aceitáveis ou tidos conforme à “economia” da decisão. Esse encadeamento ou esta sucessão ajudam o jurista que deve resolver uma controvérsia a organizar os dados do caso [...]<sup>144</sup>.

O valor dessa categoria de elementos de concretização é significativamente reduzido. Não são indispensáveis e não gozam de obrigatoriedade, fazendo jus, como nenhum outro, à condição de elemento (formal) auxiliar. Como mecanismo de auxílio na sistematização das

<sup>142</sup> Cf. Müller, 1996, p. 303; sobre o assunto, ainda, em um diálogo com Rottlenthner, cf. Alexy, 2005, p. 251-252.

<sup>143</sup> Para Müller: “a função da técnica de resolução de casos consiste na organização formal do tratamento do caso concreto” (1996, p. 342, tradução livre).

<sup>144</sup> Tradução livre.

idéias ou na organização do caso, sempre com vistas a uma racionalização do trabalho jurídico, tais aportes podem até figurar interessantes. Porém, como já frisamos, sua importância não ultrapassa esse plano.

### *Elementos de teoria*

O exemplo fundamental que Friedrich Müller apresenta para caracterizar o que chama de elementos de teoria é a concepção da qual era tributária o Tribunal Constitucional Federal alemão segundo a qual a Lei fundamental alemã consistiria numa “ordem de valores” (cf. MÜLLER, 1996, p. 307). Em verdade, assim como no caso dos elementos dogmáticos, trata-se aqui de enunciados de teoria<sup>145</sup>. De forma indiscutível, Müller reconhecerá, baseado na reincidência cotidiana de utilização de tais enunciados, especialmente no plano constitucional, a pertinência da utilização dos enunciados desse tipo no processo de concretização, fazendo a ressalva, contudo, de que temos aqui fontes tão-somente *extra-normativas* (cf. MÜLLER, 1996, p. 307-309).

Os enunciados advindos das concepções teóricas de fundo assumem um papel de destaque no plano da *pré-compreensão*. Segundo Müller, para além da contribuição fornecida no que concerne à fixação de um ou outro entendimento sobre uma questão pontual, os elementos de teoria especificam o “horizonte de interpretação” que determina – conscientemente ou não – as questões concretas (cf. MÜLLER, 1996, p. 309-310).

Nada impede, como vimos, a inserção de tal tipo de elemento no processo de concretização. Contudo, sua aceitabilidade decorre da demonstração – por via argumentativa – de sua fundamentação no direito positivo. Com isso, Müller quer impedir, por exemplo, que entre no processo de construção da norma jurídica, como fator determinante ou mesmo dotado de alguma relevância, uma concepção que vê uma Constituição como uma ordem concreta de valores fundamentais de um povo que se encontra sobre e para além do Texto, como já declarou a superior instância judiciária alemã:

O Tribunal Federal Constitucional reconhece a existência de direitos suprapositivos que também vinculam o legislador constitucional, e se declara competente nestes termos para controlar o teor de constitucionalidade do direito vigente<sup>146</sup>.

---

<sup>145</sup> Daí falar-nos Friedrich Müller da “licitude metodológica de utilização de enunciados de teorias do direito, do Estado ou da Constituição destinadas a fixar a norma jurídica e a norma de decisão a estabelecer no caso concreto” (MÜLLER, 1996, p. 307, tradução livre).

<sup>146</sup> A citação encontra-se em Maus, 2000, p. 191.

Em um caso como este, conforme precisamente aponta Maus (2000, p. 192), o tribunal “[...] submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais”, tornando, portanto, metodicamente indefensável sua atuação.

#### *Elementos de política jurídica e constitucional*

O último grupo de elementos de concretização é o referente aos argumentos de política jurídica e constitucional. É neste momento que podemos auferir qual o papel que, para Müller, podem desempenhar no processo de concretização argumentos de caráter preponderantemente pragmáticos.

Afigura-se um dado da realidade de concretização do direito o recurso “às conseqüências da decisão”, o que no entendimento de Müller caracteriza um recurso a argumentos de política jurídica<sup>147</sup>. Esse tipo de raciocínio, como era de se esperar, somente pode adquirir um papel auxiliar, sendo passível de utilização apenas na hipótese – rara na prática judiciária – em que sejam honestamente denominados (como elementos de política) e restritos ao seu limitado papel. Ou seja, para a concepção estruturante aqui exposta afigura-se impossível a utilização de um argumentação assim conceituado como se fosse dotado de algum tipo de obrigatoriedade.

Müller reconhece que particularmente no direito constitucional são pertinentes e constantes os recursos a considerações de política. Contudo, entende igualmente que seu âmbito privilegiado de atuação é o do momento da fixação das disposições constitucionais, bem como o de discussão, a partir dos princípios de revisão do Texto, de propostas de alteração constitucional. No plano, porém, da práxis concretizadora levada a cabo pelo Judiciário, seu papel não pode ser outro que o de simples auxiliar argumentativo.

---

<sup>147</sup> Segundo o autor: “A política constitucional, na qualidade de estilo de reflexão, visa a valoração das conseqüências atingidas, à reflexão valorativa dos efeitos” (1996, p. 314, tradução livre).

## CAPÍTULO III

### **RACIONALIDADE E LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL: Limites e possibilidades a partir *metódica estruturante* de Friedrich Müller**

#### **Introdução**

Nos capítulos precedentes, na busca por uma caracterização tanto da epistemologia estruturante (cap. 1), quanto de sua teoria da norma (cap.2), analisamos os principais pontos da proposta teórica de Friedrich Müller, fornecendo, desse modo, os subsídios necessários para, neste terceiro e último momento, debruçarmos-nos sobre os limites e as possibilidades da *metódica estruturante* no enfrentamento das questões da legitimidade e da racionalidade das decisões judiciais.

Demonstraremos neste capítulo como todo o projeto de Friedrich Müller, inclusive e especialmente sua *metódica estruturante*, que aparentemente restringir-se-ia ao processo de concretização, tem como objetivo, por meio de uma proposta realista e honesta em termos de método, perquirir justamente quais os pressupostos e as possibilidades da legitimação da atuação do Poder Judiciário, bem como da racionalidade das decisões por ele proferidas.

Para a consecução de tais objetivos, iniciaremos pelo desenvolvimento de um fator que permeou todo o desenvolvimento do texto, ainda que não explicitado: o *caráter textual do Estado democrático de direito*. Esse “dado” do mundo contemporâneo está intimamente ligado à idéia da *metódica jurídica* como trabalho com (a partir de) “textos”, ou seja, com a concepção de que, na atual configuração dos ordenamentos jurídicos, a atividade dos trabalhadores do direito é ligada a – e controlada por – textos de normas, especialmente textos de normas constitucionais. Ou seja, na concepção exposta por Friedrich Müller, na base de toda sua teoria, está a idéia de que a legalidade é condição de possibilidade da legitimidade, sendo, portanto, a estrutura textual dos ordenamentos (a legalidade) a via de acesso para uma atuação estatal legítima. Como veremos nas linhas que se seguem, nesse contexto, assumirão destaque as questões envolvendo os métodos de trabalho à disposição da *práxis* jurídica.

Antes, contudo, de adentrarmos na análise dos limites e possibilidades da *metódica estruturante* no que concerne à vinculação metodologicamente orientada da norma ao texto, far-se-á necessário estabelecer a reformulação por Friedrich Müller operada no que se refere a



um conceito basilar quando o assunto é legitimidade estatal: o “poder constituinte do povo”. A criação do “povo” pela *teoria constitucional estruturante* levará a uma idéia dele como “instância global de aferição da legitimidade”, fechando, assim, pois, o círculo de estabelecimento da legitimidade na *teoria estruturante do direito*.

Entretanto, ainda restará em aberto a questão formulada no início deste trabalho: em que medida a *metódica estruturante* de Friedrich Müller consegue enfrentar o problema da racionalidade das decisões judiciais (que como constataremos abaixo é central para a consecução de um agir judiciário que se possa definir como legítimo)? A resposta a essa indagação dar-se-á por dois flancos: pela elucidação do entendimento da racionalidade passível de se obter no direito como “máxima racionalidade possível” e pelo estabelecimento e desenvolvimento de *regras de preferência* tendentes a solucionar eventuais conflitos metodológicos entre os elementos de concretização. Por fim, levantaremos algumas das contribuições fornecidas pela *metódica estruturante* elaborada por Friedrich Müller para um agir judiciário mais honesto e tendente à concretização do recorrentemente invocado e ao mesmo tempo tão distante Estado democrático de direito brasileiro.

### **3.1 Direito, linguagem e violência: a estrutura textual do Estado Constitucional como via de acesso à legitimidade**

O período histórico-constitucional que se segue às revoluções liberais burguesas, se não inaugura, consolida a figura do texto constitucional escrito, conferindo-lhe o *status* de centro de convergência legislativa no âmbito do Estado de direito. Com efeito, particularmente desde as revoluções francesa e norte-americana (a partir das quais o *texto constitucional* passa a adquirir primazia), a idéia de que a fundação do Estado em termos jurídicos dar-se-ia a partir da instituição, pelo poder constituinte, de uma Constituição *escrita*, desenvolve-se na Europa para, dois séculos depois, figurar dominante igualmente nas Américas, na África, na Ásia e na Oceania<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> A *textificação constitucional* afigura-se um fenômeno tão difundido na atualidade que, exceção feita ao Reino Unido e a Israel, que não possuem um único documento constitucional, e aos Estados que têm o *status* de protetorado, todos os Estados-membros da Organização das Nações Unidas (atualmente 191) possuem uma Constituição *escrita*, fato este que demonstra de forma manifesta que a *textificação*, em tese apoiada na legitimação democrática do legislador, é um dado do qual nenhuma proposta teórica que se debruce sobre a questão da metodologia jurídica pode abdicar.

Os séculos XIX e XX operaram, portanto, a consolidação da chamada *constituição moderna*, que na conceituação de J. J. Gomes Canotilho apresenta-se como “a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (1999, p. 52). Esses duzentos anos de história constitucional, num contínuo e acentuado processo de abandono do direito natural, consolidaram o que podemos denominar de *estrutura textual do Estado Constitucional*, ou seja, o caráter lingüístico-textual que assumem os ordenamentos jurídicos das atuais democracias (ou estados) constitucionais<sup>149</sup>.

Desde então, no âmbito da teoria do direito, problemas de método referem-se, em sua essência, à forma de interpretação, compreensão ou concretização da gama de textos que compõem os ordenamentos estatais, pois como afirma Castanheira Neves (1993, p. 17), compete à metodologia jurídica “refletir criticamente o método da judicativo-decisória realização do direito”, ou mais pontualmente: realização do direito textualmente estabelecido. Daí que as mais diversas correntes da metodologia jurídica dos séculos XIX e XX (em especial no âmbito germânico) tenham se debruçado sobre o tema da “interpretação jurídica”<sup>150</sup>, questão intimamente vinculada – ressalte-se – ao direito legislado<sup>151</sup>.

Partindo desse contexto<sup>152</sup>, Müller trabalhará com a idéia de que o direito necessariamente é vinculado à linguagem. Será, desse modo, por meio do recurso à estrutura lingüístico-textual dos ordenamentos jurídicos que o Estado democrático de direito buscará sua legitimidade. E mais: a estrutura textual é o que garante a possibilidade de que o Estado pretenda-se racional, ou melhor, que a dominação que ele exerce pretenda tal qualidade<sup>153</sup>. Textualidade e legitimidade são, portanto, conceitos que caminham de mãos dadas.

Para Müller, o funcionamento do direito opera-se mediante o trabalho com textos. Das decisões legislativas às decisões executivas e judiciais tudo é trabalho a partir de textos, que

<sup>149</sup> Cumpre ressaltar que esse fenômeno coordenado pelas Constituições conseqüentemente expandiu-se para todo o ordenamento, não ficando, portanto, restrito ao âmbito constitucional.

<sup>150</sup> Uma reconstrução histórico-metodológica dessa questão, com uma abordagem precisa das principais escolas é feita por Karl Larenz, 1989, p. 9-217.

<sup>151</sup> Ou, como nos diz Robert Alexy (2005, p. 210), “a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente”. Cf., ainda, Castanheira Neves (1993, p. 17), para quem a realização do direito tem nas normas jurídicas (textos de normas) “os seus imediatos critérios”.

