

### Segunda Parte

# O Significado da Norma Jurídica Sob o Ponto de Vista da Metodica Estruturante e Sua Conexão com a Retórica: a Racionalização por Meio da Comunicação na Judicialização da Saúde

## *The Legal Norm's Meaning From the Point of View of the Structuring Method and Its Connection With the Rhetoric: Rationalization Through Communication in the Judicialization of Health*

**SIMONE PEIXOTO FERREIRA PORTO<sup>1, I</sup>**

<sup>I</sup> Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Recife (PE). Brasil.

**ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL<sup>2, II</sup>**

<sup>II</sup> Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Recife (PE). Brasil.  
Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE). Recife (PE). Brasil.

**RESUMO:** A discussão acerca do fenômeno da judicialização de políticas públicas de saúde, que tem como pano de fundo a ideia de normatividade e efetividade dos direitos constitucionais sociais, ainda que ao alvedrio dos parâmetros de controle orçamentário e fiscal instituídos pelo próprio sistema, tem instigado questionamentos acerca da conformação de sentido da norma jurídica pelo Poder Judiciário. A partir de uma perspectiva analítica do direito, o presente artigo tem por objetivo promover um estudo crítico e reflexivo das concepções teóricas que se empenharam em explicar o processo de constituição do fenômeno jurídico. Assim, por meio de um diálogo entre o pensamento retórico e a teoria estruturante do direito, pretendemos compreender como efetivamente se dá a conformação de sentido dos discursos jurídicos. Esta pesquisa utiliza o método indutivo, focado em revisão de literatura e análise documental. Portanto, comungando do ponto de vista da retórica e da metódica estruturante, compreendemos que o direito é racionalizado por intermédio da comunicação. Afirmamos que, mesmo não sendo ontológica ou essencialista, a metódica estruturante

---

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2446-2985>.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8225-6098>.

de Friedrich Müller também não é retórica, mas possui diversos pontos de contato com essa forma milenar de compreender o fenômeno jurídico – em especial, a percepção da indissolúvel conexão entre direito e linguagem.

**PALAVRAS-CHAVE:** Retórica; teoria estruturante do direito; positivismo jurídico; pós-positivismo; judicialização da saúde.

**ABSTRACT:** The discussion about the phenomenon of judicialization of public health policies, which has as a backdrop the idea of normativity and effectiveness of social constitutional rights, even at the expense of the budget and fiscal control parameters instituted by the system itself, has instigated questions about the conformation of meaning of the legal norm by the judicial system. This article, through an analytical perspective of law, aims to promote a critical and reflective study of the theoretical conceptions that endeavored to explain the process of constitution of the legal phenomenon. Thus, through a dialogue between rhetorical thinking and the Structuring Theory of Law, we want to understand how the conformation of meaning of legal discourses actually takes place. The research uses the inductive method, focused on literature review and document analysis. Partaking in the point of view of the rhetoric and of the structuring method, we understand that the law is rationalized through communication. We affirm, therefore, that, even though it is neither ontological nor essentialist, Friedrich Müller's structuring method is also not rhetorical, but shares several points of contact with this ancient way of understanding the legal phenomenon – in particular, the perception of the indissoluble connection between law and language.

**KEYWORDS:** Rhetoric; structuring legal theory; legal positivism; post-positivism; health judicialization.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A ideia de normatividade e efetividade dos textos legais como parte do estoque das ilusões sociais; 2 Do legalismo ao casuismo: a metódica estruturante de Friedrich Müller como via intermediária que se propõe a explicar o papel da “lei” e da “norma jurídica” na construção do discurso jurídico; 3 A concretização da norma sob o ponto de vista da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller e sua conexão com o milenar modo de pensar retórico acerca do fenômeno jurídico; Considerações finais; Referências.

## INTRODUÇÃO

Já há algum tempo o fenômeno da judicialização vem instigando questionamentos acerca da legitimidade da atuação do Poder Judiciário na gestão de políticas públicas. Subjacente a essa discussão há a concepção segundo a qual os direitos constitucionais sociais, como o direito fundamental à saúde, são revestidos de normatividade e efetividade, como se houvesse critérios corretos (justos) por si mesmo, capazes de conduzir a decisões corretas nos casos concretos (ADEODATO, 2014, p. 36).

Por não ser unânime a confiança na razão como instrumento para se chegar ao conhecimento, por meio de um diálogo entre a retórica e a metódica estruturante, mas, ao mesmo tempo, com um olhar atento na direção

do problema da judicialização de políticas públicas de saúde, pretendemos compreender como efetivamente se dá a conformação de sentido dos discursos jurídicos.

Para tanto, esse artigo tem como objetivo promover um estudo crítico e reflexivo das concepções teóricas que se empenham em explicar o processo de constituição do fenômeno jurídico e compartilhar o ponto de vista filosófico e crítico da teoria estruturante do direito formulada por Friedrich Müller e da teoria retórica realista desenvolvida por João Maurício Adeodato.

Nossa hipótese é a de que o direito é racionalizado por intermédio da comunicação. Além disso, afirmamos que, mesmo não sendo ontológica ou essencialista, a metódica estruturante de Friedrich Müller também não é retórica, mas possui diversos pontos de contato com essa forma milenar de compreender o fenômeno jurídico – especialmente, a percepção de que o direito nunca funciona sem a mediação da linguagem.

Por meio de uma perspectiva analítica do direito, o presente artigo utilizou o método indutivo, focado em revisão de literatura e análise de documento. No que diz respeito à pesquisa documental, a partir de livre busca textual no sítio oficial do Supremo Tribunal Federal, por meio dos termos “judicialização”, “políticas públicas” e “saúde”, localizamos o texto da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, o qual obteve uma análise crítica de sua linguagem.

O artigo está estruturado em três seções para além da presente introdução. Na próxima seção, além de chamarmos atenção para o atual debate teórico sobre o fenômeno da judicialização de políticas públicas de saúde, no Brasil, propomos uma análise crítica e reflexiva acerca da ideia de normatividade e efetividade dos textos legais e constitucionais propagada pelo pensamento idealista tradicional. Na seção seguinte, com o intuito de compreender a metódica estruturante de Friedrich Müller como via intermediária que se interpõe entre as concepções subsuntivas e casuísticas, elaboramos uma crítica ao ideal metodológico, segundo o qual as apresentações da produção de decisões jurídicas constituem uma reprodução verídica da tomada de decisão. Na seção três, a fim de melhor compreender a complexidade das relações entre o texto da lei e a decisão judicial, adentramos no estudo da teoria estruturante do direito, destacando os seus principais conceitos e traçando os seus pontos de contato com o pensamento retórico contemporâneo desenvolvido por João Maurício Adeodato. Na última seção, tendo

compartilhado o ponto de vista filosófico da retórica e da metódica estruturante de Friedrich Müller e cientes de que os parâmetros metodológicos ofertados pela tradição idealista não são aptos para explicar a conformação estrutural do discurso jurídico, reafirmamos a estreita conexão entre direito e linguagem no processo retórico de concretização da norma jurídica.

