

**HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM TEMPOS DE PÓS-POSITIVISMO:
APORTES SOBRE A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDERICH
MÜLLER**

CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS IN TIMES OF POST-POSITIVISM: INTAKES
ON FRIEDRICH MÜLLER'S THEORY STRUCTURING OF LAW

Jones Mariel Kehl*

Lanaira da Silva**

Resumo: A Ciência do Direito constitui-se em um dos níveis de linguagem de que dispõe o Direito. Assim, ela constrói seu objeto sobre dados, que são expressos pela própria linguagem. Deste modo, fala-se sobre algo que já é linguagem antes de sua fala. O sentido da distinção entre linguagem-objeto e metalinguagem é dado, segundo os lógico-positivistas, pela incapacidade das linguagens produzirem processos de autocontrole sobre a lei de sua organização lógica. Necessita-se, então, da construção de um outro nível de linguagem, a partir do qual se possa fazer uma investigação problematizadora dos componentes e estruturas que se pretende analisar. Assim, através do método estruturante, Friederich Müller elabora uma nova teoria do direito ao explicitar que o texto da norma no Código é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”. A norma criada será estruturada segundo “programa da norma” e “âmbito da norma”. Deste modo, há uma tentativa de superar os dualismos existentes no positivismo: “norma/caso”, “direito/realidade”, “ser/dever-ser”, bem como a ilusão irrealista da “aplicação” como subsunção ou como a construção linguisticamente não realizável de um “limite do teor literal” definível.

Palavras-chave: Friederich Müller; Teoria Estruturante do Direito; Positivismo; Pós-Positivismo.

Abstract: The science of law is in one of the levels that have the right language. Thus, it builds on its object data, which are expressed by language itself. Thus, there is talk about something that is already language before its speech. The sense of the distinction between

* Mestrando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), inserido na Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Bolsista de Mestrado financiado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROEX). Integrante do Projeto de Pesquisa “Estado e Política Criminal: a expansão do Direito Penal como forma de combate ao terrorista”, desenvolvido na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Membro do Grupo de Pesquisa “Sistemas Punitivos”, desenvolvido junto ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Foi bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq/PROBIC). Advogado. E-mail: jones@kehl.adv.br.

** Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS), inserida na Linha de Pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”. Bolsista de Mestrado financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/PROEX). Membro do Grupo de Pesquisa “DASEIN – Núcleo de Estudos Hermenêuticos”, sob coordenação de seu orientador, Dr. Lenio Luiz Streck. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Foi bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq/PIBIC). Advogada. E-mail: laanaira@yahoo.com.br.

object language and metalanguage is given according to the logical-positivist, the inability of language to produce processes of self-control on the law of its logical organization. It needs then building another level of language, from which it can make a problem-investigation of components and structures to be analyzed. Thus, through the structuring method, Friederich Müller explains that the text of the standard in the Code is (only) an input of the labor process called “embodiment”. The rule created will be structured according to “standard program” and “within the norm”. Thus, there is an attempt to overcome the dualism existing in positivism: “standard/case”, “right/true”, “be/must-be” as well as the unrealistic illusion of “application” as subsumption or as building linguistically not possible from a “limit the wording” definable.

Keywords: Friederich Müller; Theory Structuring of Law; Positivism; Post-Positivism.

1 INTRODUÇÃO

As abordagens críticas de Friederich Müller desvelam-se mais propriamente no campo da metodologia, do judicativismo decisório, da teoria do direito e da Constituição. O professor de Heidelberg possui como intuito fundamentar uma teoria material do direito, afastando-se do positivismo normativo de Hans Kelsen. Para tanto, em meados da década de 1970, o jurista iniciou seus trabalhos com a gênese do que viria a se desenvolver em sua Teoria Estruturante do Direito (TED), sendo esta uma nova perspectiva diante de um cenário jurídico devastado com os acontecimentos históricos da primeira metade do século XX.