<sup>152</sup> Cf. Müller, 1996, p. 174-186. Mais especificamente, sobre o acatamento incondicional da tese da textualidade, cf. 2004, p. 104-106.

<sup>153</sup> Após a retirada de Deus e do direito natural como fontes de legitimação do poder estatal, o Estado constitucional surgido com as revoluções burguesas liberais precisava de recursos próprios de legitimação, diferentes dos que haviam vigorado nas Idades Média e Moderna. No contexto da contemporaneidade, segundo Müller (2004, p. 23): “Fazem parte desses recursos, em grau reforçado, o de uma *linguagem* que se racionaliza e sistematiza e, nesse sentido específico, se torna mais científica: textos de normas, garantias processuais sobre a elaboração menos ‘correta’ e muito mais ‘conforme as regras’ (do Estado de Direito) de normas decisórias, da Dogmática erudita. O caráter escrito e público das leis bem como a idéia de uma Constituição escrita tornam-se cada vez mais importantes para a tradição da Europa continental”.

segundo o autor, na atual configuração do Estado democrático de direito podem ser classificados do seguinte modo:

a) os *textos de injunção abstratos* (a letra da lei) e os *textos de justificação* desses textos de normas (exposições de motivos das leis, debates e negociações, relatórios de comissões); b) os *textos de injunção concretos* (normas-decisão elaboradas pela jurisprudência ou editadas pelo executivo) e os *textos de justificação das decisões* (motivação das decisões do executivo e da jurisdição) (1996, p. 185)<sup>154</sup>.

A legitimidade do Estado constitucional, portanto, assenta-se em sua própria estrutura textual, ou mais especificamente, no trabalho metodicamente orientado a partir dos textos de normas acima mencionados. A dominação exercida pelo Estado somente pode ser legitimada a partir do “recurso à ‘violência constitucional’ vazada na forma do direito e conseqüentemente veiculada pela linguagem” (MÜLLER, 1995, p. 08). A legalidade inerente ao Estado democrático de direito é o fator que permite, em regra, uma dominação sem recurso à violência nua, chamada por Müller de “violência atual”, ou seja, uma violência desprovida de legitimação:

Como qualquer Estado, qualquer organização de grupos humanos, o *Estado de Direito* é uma forma de violência – da sua regulação, aplicação, justificação, e com isso também da sua fundamentação: não como violência na sua facticidade [*Tatsächlichkeit*], mas precisamente enquanto ‘poder’ (‘poder estatal’ [*Staatsgewalt*]) regulado e justificado (MÜLLER, 1995, p. 30-31).

O direito possui uma função de dominação (estatal), evidentemente. Mas de igual modo possui uma função de limitação dessa dominação, bem como de legitimação (dessa própria dominação). O poder-violência<sup>155</sup> especificamente exercido pelo Estado, para que não degenerem em violência atual, precisa despersonalizar o exercício da violência por meio do recurso à linguagem, ou mais especificamente, aos textos de *injunção* e de *justificação*.

Todo esse caráter lingüístico-textual que é característico das atuais democracias constitucionais traz consigo fortes exigências metódicas. O Estado democrático de direito não

<sup>154</sup> Tradução livre.

<sup>155</sup> Friedrich Müller utiliza-se da riqueza argumentativa da palavra alemã *Gewalt*, que tanto pode ser traduzida por *poder* quanto por *violência*. Peter Naumann, em *Direito, Linguagem e Violência* (MÜLLER, 1995, p. 20), explica que “A ambivalência do termo alemão revela uma ambivalência da própria realidade, à qual o termo se refere: o termo alemão admite, por assim dizer, que o poder tem necessariamente uma conotação de violência, ainda que a idéia e a práxis do Estado de Direito se empenhem em formalizar, vale dizer, racionalizar e assim tornar transparente e discutível essa violência constitutiva das relações sociais”. No texto, Naumann optou por *violência* por entender que a expressão coaduna-se melhor com a argumentação desenvolvida por Müller.

se apresenta (ou não pode apresentar-se) tão-somente como “Estado de direito formal” (MÜLLER, 1996, p. 185) – conformação que se coaduna com uma regulamentação de tipo autoritária, por exemplo –, mas é também necessário um viés “material”, que para Müller complementa-se em relação ao que chama de “textos de injunção” e “textos de justificação”.

Desse modo, não bastam *textos de injunção*. Faz-se mister precisão em sua redação. É indispensável obediência à irretroatividade, garantia de acesso ao Judiciário, etc. Ou seja, não é o ato legal (formal) de institucionalização suficiente em si mesmo. A legitimidade não pode derivar da “pura” legalidade formal. Por outro lado, os *textos de justificação*, por si só, vazios, também não bastam. Dentre outros fatores Müller (1996, p. 185) pedirá “o imperativo da sinceridade dos métodos (isto é, a coincidência entre o modo de descoberta da decisão e a argumentação exposta)”. Assim vai se formando e se fechando o círculo da legitimidade da atuação estatal: textos de injunção – suporte principiológico material – textos de justificação – honestidade metódica (uma metódica garantidora da racionalidade).

Portanto, a superação da crença positivista de que estaria a norma jurídica previamente contida no texto e a correlata necessidade de concretização (criação) normativa, sobretudo no campo constitucional – o *locus*, por excelência, da *textura aberta* – exige uma teoria da decisão (ou da argumentação) jurídica que permita, em cada caso, real ou hipotético, da melhor e mais honesta forma possível, imputar a norma de decisão obtida pelo sujeito concretizante a um determinado texto de lei (por sua vez democraticamente legitimado). E não basta tão-somente justificar a imputação da decisão ao texto, é igualmente preciso que os próprios elementos de concretização utilizados possuam uma fundamentação racional. É preciso, como defende Müller: “levar a sério e implementar coerentemente o direito vigente” (2005, p. 112).

Desse modo, constata-se que legitimidade e *práxis* (trabalho jurídico) estão intimamente ligadas. Fundamentalmente para a legitimação do atuar judiciário não basta a fixação dos textos de injunção abstratos (textos de lei) por um órgão que possua legitimação democrática direta, pois mesmo os órgãos responsáveis pela fixação do direito válido precisam de uma fonte de legitimação, que a tradição consolidada tem imputado ao “povo”.

Contudo, o “povo” não tem sido mais do que um “ícone”, um referencial retórico ao qual se imputa o agir estatal. Nesse caso a legitimação decorreria de uma vontade do “poder constituinte do povo”, que assim como o próprio povo, também carece de uma noção materializável na *realidade*. É por isso que antes de retomarmos o debate acerca do método, far-se-á indispensável uma análise acerca do tratamento dado pela teoria estruturante do direito aos conceitos de “povo” e de “poder constituinte”.

### 3.2 Poder constituinte processual e material: o cerne da Constituição como critério de aferição da legitimidade da atuação estatal

#### 3.2.1 O que se entende por “poder constituinte do povo”?

As Constituições modernas gostam de falar do “povo”; e mais: o elegem como fonte de sua legitimidade. O “poder constituinte do povo”, principalmente a partir da teorização operada por Sieyès, tem se constituído como fonte de toda a legitimação do poder estatal, materializado nas disposições das Cartas Constitucionais. A argumentação é simples: a competência para a dominação vem da Constituição, que por sua vez é fruto do “poder constituinte do povo”. O recurso ao “povo”, pois, é indispensável. No caso brasileiro, por exemplo, além do preâmbulo dizer que o documento foi elaborado por “nós”, os “representantes do povo brasileiro”, diz o parágrafo único do artigo 1º da Constituição que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. Daí que, em termos processuais, uma Constituição possa reivindicar legitimidade quando redigida por uma Assembléia Constituinte para tal eleita, ou ainda, quando seu texto tenha sido submetido ao crivo de um referendo popular. Para além desses dois mecanismos e em obediência a um Estado democrático de direito, especialmente quando ambos os procedimentos conjugadamente são adotados<sup>156</sup>.

Esse viés *procedimental* da legitimação de uma Constituição afigura-se uma construção interessante, lógica e institucionalmente palpável (historicamente suscetível de comprovação) na maioria das atuais sociedades complexas. Entretanto, não basta por si só<sup>157</sup>. Imprescindível conjugar com esse primeiro aspecto um elemento *material*, ou o que Müller denomina de “uma segunda variante de significado”, materializada em uma “força perdurante do ‘poder constituinte’, i. é, por força da permanência no cerne da Constituição por meio da práxis estatal continuada e do seu reconhecimento implícito pelo povo” (2004, p. 44), pois para Müller o “poder constituinte” não é uma realidade, não é algo que possua uma existência material, donde seu entendimento de que: “A única afirmação que se pode fazer dele com

<sup>156</sup> Sobre o “poder constituinte do povo” como direito processual, cf. Müller, 2004, p. 37-52.

<sup>157</sup> Müller defenderá que “o *topos* ‘poder constituinte’ pode servir de enunciado histórico para o *surgimento* e para a geração de circunstâncias comprováveis de surgimento de uma Constituição” (2004, p. 100), ou seja, como procedimento. Contudo, acrescentará que “para que uma Constituição seja mantida (*continue vigente*), o postulado *indiferenciado* de um ‘poder constituinte’ é um enunciado preponderantemente ideológico” (2004, p. 100).

bons argumentos é a seguinte: ele é uma expressão de linguagem e, como expressão nos diplomas constitucionais, um texto escrito” (MÜLLER, 2004, p. 19).

O trabalho da *teoria constitucional estruturante*, assim, será destronizar o “poder constituinte do povo” na sua modalidade icônica<sup>158</sup> e encará-lo e operacionalizá-lo como *texto de norma*. Todo texto de norma possui um âmbito material de regulamentação, razão pela qual precisa ser concretizado, e sobretudo, tomado ao pé da letra:

O ato tópico de pôr em vigência resta provisório diante da *vigência* historicamente *permanente* de uma Constituição cuja função é sobretudo ser o ordenamento fundamental estabilizador da coletividade no tempo. O ato fundador ainda não diz nada sobre as *concretizações* jurídicas e juridicamente motivadas pela ação do Estado que lhe segue; ele não diz nada sobre os *conteúdos* dessa ação. São sobretudo eles que importam com vistas à pergunta sobre a legitimidade; uma Constituição é um ordenamento fundamental materialmente *determinado* (MÜLLER, 2004, p. 114).

Indispensável, destarte, ultrapassar a concepção estática e formal de poder constituinte para transformá-lo, para além da tradição, em poder constituinte como *práxis* efetiva<sup>159</sup>, posto que a legitimação democrática de um texto constitucional não é um dado estático, mas um processo dinâmico<sup>160</sup>. Mas é preciso cautela: tomar uma expressão como texto de norma significa levá-la a sério, como vimos. O “poder constituinte”, então, deve ser concebido como texto *jurídico*, e não como texto *ideológico*, como freqüentemente tem sido concebido. Assim, nesse aspecto substancial, o “poder constituinte do povo” passa a ser compreendido como “*norma para um critério de aferição*” (MÜLLER, 2004, p. 53), norma essa capaz de conferir “legitimação por meio da permanência da *práxis* constitucional no ‘cerne’ material” (MÜLLER, 2004, p. 53), posto que uma Constituição que se pretenda democrática somente pode adquirir sua legitimação de um processo que permaneça constante no cotidiano “demo”crático do exercício estatal do poder-violência, ou em contrapartida, “o Estado é legítimo enquanto exercer o seu poder com base em uma Constituição que contém um

---

<sup>158</sup> “Pode constituinte do povo” afigura-se uma expressão icônica naqueles Estados, ou naqueles discursos onde não há um “povo” que se possa apontar como referencial de legitimidade. Da forma como amplamente utilizado, nunca há, de fato, exercício de um “poder” “constituinte” “do povo”. Há, sim, deliberações, negociações, acordos e negociatas por parte dos “representantes” “do povo”, vale dizer, da elite dominante. Aqui, o “povo” não passa de um “ícone”, e o poder-violência do Estado não tem onde se apoiar, degenerando, por sua vez, em pura violência.

<sup>159</sup> Esse ponto da teoria constitucional estruturante é o próprio fundamento de legitimidade da atuação estatal.

<sup>160</sup> A abordagem aqui se refere à Constituição, mas nada impede (ao contrário, aconselha) sua extensão para o âmbito do direito infraconstitucional. Alguns pontos da argumentação são restritos ao plano da teoria constitucional, como é o caso do poder constituinte e do cerne material da Constituição. Contudo, a idéia subjacente a essa argumentação, de que a legitimidade apresenta-se na *práxis*, é perfeitamente aplicável a qualquer ramo do direito.

determinado estoque nuclear de ‘princípios’ da família constitucional” (MÜLLER, 2004, p. 104).