## 1 A IDEIA DE NORMATIVIDADE E EFETIVIDADE DOS TEXTOS LEGAIS COMO PARTE DO ESTOQUE DAS ILUSÕES SOCIAIS

O direito fundamental à saúde visto como um discurso, ou seja, como realidade criada e constituída por meio da jurisdição, assume grande atualidade, sobretudo no contexto único da recente história desse País, o qual, subitamente, foi abalado por uma crise sanitária de alcance global, a pandemia da Covid-19, cenário no qual a judicialização, como instrumento a serviço da política, mostrou-se bem presente (OLIVEIRA; MADEIRA, 2021, p. 1). Trata-se de fenômeno motivado por uma tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar efetivo o direito à saúde, o qual foi elevado em nosso ordenamento jurídico ao patamar de direito fundamental, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sem ocasionar graves impactos no orçamentário dos entes que compõem a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil (BUÍSSA; BEVILACQUA; MOREIRA, 2018, p. 27).

Mas, ainda que utilizada como instrumento de oposição a serviço do enfrentamento político, como nos anos de 1990 e no atual governo federal, na área de saúde, a judicialização da política tem como principal causa a omissão e a insatisfatória atuação dos Poderes (Legislativo e Executivo) no exercício desse múnus. No entanto, nesse ambiente, uma de suas principais causas também é a pressão exercida pela ambição de uma indústria farmacêutica, que, para escapar do controle regulatório a cargo do Estado, dissemina, via Poder Judiciário, um lucrativo mercado de medicamentos sem registro sanitário (FREITAS; FONSECA; QUELUZ, 2020, p. 9; FERRAZ, 2019, p. 8).

Por sua relevância, esse problema foi recentemente levado ao Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG. *Leading case* que deu causa ao Tema 500 da repercussão geral, expresso nos seguintes termos: “Dever do Estado de fornecer medicamentos não registrados na Anvisa”. Tendo sido julgado procedente em parte, a tese fixada pelo STF prevê que, atendidos alguns requisitos, entre

os quais a existência de registro do medicamento em renomadas agências internacionais, “a mora administrativa irrazoável” – expressão com alto grau de vagueza e ambiguidade – da agência reguladora brasileira autoriza a intervenção direta do Poder Judiciário na gestão de políticas públicas de saúde, ainda que *contra legem* (STF, 2019, p. 4).

Esse caso nos revela como a judicialização traz à tona um problema que tem sua gênese na forma como se vê o fenômeno jurídico, o qual dá margem a duas concepções teóricas que se contrapõem: as subsuntivas e as casuísticas. Há aqueles que veem o direito como produto de um raciocínio lógico, no qual espera-se a perfeita correspondência entre o texto normativo e a decisão do caso concreto; há outros, porém, que não conferem essa importância ao texto normativo, sendo a decisão jurídica produto exclusivo da criatividade do órgão julgador. Assim, ao convolar direitos constitucionais sociais em direitos subjetivos plenos, ainda que ao alvedrio de políticas públicas previamente planejada pelo aparelho administrativo do Estado, o processo de judicialização tem se apresentado para alguns como a concretização do ideal de liberdade e igualdade por meio do acesso ao Poder Judiciário como instrumento de garantia social. No entanto, para outros, o excesso de voluntarismo, imprevisibilidade e disfuncionalidade sistêmica, efeitos adversos desse fenômeno, tem sido alvo de severas críticas, sobretudo por se tratar de uma prática que, perigosamente, abre um flanco à “chamada ‘ditadura do Judiciário’ e à pregação de um regresso problemático à separação de poderes dos séculos XVIII e XIX” (ADEODATO, 2012, p. 310-311).

Esse é o pano de fundo por intermédio do qual aos direitos descritos como fundamentais na Constituição Federal de 1988, a exemplo do direito à saúde, expressamente previsto no art. 196, *caput*, e descrito como “direito de todos e dever do Estado”, proclama-se a máxima efetividade e normatividade, a teor do disposto no § 1º do art. 5º do mesmo texto constitucional.

Não obstante, sob o ponto de vista da retórica, essa ideia de normatividade e efetividade de textos legais e/ou constitucionais “permanece como parte do estoque de ilusões sociais” (SOBOTA, 1996, p. 1), como se ao processo decisório coubesse apenas a missão de concretizar de forma lógica esse “dever ser”. Essa convicção nada mais é do que o reflexo da ambição iluminista de conferir ao direito um sistema de normas explícitas, omnícompetentes, com o mesmo grau de eficiência com o qual as ciências exatas lidam com as leis da natureza. A percepção de que há entre as ideias, ou seja, as abstrações da razão humana e os eventos um grande abismo,

impedindo uma perfeita correspondência, mostra-nos que a possibilidade de sedimentar as diferentes percepções dos eventos e lidar com o ambiente comum por meio das generalizações linguísticas (significantes e significados) constitui tarefa apenas viável na individualidade dos eventos reais. Isso porque é a linguagem que constitui os eventos, os quais, por meio dos relatos linguísticos denominados de “fatos”, têm sua autenticidade submetida a acordos construídos, entendidos como “razão” (ADEODATO, 2014, p. 38).

Contudo, persiste, nas democracias modernas, a certeza de que o direito comporta um sistema de normas explícitas e a ilusão de que os direitos expressos nos textos normativos são capazes de transportar essências racionais, em uma perfeita correspondência entre sujeito e objeto (STRECK, 2021, p. 188), como se este, o objeto pretendido, estivesse pronto e acabado, a inteira disposição do sujeito cognoscente. A realidade é constituída pela linguagem e a linguagem pela retórica. Por conseguinte, uma compreensão retórica dos direitos e das liberdades fundamentais implica negar qualquer forma de determinismo, apresentando-se os textos legais ou constitucionais como tipos ideais que qualificam os casos concretos apenas de forma aproximativa (ADEODATO, 2021, p. 3).