Deste modo, diante das insuficiências da dogmática positivista consistente na concepção da norma como um juízo hipotético, o filósofo Friedrich Müller preceitua uma teoria hermenêutica pragmática, observando as díspares possibilidades de significação do texto normativo, embasando-se no panorama contextual histórico e social intrínseco ao caso concreto.

A teoria metódica estruturante de Friedrich Müller não busca, todavia, a prescrição normativa específica *ante casum* que solucione cada caso concreto; tem como intuito, em verdade, descrever uma estruturação do fenômeno da concretização da norma em um caso particular, ao fornecer critérios oriundos de um padrão de racionalidade para as decisões judiciais.

Deste modo, tal teoria propõe uma mutação paradigmática, bem como a estruturação do Direito a partir das urgentes necessidades de um Estado de Democrático Direito. Em que pese a sua existência tenha quase meio século, denota-se ainda seu cariz inovador e sua relevância para o cenário jurídico, justificando sua análise.

Por conseguinte, o presente artigo pretende apresentar os principais delineamentos acerca da referida teoria de aplicação do Direito, bem como demonstrar suas especificidades

no que tange à tentativa de superação do paradigma positivista, notadamente sob a influência da implementação de um novo paradigma: o pós-positivista.

2 ASPECTOS SOB(RE) O OLHAR POSITIVISTA

Nesse tópico, será abordado de forma breve o panorama jurídico positivista no qual o Direito está inserido para, em seguida, proceder-se uma análise mais detida sobre o paradigma pós-positivista característico da Teoria Estruturante do Direito.

Com efeito, o positivismo inicia-se legalista, recusando-se a diferenciar texto normativo e norma ao impor a premissa de que toda norma jurídica encontra-se na generalidade, restando ao magistrado a sua aplicação.

Com Hans Kelsen, o positivismo normativista impõe-se, ocasionando uma reviravolta no cenário do século XX ao expurgar as ondas jusnaturalistas advindas do desgastado cenário jurídico europeu. Veja-se que, a partir da Teoria Pura do Direito, Kelsen propôs um novo paradigma epistemológico para a Ciência do Direito, isto é, uma nova forma de olhar o Direito.

A obra kelseniana trata de uma epistemologia jurídica que nasce com o intuito de substituir o pensamento jurídico-científico elaborado até então, sendo certo que Kelsen nunca se preocupou com o que é o Direito, mas sim com as condições de possibilidade da criação de uma Ciência Jurídica.

Outrossim, como característica imperativa do viés positivista, assinalam-se as famigeradas teses de distinção entre o direito e a moral. Vale dizer que as teorias positivistas partem de pressupostos para análise do Direito que prescindem da necessidade de uma adequação moral intrínseca aos conteúdos das normas vigentes. Deste modo, tais teorias reduzem as questões de determinação da validade do direito a critérios oriundos do próprio ordenamento vigente.

Para Lenio Streck, o positivismo jurídico caracteriza-se por um objeto determinado a partir das fontes estatais-sociais do Direito; em outras palavras: as teorias positivistas são a representatividade teórica de um tipo específico de estatualismo. Por fim, acrescenta-se que é da perspectiva positivista um espaço comum com relação à discricionariedade judicial no que tange a aplicação do Direito nos casos especiais (ou popularmente conhecidos como *hard*

cases) que exigirão um posicionamento com conteúdo decisivo do julgador independentemente de uma decisão prévia do ordenamento jurídico sobre o assunto¹.

Neste aspecto, o jusfilósofo alemão também tece críticas ao panorama positivista ao qual o Direito se encontra inserido:

Na sua transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever ser. A tese de que não se poderia inferir do ser nenhum dever ser e desse dever ser nenhum ser, essa separação de fundamento e condição de vigência do direito mostra que Kelsen se interessa no tratamento de problemas jurídicos mais pelo conceito de ciência do que pelo conceito de direito. De acordo com a sua doutrina, normas jurídicas não são fatos, mas o sentido destes, a saber, o sentido de atos de vontade direcionados para o comportamento humano.²

Com isso, demonstra-se o formalismo inerente à face positivista diante da persecução de uma ciência pura, sendo evidenciado, portanto, a priorização do princípio da imputação em detrimento do princípio da causalidade. Deste modo, no positivismo kelseniano, notadamente influenciado pela filosofia da consciência neokantiana³, pode-se dizer que ainda se reverbera o velho abismo entre a práxis e a norma, ou em outros termos: entre o “ser” e o “dever-ser”.