Nesse ponto é central a idéia de “cerne material”, ou “núcleo normativo” de uma Constituição. Para a *teoria estruturante* esse conceito pode ser compreendido como aquele conjunto de disposições que garantem a essência da Constituição em termos de estrutura estatal, divisão (e exercício) dos poderes e direitos e garantias de caráter fundamental<sup>161</sup>. No caso do Texto Constitucional brasileiro esse cerne material é indicado normativamente, em primeiro grau, pelo §4º, do art. 60, da Constituição, que protege o Texto de qualquer alteração concernente à abolição da “forma federativa de Estado”, do “voto direto, secreto, universal e periódico”, da “separação dos Poderes” e dos “direitos e garantias individuais”.

Para além desses aspectos, em um *segundo grau do cerne* da Constituição brasileira podemos indicar todas aquelas disposições textuais tendentes a garantir justiça social, ou em outros termos, destinadas a consolidar um Estado de Bem-Estar Social. E isso pelo fato de que, no Brasil, o Texto Constitucional, além de caracterizar-se como tal em razão de uma separação de poderes com vistas à divisão do exercício e respectiva contenção do poder político, por um catálogo de direitos e garantias fundamentais e, ainda, pelo voto e pela forma federativa tendentes a maximizar o teor democrático da organização política, inegavelmente apresenta-se como uma Constituição de *viés social*, posto assumirem os direitos com esse caráter acentuado destaque no *corpus* constitucional<sup>162</sup>.

A partir dessa vinculação entre legitimidade e cerne da Constituição o poder constituinte não mais será visto como um acontecimento historicamente datado, mas como “instância de atribuição e critério de aferição do direito” (MÜLLER, 2004, p. 112). Aqui: “[...] a constituição da Constituição ainda não legitima conclusivamente como ato único; só seu permanente caráter de critério de aferição legitima duradouramente” (MÜLLER, 2004, p. 107), sendo que com isso a atuação estatal não mais se justifica (apenas) com referência ao momento fundacional, mas também, e precipuamente, a partir de um agir político-jurídico em

---

<sup>161</sup> Mas não somente isso. O conceito de cerne material da constituição é intimamente vinculado ao de “família constitucional”, ou seja, o conjunto de disposições (de teor *material*) que desde o período pós-revoluções liberais do fim do século XVIII tem, em que pese a enorme gama de variações, caracterizado o “núcleo duro” dos textos constitucionais hoje conhecidos.

<sup>162</sup> No mesmo sentido aqui descrito, Müller fala-nos do exemplo de Weimar, dizendo que “Se as parcelas ativas da população pretenderam – entre outras coisas – derrubar na Alemanha em 1918/1919 a monarquia, então a forma republicana da Constituição de Weimar é parte do cerne da Constituição (porque *efetivamente* visada pelo poder revolucionário precedente)” (MÜLLER, 2004, p. 103). No Brasil pós-1988 fica evidente a busca por um estado de viés social, como decorre, por exemplo, das disposições constantes dos art. 3º, 6º, 7º, 170, bem como de todo o Título VIII (Da Ordem Social).

estrita consonância com o *cerne* material da Constituição<sup>163</sup>. Só assim podemos falar em legitimidade constante, em legitimidade real. Do contrário, e para utilizar uma frase de José Saramago, resta-nos somente “vã retórica judicialista”.

Desse viés material do poder constituinte decorre a necessidade de uma espécie de “vontade de Constituição”<sup>164</sup> por parte do Estado, ou seja, uma *práxis* constitucional que tome ao pé da letra os textos de normas que compõem o *cerne material* da Constituição<sup>165</sup>. Nesse sentido, e para além da tradicional teoria dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, tomando como referencial o Texto Constitucional, são em primeira linha os responsáveis pelo prolongamento temporal da legitimidade do exercício do Poder Político. A ficção liberal de cunho formalista-procedimental teorizada pelo abade Sieyès<sup>166</sup> não basta. A idéia de um contrato fundador que irradiaria legitimidade para todo o sempre não se sustenta. Para além do poder constituinte formal afeto ao âmbito do aspecto legislativo de criação da Constituição, subsiste um poder constituinte material, conseqüente com a própria teoria da norma de Müller, igualmente de responsabilidade de todos os poderes estatais, e em especial, no atual contexto, do Poder Judiciário.

Todos esses aspectos que podem levar a uma legitimação *pós-positivista* de um Texto Constitucional, bem como das funções estatais, dependem, contudo, de um “povo” ao qual essa legitimidade possa se dirigir. Também aqui Müller inovará com relação à tradição, trabalhando “o povo” na condição de um conceito normativo condizente com os vários tipos de “povo” que compõem um Estado Constitucional<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> Segundo Müller, “[...] o Estado é legítimo enquanto exercer o seu poder com base em uma Constituição que contém um determinado estoque nuclear de ‘princípios’ da família constitucional” (2004, p. 104). Ocorre que à medida que o exercício do poder deve estar em consonância com um núcleo formado por textos de normas, ou seja, à medida em que os textos apresentam-se como critério de aferição da legitimidade, a atuação estatal somente apresenta-se legítima à medida em que a *práxis* constitucional guarda com tais textos uma *real* vinculação (e não uma relação ideológica, retórica).

<sup>164</sup> Para retomar a expressão de Konrad Hesse, 1991, p. 21-22.

<sup>165</sup> As constituições são documentos que corporificam as opções constituintes. Portanto, não seria sem propósito defender que, independentemente das teses de um conteúdo materialmente constitucional, ou de disposições que seriam essencialmente constitucionais, tudo o que o constituinte elegeu como de hierarquia superior, assim deve ser encarado. Essa interpretação é correta. E especialmente a partir do momento que tomamos o documento fundador como um conjunto de textos de normas, consoante a *teoria estruturante do direito*. Nesse sentido, também na efetivação cotidiana daquelas disposições que não integram efetivamente o *cerne material* de determinada constituição residiria um ponto de obtenção da legitimidade. A idéia de *núcleo normativo* é um referencial, não algo absoluto. Não se afigura possível qualquer entendimento de que aquelas disposições que residissem fora dele seriam passíveis de algum tipo de rejeição ou desconsideração. Em última instância, *cerne* e constituição em sua totalidade são noções dificilmente separáveis na prática efetiva.

<sup>166</sup> A teoria do poder constituinte que cunhada no período da Revolução Francesa ganhou expressiva notoriedade está consubstanciada no livro “O que é o terceiro estado?”, do abade francês Emmanuel Joseph Sieyès.

<sup>167</sup> Em duas obras já traduzidas para o português, e que constituem títulos de sua série intitulada *Elementos de Teoria Constitucional*, Friedrich Müller desenvolverá sua novel concepção acerca do poder constituinte, bem como seus conceitos de povo. Tratam-se das obras: “Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo” e “Quem é o povo? A questão fundamental da democracia”.



### 3.2.2 Qual “povo”?

O tratamento do “poder constituinte do povo” como fator de legitimação constitucional textificado, quando contraposto à facticidade das sociedades complexas inevitavelmente leva à pergunta: quem é o povo? Se Müller pretende destronizar o povo ícone e o poder constituinte como texto ideológico, deve atribuir ao “povo” um significado condizente com tudo o que acima foi exposto.

A essa *nova* questão (qual povo?) Müller fornecerá um “*conceito tripartite*”<sup>168</sup>. Com efeito, tem-se o “Povo” como povo ativo, o “Povo” como instância global de atribuição de legitimidade e o “Povo” como destinatário de prestações civilizatórias do Estado. Esses conceitos resultam do seguinte fundamento:

*Quanto mais* o “povo” for idêntico com a população no direito efetivamente realizado de uma sociedade constituída, *tanto mais* valor de realidade e conseqüentemente legitimidade terá o sistema democrático existente *como forma*. E essa correlação conjuntiva “quanto mais...tanto mais” implica que a aproximação das duas figuras ocorre por meio de gradações e tipificações, em correlação com as diferentes esferas funcionais: povo ativo, povo como instância de atribuição, povo-destinatário em oposição ao povo-ícone (MÜLLER, 2003, p. 111)<sup>169</sup>.

A primeira operacionalização de “povo” concebe-o como *povo ativo*. Trata-se do cidadão como eleitor, capaz não apenas de eleger representantes que por ele decidirão, mas também de, por si próprio, decidir questões importantes atinentes à re(s)pública. Contudo, nem todos os cidadãos componentes do *demos* incluem-se no *povo ativo*. Vários são os que não podem (ou não querem) exercer o direito de voto (§§ 1º e 2º do art. 14 da Constituição Federal de 1988)<sup>170</sup>.

Para além do povo ativo, há ainda o “povo” compreendido como destinatário de prestações civilizatórias do Estado. Além do *povo ativo* e do *povo como instância de atribuição* (que veremos a seguir) o que pode a população como um todo, em geral? Para responder a essa questão Müller nos fornece um postulado inicial: “O mero fato de que as pessoas se encontram no território de um Estado é tudo menos irrelevante” (MÜLLER, 2003,

<sup>168</sup> Em verdade, não se trata de um “*conceito tripartite*”, mas de uma “*operacionalização tripartite*”. Na leitura estruturante da democracia, “povo” não é tomado como um conceito natural, pré-existente e ideológico, mas sim “*como a totalidade dos indivíduos realmente residentes no território do Estado*” (MÜLLER, 2003, p. 109).

<sup>169</sup> Com relação ao “povo-ícone”, cf. Müller (2003, p. 65-73).

<sup>170</sup> Sobre a noção de “povo” como *povo ativo*, cf. Müller (2003, p. 55-58).

p. 75). Quando tratamos de uma democracia constitucional, como no caso brasileiro, devemos uma especial atenção à garantia dos *direitos fundamentais* de todos aqueles que habitam tal território. Os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, tais como “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) devem ser assegurados a todos, brasileiros, estrangeiros residentes e apátridas, independentemente da condição de *povo ativo*. Mais uma vez: a todos aqueles que habitam o território brasileiro. Nesse caso, “a legitimidade ocorre pelo *modo, mediante o qual todos*, o ‘povo inteiro’, a população, a totalidade dos atingidos [pelo direito vigente] são tratados por tais decisões [governamental-executivas] e seu modo de implementação” (MÜLLER, 2003, p. 77)<sup>171</sup>.

As noções de “povo ativo” e de “povo como destinatário de prestações civilizatórias” referem-se apenas indiretamente à atuação do Poder Judiciário. No primeiro caso, deve ele atuar na garantia das regras do jogo democrático, garantindo a efetiva existência do povo ativo bem como o efetivo exercício de suas atribuições constitucionais; no segundo, cabe ao Judiciário, no momento da omissão do Executivo ou do Legislativo, o papel de guardião das garantias fundamentais (de caráter individual e social), como última instância de recurso do cidadão que vê faltar as prestações civilizatórias.

Contudo, falta-nos ainda responder à questão pelo elemento imediato de acesso do Judiciário à legitimidade, em termos de “poder constituinte do povo”. A partir de qual “povo”, efetivamente, pode o Estado-Juiz legitimar-se?

### **3.2.3 O “povo” como instância global de aferição da legitimidade: o papel de uma metódica do trabalho na garantia da legitimidade**

A pergunta pela legitimidade da atuação do Poder Judiciário, depende da solução de uma questão antecedente referente à própria legitimidade do Estado. De onde vem a legitimidade do poder político exercido contra e “para” os cidadãos? Vimos que a tradição constitucional afirma que a fonte de toda legitimidade é o povo, *locus* no qual residiria a própria essência da democracia. Vimos igualmente que os textos constitucionais burgueses utilizam-se do recurso legitimador chamado “povo”. Para a *teoria estruturante do direito*,

---

<sup>171</sup> As passagens entre [ ] não pertencem ao texto original.

porém, se o Estado constitucional pretende pautar sua legitimidade em um suposto “poder constituinte do povo”, esse “poder” necessita ser positivado, o que na perspectiva da *metódica* aqui exposta acarretará conseqüências e estabelecerá exigências de natureza prática, especialmente a partir de uma operacionalização estruturante do conceito de “povo”.