Subjacente à aparente normatividade de textos constitucionais como os indicados *supra*, há a intenção de uma construção teórica que floresceu no final do século XIX e início do século XX, cujas bases sedimentam-se nos ideais iluministas e no triunfo do cientificismo. Trata-se do movimento positivista, cujo principal objetivo era buscar na sociedade leis constantes e invariáveis que a explicasse, tal como se explicavam os fenômenos da natureza. O positivismo jurídico, portanto, nasce quando “a lei se torna a fonte exclusiva ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito e seu resultado último é apresentado pela codificação” (BOBBIO, 2006, p. 119).

Nesse modelo doutrinário, descortina-se a ideia de autossuficiência formal do direito, que se torna mais clara com o legalismo “que tendeu a reduzir o direito à lei e as formas ‘positivas’ (*positae*) postas pelo Estado” (SALDANHA, 1992, p. 168).

Com o processo de secularização [...], passa-se da imagem teológica do mundo para uma imagem racional. Esse processo de secularização percorre etapas que podem levar, como vem ocorrendo no mundo contemporâneo, à burocracia, ao organicismo e a tecnocracia. Durante este processo, cresce o predomínio do pensamento analítico e do epistemológico: as tendências críticas se afirmam. (SALDANHA, 1992, p. 250-251)

Após as constituições escritas e as codificações, o direito, sob a forma de legalismo, tornava-se uma peculiaridade, ou seja, um traço que caracterizava o Estado, na medida em que “o legalismo é um estatismo”. Dessa forma, “o problema do Direito se tornaria um dos ‘aspectos’ do Estado, na medida em que ‘o Direito-lei representava o estatismo’”.

Dos códigos liberais iniciais ao fim do Oitocentos, a nova ordenação das relações entre atos estatais e situações privadas se refletiria no Direito Administrativo, um “Direito” específico que pressupõe o arcabouço do Estado e que regula em face dele problemas especiais. (SALDANHA, 1992, p. 196-197)

Pois bem. Com a percepção de que nem todas as áreas do conhecimento eram aptas a ser cientificamente reconhecidas, a fragilidade do próprio conceito positivista de ciência tornou-se um problema para o qual se apresentava a seguinte indagação: Os métodos das ciências “exatas” da natureza são suficientes para desvelar a realidade que não é sensível à experiência, mas a juízos de valor? Cabe salientar que o conceito positivista de ciência se restringia às ciências da natureza, a exemplo da matemática, da lógica, da biologia ou da física. Ou seja, áreas do conhecimento que pressupõe a pesquisa causal, etiológica, assentada na observação e na experimentação como instrumentos imprescindíveis. A ciência do direito e as chamadas ciências do espírito, como, por exemplo, a linguística, a história, a filosofia e a teologia, não se adequavam ao referido método de análise experimental. Mesmo assim, essa visão positivista permanece até os dias de hoje com o movimento filosófico que confere fundamento ideológico às escolas “pura”, “lógica” ou “analítica”. Não obstante, sob o ponto de vista da retórica, as atribuições universais e as regras instrumentais, a despeito de participarem da constituição do direito como “realidade artificial”, não conformam “a estrutura principal do discurso jurídico” (LARENZ, 1997, p. 125; SOBOTA, 1996, p. 1-2).

Essa perspectiva positivista do direito desconsidera a contingência dos dados empíricos que somente é revelada para o órgão decisor na análise do caso concreto. Isso ocorre, por exemplo, quando o Judiciário, dilematicamente, precisa se posicionar diante do direito subjetivo individual do cidadão à saúde e do dever do Estado de gerir com eficiência, economicidade e dentro dos parâmetros da legalidade (orçamentária) os recursos destinados ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde.

Nesse processo dialético, não serão somente as fontes do direito, mas também as inclinações pessoais do órgão julgador que estarão presentes na construção da norma do caso concreto. Isso porque, ao controlar conflitos, como o que deu causa ao Tema 500 da repercussão geral, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, no qual a divergência tem origem no próprio texto constitucional, o Judiciário põe em prática a judicialização constitucional (ADEODATO, 2012, p. 311 e 321).

Paradigma a serviço de uma racionalização que opera por meio de critérios universalizáveis, os quais, na maioria das vezes, são incompatíveis com a variabilidade e complexidade da atual sociedade de massas, com a judicialização constitucional, a ideia de normatividade e efetividade de textos normativos, como o descrito no art. 196, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é continuamente alimentada pela doutrina dominante.

Em razão disso, permanecem encobertas as “rachaduras” (SCHLIEFFEN, 2012, p. 19) que distanciam o texto normativo da realidade e preservada, até hoje, intacta, a concepção segundo a qual a decisão se perfaz por meio de raciocínios lógico-subsuntivos, em que pese o ecoar de vozes dissonantes. Uma dessas vozes é a de Friedrich Müller, o qual, com os olhos voltados à práxis jurídica para a concretização de prescrições constitucionais, com sua teoria estruturante do direito, elaborou doutrina cujo principal objetivo foi o de desvelar o papel da “lei” e da “norma jurídica” na construção do discurso normativo pelos órgãos jurisdicionais.

## **2 DO LEGALISMO AO CASUÍSMO: A METÓDICA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER COMO VIA INTERMEDIÁRIA QUE SE PROPÕE A EXPLICAR O PAPEL DA “LEI” E DA “NORMA JURÍDICA” NA CONSTRUÇÃO DO DISCURSO JURÍDICO**

A expressão grega *sylogismós*, cuja etimologia indica um conjunto ou uma reunião de proposições (PELLEGRIN, 2010, p. 57), ou seja, de “regras de conduta ou de decisão expressas em forma de linguagem” (LARENZ, 1997, p. 379), é definida por Aristóteles como uma locução por intermédio da qual certas coisas são estabelecidas, resultando uma outra necessariamente em decorrência desses dados (2016, I, 24b, 15-20, p. 118). Esse é o chamado silogismo perfeito, apodítico, pois ele “nada requer além do que nele está compreendido para evidenciar a necessária conclusão” (ARISTÓTELES, 2016, I, 24b, 20-25, p. 118). Serve à ciência (*epistême*) e é empregado indiferentemente por meio das expressões “demonstração”, “silogismo científico” ou “silogismo demonstrativo”.