Ademais, na lição de Castanheira Neves:

(...) o seu neokantismo de origem lhe determinou um dualismo metodológico em que o postulado de não sociologização da ciência do direito foi evidente corolário e se exprimiria numa delimitativa ou específica intencionalidade objetivante, o seu positivismo científico (o positivismo do herdado cientificismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica deste século) impôs-lhe, por sua vez, e para o cumprimento estrito dessa intenção tão-só teórica, um postulado de não politização da mesma ciência do direito, que dela excluiria todos os momentos axiológico-normativamente constitutivos e os remeteria para os domínios não científicos do ideológico político e da opção subjetiva.⁴

No aspecto metodológico, o positivismo jurídico visa uma pureza científica ao separar direito e moral, cuja validade daquele ocorrerá independente do conteúdo

¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Posfácio, n. 4.2, p. 509.

² MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 48.

³ Em suma, Kelsen postulava uma cisão entre ciência jurídica e direito, ou seja, entre a razão teórica e a razão prática. O positivismo normativista, desde a época da teoria do direito, acompanhou a primeira viragem copernicana (ou o primeiro *linguistic turn*); portanto, o seu viés normativo trata-se de uma corrente juspositivista que se envereda sobre a metafísica moderna de Descartes (*cogito ergo sum*), Kant e Nietzsche. Em outras palavras: no normativismo, o objeto deixa de constranger o sujeito para o sujeito se tornar senhor dos sentidos e, de forma assujeitadora, definir o objeto. É esta passagem da relação objeto-sujeito para sujeito-objeto que cria o sujeito solipsista que, por sua vez, legitima a discricionariedade judicial presente em todas as correntes positivistas pós-exegéticas.

⁴ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Método jurídico*. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. vol. II. p. 101.

regulamentado. O interesse da ciência jurídica residiria nas condições sob as quais o Direito positivo poderia ser pensado cientificamente.

Em efeito, o positivismo tornou-se, nas primeiras décadas do século XX, a filosofia dos juristas. A teoria jurídica empenhava-se no desenvolvimento de ideias e de conceitos dogmáticos em busca da cientificidade anunciada. A preocupação com a objetividade dos parâmetros jurídicos tomou conta das principais escolas jurídicas da época. O Direito era reduzido ao conjunto de normas em vigor, sendo considerado um sistema perfeito. O positivismo impôs-se como um dogma e, como todo dogma, bastava-lhe apenas a própria existência.

De modo geral, no positivismo, as regras jurídicas são referidas a um princípio ou a um pequeno número de princípios e daí deduzidas. Pelo dogma da subsunção, segundo o modelo da lógica clássica, o raciocínio jurídico caracterizar-se-ia pelo estabelecimento de uma premissa maior, que conteria a diretiva legal genérica, e de uma premissa menor, que expressaria o caso concreto, sendo a conclusão a manifestação do caso jurídico concreto⁵.

Nos dizeres de João Maurício Adeodato:

O conceito de norma jurídica é identificado com o de lei. Assim, interpretar consiste apenas em aplicar a lei ao fato e só há diferença entre aplicação e interpretação do direito quando há obscuridades sobre os fatos ou quando a lei é mal feita. O judiciário é um mal necessário. Daí que o método hermenêutico deve ser o mais literal, e a interpretação, a mais declaratória possível.⁶

Destarte, ainda com João Maurício Adeodato⁷, é possível dizer que os positivistas mais radicais do legalismo acabam por encontrar no normativismo kelseniano a saída, na medida em que passam assim preferir a sua conhecida tese de concepção do texto da lei como “moldura” das várias decisões, sempre o flexibilizando em alguma medida e considerando intransponível a necessidade de interpretação.