Pois bem, o “povo” ativo legitima diretamente a ação do Poder Legislativo. Nos sistemas representativos que caracterizam a maioria dos Estados, o legislador democraticamente eleito é o responsável imediato pela fixação dos textos de normas (o material de trabalho dos “operadores do direito”). Porém, não basta a fixação de textos de normas por meio da atividade legislativa democraticamente respaldada, pois em Estados nos quais “funcionários públicos e juízes não chegam ao seu cargo por meio de uma eleição, a sua ação se liga de forma demasiado etérea à ação originária do povo ativo” (MÜLLER, 2003, p. 59), surgindo daí um *déficit* de legitimação. E isso porque não só aqueles que se constituem como *povo ativo* sofrem os efeitos da execução-concretizadora (Executiva e Judiciária), mas sim todos os que habitam determinado Estado, o “povo” como *população*. Além disso, não basta a simples remissão a textos de normas, é preciso uma remissão *metodicamente orientada*. Disso decorre a necessidade de se ver o “povo” como “instância global da atribuição de legitimidade democrática” (MÜLLER, 2003, p. 60). Exige-se responsabilidade governamental perante os destinatários de suas ações. Nesse sentido, a democracia exige que o Estado conceba o “povo” como “uma instância permanente, diante da qual [...] é responsável, perante a qual ele deve defender efetivamente o exercício da sua atividade ‘de poder-violência’” (MÜLLER, 2003, p. 62). O exercício do poder estatal deve caracterizar-se “como exercício por encargo do povo em regime de responsabilização realizável perante ele” (MÜLLER, 2003, p. 62).

Toda essa carga obrigacional recai sobre todos os poderes estatais. Contudo, recai com mais intensidade sobre o único dentre eles que não possui legitimação direta por meio do “povo” ativo, ou seja, o Judiciário.

A legitimação da atuação do Poder Judiciário vincula-se às duas vertentes do poder constituinte do povo (formal e material) de modos distintos. No primeiro caso, a legitimidade advém da própria previsão constitucional e da atribuição de competências. No caso brasileiro, ela assenta no art. 2º da Constituição Federal, bem como no Capítulo III do Título IV, que disciplina toda a estrutura e competência do Poder Judiciário. Ocorre que fundamentar toda a legitimidade da atuação jurisdicional no momento fundacional afigura-se algo deveras idealista. Essa remissão, como vimos, pode ser meramente icônica, arbitrária e não-fundamentada, transformando o exercício do poder-violência que pode ser legítimo em puro

ato de força. Além disso, “todo o poder emana do povo”, e em seu nome deve ser exercido. Daí a necessidade de uma legitimação material (poder constituinte como direito material), consubstanciada no trabalho metódico de fundamentação das decisões. Esse viés “material” de legitimação aufere-se por meio da forma como o Judiciário concebe o sistema jurídico do país e como com ele trabalha.

O Estado Constitucional possui o monopólio do exercício legítimo da violência, não o monopólio do exercício ilegítimo da mesma. Para este último ele já não possui nenhum direito. Decisões de funcionários ou grêmios do sistema jurídico, que tenham caráter de obrigatoriedade, devem poder ser atribuídas a textos democraticamente postos em vigor desse Estado de Direito, i. é, devem poder ser atribuídos a textos de normas de forma convincente em termos de método (MÜLLER, 2003, p. 66).

Do exposto até aqui se constata, portanto, que em termos de atuação do Poder Judiciário, a via de acesso à legitimidade é a possibilidade de uma imputação racional (metodicamente defensável) da decisão proferida a determinado texto de norma (ou a um conjunto de tais textos). Estabelecemos assim, a partir da análise da proposta estruturante de um conceito de “poder constituinte do povo”, na vertente do “povo como instância de aferição da legitimidade” o *locus* onde residiriam as possibilidades do Judiciário no tocante à legitimidade. Fica em aberto, contudo, com vistas às perguntas inicialmente formuladas, se (e em que medida) o processo de concretização normativa, bem como todas as inovações/reformulações operadas pela *teoria estruturante do direito* são capazes de garantir às decisões o grau de racionalidade exigido pelo Estado democrático de direito. Eis portanto, o objetivo da parte final deste capítulo.

### **3.3 Hierarquização dos elementos de concretização e “máxima racionalidade”: as possibilidades da *metódica estruturante* diante das exigências democráticas de racionalidade e legitimidade**

Uma decisão judicial é legítima quando pode, de forma metodicamente estabelecida, ser imputada a determinado texto (válido) de norma. Eis, portanto, o papel da *metódica*

*estruturante* enquanto *técnica de imputação*<sup>172</sup>. Seu objetivo primeiro é fornecer ao sujeito responsável pela decisão elementos que lhe possibilitem proceder a tal imputação, ou seja, que a partir de um processo estruturado de construção da norma jurídica (e sua conseqüência: a norma de decisão), possa o sujeito demonstrar argumentativamente que a decisão que profere pode, sob o ponto de vista racional, ser remetida a determinado(s) texto(s) de norma(s).

Esse mecanismo de imputação tem o poder de vincular a decisão judicial ao texto de norma estabelecido pelo legislador, o que, ainda que por meio de uma abstração, permite “importar” a legitimação democrática direta que o texto possui, se não solucionando, dando novos contornos ao problema da legitimação das decisões judiciais. Vale ressaltar, contudo, que a legitimidade não repousa definitivamente nos textos, pois estes somente contêm indícios de legitimidade, pois da mesma forma como ocorre com a normatividade, em Müller, como vimos acima, “[...] a legitimidade [...] é um *processo* e não uma substância, uma essência ou mesmo uma *qualidade* de textos” (2003, p. 107), razão pela qual tornar-se-á fundamental a idéia de uma *práxis* metódica que trabalhe na manutenção do cerne constitucional.

Müller (1996, p. 39) compreende que as questões de método destinam-se a “considerações relativas ao tratamento científico dos problemas [da *práxis* jurídica] e a uma racionalidade transparente, que permita o controle e a discussão [das decisões judiciais]”<sup>173</sup>. Contudo, ao contrário do que se poderia imaginar e pretender, a *metódica estruturante* não fornece ao jurista nenhum catálogo exaustivo e milagroso de técnicas, mecanismos ou métodos infalíveis de solução do caso concreto. As razões dessa contenção de pretensão nos são apresentadas por Müller, em uma citação tão longa quanto indispensável:

A concepção da norma e dos métodos assim desenvolvida tem por traço fundamental esforçar-se para atingir a racionalidade que é possível pretender no trabalho jurídico, na prática e na ciência, e, em todo caso, a delimitar o impossível. Os fatores irracionais inevitáveis que se encontram na decisão (*Entscheidung*) jurídica não devem nem ser rechaçados, nem abandonados a uma “resolução puramente subjetiva” (*Dezision*) tomada em silêncio. Eles precisam ser postos abertamente sobre a mesa e, assim, tornados acessíveis ao controle e à crítica do outro. O jurista que se submete a tal exigência de honestidade de métodos torna sua tarefa bem mais árdua. A resolução correta de um caso, à maneira artesanal, requer mais tempo e mais esforço

<sup>172</sup> Daí entender Müller que: “A metódica jurídica é uma técnica de decisão e de imputação ligada pela exigência justificatória da submissão ao direito positivo” (1996, p. 221), bem como que: “Ela deve garantir a possibilidade de controlar racionalmente, conforme ao princípio do Estado democrático de direito, a divergência entre o texto da norma, a norma jurídica e a norma de decisão” (1996, p. 221-222).

<sup>173</sup> Tradução livre.

que a valoração ou a ponderação de interesses, ainda empregadas e chamadas a empregar<sup>174</sup>. (MÜLLER, 1996, p. 30-31).

A estrutura textual do Estado democrático e social de direito leva-nos a uma manifesta necessidade de fixação de um trabalho metódico com os textos. Contudo, diante da estrita vinculação do direito à linguagem e a fatores ligados à pré-compreensão, impossível afigura-se uma racionalidade total – para Muller, aliás, essa racionalidade não é atingível em nenhum âmbito do conhecimento. Para além de dados lingüísticos e dados factuais sujeitos mais facilmente a um controle racional, temos igualmente “valorações de origem subjetiva como as gradações subjetivas de valores” (MÜLLER, 1996, p. 218) que não podem ser retiradas de nenhum domínio da ciência, e em especial do âmbito do Direito. Valorações, pré-compreensões, escolhas subjetivas são ínsitas ao processo de concretização, consistindo em “fatores irracionais inevitáveis”.

O que se pode fazer aqui é somente explicitar na maior medida possível tais fatores por meio da decomposição dos passos da argumentação e da justificação de cada um desses passos, mediante a demonstração, por parte do sujeito responsável pelo processo de decisão, de quais são suas razões e de quais argumentos a apóiam.

Discorrendo sobre o que é possível em termos de racionalidade no âmbito da decisão judicial, Müller indica-nos a pretensão fundamental de sua metódica:

O resultado indica – uma vez suposta uma lealdade inequívoca com as exigências da Constituição – o que se pode com pouco rigor atingir: um trabalho honesto, realizado e apresentado de maneira compreensível com a ajuda de standards metódicos suscetíveis de generalização, discutíveis e, por via de consequência, aceitáveis, e executado a partir de textos de normas legislativos aos quais os resultados devem, ainda, poder ser imputados. (MÜLLER, 1996, p. 34)<sup>175</sup>.

Toda essa idéia de uma “máxima racionalidade” possível decorre, na acepção de Müller, justamente da impossibilidade de se atingir uma racionalidade absoluta no plano do direito. A *metódica estruturante* apenas pode contribuir para a questão da racionalidade das decisões judiciais de forma limitada, ou seja, no máximo grau do possível (em termos de trabalho decisório com textos). E esse auxílio estruturante ocorre por via de alguns pontos fundamentais da proposta teórica de Friedrich Müller: (a) a distinção entre “texto” e “norma”; (b) a decomposição metodologicamente fundamentada do processo de construção da norma

---

<sup>174</sup> Tradução livre.

<sup>175</sup> Tradução livre.

jurídica em diversos passos; (c) o estabelecimento de um conjunto (aberto à crítica e ao diálogo) de elementos instrumentais do trabalho concretizador e, por fim, (d) a fixação de um catálogo de *regras de preferência* tendentes a solucionar os conflitos eventualmente estabelecidos no seio do processo de concretização.

Esse último aspecto, a hierarquização dos elementos de concretização, encerra a proposta de Friedrich Müller no tocante a uma teoria da decisão para o Direito. É ele o ponto principal por onde se pode tentar defender que a *metódica estruturante* cumpre com o seu papel. Analisá-lo, portanto, é o objetivo do próximo item.

### **3.3.1 A hierarquização dos elementos de concretização e os critérios de solução de conflitos metodológicos**

Como vimos no durante todo o capítulo anterior, a teoria da norma de Müller, ou o seu processo metodicamente orientado de construção, desenvolve-se a partir dos chamados elementos de concretização, que o autor apresenta divididos em dois grupos, além de um terceiro, referente aos elementos auxiliares. Contudo, deixamos em aberto a questão acerca da hierarquização entre tais elementos, ou seja, o mecanismo que nos permitirá constatar na *metódica estruturante* a complementação de uma teoria da decisão, posto que, a pura e simples exposição dos instrumentais de realização do direito no caso concreto, por si só, não teria o condão de garantir ao processo um grau mínimo de racionalidade. Caso não houvesse o estabelecimento de *regras de preferência* tendentes a solucionar eventuais conflitos entre os recursos de construção da norma, nada impediria, por exemplo, que se afigurasse decisivo o recurso a um argumento de política constitucional, abrindo margem para um pragmatismo não condizente com o postulado imposto pelo Estado democrático de direito relativo à vinculação à lei e à Constituição.

Essa temática, surgida inicialmente no tocante à hierarquização dos cânones, entretanto, está longe de apresentar-se como algo pacífico. Com efeito, desde que Savigny idealizou os cânones interpretativos, ainda no século XIX, apresenta-se a questão acerca da existência ou não de uma hierarquia entre eles. Várias são as propostas até o momento apresentadas, em que pese o fato de que nenhuma delas tenha obtido um reconhecimento

geral<sup>176</sup>. O fato, no entanto, como já expusemos, é que qualquer teoria que pretenda enfrentar o problema da “interpretação” deve oferecer critérios de solução de eventuais conflitos metodológicos entre os elementos, sob pena de um retorno ao tratamento tópico da problemática, não-condizente com as atuais exigências de método e racionalidade.