Difere, portanto, do denominado silogismo dialético, “aquele que requer uma ou mais proposições as quais, ainda que resultem necessariamente dos termos formulados, não estão compreendidas nas premissas” (ARISTÓTELES, 2016, I, 24b, 10-30, p. 118-119). Nessa hipótese, as premissas têm por base a *endoxa*, pois decorrem de opiniões de aceitação generalizada, os *topoi*, os quais são vistos como proposições que produzem resultados apenas plausíveis. Adeodato oferece alguns exemplos de *topoi* sobre pretensas causalidades:

Apresentam-se como causais: “mulheres dirigem automóveis pior do que homens” (fulana é mulher; logo, fulana não dirige bem) ou “o ambiente economicamente carente produz tendência ao crime” (essa pessoa provém de um ambiente economicamente carente; logo, tende ao crime). Apresentam-se como corretos: “ter cultura é bom” (fulano é culto; logo, é bom) ou “ser magra é belo” (essa pessoa é magra; logo, é bela). (2015, p. 64)

É oportuno salientar a diferença existente entre os silogismos dialéticos e os erísticos. Estes últimos são compreendidos como aqueles que apenas aparentemente partem de premissas reconhecidas, mas são falsos silogismos, “embora pareçam produzir raciocínio dedutivo, de fato não o produzem” (ARISTÓTELES, 2016, I, 100b, 20-30, 101a, 1-5, p. 370).

Contudo, cabe ressaltar que a erística diz respeito a arte de argumentar contra ou a favor de qualquer tese, não importando o seu conteúdo. Possui dois sentidos, o de argumento enganoso, erigido com o fim de vencer a qualquer custo, mas também como sinônimo de elêntica, de controvérsia (*dissoi logoi*), por sua função pragmática na disputa pelo melhor argumento.

Na argumentação erística, o orador aproveita a ignorância ou o despreparo do ouvinte para convencê-lo de afirmações contraditórias, indignas de crédito ou simplesmente falsas; ela está ligada ao debate em torno da sofística, como dito, por isso erismas são por vezes apresentados como sinônimos de sofismas, falácias ou paralogismos. [...] O silogismo erístico toma por base premissas e/ou chega a conclusões que “apenas” aparentam ser plausíveis – e como tal têm sua força persuasiva no engodo – mas sua análise leva a paradoxos e perplexidades entre os eventos reais, os significantes e os significados: “todo galo tem duas pernas; Sócrates tem duas pernas; logo, Sócrates é um galo”. (ADEODATO, 2015, p. 60-61)

O silogismo retórico (ou entimemático), por sua vez, possui as mesmas características do silogismo dialético; no entanto, tem por objeto es-

pecífico as três divisões da retórica, quais sejam, a deliberativa (política), a forense (judicial) e a epidítica (cerimonial) (ADEODATO, 2015, p. 64).

Com o objetivo de mostrar a inadequação do procedimento silogístico de subsunção no âmbito das relações jurídicas, Karl Larenz propôs um esquema representativo, por intermédio do qual “os conceitos de menor extensão se subordinam aos de maior extensão”, conforme demonstrado a seguir:

A previsão P está caracterizada de modo pleno pelas notas N1, N2, N3

A situação de fato S apresenta as notas N1, N2, N3

Logo, S é um caso de P. (1997, p. 383)

Afirma o referido autor que, para que haja um silogismo perfeito, é necessário que os referidos conceitos de maior e menor extensão sejam previamente definidos, a fim de que seja possível aferir se as notas do conceito superior (N1, N2, N3) se repetem no inferior. No entanto, esclarece que, devido ao elevado grau de abstração dos textos legais, referido esquema silogístico não se adequa ao direito. Isso porque, no silogismo jurídico, não se subsumem conceitos mais restritivos a outros mais extensos, mas enunciados sobre uma situação de fato enquanto fenômeno da vida (1997, p. 383 e 384).

Ocorre que a produção desses enunciados pressupõe que esses fenômenos da vida sejam previamente julgados, ou seja, que a subsunção, mesmo sendo um procedimento lógico, tenha um momento prévio de preparação da tipicidade, o qual se dá com a interpretação. Surge aí outro problema, a interpretação também é incompatível com a técnica da subsunção. Isso porque a passagem do geral para o particular requer uma prévia investigação acerca das possibilidades de sentido do texto normativo, ou seja, “se tipicidade e consequência jurídica a partir de premissa maior” (SCHLIEFFEN, 2012, p. 20 e 21).

No entanto, segundo Larenz, é nesse processo de preparação da tipicidade que reside “o ponto fulcral da aplicação da lei”. Isso porque, para o referido autor, o processo de subsunção não se resume à mera aplicação da lei a um caso concreto, mas a uma “coordenação valorativa” de uma situação de fato à previsão de uma norma jurídica. Nesse processo de coordenação valorativa, a subsunção é operacionalizada por meio de “juízos de percepção e experiência” (1997, p. 384-387), ou seja, de verossimilhança, âmbito no qual não há que se falar em verdades únicas. Assim, ao expressar

esse pensamento valorativo, Larenz evidencia a sua oposição à ideia de que o enunciado jurídico seja algo pronto e acabado.

Para a retórica, mesmo que com pouca ressonância e contradizendo o autorretrato jurídico, a decisão não provém de deduções lógicas, mas de padrões retóricos e tópicos, os quais são compreendidos como regularidade. Assim, ao propor uma “redesignação com significado existencial”, Ottmar Ballweg afirma ser mais apropriado que nos seus discursos os juristas façam uso da expressão “regularidade” (*Regelhaftigkeit*) ao invés de “racionalidade”, palavra que, segundo o referido autor, não espelha adequadamente o significado essencial da atividade jurídica (1989, p. 229, *apud* LIMA, 2013, p. 308). Isso ocorre porque, no estudo do direito, são coordenados sistematicamente de forma simultânea “enunciados obrigatórios e problemas práticos, jurisdição e normas” (SCHLIEFFEN, 2006, p. 4-7).

Além disso, é importante salientar que o processo de produção da decisão com vistas ao sucesso da ação não se aparta dos elementos de persuasão, expressos pelas vias retóricas do *ethos*, *pathos* e *logos*. Conforme clássica definição, o *ethos* está relacionado ao caráter pessoal do orador; o *pathos*, às emoções dos ouvintes, ou seja, à disposição de espírito produzida por um orador em determinado auditório; e o *logos*, à linguagem, ao próprio discurso “no que diz respeito ao que demonstra ou parece demonstrar” (ARISTÓTELES, 2013, I, 2, 1356a, 1-4, p. 45). Assim, a apresentação da decisão como realidade artificial (ARISTÓTELES, 2013, III, 2, 1404b, p. 214) é uma construção retórica, por intermédio da qual a realidade é conformada pela linguagem, na medida em que “a linguagem qualifica a si mesma como realidade” (BALLWEG, 2009, p. 69 *apud* SCHLIEFFEN, 2012, p. 4).