A partir disso, conclui-se que um conflito concreto poderia ter as mais variadas decisões, sendo que todas estas seriam ainda igualmente adequadas, desde que estivessem dentro do sentido do alcance dos textos aplicáveis e estivessem preenchidos os demais procedimentos correspondentes.

No entendimento de Humberto Àvila:

⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 11.

⁶ ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 285.

⁷ ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 283-292.

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. (...) Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.⁸

O positivismo afasta de sua ótica quaisquer conteúdos transcendentais ao Direito positivo, fica adstrito apenas à descrição e à organização do direito positivo. De acordo com o tipo de positivismo adotado, seu objeto de estudos irá variar desde o clássico exegetismo (positivismo legalista), passando em órbita pela norma jurídica de Kelsen, podendo também adquirir posturas mais atuais como o realismo jurídico.

Com efeito, para Müller, o paradigma positivista mostra-se equivocado, na medida em que assume a premissa de um dos erros mais fundamentais: a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade⁹.

Neste sentido,

fica evidente que o positivismo jurídico, ao conceber o direito com um sistema sem lacunas, a decisão como uma subsunção estritamente lógica e com a supressão de todos os elementos do ordenamento social não espelhados no texto da norma, deixa-se levar por uma ficção inaceitável na prática. Inclusive na afirmação de Kelsen, segundo a qual norma e realidade normatizada coexistem sem guardar nenhuma relação entre si, manifesta-se o erro de uma proposição que, indistintamente, aplica o ao direito um conceito da ciência atualmente em desuso, inclusive no terreno das ciências naturais, em lugar de analisar diretamente as características próprias da normatividade jurídicas, baseando-se para isso na aplicação concreta das normas jurídicas. Tal análise demonstra que a norma jurídica, ao contrário do que estabelece a proposição positivista, não deve ser entendida como uma ordem abstrata daquilo que deve ser, nem como um juízo hipotético ou um ato de vontade carente de inteiro fundo material. O axioma segundo o qual as decisões jurídicas podem ser deduzidas, em sua totalidade, do texto da norma, isto é, de estruturas linguísticas, aplicando a lógica formal, introduz de improviso hipóteses que, em seu caráter de fontes de erro incontroláveis, precisamente porque não admitidas, põem em dúvida não somente a almejada auto-suficiência formalista do ideal positivista da aplicação jurídica, senão também a racionalidade e clareza metodológica da ciência do direito.¹⁰

Assim, Müller vai além do olhar purificador positivista, uma vez que, em certo aspecto, não produz apenas uma teoria do direito que se restringe conscientemente ao direito positivo e expurga do conceito de direito todas as ordens sociais restantes. Sob o olhar

⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

⁹ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41.

¹⁰ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 20.

positivista, só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracterizado pela decisão jurídica como uma concreta aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo “a ser subsumido”. Tal visão, obviamente distante das necessidades oriundas do (novo) constitucionalismo, acaba por fomentar a necessidade de criação de teorias – como a Teoria Estruturante do Direito – que buscam superar esse antigo modo de enxergar o Direito¹¹.

3 NOTAS (ACERCA) DO TERMO “PÓS-POSITIVISMO”

Nesse item, será exposto de uma forma ampla o paradigma pós-positivista em que a teoria do Direito de Friederich Müller busca se amoldar. Ao contrário das teorias positivistas, o entendimento teórico que se desenvolve no contexto pós-positivista procura confirmar a radicalidade de uma espécie de “elemento antropológico”, que era totalmente esquecido pelo paradigma positivista. Isso em razão da predominância de elementos de abstração e da concepção da interpretação como mero ato de vontade.

Diante da dificuldade de lidar como o elemento antropológico se manifesta, o positivismo foge em direção à investigação teórica, suprimindo a práxis de sua esfera de análise: o direito é concebido como um sistema de normas e o papel do jurista é ordenar este sistema com coerência e racionalidade¹².