Müller, também reconhece que não se atingiu tal consenso em termos de metódica no que concerne a uma possível hierarquização dos cânones<sup>177</sup>, sendo que na metodologia jurídica alemã não são raras as vozes que defendem a impossibilidade de tal hierarquização, em especial – argumentam alguns – em razão da própria horizontalização que permeia os elementos de concretização. Para outros, ainda, a não resolução da dúvida sobre qual é o sentido da interpretação (a vontade objetiva ou subjetiva da lei) torna impossível uma hierarquização<sup>178</sup>.

Contudo, não é essa a postura da *metódica estruturante*. Segundo Müller, dentre todos os elementos de concretização existem aqueles que são *diretamente* relacionados aos textos de normas e aqueles que, contrariamente, apresentam-se como *não-diretamente* relacionados a eles. E esses dois grupos são, sim, segundo o autor, passíveis de serem hierarquizados. A hierarquização é, ademais, condição de possibilidade para a solução dos conflitos metódicos eventualmente surgidos no seio do processo de concretização.

Mas qual seria o fundamento normativo que autorizaria (ou mesmo exigiria) uma hierarquização dos cânones? Ainda que argumentando a partir da Lei Fundamental alemã, Müller invocará alguns imperativos impostos pela própria caracterização do Estado democrático de direito: *claridade* e *precisão* em termos de método. Para o autor, a própria caracterização da norma jurídica (como resultado de um *processo* – não-normatizado – de *construção da norma*) exigirá dos Poderes responsáveis pela realização do direito (especialmente do Judiciário) sinceridade, clareza e precisão metódicas. Por outro lado, e em complementação ao raciocínio, somente afigura-se possível atingir tais atributos quando se pode estabelecer, para conflitos entre os diversos elementos de concretização, *regras de preferência*. Sem tais regras, toda a construção do processo de concretização torna-se deficitária, incompleta. Se não houvesse dentre os elementos aqueles que podem, em casos de

---

<sup>176</sup> Cf. Alexy, 2005, p. 241. Um panorama acerca da importância e da possibilidade de uma hierarquização entre os cânones em alguns autores é exposto por Robert Alexy (2005, p. 241), para quem: “Segundo Esser, deve-se ‘julgar fracassada a esperança de que se possa indicar um catálogo de graus nas etapas da interpretação’. Larenz se esforça por conseguir uma certa determinação da relação entre os cânones, mas também chega à conclusão de que não há ‘uma ordem invariável entre as distintas formas. Estão em uma relação de reciprocidade e seus pesos respectivos se determinam de acordo com o que ocorre em cada caso’”.

<sup>177</sup> Cf. Müller, 1996, p. 318 no sentido de que: “O pensamento tradicional acerca dos métodos não obteve êxito em estabelecer entre os cânones uma hierarquia ou uma regularidade perceptível em suas relações”.

<sup>178</sup> Cf. Müller, 1996, p. 319.



disparidades na solução do caso concreto, requerer a primazia, a *metódica estruturante* falharia em sua missão de fornecer ao responsável pelo processo de concretização aportes tendentes a conduzi-lo a uma decisão racional passível de discussão e controle. Essa, portanto, a linha de argumentação acerca da necessidade de um catálogo de regras de solução de conflitos. A seguir, veremos quais as regras por Müller estabelecidas, bem com o qual o fundamento dessas regras, ou seja, o porquê da primazia de determinados elementos.

### 3.3.1.1 Elementos *diretamente* e *não-diretamente* referidos a textos de normas

Para Müller, o texto da norma e a norma jurídica (bem com a norma de decisão) não se confundem, sendo noções significativamente distintas; assim como também são distintas as formas de legitimação de cada uma dessas noções. Norma jurídica e norma de decisão somente podem pretender a qualificação de *legítimas* quando obtidas a partir de um processo de concretização metodicamente estruturado que permita o controle e a discussão da decisão tomada.

Algo diverso, por sua vez, ocorre com os textos de normas. Sua legitimação deriva de um dado relativamente simples: a própria legitimação democrática conferida ao seu criador. Por ter a característica da *validade* (vinculatividade), e em razão dessa legitimação diretamente democrática, o texto da norma – limitador e condutor do processo de concretização – assume posição de destaque. Via de consequência, os elementos de concretização a ele diretamente reportados, também gozarão de primazia.

Segundo Müller: “Os elementos metodológicos em sentido estrito (interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e – com limites – teleológica) referem-se imediatamente a textos de normas” (1996, p. 320)<sup>179</sup>. Igualmente os princípios constitucionais da *interpretação conforme a Constituição* e da *correção funcional*, como parte do direito vigente, constituem elementos diretamente vinculados aos textos.

Afirma-nos, ainda, Friedrich Müller (1996, p. 320) que:

Enquanto se orientam obrigatoriamente sobre os textos de normas, os elementos tirados da análise dos âmbitos normativos concorrem igualmente à concretização no caso particular da norma jurídica e da norma de decisão com a ajuda do texto da norma. Eles não podem ser indistintamente retirados

---

<sup>179</sup> Tradução livre.

dos dados factuais do setor da realidade social que pode ser concernido, de um modo qualquer, pela norma em questão. Ao contrário, eles são retirados dos campos factuais e do caso por meio da perspectiva seletiva do programa normativo formulado com o auxílio do texto de norma e dos elementos diretamente orientados sobre os textos<sup>180</sup>.

Não há, para a confecção do âmbito normativo, nenhuma fórmula previamente estabelecida, nenhum receituário infalível. O trabalho de assimilação dos dados reais no desenrolar do processo de concretização tem como único parâmetro estabelecido o programa normativo (e uma argumentação a ele vinculada). Somente são passíveis de ingresso na composição da norma jurídica aqueles dados reais que se apresentam compatíveis com o programa normativo estabelecido a partir da interpretação dos textos de normas. Mesmo assim, na inexistência de um critério infalível de inserção da realidade na concretização, os componentes do âmbito normativo são indiretamente referidos aos textos de normas, daí a primazia que adquirirão, por exemplo, com relação a argumentos de teoria ou de política jurídica e constitucional.

Por fim, também os “argumentos dogmáticos da concretização também são em parte imediatamente relacionados aos textos de normas” (MÜLLER, 1996, p. 320).

De outra parte, os elementos dogmáticos que não se relacionam diretamente com textos de normas, bem como os elementos de teoria, de política constitucional e jurídica, e os relacionados à técnica de solução de casos, desempenham uma função auxiliar no trabalho de concretização, sendo, desse modo, classificados pela *metódica estruturante* como não-diretamente relacionados aos textos de normas.

Feitas essas delimitações conceituais, antes de apresentarmos os vários tipos de conflitos possíveis, bem como as respectivas soluções que Friedrich Müller oferece-nos, cabe elucidar o que conceitua o autor como *o conceito metodológico de conflito*, vale dizer, o que a *metódica jurídica estruturante* entende por conflito entre os elementos de concretização. Esclarece-nos o autor, por um lado, que somente elementos capazes de oferecer algum tipo de auxílio frutífero no processo específico de decisão apresentam a possibilidade concreta de conflito; por outro, fornece-nos um exemplo do que erroneamente poderia configurar um conflito, mas não o configura: se, por exemplo, existem “duas interpretações históricas” apresentadas diante do sujeito concretizante, mas apenas uma delas coaduna-se com o elemento gramatical, não há que se falar em conflito. Por óbvio, a “interpretação” discordante

---

<sup>180</sup> Tradução livre.

deve ser afastada. Passemos, portanto, aos tipos de conflitos e às correlatas propostas de soluções.

### **3.3.1.2 Conflitos entre os elementos de concretização não-diretamente relacionados com os textos de normas**

A característica fundamental dessas categorias de elementos – sua desvinculação normativa (ou não-referencialidade imediata aos textos de normas) – desautoriza qualquer tentativa de estabelecer entre elas algum tipo de primazia de uma perante as demais. Segundo expõe-nos Müller (1996, p. 323):

Na oportunidade dos conflitos, podendo nascer entre os elementos de política constitucional, de técnica de resolução de casos e de teoria, ou ainda daquela parte dos argumentos dogmáticos não imediatamente referidos aos textos de normas, não existe precedência, nem regras de preferência<sup>181</sup>.

Não há que se falar, nessa hipótese, em *regras de preferência*. Nenhum dos elementos pode pretender primazia, posto inexistir argumento normativo capaz de tal. Contudo, advertem-nos Müller, “o imperativo, tirado do princípio do Estado de direito, de uma motivação e de uma apresentação completas, *de uma parte*, racionalmente controláveis, *de outra parte*, aplica-se da mesma maneira a esses aspectos”<sup>182</sup> (1996, p. 323). E mais: as exigências de *clareza* e de *fundamentabilidade* das decisões, que exige o Estado democrático de direito, fazem com que na fundamentação envolvendo a utilização dos elementos aqui tratados seja “preciso sublinhar e descrever cada uma das operações de pensamento e de seleção” (MÜLLER, 1996, p. 323) referentes à escolha ou rejeição de determinado elementos.

Fica claro nesse ponto que a *metódica estruturante*, por entender que a racionalidade na direito somente pode ser concebida como “maior racionalidade possível”, posto inviável uma racionalidade plena, nem sempre fornecerá um critério claro e fundamentado de resolução de conflitos entre elementos de concretização, ou mesmo de substituição ou inclusão de novos elementos. Não há, por exemplo, como fixar uma regra de preferência em caso de conflito entre um elemento de teoria e um elemento de política constitucional. O que, ressalte-se, não apresenta qualquer complicador para o processo de construção normativa,

---

<sup>181</sup> Tradução livre.

<sup>182</sup> Tradução livre.

posto se tratar de elementos subsidiários, de auxílio aos demais elementos (referidos às normas). Pede-se somente honestidade argumentativa, consistente no sublinhamento e descrição de cada uma das fases do raciocínio que traz esse elemento para o processo de construção da norma jurídica, o que ademais, aplica-se à totalidade do processo de concretização, independentemente do tipo de elemento que esteja em jogo.

### **3.3.1.3 Conflitos entre os elementos não-diretamente relacionados com os textos de normas e os elementos diretamente relacionados com os textos de normas**

Em um eventual embate entre os elementos diretamente relacionados com os textos de normas e aqueles que não possuem essa qualidade, ou seja, alguns elementos dogmáticos, os elementos de técnica de resolução de casos, os de política constitucional e os de teoria, prevalecerão os primeiros. E aqui se trata de uma regra de prioridade de natureza normativa decorrente de um dado aparentemente simples, mas que Müller insiste em destacar em várias passagens de sua obra: a submissão à Constituição e ao direito em vigor que caracteriza o exercício das funções estatais (em especial a executiva e a judiciária)<sup>183</sup> (cf. MÜLLER, 1996, p. 324). Assim, um conflito entre o elemento sistemático, e um elemento de teoria, por exemplo, jamais poderá ser resolvido em favor deste. A compreensão que diretamente coaduna-se com a sistemática do corpo legislativo deve prevalecer.

Aqui é preciso um esclarecimento. No processo de concretização normativa, que segue, passo a passo, a estrutura apresentada no capítulo precedente, os elementos de concretização, de tratamento do texto e do caso, não surgem de maneira ordenada nem por ordem de prioridade. Não se busca primeiro a interpretação gramatical, para depois cogitar da sistemática, e da histórica, etc. até chegarmos aos elementos de política jurídica e constitucional. Evidentemente não é assim que ocorre. Trata-se de um processo argumentativo, de fundamentação, onde todas as razões podem ser aduzidas num mesmo momento, sem ordem de preferência. Esta, somente se estabelece em caso de conflito. Ou seja, com a regra de preferência que estamos abordando, Müller quer afirmar jamais um

---

<sup>183</sup> Para uma argumentação fornece a Lei Fundamental alemã um importante referencial. Trata-se do item 3 do art. 20, segundo o qual “O poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judicial obedecem à lei e ao direito”. Não há, no direito brasileiro, disposição expressa nesse sentido. Contudo, essa vinculação à lei e à Constituição decorre da própria distribuição de competências entre os poderes assim como da submissão à Constituição que vincula todos os Poderes estatais.

argumento referente, por exemplo, “as conseqüências da decisão” (um argumento de política, jurídica ou constitucional), pode prevalecer diante de um raciocínio que, a partir da sistemática do texto interpretando, conduza a uma conclusão que leve a uma determinada decisão, independentemente das “conseqüências” que advenham daí.