Para o pensamento jurídico tradicional, as apresentações da produção de decisões jurídicas são “fundamentantes”, “legitimantes” ou “justificantes”. Isso significa que a tomada de decisão é percebida como um processo racional de fundamentação por intermédio do qual o aplicador do direito tem que justificar e demonstrar a “racionalidade” de sua decisão, de tal forma que ela satisfaça as condições especiais do discurso da ciência do direito (SCHLIEFFEN, 2012, p. 4 e 6).

Para a retórica, contudo, em conjunto com as demais funções do discurso, como as estilísticas e as não verbais, as apresentações das decisões operam no sentido de conferir plausibilidade ao discurso jurídico. Portanto, ao tratar “aparência e fragmento ‘como se’ fossem o verdadeiro”, a “subsunção” como forma de apresentação das decisões jurídicas constituiu o pensa-

mento por intermédio do qual a filosofia transformou “o epistemológico no bordão dos séculos XVI e XVII – *All the world’s a stage*: o ser humano vive em um mundo por ele mesmo modelado: mundo puramente inventado” (SCHLIEFFEN, 2012, p. 4-5).

A Revolução francesa, ou mesmo antes, a tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos e início das navegações em direção ao chamado “Novo Mundo”, dá início à modernidade como marco histórico. No entanto, para os parâmetros jurídicos, a concepção do direito sob a forma de uma estrutura piramidal, erigindo a lei à condição de protagonista, ou seja, de principal fonte do direito, constituiu um dos mais relevantes pilares do Estado Moderno.

Não obstante, uma das mais contundentes críticas a esse ideal metodológico dirige-se à autocompreensão do direito, segundo a qual decisões jurídicas devem ser deduzidas de normas jurídicas (SCHLIEFFEN, 2006, p. 13). Essa concepção se faz presente, sobretudo, quando em causa questões relacionadas ao Estado-Administração, âmbito no qual a gestão dos interesses públicos deveria supostamente jungir-se à estrita observância da lei.

No Estado Moderno, portanto, a lei passa a ser o centro gravitacional em torno do qual irão convergir as diversas escolas racionalistas do direito, assim como a pretensão de monopólio na produção e distribuição do direito positivo. Surge, dessarte, um novo ideal, qual seja, por meio de princípios universais racionais ser possível deduzir logicamente todos os enunciados jurídicos e alcançar um conhecimento jurídico totalmente livre de conflitos argumentativos concretos. Desse marco, também tem início o constitucionalismo, o qual perdura até hoje.

Todavia, ao final do século XIX, como consequência direta das mudanças sociais, econômicas e científicas experimentadas em alguns países europeus, uma séria de reações ao positivismo jurídico toma corpo na Europa. A ideia de equiparação entre uma sentença judicial e uma sentença lógica começou a apresentar os primeiros sinais de desgaste, sendo, inclusive, apontada, como uma fábula convencionalizada (BULLOW, 2003, p. 268 *apud* SCHLIEFFEN, 2012, p. 7). Assim é que, “vencido o jusnaturalismo, a questão da lei passa a ser o grande debate dentro do positivismo” (ADEODATO, 2012, p. 319).

É neste contexto que se dá a famosa “virada de Damasco” de Rudolf Von Jhering (1818 – 1892). Com a percepção de que o direito legislado, corporificado em códigos, não mais respondia aos clamores sociais, Jhering

passa a desferir severas críticas ao método lógico-dedutivo e ao formalismo jurídico em razão do seu alto grau de abstração.

A obra *A luta pelo direito*, escrita em 1891, apresenta o direito como reação motivada pelo espírito prático. Já, com *A finalidade do direito*, à concepção do direito como prática acrescenta a noção de finalidade como elemento da ação, como algo que a vontade almeja realizar. Para ele, a ação é direcionada a um fim, como o querer é movido em razão de um fim (JHERING, 2002, p. 4 e 10).

Vê-se, assim, que, em sua obra de maturidade, Jhering deixa transparecer o caráter retórico da ciência jurídica moderna. Com essa nova concepção pragmática do direito, ele abandona o campo da abstração e traça o caminho na direção da “jurisprudência dos interesses”. Movimento que teve como principal representante Philipp Heck, o qual enxergava o direito como uma ciência prática e a atividade do juiz como uma função criadora (LARENZ, 1997, p. 63-65).

Ao lado do racionalismo, lastreado na crença da validade e cognoscibilidade das leis naturais, bem como na previsibilidade do curso da história, no século XIX, emerge, ainda, como uma contracorrente na história intelectual europeia, a onda do irracionalismo, particularmente sob as vestes de um voluntarismo, o qual teve como principais representantes Schopenhauer, Nietzsche e Bergson.

No século XX, essa contracorrente doutrinária despontou com o denominado “Movimento para o Direito Livre”, o qual conferiu maior ênfase à ideia segundo a qual a decisão judicial não constitui mera aplicação de um texto normativo pré-fabricado, mas uma atividade criadora do direito. Afirmava-se, assim, que, sob o “véu ilusório da mesma palavra da lei ocultava-se uma pluralidade de significações, cabendo ao juiz a escolha da determinação que lhe pareça ser em média a mais justa” (BÜLOW, 1885, p. 36 *apud* LARENZ, 1997, p. 78).

Os adeptos do “Movimento para o Direito Livre” eram categóricos ao defenderem que o julgamento de um caso concreto muito ultrapassa a aplicação de um mero esquema silogístico subsuntivo pautado no conceito positivista de ciência. De certa forma, esse movimento persiste até hoje por meio de uma espécie de dogmática “judicialista” própria da cúpula do Judiciário, que, ao determinar a norma, torna-se constituinte. Ora, se, para o positivismo jurídico, o que importa é a adequação dos argumentos ao ordenamento estatal positivado e não aferir a justiça da decisão tomada,

além disso, se só no caso concreto a lei se torna efetiva, só será *contra legem* uma decisão judicial tomada em suas instâncias inferiores, ainda sujeitas à revisão pelo próprio sistema judicial dogmático. Nesse caso, não haveria, portanto, que se falar em “contradição entre lei e decisão judicial definitiva” (ADEODATO, 2012, p. 314-315).

Como asseverado por Schlieffen, em que pese a pouca receptividade dessas vozes dissonantes, essa “mensagem conecta-se, porém, com um ambiente filosófico crítico, pós-estruturalista, (des) construtivista, ou melhor, moderno” (2012, p. 7). Neste contexto, entre concepções subsuntivas e casuísticas, uma via intermediária foi pavimentada. Com esse novo caminho, o texto normativo assume nova dimensão, deixa de ser sinônimo de norma jurídica e passa a ser compreendido como ponto de partida para a decisão do caso concreto.