Para Lenio Streck,

o pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade. Pós-positivismo será compreendido, neste contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra.¹³

Em busca da superação das perspectivas do Direito Natural e do positivismo, é de se designar que o termo “pós-positivismo” foi utilizado pela primeira vez por Müller – com intenção metodológica – em sua obra “Metódica Jurídica” em 1971¹⁴.

¹¹ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 41-42.

¹² ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito* - Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

¹⁴ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

Conforme a definição de Friedrich Müller, o termo pós-positivismo não se trata de uma escola contrária ao positivismo, não se trata de um antipositivismo, mas de uma nova postura teórica que, ciente do problema central não defrontado pelo paradigma positivista – qual seja: a questão interpretativa concreta, *locus* da atualmente denominada “discrecionalidade judicial” –, busca demonstrar díspares perspectivas teóricas e práticas que solucionem o problema da concretização do direito e não tão somente para problemas *in abstracto*¹⁵.

Neste sentido:

a compreensão adequada da teoria estruturante de Friedrich Müller permitiria desvanecer diversos equívocos frequentemente encontrados em nossa doutrina e jurisprudência, e.g., confundir *neoconstitucionalismo* com pós-positivismo; que lançar os princípios a condição de valores criaria paradigma pós-positivista; imaginar que a ponderação de Robert Alexy é um método seguro de solução de conflitos; acreditar que a subsunção é ainda um mecanismo de solução de casos jurídicos e que possam existir súmulas ou decisões paradigmas com a decisão pronta a solucionar uma multiplicidade de novos casos; que a norma pode ser encontrada na vontade da lei ou do legislador.¹⁶

Por conseguinte, diante do fracasso dos ditames positivistas, a postura teórica do pós-positivismo, em cuja Teoria Estruturante do Direito se insere, procura defrontar os arcaicos meios positivistas ao propor uma nova forma de concepção do Direito, originando uma ruptura estrutural entre texto normativo e a própria norma.

A TED surge como uma teoria da práxis ressaltando a relevância de se pensar o Direito juntamente com os seus desdobramentos práticos em detrimento do semanticismo, tão característico das posturas anteriores.

4 APORTES DA TEORIA ESTRURANTE DO DIREITO

Neste ponto, serão abordadas de uma forma mais estruturada os principais aspectos da Teoria Estruturante do Direito, levando em consideração seus pontos fulcrais para a tentativa de superação do antigo paradigma, o positivismo.

Consoante o pensamento de Müller, a cientificidade do direito vincula-se a um trabalho de características metodicamente estabelecidas. As questões metodológicas não se

¹⁵ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito* - Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68.

¹⁶ ABOUD, George. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, vol. 53, Jan. 2013. p. 11.

tratam tão somente de um problema teórico, mas também com o *modus operandi* do cotidiano dos juristas.

Para demonstrar a relevância da teoria em um contexto democrático, de Paulo Bonavides afirma que

A preparação teórica de uma democracia participativa passa, de necessidade pela criação de premissas metodológicas de uma hermenêutica constitucional, fundada em valores e princípios e, ao mesmo passo, numa reelaboração doutrinária e científica da norma jurídica. Essa dimensão nova, sobretudo original, se acha, por inteiro contida na obra do filósofo Friedrich Muller, cujo pensamento já começa a criar raízes no meio jurídico nacional, com a tradução de alguns ensaios fundamentais desse insigne Mestre de Heidelberg.¹⁷

Esse novo paradigma (pós-positivista) da TED é indutivo, na medida em que desenvolve os seus esquemas conceituais de forma intrajurídica, pois parte dos problemas do próprio mundo jurídico, sem “dedução” filosófica ou “transferência” de cima. Tal paradigma é indutivo por ter com ponto de partida a práxis, fazendo o caminho inverso: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social. A partir daí, há o seu desenvolvimento, em contato com a faticidade, ao importar esquemas conceituais teóricos mais abstratos. Ele é, portanto, indutivo à medida que se inicia com a dogmática analítica do direito positivo e examina sempre de novo as inferências subsequentes para a metódica, a teoria, a teoria constitucional e a linguística jurídica com base nos seus efeitos para a dogmática. Além disso, resta claro seu padrão indutivo com vistas à questão da interdisciplinaridade, uma vez que o seu conceito, composto de norma, inclui o trabalho das ciências sociais no trabalho jurídico¹⁸.