### **3.3.1.4 Conflitos entre os elementos de concretização diretamente referidos aos textos de normas**

Na última categoria de conflitos entre elementos de concretização temos aqueles que se dão entre dois grupos de elementos intimamente vinculados aos textos de normas ou, no que concerne aos *cânones*, os que ocorrem internamente ao próprio grupo. Vejamos cada hipótese possível, bem como a correspondente solução.

#### **3.3.1.4.1 Argumentos dogmáticos relacionados com os textos de normas vs. elementos metodológicos em sentido estrito ou elementos dos âmbitos normativos**

Vimos no capítulo precedente, quando da abordagem dos chamados elementos dogmáticos, que eles podem apresentar-se como relacionados, ou não, com textos de normas. Discute-se aqui, portanto, eventual conflito metodológico surgido entre argumentos dogmáticos vinculados a textos de normas e algum outro grupos de elementos também vinculados àqueles textos. Nesse caso, explica-nos Müller (1996, p. 324):

[...] os elementos metodológicos e os dos âmbitos normativos têm prioridade, na medida em que permitem demonstrar que as normas jurídicas precedentemente elaboradas pela prática e pela ciência e transmitidas pelos enunciados dogmáticos utilizados não concernem à norma jurídica que deve ser concretizada no caso atual com o auxílio do mesmo texto de norma<sup>184</sup>.

Ou seja, o conflito aqui estabelecido, em que pese estarmos diante de um elemento dogmático diretamente relacionado com textos de normas, como, por exemplo, um determinado entendimento científico acerca do programa normativo do texto de norma objeto de controvérsia, deve prevalecer a possibilidade de que o responsável pela decisão, a partir de

---

<sup>184</sup> Tradução livre.

elementos diretamente referidos a normas, demonstre que no caso atual, a sua interpretação afigura-se mais pertinente. Isso decorre da própria idéia de uma *dogmática estruturante*. Nenhum argumento é capaz de justificar a primazia ou preponderância de determinado argumento fornecido pela dogmática. Pese a recorrência com a qual são esses tipos de argumentos invocados no processo de concretização, e mais, mesmo considerando que em certas hipóteses tais elementos referem-se diretamente a textos de normas, sempre ficará em aberto a possibilidade de que, no caso concreto, o sujeito concretizador possa demonstrar, de modo racionalmente defensável, que o entendimento sobre determinado ponto controvertido pode ser diverso daquele que a dogmática anteriormente apontava.

#### **3.3.1.4.2 Elementos dos âmbitos normativos vs. elementos metodológicos em sentido estrito**

Foi visto acima que o processo de concretização possui dois dados de partida: o *texto* e o *caso*. A esses dados podemos relacionar, respectivamente, o programa e o âmbito normativo. Desse modo, percebe-se uma aparente paridade, uma suposta igualdade hierárquica entre os elementos do âmbito normativo (dados reais) e aqueles elementos necessários à interpretação do texto e conseqüente elaboração do programa normativo (elementos metodológicos em sentido estrito). Contudo, esclarece-nos Müller (1996, p. 324-325):

[...] tratando-se da determinação dos limites de soluções admissíveis, por razões tiradas do princípio do Estado de direito, os elementos de interpretação que se referem mais imediatamente e exclusivamente aos textos de normas – a saber, as interpretações gramatical e sistemática – têm prioridade sobre todos os outros e, portanto, mesmo sobre os elementos dos campos normativos.

Contudo, aqui se trata de um falso conflito. A remissão a ele feita por Müller parece-nos mais destinada à fixação de conceitos e posições da *metódica estruturante* do que propriamente destinada à solução desse – inexistente – conflito. Vimos quando da abordagem do desencadeamento do processo de concretização que, por razões lógicas, o caso (dados reais) apresenta-se como o dado verdadeiramente desencadeador. Contudo, vimos igualmente que – *por razões tiradas do princípio do Estado de direito* (para utilizar a expressão de Müller) – a função de guia e de limitador de todo o processo de concretização normativa cabe ao texto da norma – único que efetivamente goza de uma legitimação democrática direta.

Ocorre que a seleção dos dados factuais que integrarão/formarão o âmbito normativo não se dá antes, mas depois da fixação do programa normativo. Por isso não há que se falar em *conflito* entre elementos de concretização tirados do âmbito normativo e elementos em sentido estrito<sup>185</sup>.

### 3.3.1.4.3 Conflitos internos aos elementos metodológicos em sentido estrito

Já no que diz respeito a eventuais conflitos surgidos internamente ao grupo dos elementos metodológicos em sentido estrito, os elementos de interpretação construtores do programa normativo, Friedrich Müller (1996, p. 325) é claro e taxativo:

Em razão dos imperativos de clareza e de precisão impostos pelo princípio do Estado de direito, o texto da norma constitui, em caso de conflito, o ponto de referência prioritário da concretização enquanto fixa o limite das possibilidades lícitas de decisão<sup>186</sup>.

Disso resulta uma preponderância das interpretações *gramatical* e *sistemática* (intimamente vinculadas a textos de *lei*) em comparação com a *histórica* e a *genética* (ligadas a textos não-legislativos ou textos de lei não mais em vigor)<sup>187</sup>. Tal *status* prioritário possui no âmbito da *metódica estruturante* o seguinte fundamento:

Essa prioridade decorre bem mais dos imperativos do Estado de direito que são a inviolabilidade da Constituição, a submissão à lei e ao direito, a rigidez do direito constitucional no sentido da clareza de seu texto de norma, que são também a clareza das normas e a precisão das condições legais, a claridade dos métodos, a segurança jurídica e a repartição das funções tal como estabelecida pelo direito constitucional (MÜLLER, 1996, p. 326)<sup>188</sup>.

Dissemos no primeiro capítulo e o demonstramos no segundo que a *metódica estruturante* parte de um postulado fundamental: a distinção entre *texto da norma* e *norma*

---

<sup>185</sup> Cf. Müller, 1996, p. 325, no sentido de que, por tudo o exposto, “uma colisão dos elementos dos âmbitos normativos com os dados lingüísticos que fornecem o programa normativo no caso particular não é considerável” (tradução livre). Igualmente em 1996, p. 366-367.

<sup>186</sup> Tradução livre.

<sup>187</sup> Não é esse o entendimento da *teoria da argumentação jurídica* de Robert Alexy. Para o autor, deve valer a seguinte regra: “Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, **a não ser que se possam apresentar motivos racionais que dêem prioridade a outros argumentos**” (2005, p. 242-243, grifamos). Na concepção *estruturante* a segunda parte da regra não se mostra possível: nenhum tipo de argumentação, por mais “racional” que possa parecer, pode levar à rejeição de uma interpretação tirada do sentido literal ou sistemático. Evidentemente, não está incluída aqui a possibilidade da rejeição decorrente da inconstitucionalidade de uma prescrição legislativa.

<sup>188</sup> Tradução livre.

*jurídica*. São noções conceitualmente distintas, resultantes de processos de elaboração distintos e com vinculações metódicas distintas. O texto é “somente” uma pré-configuração (*Vorform*) da norma: ele não a contém, como também não contém a normatividade. Entretanto, dentro de uma concepção *pós-positivista*, assumirá o texto um papel de acentuado destaque. Para além de (e conjuntamente a) todos os argumentos expostos por Müller para justificar a primazia dos elementos *gramatical e sistemático*, reside a primazia do texto: o fato do Estado democrático de direito organizar-se por meio de textos de normas democraticamente estabelecidos aos quais todos os poderes devem obediência.

Apresentado, portanto, o problema dos conflitos metodológicos que podem surgir entre os elementos de concretização, bem como estabelecidas as regras de preferência tendentes a solucionar tais divergências, resta-nos discorrer acerca de algumas contribuições fornecidas pela *metódica estruturante* no que concerne a decisões judiciais dotadas de uma fundamentação racional, tão indispensáveis ao Estado democrático e social de direito quanto são os próprios textos de normas.

### **3.3.2 Racionalidade e legitimidade das decisões judiciais: quantos passos são possíveis dar a partir de Friedrich Müller?**

Na Introdução deste trabalho lançamos as perguntas pela legitimidade e racionalidade do trabalho jurídico, especialmente daquele exercido pelos titulares da função ínsita ao Poder Judiciário, os juízes. Cabe, agora, sistematizarmos e problematizarmos as respostas que foram dadas no decorrer do desenvolvimento do texto e, sobretudo, neste derradeiro capítulo, além de, obviamente, avançarmos mais alguns passos na busca por respostas..., ou por mais perguntas...

O atual estágio de desenvolvimento dos ordenamentos constitucionais tem levantado, no âmbito da filosofia e da teoria do direito, uma série de conhecidas (e às vezes desgastadas) questões. Fala-se – atualmente cada vez mais – em neoconstitucionalismo, em ponderação, em regras e princípios, em judicialização da política, em um suposto embate entre procedimentalismo e substancialismo, na tensão entre democracia e constitucionalismo, dentre outras temáticas.

Ocorre que os debates, as afirmações, têm pecado pontualmente em um aspecto: honestidade metodológica. Afirma-se que o Judiciário não tem legitimidade para anular uma



decisão majoritária do legislativo, mas não se esclarece a partir de quais conceitos de Constituição, de democracia, de separação de poderes, de norma, etc. faz-se tal afirmação. Alega-se que a cada dia constata-se um aumento vertiginoso da interferência do Judiciário na esfera política, mas não se elucida o que venha a ser tal esfera e porque razão estaria o Judiciário dela excluída. Defende-se que as decisões judiciais não são, em regra, racionais, mas não é fornecido o conceito, a idéia do que seria uma decisão desse tipo. Critica-se um suposto “governo dos juízes”, porém, e insistimos neste ponto, não são fornecidos os pressupostos epistemológicos e metodológicos a partir dos quais essa crítica é feita. Eis apenas alguns dos exemplos que podemos arrolar e que acarretam uma grave dificuldade no estabelecimento de um debate que parta, ou dos mesmos pressupostos, ou que deles esteja ciente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o cerne das respostas para a pergunta pela legitimidade e racionalidade das decisões judiciais está no esclarecimento de alguns conceitos fundamentais da ciência jurídica, ou melhor, algumas incompreensões decorrem justamente de uma incompreensão referente a determinadas categorias.

A partir daqui é possível apresentar o primeiro ponto digno de consideração de toda a arquitetura de Friedrich Müller: um esclarecimento detalhado de todos os pressupostos a partir dos quais são lançadas as teses básicas do projeto bem como de onde partem as críticas às concepções combatidas.

Vimos, no primeiro capítulo, que Müller parte de uma dupla reformulação: ciência – objeto. Ciência e objeto precisam de sintonia. Não podemos ter uma concepção de ciência que não se coadune com a própria essência de seu objeto. Assim, Müller estabelecerá sua epistemologia a partir de sua teoria da norma jurídica. Se norma e texto (de norma) guardam apenas uma limitada vinculação (e não uma perfeita correspondência) é preciso estabelecer uma concepção da ciência jurídica como *práxis* metódica. Como a distância entre o texto e a norma é fixada por um processo, a própria idéia de ciência deve estar de acordo com essa lógica processual, por assim dizer. Se afirmamos que texto e norma não se identificam, precisamos demonstrar como partimos de um para chegar ao outro: e com quais meios realizamos tal tarefa. Na hipótese de ser a reconfiguração da relação entre norma e realidade para a pergunta sobre a estrutura da norma e da normatividade um dos pontos basilares de nossa construção, faz-se imprescindível que estabeleçamos como a “realidade” será integrada nesse processo. E mais: precisamos esclarecer esse processo.

Todos esses aspectos estão fixados na *teoria estruturante do direito* e também, em maior ou menor grau, explicitados nos capítulos anteriores. Nesse sentido, poderíamos

apontar como qualidade positiva da proposta de Müller a honestidade metodológica com a qual atua. Eis um importante ponto de partida. Contudo, essa qualidade, por si só, é demasiadamente insuficiente para fazer frente às questões postas. É preciso avançar um pouco mais na análise das contribuições que, *de fato*, pode fornecer a *metódica estruturante* na busca pela racionalidade das decisões judiciais.