Assim é que, com a complexidade das relações sociais agravando a distância entre os significantes e significados linguísticos, Friedrich Müller, com sua teoria estruturante do direito, ao propagar a ideia segundo a qual “a decisão não guarda relação com os textos da norma” (MÜLLER, 2008, p. 29), se empenhou em esclarecer o permanente conflito entre o processo de tomada de decisão e a sua apresentação.

Portanto, para uma melhor compreensão da relação entre o texto normativo e a decisão do caso concreto, o debate em torno da essencialidade ou não da ideia de “generalidade” da norma jurídica e a discussão sobre a criatividade do órgão julgador na construção do direito apresentam-se como importantes pistas (ADEODATO, 2012, p. 314). Trata-se de reflexão que ecoou na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller.

Com a metódica estruturante de Müller, os textos genéricos prévios e válidos produzidos pelo legislador não são mais compreendidos como regras jurídicas. Isso porque a generalidade passa a ser vista apenas como uma característica do texto, pois a norma jurídica só irá aparecer na decisão final, como veremos a seguir.

### **3 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA SOB O PONTO DE VISTA DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO DE FRIEDRICH MÜLLER E SUA CONEXÃO COM O MILENAR MODO DE PENSAR RETÓRICO ACERCA DO FENÔMENO JURÍDICO**

A fim de controlar a relação entre o texto prévio e a decisão do caso concreto, mecanismos hermenêuticos complexos desenvolvidos pela dog-

mática jurídica contemporânea apregoam o dogma segundo o qual “todo argumento precisa apelar a um texto válido e pertinente dentro do ordenamento jurídico vigente” (ADEODATO, 2012, p. 312).

Ocorre que o sistema jurídico não se resume ao conjunto das fontes do direito, ou seja, das expressões simbólicas de normas jurídicas organizadas em uma hierarquia piramidal, em cujo topo está o texto constitucional.

É preciso entender, porém, que o sistema jurídico vai muito além dessas bases textuais normativas, pois as interpretações, argumentações e decisões jurídicas não estão ali nesse livro que se denomina “a Constituição”. A esse conjunto de apreciações das controvérsias constitucionais dá-se o nome de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*). (ADEODATO, 2012, p. 312)

Friedrich Müller elabora, então, uma descrição prática da produção do direito, porém “constitucionalmente equilibrada” (SCHLIEFFEN, 2012, p. 8). A metódica jurídica estruturante de Müller, ao propor uma hermenêutica constitucional diferente do positivismo de Kelsen, o qual mantém a visão exegética de que a norma é previamente dada, e do decisionismo de Schmitt, “para quem a decisão não guarda relação real com os textos da norma”, defende a ideia de que “o sujeito do processo de concretização nunca é a norma, mas sim o jurista diante do caso” (MÜLLER, 2008, p. 29; ADEODATO, 2012, p. 270).

Isso porque o texto normativo genérico previamente dado constitui apenas “ponto de partida e ponto de referência da concretização” da norma jurídica diante do caso concreto, ou seja, para Müller, norma e texto legal não se confundem. Além disso, para o referido autor, no Estado de Direito, como fator de segurança, “o texto normativo apresenta confiabilidade apenas limitada e partilha a relativização da metódica própria à ciência jurídica, sem, contudo, mostrar-se com isso dispensável ou secundário” (MÜLLER, 2008, p. 205).

Para melhor compreender a complexidade das relações entre o texto da lei e a decisão judicial, Friedrich Müller, afastando-se das concepções silogísticas e subsuntivas próprias do positivismo exegético, coloca o problema nos seguintes termos:

Direito significa que a coação que o juiz exerce pode ser legitimada. Só a coação fundamentada na conexão (*Bindung*) do juiz à lei é justificada. Mas como pode o juiz estar adstrito a uma lei cujo significado é determinado por ele próprio? (ADEODATO, 2012, p. 269 *apud* MÜLLER, 1997, p. 100)

Cabe ressaltar que Müller faz uso dos métodos clássicos de interpretação da norma (gramatical, sistemático, teleológico, histórico, etc.), demonstrando que “o texto da norma é importante em sua concretização, pois assume a função de fixar os limites (*Grenzfunktion*) a partir dos quais a norma será concretizada”. Nesse aspecto, a teoria estruturante de Müller se aproxima da “moldura” kelzeniana, “pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo” (ADEODATO, 2012, p. 271).

No entanto, para Müller, a “interpretação” expressa um conceito restrito, na medida em que se limita a uma interpretação de textos da norma e como a norma jurídica vai além do texto, a concretização ultrapassa as fronteiras da interpretação. Portanto, ao afastar-se das apreciações que racionalizam a construção da norma, ele trata “com reserva todos os tipos de interpretação e decisão de caso que procuram obter soluções mais concretas diretamente a partir de princípios gerais ou de teses da filosofia do direito” (MÜLLER, 2008, p. 244).

Apregoa que uma norma jurídica é muito mais do que o seu teor literal. A literalidade do texto normativo, por sua vez, em conjunto com todos os recursos auxiliares, expressa o “programa da norma”. Já a “área da norma” apresenta-se como a estrutura básica da realidade social que o “programa da norma” assume como área de regulamentação (MÜLLER, 2007, p. 224).

Assim, como esclarece Adeodato, aos “dados linguísticos” (*Sprachdaten*) fornecidos pelos elementos gramaticais, sistemáticos e genéticos da interpretação clássica são acrescentados os elementos naturais e sociais, os quais fornecem os “dados reais” da concretização (*Realdaten*) e constituirão, na metódica de Müller, os elementos do “âmbito do caso” e do “âmbito da norma” (2012, p. 273).