Com a TED, intenta-se combater a discricionariedade que, desde Kelsen, domina inconscientemente o imaginário das teorias do direito, isto é, na relação sujeito-objeto presente na metafísica moderna, uma vez que é na filosofia da consciência que exsurge a discricionariedade judicial.

Em razão da forma de sua estruturação, na TED, o terreno hermenêutico busca não substancializar “a coisa” para, em seguida, colocá-la em relação com uma “norma” substancializada ou logicamente autônoma, senão de destacá-la como um princípio

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 206.

¹⁸ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 12.

constituente da normatividade jurídica, ao também valorar negativamente as tentativas empreendidas até agora de apreender racionalmente a “natureza da coisa”¹⁹.

Nos dizeres de Lenio Streck, Müller – influenciado por Gadamer – intenta superar o antigo paradigma apoiado em subsunções do antigo paradigma:

Veja-se aqui como cai por terra qualquer pretensão metódico-dedutivista, assim como as possibilidades de o jurista ‘realizar subsunções’. Com efeito, a partir da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica, não há como falar de um ‘geral-universal’ e tampouco de um ‘particular-empírico’, mas, sim, de um ‘termo médio’, no qual o ser se manifesta, isto é, onde se dá o acontecimento da verdade. O ‘fundamento’ desse acontecimento é o modo de ser, que decorre da faticidade e da historicidade do intérprete.²⁰

Friederich Müller trabalha com uma concepção estruturante da teoria e dos métodos “empírico-pragmática”. Todavia – como o próprio autor salienta –, não se trata de um pragmatismo genérico, ideológico, mas de um pragmatismo operacionalizado pelos conceitos e *modi operandi* teórico-metodológicos e operacionalizado nos detalhes desses mesmos conceitos e *modi operandi*. Assim o “direito” e a “realidade” não aparecem mais como categorias opostas abstratas, mas atuam agora como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida²¹.

Pode-se dizer que o embasamento da teoria deu-se através dos alicerces da tópica. Sua originalidade consiste em estruturar cientificamente a realidade jurídica, com abrangência tanto dos conteúdos da norma, como das propriedades formais do direito, através de uma interconexão, que perpassa todos os aspectos fortuitamente omitidos com a dissociação da forma e da substância. Tal dissociação só acontece com aquelas posições teóricas em que a perda da perspectiva unitária acarreta danos a uma compreensão integrativa da norma jurídica. Veja-se que a estrutura material do direito não é concebida por Müller unicamente em bases estáticas, mas segundo um modelo dinâmico de concretização²².

Através da metódica estruturante, o autor demonstra que a prescrição juspositiva é mero abalizador na estruturação da norma. A lei (texto normativo) em si não contém as normas jurídicas, que são frutos de um complexo processo de concretização. Os textos

¹⁹ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 23.

²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 220.

²¹ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 14.

²² BONAVIDES, Paulo. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, 2, Rio de Janeiro, 1984, p. 249.

normativos possuem apenas virtualmente o direito, ou seja, texto de normas enquanto pontos de partida do trabalho jurídico prático²³.

A norma de cada caso concreto (tanto real como hipotético) somente será produzida através da teoria estruturante, composta de programa normativo e âmbito normativo. O texto normativo somente é compreensível quando estiver materialmente ligado ao âmbito normativo e ao programa normativo.