Assim, o primeiro aspecto digno de nota no seio da *metódica estruturante* é o seu modo de conceber as disposições componentes do sistema jurídico, em especial as constitucionais<sup>189</sup>, como direito válido e vinculante do trabalho jurídico. No âmbito específico da Constituição, clama a própria *teoria estruturante do direito* por um abandono da concepção simbólico-nominalista em prol de uma concepção normativa do Texto Constitucional<sup>190</sup>. Indispensável e urgente que se passe a considerar seriamente o direito legislado que esteja formal e materialmente em consonância com a Constituição como capaz de regular as situações sociais conflituosas e de, por meio de um processo de concretização, vir a “solucionar” o caso concreto de forma racionalmente defensável.

No Brasil, especialmente, essa necessidade é de ordem básica. Cotidianamente assistimos aos mais variados exemplos de sonegação de direitos, sobretudo no que concerne às camadas marginalizadas da sociedade<sup>191</sup>. Assistimos a um fenômeno interessante: num

---

<sup>189</sup> Para Müller (2003, p. 350-351): “A Constituição deve ser tratada como sempre vinculante na ‘práxis’, deve – [...] – ser tomada inequivocamente ao pé da letra enquanto direito positivo”.

<sup>190</sup> Sobre esse ponto, cf. MÜLLER, 2003, p. 350; 2002, p. 22.

<sup>191</sup> O caso a seguir exposto não tem força estatística, mas nos serve perfeitamente no âmbito simbólico. Ao julgar o Agravo de Instrumento nº 163.865-3, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que: “Com isso pode ser afirmado, de início, que o artigo 11, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, é de natureza programática, porque deriva de outra norma, agora constitucional (art.196), também de conteúdo programático. **Disto resulta que o primeiro dispositivo não é de ordem imperativa, razão pela qual é defeso ao Poder Judiciário, por liminar, compelir o Executivo ao seu cumprimento**, haja vista que inúmeros outros fatores como projeto, orçamento, etc., devem ser sopesados pelo Administrador, sobretudo porque o exame de conveniência e oportunidade é de competência e atribuição exclusiva do Poder Executivo e questões orçamentárias dependem de aprovação do Poder Legislativo” (grifamos). O dispositivo que, segundo a decisão não é de ordem imperativa, diz: Lei n. 8.069/90, art. 11, *caput*: “É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde”; art. 11, §2º “Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação”. O caso em questão dizia respeito a uma ação civil pública na qual pretendia o Ministério Público decisão tendente a aumentar o número de leitos da ala infantil de um Hospital Universitário. Entretanto, em uma simples frase, a partir de um singelo raciocínio, o julgador recursal transformou sua decisão num inaceitável ato injustificado e ilegítimo de força pura. Como se pode falar em uma atuação legitimada se o cidadão não sabe, de plano, qual o valor que o Judiciário atribui aos textos de normas? Evidente que a Constituição delimita o âmbito de atuação entre Legislativo, Executivo e Judiciário; contudo, essa mesma Carta impede categoricamente a subtração da apreciação do Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Mas tal imposição não costuma convencer. Na cultura jurídica brasileira ainda são fortes conceitos ideológicos de dominação, como é o caso das chamadas “normas programáticas”, que, como quer o julgador citado, não são de ordem imperativa, como se tal tipo de texto de normas (desprovido de validade) fosse compatível com o Estado democrático de direito. Nesse tipo de julgamento, em que o Judiciário furta-se em submeter-se à lei, não há respeito à Constituição, não há respeito à democracia. Não há que se falar, portanto, em

contexto de *inflação legislativa* a tônica tem sido a *sonegação legislativa*, primordialmente quando o assunto são disposições de teor social do Texto Constitucional. A legislação tem assumido, em diversos âmbitos, um caráter retórico, não normativo.

Temos assistido, também, a alguns fenômenos teóricos dignos de nota, como a questão da judicialização da política e o debate acerca de um procedimentalismo (minimalismo) *versus* um substancialismo (ativismo) judicial, especialmente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis.

Ambas as questões, à luz da *teoria estruturante do direito*, perdem sentido. Partindo da estrutura textual do Estado democrático e social de direito, bem como da configuração organizacional em três poderes, e tomando ao pé da letra o princípio da vinculação à lei e à Constituição, não há que se falar em *judicialização* da política ou em *ativismo* judicial, ambos ilegítimos segundo parte da crença<sup>192</sup>.

Ocorre que a estrutura do Estado de direito que, pelo menos desde Montesquieu, apresenta-se tripartite (Executivo, Legislativo e Judiciário), tem se reconfigurado com o transcorrer histórico: se Legislativo e Executivo, durante o surgimento das configurações liberal e social do Estado de direito, possuíram primazia, respectivamente, o atual momento de desenvolvimento da vertente democrática e social de direito tem conhecido um destaque do Poder Judiciário, o que inegavelmente não reduz a importância do trabalho das demais esferas<sup>193</sup>. O modelo brasileiro, por exemplo, que é o modelo alemão, italiano, português, espanhol, etc. (todos na linha da mesma “família constitucional”), trabalha com a idéia de que ao Supremo Tribunal Federal compete “precipualemente a guarda da Constituição”, bem como

---

atividade racionalmente defensável, razão pela qual igualmente torna-se algo sem sentido perguntar sobre a legitimidade da decisão.

<sup>192</sup> Gisele Cittadino (2002, p. 34-35), por exemplo, entende que o “ativismo judicial” transforma “em questão problemática os princípios da separação dos Poderes e da neutralidade política do Judiciário”. Essa afirmação demonstra dois problemas de compreensão que levam (ou podem levar) a um erro de foco no debate acerca da legitimidade do Poder Judiciário: (a) primeiro, uma vinculação a uma concepção de divisão dos poderes historicamente datada, presa a uma concepção “icônica” do povo (ao Legislativo, que representa o povo, todos os poderes; ao Judiciário – a vertente moderna da aristocracia – a desconfiança); (b) e em segundo lugar, a própria noção de “neutralidade política”, que pode levar ao entendimento – de todo equivocado – que haveria um âmbito do político e um correlato âmbito do jurídico, este de viés judiciário, e aquele de competência legislativa e executiva. Temos aqui duas necessidades: de um lado, uma reconsideração acerca da clássica teoria da divisão dos Poderes (poder constituinte material – concretização conjuntamente orientada do cerne da Constituição); de outro, extinguir do debate acerca da legitimidade da atuação estatal a distinção entre o jurídico e o político. Ao Judiciário cabe tomar decisões que são, sim, políticas, valorativas, desde que – e esse é o ponto fundamental – a partir de textos de normas legítimos, sejam os de natureza infraconstitucional, sejam os pertencentes à Carta Magna.

<sup>193</sup> Não se trata de estabelecer uma filosofia da história, como se a primazia de cada um dos poderes estatais estivesse previamente estabelecida para cada momento do desenvolvimento histórico do Estado Constitucional. Trata-se, ao contrário, de reconhecer no atual estágio do Estado Constitucional que no debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, saiu vencedora a tese do autor austríaco, ficando a defesa da Constituição, em essência, a cargo do Poder Judiciário. Há, ainda, um dado inerente ao sistema: o fato de que é preciso atribuir a determinado poder estatal a competência para, em última instância, solucionar determinadas lides constitucionais.

com o postulado de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, nenhuma questão controversa pode ser excluída da apreciação desse Poder do Estado. A configuração estabelecida (e só ela pode ser objeto de crítica – e os mecanismos de sua alteração são peculiares e constitucionalmente previstos) assim determina. A Constituição assim exige. Cumpre atentar, ainda, para o fato de que as questões mais controversas acerca de eventual invasão da esfera “política” pelo Judiciário dizem respeito a casos de sonegação (omissão) legislativa ou executiva. A lógica é simples e democrática. O “poder constituinte do povo” não pertence ao Poder Estatal. Os três poderes devem trabalhar juntos na tarefa de concretização do ordenamento jurídico, tanto constitucional, quanto infra-constitucional. Quando algum deles falta, outro deve vir em socorro do titular do poder constituinte (seja do “povo ativo”, “como instância de atribuição” ou como “destinatário de prestações civilizatórias”). Não é conferido ao Legislativo e/ou ao Executivo nenhum tipo de discricionariedade no que concerne ao respeito à lei e à Constituição. A legitimidade de todos os poderes estatais decorre da manutenção diária da “vigência” das disposições legislativas (especialmente constitucionais) que regem não somente a população, mas sobretudo e com maior rigor, os próprios Poderes.

O ponto-chave do debate, contudo, é que não basta uma remissão icônica e vazia a textos de normas, pois aqui qualquer resquício de violência legítima degenera-se em ato de força. A chave da questão está num trabalho metódico honestamente defensável. Para isso, a *metódica estruturante* também fornece alguns aportes. Mas sem esquecer do ponto de partida: o direito democraticamente estabelecido nos textos é direito “vigente”, que deve ser tomado ao pé da letra, independentemente de qualquer consequência, pois como alerta Muller, no cotidiano de aplicação do direito, não raras vezes, “[...] cara sai a observância prática de textos de normas” (2004, p. 37). É preciso, pois, uma República determinada a pagar o preço.

Finalmente, a distinção entre *texto da norma* e *norma jurídica*, mesmo não sendo exclusividade da *metódica estruturante*, propicia um importante avanço em termos tanto de realização judicial do direito, quanto igualmente no que se refere a um esclarecimento acerca da função do Poder Judiciário no Estado democrático de direito. Diversas, pois, são as consequências positivas dessa distinção.

Inicialmente, supera-se a crença, ainda fortemente arraigada na jurisprudência e no discurso de alguns teóricos brasileiros, de que o objetivo da interpretação seria a descoberta, ou da vontade da lei, ou da vontade do legislador, qualquer delas escondidas nas entrelinhas

do texto, apenas esperando a descoberta do intérprete<sup>194</sup>, o que, inclusive, parece estar na base do discurso dos críticos da “judicialização da política”. Ao contrário, a defesa da necessidade de uma conjugação entre texto e realidade com vistas à composição da norma abre os olhos do intérprete para o fato de que a normatividade, como resultado de um processo levado a cabo diariamente, somente pode ser obtida no caso concreto, a partir da conjugação da norma com o texto diante do caso concreto.

Em um segundo momento, esclarece-se a questão acerca da “criação jurisprudencial do direito”, pois demonstra que a pergunta, quando entendida estritamente, não faz sentido, posto ser justamente tarefa do Judiciário a criação (construção) da norma jurídica por meio de um processo metodologicamente orientado. Legislativo e Judiciário (juntamente com o Executivo) estão juntos na tarefa concretizadora. Entretanto, essa tarefa é primordialmente atribuída ao Poder Judiciário, ficando com o Legislativo, a não menos digna, mas diversa, tarefa de fixar não normas jurídicas ou normas de decisão, mas os textos de normas – que isoladamente, sem a conexão fática, não podem, por si só, atingir a normatividade. A fixação dos textos de normas por um Poder diferente do responsável pela construção da norma diante do caso, no mais, afigura-se um dado fundamental de uma República. Tudo isso é importante para desfazer crenças e esclarecer conceitos e procedimentos. Não resta nenhum sentido em perguntar por uma criação judicial do Direito. Ao Judiciário compete “criar”; eis sua função. Criação, porém, de normas jurídicas e de normas de decisão, e não evidentemente de textos de normas (de atribuição do legislativo).

De tudo o que foi exposto não decorre qualquer problema de legitimidade. No entendimento da *teoria estruturante do direito*, trata-se de uma consequência lógica das atribuições que se conferem aos três poderes no contexto de um Estado de direito apoiado em uma estrutural textual. Quando o Poder Judiciário pauta seu trabalho (1) estritamente no princípio da vinculação à lei e à Constituição; e (2) o faz a partir de um método claro e racionalmente defensável, não lhe resta nenhum problema de legitimidade, pelo menos não mais problemas do que possuem Executivo e Legislativo.

---

<sup>194</sup> Sobre o quadro hermenêutico brasileiro, com documentação a partir dos principais manuais de Introdução ao Estudo do Direito e Hermenêutica Jurídica utilizados em nossas escolas, cf. STRECK, 2000, pp. 77-102, especialmente o item 5.3 [*O sentido da interpretação e a interpretação do sentido ou de como a dogmática jurídica (continua) interpreta(ndo) a lei*].