Opondo-se, portanto, ao fracasso do modelo positivista, o qual, ao confundir a norma jurídica com o texto da norma, resvala em “questões fundamentais, como: realidade e direito, “ser” e “dever ser”, Müller propõe uma teoria pós-positivista do direito. Para ele, “a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é co-constitutivo”, ou seja, o texto legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado “concretização”. O referido autor compreende o labor jurídico como

um processo a ser realizado no tempo, e os enunciados nas codificações como textos de normas (no sentido da linguística como “formulários de textos”, no sentido da filosofia da linguagem de Charles Sanders Peirce como

expressões com “significância”, mas ainda não com “significado”), i.e., como pré-formas legislatórias da norma jurídica, que por sua vez está por ser produzida no decurso temporal da decisão. (MÜLLER, 2007, p. 10 e 11)

Portanto, para a metódica estruturante de Müller, o “direito” e a “realidade” não configuram categorias abstratas que se opõem. Isso porque desenvolvem-se como

elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida. E essa ação jurídica é uma ação pela e na linguagem [*Sprachhandeln*], é geração do texto com base em textos, inscreve-se na estrutura textiforme da democracia fundada no Estado de Direito. (MÜLLER, 2007, p. 14)

Consequentemente, diante da incomunicabilidade entre o “ser” e o “dever ser” apregoada pelo positivismo jurídico kelseniano, afirma Müller que “a ‘norma pura’ não possui uma normatividade concreta, já que não possui um conteúdo material e uma determinação material. Ela constitui apenas texto de norma” (MÜLLER, 2008, p. 192).

Reafirma tal concepção ao asseverar que “o âmbito normativo não é dado de antemão no texto literal da disposição, mas é geralmente indicado apenas de modo incompleto” (MÜLLER, 2008, p. 198). Aduz que, ao separar a norma dos fatos e o direito da realidade, o positivismo jurídico comete o grande equívoco de compreender a norma jurídica “como algo que repousa em si e preexiste”, sendo esta a premissa de um dos mais contundentes erros do positivismo na ciência do direito (MÜLLER, 2008, p. 16).

Nesse sentido, assevera que a separação entre “norma” e “realidade”, entre “ser” e “dever ser” decorre do engano que confunde a “prescrição legal com o seu teor literal, i.e., da identificação de norma e texto de norma” (MÜLLER, 2007, p. 200). Como lembrado por Adeodato:

Não só a norma do caso concreto é constituída a partir do caso, mas também a norma aparentemente genérica e abstrata, ou seja, a norma geral não é prévia, só o seu texto o é. A norma previamente dada não existe, é uma ficção, pois a *Rechtsnorm* só vai ser criada após o trabalho de concretização. (2012, p. 272)

Ressalta Müller que o Estado de Direito, como qualquer organização de grupos humanos, “é uma forma de violência – da sua regulação, aplica-

ção, justificação, e com isso também da sua fundamentação: não como violência na sua facticidade, mas precisamente como ‘poder estatal’ regulado e justificado”. Nesse sentido, assevera que

O Estado de Direito burguês descobre a sua legitimidade precisamente em poder funcionar [*auskommen*] tão amplamente quanto possível com a violência constitucional formalizada, controlável, mediada pela linguagem, e em precisar recorrer tão pouco quanto possível à violência “pura”, “nua”, i.e. à violência efetiva, que se deslegitima por essa razão. (MÜLLER, 2007, p. 215 e 217)

Daí a constatação de que “o direito nunca funciona sem a mediação da linguagem”. Isso porque a dimensão especificamente jurídica de contextos de dominação institucionalizada, ao sancionar a decisão jurídica, vincula-se à linguagem e, com isso, as suas condições gerais (MÜLLER, 2007, p. 222). Disso resulta a constatação de que “a instrumentalidade da metódica jurídica evidencia-se no fato de que ela pode ser colocada a serviço de conteúdos políticos distintos” (MÜLLER, 2007, p. 214), daí a sua conexão com a retórica.

Com base na metódica estruturante de Müller, Adeodato leciona que “só na concretização, ao ser decidido o caso, é produzida a norma”. Nesse sentido, constatamos que a hermenêutica de Müller, em que pese se ocupar com a investigação dos pressupostos teóricos da atividade dos juristas, “não é ontológica ou essencialista, mas também não consiste no estudo dos procedimentos retóricos ou metodológicos da normatividade jurídica” (ADEODATO, 2012, p. 273).

Para Friedrich Müller, “a norma de decisão é o estado de agregação mais individualizado da norma jurídica, e não uma entidade autônoma situada ao lado dela” (2008, p. 148). Compreende o referido autor que “o direito não se apoia somente na norma verbal, nem pode ser conquistado a partir dela e com o auxílio do processo puramente lógico, assim como da subsunção obtida pela via da conclusão silogística” (MÜLLER, 2008, p. 196).

Na medida em que a norma só é produzida no processo de concretização, aduz Müller que “o operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada, da mesma maneira como a estrutura do problema do caso ou do tipo de caso” (2008, p. 80).

Müller dividiu em onze etapas o referido processo de “concretização” da norma decisória no Estado Democrático de Direito, o qual insere-se em um “fenômeno mais amplo da linguagem humana, podendo a sua tese ser considerada uma teoria linguística do direito” (ADEODATO, 2014, p. 239).

Entre as referidas etapas de “concretização” destacam-se: o texto, o relato do caso, o conjunto de matérias, o âmbito da matéria, o âmbito do caso, o programa da norma, o âmbito da norma, a norma jurídica e a norma decisória.

Leciona Adeodato que

os *textos* da norma genéricos, relacionados com os relatos genéricos leigo e profissional sobre os dados reais, constituídos a partir dos dados linguísticos primários, conduzem a escolha do *âmbito da matéria*, o qual é especificado na direção do *âmbito do caso*. O âmbito do caso é orientado pelos padrões do *programa da norma* e, juntos, constituem o *âmbito da norma*. O programa da norma e o âmbito da norma vão por sua vez formar a *norma jurídica*, a qual se concretizará na *norma decisória*. (2012, p. 282)

A metódica estruturante de Müller faz uma importante distinção entre texto “de norma” e texto “normativo”. Os textos de “norma” podem ter validade, porém a normatividade só estará presente após o cumprimento dos resultados da concretização: da norma jurídica e da norma decisória. É interessante a observação feita por Adeodato a esse respeito, ao asseverar que “o texto da norma, no começo do trabalho com textos jurídicos (*Rechtstext und Textarbeit*), não tem ainda significado normativo, mas apenas validade”, pois [...] “só no caso concreto aparece o caráter normativo, a norma jurídica”. Vê-se, portanto, que a metódica estruturante preserva a concepção positivista de validade, mesmo que só do texto e não da norma. Assim, o conceito de validade é compreendido como uma concordância com as regras do sistema jurídico no que diz respeito ao conteúdo, à competência, ao rito de elaboração (ADEODATO, 2012, p. 283 e 284).

Como já ressaltamos, por vislumbrar na norma jurídica muito mais do que o texto normativo, a metódica estruturante do direito afasta-se dos métodos puramente cognitivos e lógicos (silogísticos, subsuntivos ou de individualização concreta do direito a partir da norma geral), próprios do positivismo legalista exegético.