A Teoria Estruturante do Direito aponta como normativo os aspectos que conferem caráter diretivo no conteúdo da decisão, sendo o texto normativo – portador dos dados de linguagem (*Sprachdaten*) – e o âmbito normativo – seus dados reais, ou secundariamente ligados pela linguagem aos nexos de realidade (*Realdaten*). A estruturação da norma se dá por meio da integração dos elementos textuais e reais, e não por meio dos fundamentos das teorias jurídicas tradicionais (de matriz kelseniana).

Neste sentido, importante salientar que

O âmbito normativo não é, por conseguinte, um conglomerado de fatos materiais, senão uma conexão, expressada como realmente possível, de elementos estruturais extraídos da realidade social desde a perspectiva seletiva e valorativa do programa normativo, e que habitualmente se encontram pré-formados juridicamente. Com a distinção entre âmbito material e âmbito normativo fica descartada a ‘força normativa do fático’ como usurpação da eficácia normativa por parte de meros fatos.²⁴

Ocorre que a normatividade, essencial à norma, não é produzida por esse mesmo texto, isso porque norma e realidade não devem ser justapostas sem nenhuma relação tal como a doutrina “neokantiana” – que distingue ser e dever-ser. O encontro destas dar-se-ia apenas mediante a subsunção do tipo legal (*Sachverhalt*) a um primeiro enunciado de caráter normativo.

Na realidade, convém ressaltar que o texto da norma não é a própria norma jurídica, mas configura o dado de entrada (*input*) mais importante ao lado do caso a ser decidido juridicamente no processo de concretização da norma²⁵.

Portanto, a Teoria Estruturante é uma teoria da contemporaneidade, tendo em vista que se coloca como uma epistemologia da práxis, por assim dizer. É uma teoria que parte da análise das decisões dos Tribunais, principalmente as oriundas do Tribunal Constitucional

²³ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 62.

²⁴ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.

²⁵ ABOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 119.

Alemão (*Bundesverfassungsgericht*). Sob a ótica estruturante, o jurista alemão verifica a importância da jurisprudência no contexto da sua teoria, bem como analisa a existência dos emblemáticos entraves da dogmática jurídica atual.

Em efeito, a Teoria Estruturante pretende estabelecer um novo conceito de norma jurídica, ao tentar dissolver os contrastes entre ser e dever-ser, ou, sob outro ponto de vista, entre o campo normativo e o campo factual.

Diante de tais considerações, imprescindível verificar o notório caráter concretista da teoria, que tenta conciliar na sua *applicatio* a norma e a realidade, estabelecendo um novo paradigma como matriz teórica e operacional do direito por meio da inovação teórica do conceito de norma (*Normstruktur und Normativität*). Não existirá norma *ante causum*. O que se pode abstrair dos códigos e constituições são apenas textos, as normas deverão advir do processo de concretização (*Rechtsarbeit*).

Deste modo, o direito normativo não resultará da produção legislativa, sendo os textos normativos o início do processo de concretização da norma, bem como um interdito, haja vista que serão sempre observados os parâmetros de um Estado Democrático de Direito.

O modelo teórico em questão pressupõe um enfoque indutivo, em que a norma jurídica não se trata tão somente de um dado orientador apriorístico na teoria da aplicação do direito, mas também se estrutura através do processamento analítico e empírico em uma teoria da geração do direito.

Com efeito, Müller afirma que

‘concretizar’ não significa, aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, ‘individualizar’ uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual ‘mais restrito’. Muito pelo contrário, ‘concretizar’ significa: produzir, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma demonstração e de um Estado de Direito.²⁶

Nesse contexto, devido à conexão hermenêutica entre programa e âmbito de norma, também prescinde da norma a jurisprudência que – quebrando os resultados obtidos na interpretação do programa normativo – pretenda, injustificadamente, apoiar a decisão em pontos de vista estruturais do âmbito normativo.