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

*Não foi possível descobrir ilhas rochosas em meio a esse tema oceânico; foi, porém, possível localizar fachos de luz nitidamente visíveis, emitidos por faróis, que possibilitam uma orientação do trabalho jurídico – e com isso também uma comunicação democrática sobre ele (Friedrich Müller, 2005, p. 152).*

Chegando ao fim deste trabalho, apresentaremos nossas considerações finais, e não nossas conclusões, posto que não há nada para se concluir taxativamente. São apenas considerações que pretendem sistematizar as idéias expostas no texto bem como tecer algumas considerações acerca das contribuições que a teoria de Friedrich Müller pode fornecer para a efetivação, em nosso país, de um Estado que possa em todas as suas particularidades ser denominado *democrático e social de direito*.

Vimos no primeiro capítulo que, com vistas à superação dos positivismos do tratamento da norma, em especial o de Hans Kelsen, Friedrich Müller reconfigura o modelo de separação entre *ser* e *dever-ser* ou a análise dicotômica entre norma e realidade para, a partir de uma postura realista do direito, vale dizer, embasada no trabalho diário dos juristas, passar a analisar essa relação no interior do processo de concretização normativa: único no qual essa relação pode, para além de abstrações desprovidas de conexões fáticas, ser devidamente analisada.

Essa reconfiguração da relação entre norma e realidade para a pergunta pela normatividade (que aflora no curso do processo de construção da norma jurídica) vincula-se a (ou exige uma) nova concepção acerca da caracterização da ciência jurídica: agora como ciência decisória referida a normas. O que, em essência, exigirá uma metódica do trabalho com textos (de normas).

A ciência do direito, com efeito, somente pode pretender esse atributo de cientificidade caso possa apresentar abertamente para a crítica um *método* que lhe permita levar adiante seu trabalho. E como este se apresenta fundamentalmente vinculado a textos de normas, exigir-se-á, portanto, deste ramo do saber, a construção de uma *metódica jurídica*.

Essa metódica, por sua vez, precisa ser construída a partir de um dado inicial fundamental: a não-identidade entre o texto da norma e a norma jurídica em si. Assim, se texto e norma apresentam-se como entidades distintas, e se o trabalho de decisão que é de responsabilidade do jurista consiste em, de forma metodicamente orientada, conseguir

imputar sua norma de decisão a um determinado texto (ou conjunto de textos), surge a questão acerca do método de realização deste trabalho, o que nos será fornecido por Müller mediante sua *metódica estruturante*. Contudo, o estabelecimento de uma metódica do trabalho jurídico deve estar ciente das limitações e das dificuldades (algumas aparentemente insolúveis) que o caracterizam.

Nesse ponto, ciente que é dessas limitações decorrentes da forma mesmo em que se manifesta o direito – a linguagem – podemos detectar como um dos principais aspectos da metódica estruturante sua defesa incontestada de um trabalho jurídico pautado em algo que se vê faltar com frequência na prática cotidiana de nossos tribunais: a “honestidade metódica”. Não basta, contudo, sua invocação “icônica”, como tem feito a tradição com o “poder constituinte do povo”. Para além de tal honestidade, é preciso escolher um método compatível, não só com essa qualidade, mas igualmente com a estrutura textual do Estado democrático de direito: e especialmente que respeite a idéia de uma vinculação à lei e à Constituição.

É nesse contexto, portanto, que exsurte a centralidade das questões envolvendo os métodos de concretização. Ou seja, num Estado democrático e social de direito, como é o caso brasileiro, em que o sistema jurídico, em consonância com a tradição euro-ocidental, apresenta-se formado por uma estrutura textual (composto por textos de normas dotados de validade), as questões atinentes à legitimidade da atuação estatal (consustanciada em cada um dos três poderes) vinculam-se à capacidade do sistema em oferecer um trabalho metódico ao qual se possa atribuir a qualificação de racional.

É aqui que entram os conceitos fornecidos pela *metódica estruturante* de Friedrich Müller. Mesmo que ela parta da idéia de que se afigura impossível a concessão de um catálogo infalível de regras tendentes a encontrar a “única resposta correta”, a proposta de Müller, ao fornecer, além dos pressupostos epistemológicos que apresentamos fundamentalmente no capítulo primeiro, todo um instrumental destinado ao trabalho do texto jurídico com vistas à construção da norma, pode contribuir para a racionalidade do trabalho de concretização judicial à medida que fornece o detalhamento do processo de construção da norma jurídica juntamente com seus dois aspectos mais importantes: (a) os elementos de concretização normativa; e (b) sua hierarquização por meio do estabelecimento de *regras de preferência*.

Um Judiciário que se pretenda legítimo em termos *pós-positivistas*, precisa pautar seu agir no respeito e vinculação ao ordenamento jurídico: precisa levá-lo a sério. Contudo, não pode fazê-lo de forma retórica, mas precisa, com consciência metódica, pautar seu trabalho em uma proposta que forneça elementos de concretização hierarquicamente delimitados.

Como é caso, não apenas da proposta de Friedrich Müller, mas também de outras, como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy.

Nesse sentido, não cabe aqui perguntar pela melhor teoria. Dentro de determinados pressupostos, desde que vislumbrada a possibilidade do alcance da legitimidade pela via de um trabalho metódico, desde que entendido o ordenamento jurídico do país como direito válido que vincula a atuação estatal e desde que fornecido elementos de trato dos dados lingüísticos e reais componentes da concretização, todo auxílio teórico é bem vindo.

Em um país de constitucionalização verdadeiramente democrática tardia, como é o caso do Brasil, no qual se vive um contexto de acentuada sonegação de direitos, onde o direito legal e constitucionalmente estabelecido destoa significativamente da realidade, uma proposta como a de Friedrich Müller fornece aportes relevantíssimos no intuito de fixar um Poder Judiciário condizente com sua função.

É preciso superar a linha tradicional da teoria de divisão dos poderes e atribuir ao Judiciário seu papel privilegiado na tarefa concretizadora, pois tal apresenta-se como condição de possibilidade de uma sociedade democrática, onde o povo possa representar mais do que um ícone invocado na Constituição. Por outro lado, esse protagonismo atribuído ao Poder Judiciário não pode consistir em uma carta branca para atuar ao seu bel prazer. Esse trabalho deve ser pautado em princípios metodológicos que, a exemplo da *metódica estruturante*, estejam em sintonia com a idéia de respeito à lei e à Constituição.



## REFERÊNCIAS

A LEI Fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra, 1996.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: Para uma teoria da dogmática jurídica. Saraiva: São Paulo, 2002.

ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 13-64, Año 22, n.66, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica**: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

\_\_\_\_\_; MANERO, Juan Ruiz. **Las piezas del Derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. Barcelona: Ariel, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 37. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. (Coleção Saraiva de legislação).

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Tradução de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRONZE, Fernando José. **Lições de Introdução ao Direito**. Coimbra: Coimbra, 2002.

CABALLERO LOIS, Cecilia. **Uma teoria da constituição:** justiça, liberdade e democracia em John Rawls. Orientação de Sílvio Dobrowolski. Florianópolis, 2001. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 4. ed. Coimbra: Almedina [1999].

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e separação de Poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes** no Brasil. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17-42.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral:** justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. **Escritos de derecho constitucional.** Traducción de Pedro Cruz Villalón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. (Colección Estudios Constitucionales).

JOUANJAN, Olivier. Présentation du traducteur. In: MÜLLER, Friedrich. **Discours de la Méthode Juridique.** Paris: Press Universitaires de France, 1996.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Prefácio e tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoría general del Estado.** Barcelona: Labor, 1934.

\_\_\_\_\_. **Teoría pura del derecho:** introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1960. 244 p.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAMEGO, José. **Hermenêutica e Jurisprudência:** Análise de uma “recepção”. Lisboa: Fragmentos, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Revista Novos Estudos – CEBRAP**, São Paulo, p. 183-202, n. 58, nov. 2000.

MÜLLER, Friedrich. As Medidas Provisórias no Brasil diante do Pano de Fundo das Experiências Alemãs. In: **Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados.** Tradução de Peter Naumann. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2000, p. 1435-1448.

\_\_\_\_\_. Democracia e Exclusão Social em Face da Globalização. **Revista Jurídica da Casa Civil.** Brasília, v. 7, n. 72, maio 2005. Disponível em: <[http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_72/artigos/Friedrich\\_rev72.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/Friedrich_rev72.htm)>. Acesso em: 26 jul. 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito, linguagem e violência:** Elementos de uma teoria constitucional, I. Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Discours de la Méthode Juridique.** Paris: Press Universitaires de France, 1996.

\_\_\_\_\_. **Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Fundamentos Atuais da Democracia: Cidadania e Participação. In: **Anais da XVI Conferência Nacional dos Advogados.** Tradução de Peter Naumann. Brasília: OAB, Conselho Federal, 1996, p. 57-67.

\_\_\_\_\_. **Globalização, Exclusão Social, Democracia.** Palestra proferida pelo autor na Universidade Estadual do Rio de Janeiro em 27 de maio de 2003. Texto disponível em: <<http://www.rio.rj.gov.br/pgm/publicacoes/20030604-Globalizacao.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2005.

\_\_\_\_\_. Igualdade e Normas de Igualdade. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Método, p. 11-19, v. 1: Justiça Constitucional, 2003.

\_\_\_\_\_. Interpretação e concepções atuais dos Direitos do Homem. In: **Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil.** Tradução de Peter Naumann. São Paulo: JBA Comunicações, 1995a, p. 535-545.

\_\_\_\_\_. Legitimidade como Conflito Concreto do Direito Positivo: Uma Comparação Atual entre as Constituições Alemã e Brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, p. 11-23, v.25, n.56, 2002.

\_\_\_\_\_. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.** Tradução de Peter Naumann. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Que Grau de Exclusão Social ainda pode ser tolerado por um Sistema Democrático? **Revista da Procuradoria-Geral.** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre, 2000. Disponível em: <[http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu\\_doc/especial.zip](http://lproweb.procempa.com.br/pmpa/prefpoa/pgm/usu_doc/especial.zip)>. Acesso em: 20 maio 2005.

\_\_\_\_\_. **Quem é o Povo?** A Questão Fundamental da Democracia. Tradução de Peter Naumann. Revisão de Paulo Bonavides. Introdução de Ralph Christensen. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. Sobre Constituições. **Revista Opinião Jurídica.** Fortaleza. Ano II, n. 4, 2004.2, (Revista do curso de direito da faculdade christus).

\_\_\_\_\_. Tesis acerca de la estructura de la normas jurídicas. **Revista Española de Derecho Constitucional.** Traducción de Luis Villacorta Mancebo. p. 111-126, Año 9. n.27, sep./dic., 1989.

\_\_\_\_\_. Texto Giuridico e Lavoro sul Testo. Ars Interpretandi. Annuario di Ermeneutica Giuridica. V. II. Testo e Diritto, 1997, CEDAM, p. 75-102. .

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica:** problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra, 1993.

PAULSON, Stanley L. La distinción entre hecho y valor: la doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente: Hans Kelsen como neokantiano. **Doxa** [Cuadernos de filosofía del derecho]. Alicante: Universidad de Alicante, p. 547-582, n.26, 2003.

ROESLER, Claudia Rosane. **Theodor Viehweg e a Ciência do Direito**: tópica, discurso, racionalidade. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ROGERIO, Nuno. O Sistema Constitucional da Alemanha. In: A LEI Fundamental da República Federal da Alemanha. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 11-102.

SAVIGNY, Federico Carlos von. Los Fundamentos de la Ciência Jurídica. In: SAVIGNY, Federico Carlos von, et. al. **La Ciência del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 27-246.

SCHAPP, Jan. **Problemas fundamentais da metodologia jurídica**. Tradução de Ernildo Stein. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

SCHMILL, Ulisses. Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen. **Doxa** [Cuadernos de filosofía del derecho]. Alicante: Universidad de Alicante, p. 583-608, n.26, 2003.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. In: KAUFMANN, Arthur, HASSEMER, W. (org.) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 513-545.

SCHWABE, Jürgen. Cincuenta Años del Tribunal Constitucional Federal Alemán: compilación de sentencias. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung; Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2003.

SILVA, Luis Vrgílio da. Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In Interpretação Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

TROPER, Michel. **Por una teoría jurídica del Estado**. Madrid: Dykinson, 2001.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución: Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 105-135, Año 20, n.58, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. El orden normativista puro: Supuestos culturales y políticos en la obra de Hans Kelsen. **Revista de Estudios Políticos** (Nueva Epoca), p. 7-93, n.68, Abr/Jun 1990.

VIANNA, Luiz Werneck (org.). **A democracia e os Três Poderes** no Brasil. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002

WARAT, Luis Alberto. Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou. Obras completas, vol. II, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.