No direito constitucional, há que se manter firme, portanto, o efeito esclarecedor e estabilizador do teor literal da norma como algo imprescindível no Estado de Direito,

²⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 131.

especialmente ante as pretensões da investigação tópica do direito, isto é, tratar a norma com seus limites traçados pelo próprio texto, como mero ponto de partida para a solução de um problema, que possa ser reavaliado a qualquer momento, tão pronto deixe de responder ao contexto deste. Assim, o texto determina os limites extremos de possíveis variantes de significado²⁷.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nenhuma ciência humana, o momento da aplicação (assim entendida a aplicação compreensiva como parte integrante do processo hermenêutico) aparece tanto no primeiro plano como na ciência jurídica. Ainda que a aplicação seja parte constitutiva de toda a compreensão nas ciências humanas, a partir da perspectiva gadameriana, a ciência jurídica seguramente não lida com configurações de linguagem que são também compreensíveis “em si mesmas”, mas com normas que pretendem “ter vigência” em combinação com sanções concretas no universo social, cuja normalidade está, portanto, assentada sem mediações na direção de áreas, conteúdos, reações sociais determinadas em cada caso²⁸.

Lenio Streck segue uma linha de raciocínio diferente do jusfilósofo alemão ao não realizar uma cisão meramente estrutural entre texto e norma, mas em argumentar sobre a existência de uma diferença ontológica entre textos e normas. Sob este entendimento, a norma jurídica não se define como uma “capa de sentido” a ser dada a um texto, mas algo que é dele inseparável:

A norma será sempre o resultado da interpretação do texto. Mas, e aqui reside o plus que a ontologia fundamental pode trazer a esse debate, o texto não subsiste separadamente da norma, d’onde é necessário não confundir equiparação entre texto e norma, com a necessária diferença (que é ontológica) entre ambos.²⁹

Isto tudo quer dizer que, no positivismo clássico do século XIX e início do século XX, toda norma encontrava-se na sua generalidade. Com Kelsen, toda norma é geral e também individual; com Müller, toda norma é individual, porque ela só se dá na *applicatio*, nesta concepção hermenêutica, vislumbra-se claramente a influência de Gadamer.

²⁷ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 32.

²⁸ MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 66-67.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 225.

Posto isso, tem-se que somente pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva (exegético-conceitual), quanto na sua forma normativista-semântico-discricionária, cuja superação implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial ou, dito de outro modo, no enfrentamento do solipsismo da razão prática³⁰.

A juridicidade não se dá nem subsuntivamente, nem dedutivamente. Ela se dá na *applicatio*, residida na concepção de que interpretar e aplicar *não* são atos possíveis de cisão. Assim, em que pese o cariz gadameriano intrínseco à Teoria estruturante do Direito, esta como uma tentativa de superação do positivismo normativista, acaba por desconsiderar aspectos importantes para a instituição de um novo paradigma.

Para Streck, “norma é sempre o resultado da interpretação de um texto, quero dizer que estou falando do sentido que este texto vem a assumir no processo compreensivo. A norma de que falo é o sentido do ser do ente (texto). O texto só exsurge na sua normação”³¹.

Deste modo, a distinção entre texto e norma preconizada por Friedrich Müller resvala, por se tratar de uma cisão meramente estrutural, em que pese seja uma tentativa de superação do positivismo, por não ter chegado a considerar a ruptura total com o velho paradigma positivista ao não tratar a diferença entre norma e texto normativo nos termos de sua diferença ontológica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito* - Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio, Rafael Tomaz de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ABBOUD, George. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, vol. 53, Jan. 2013.

ADEODATO, João Maurício. Adeus à separação de poderes? In: NOVELINO, Marcelo. *Leituras complementares de direito constitucional: Teoria da Constituição*. Salvador: Juspodvm, 2009. p. 283-292.

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e subsunção são inconsistentes. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de abril de 2014, 08:01h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 224-226.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Método jurídico*. Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, de sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995. vol. II. p. 101.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

MÜLLER, Friederich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a ponderação e subsunção são inconsistentes. *Revista Consultor Jurídico*, 26 de abril de 2014, 08:01h. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/observatorio-constitucional-porque-ponderacao-subsuncao-sao-inconsistentes>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.