Destaca Müller que “a norma jurídica criada no caso está estruturada segundo o ‘programa da norma’ e o ‘âmbito da norma’; ela é, portanto, um

conceito composto que torna o problema tradicionalmente irresolvido de ‘ser’ e ‘dever ser’ operacional e trabalhável” (2007, p. 11).

Constatamos, portanto, na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, claros pontos de contato com a teoria retórica realista desenvolvida por João Maurício Adeodato, na medida em que ambas vislumbram o papel da linguagem na construção da norma jurídica, conforme trecho a seguir:

Tomados como estruturas meramente linguísticas, os contextos conceituais do texto normativo apontam apenas pontos de referência para relações reais da vida humana, para circunstâncias reais específicas. Eles não possuem teor de validade autônomo, nem um campo semântico determinado na realidade, na relação com tipos legais concretos. Não é a proposição normativa que é vinculante, mas sim a norma que perfaz o seu conteúdo enunciativo. (MÜLLER, 2008, p. 198-199)

Para a retórica, a realidade é constituída por meio da linguagem, e, transpondo essa concepção para o universo jurídico, constatamos que as normas jurídicas também se constituem linguisticamente. Como Müller, Adeodato também reconhece a participação do mundo fático no processo de concretização da norma decisória, ao asseverar que “a decisão tomada é norma no sentido de ideia, fica como promessa. Concretizada significa que a decisão se tornou um evento, voltou ao mundo dos eventos como um deles e vai constituir a retórica material” (ADEODATO, 2014, p. 221), ou seja, o relato vencedor.

Além de termos constatado a conexão de ideias entre a retórica e a metódica estruturante de Friedrich Müller, ao abordarmos, na Seção 1 desse artigo, o problema da judicialização de políticas públicas na área de saúde, tema de grande relevância, por repercutir na intersubjetividade de milhares de brasileiros, os quais têm suas vidas impactadas por decisões, cuja conformação não se amolda aos parâmetro estabelecidos pelo modelo idealista tradicional, foi possível obter uma visão mais clara e realista de como efetivamente se dá a conformação de sentido dos discursos jurídicos. Tal fato revela a importância e atualidade da teoria estruturante do direito no enfrentamento dos desafios legais e políticos que se entrecruzam no cotidiano do Poder Judiciário brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre o fenômeno da judicialização de políticas públicas no Brasil, o qual tem como pano de fundo a ideia de normatividade e efe-

tividade dos direitos constitucionais sociais, a exemplo do direito à saúde, ainda que ao arbítrio dos parâmetros de controle instituídos pelo próprio sistema (legalidade orçamentária e responsabilidade fiscal) tem instigado questionamentos sobre a conformação de sentido da norma jurídica pelo Poder Judiciário.

Assim, com a pretensão de obter uma percepção realista do processo de conformação de sentido da norma jurídica e procurando se apartar das concepções que enxergam nos direitos constitucionais sociais expressos nos textos normativos a aptidão de transportar essências racionais, torna-se premente compartilhar o ponto de vista filosófico e crítico não só da retórica, mas também da teoria estruturante do direito formulada por Friedrich Müller. Isso porque, para uma melhor compreensão do processo de concretização da norma jurídica, os parâmetros ofertados pela tradição idealista do direito, em qualquer de suas vertentes, não são suficientes para explicar como efetivamente se dá a conformação estrutural do discurso jurídico.

Como proposta pós-positivista do direito, a metódica estruturante de Müller rechaça a ideia da perfeita correspondência entre o texto normativo e a decisão do caso concreto, por enxergar a norma jurídica como resultante da inter-relação entre texto e realidade. Dessarte, mesmo que o texto da norma, ou seja, a lei, apresente-se como um dos mais relevantes pilares do Estado Moderno, ou seja, como principal fonte do direito, sob o ponto de vista da teoria estruturante do direito, sua importância situa-se apenas no fato de constituir o ponto de partida e ponto de referência do processo de concretização da norma jurídica, ideia que se contrapõe à hermenêutica tradicional, para a qual a decisão do caso concreto resulta de uma dedução lógica, cuja premissa maior tem assento no texto legal.

Por conseguinte, visto que a almejada “racionalização” só é possível por meio da comunicação, ou seja, por intermédio da linguagem, fomos impulsionados, nesse trabalho, a percorrer um ambiente filosófico crítico, âmbito da metódica estruturante de Friedrich Müller, a qual surge na teoria do direito como uma via intermediária que se interpõe entre correntes formalistas e concepções casuísticas.

Como vimos, como procedimento lógico e forma de apresentação da decisão, a subsunção não se adequa a todas as situações de fato abarcadas pelo direito. Isso porque a decisão judicial é realidade artificial por intermédio da qual a existência é conformada pela linguagem. Assim, contrapondo-se ao autorretrato jurídico, a decisão jurídica não provém de deduções

lógicas, mas de padrões retóricos, os quais se apresentam de forma clara quando percorridas as etapas do processo de concretização da norma ofertadas pela metódica estruturante.

Isso não quer significar que a metódica estruturante de Müller tenha como objeto de estudo os procedimentos retóricos ou metodológicos da normatividade jurídica. Mesmo não sendo ontológica ou essencialista, a metódica estruturante de Müller também não é retórica, ainda que com essa forma milenar de compreender o fenômeno jurídico mantenha nítidos pontos de contato. E isso se dá, sobretudo, quando apregoa a estreita conexão entre direito e linguagem, assim como ao ressaltar o seu caráter instrumental, dada a potencialidade de ser posta a serviço de variados conteúdos políticos.

Portanto, sob o ponto de vista da retórica e da metódica estruturante, o direito é racionalizado por intermédio da comunicação. Mas a concepção de racionalidade e justiça não se relaciona nem com a ideia de verdades únicas, tampouco com a possibilidade de existência de critérios de justiça universais. Essa racionalização que se busca através do processo de construção de sentido da norma jurídica se perfaz por meio da comunicação, ou seja, por intermédio dos acordos linguísticos momentaneamente construídos e preponderantes em um determinado contexto, pois o direito efetivamente não funciona sem a mediação da linguagem, na medida em que as questões jurídicas não se apartam dos seus componentes substancialmente linguísticos.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, J. M. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ADEODATO, J. M. *Uma teoria da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo: Noeses, 2014.

ADEODATO, J. M. O esvaziamento do texto e o controle das decisões jurídicas. *Revista Direito e Praxis*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, 2021.

ADEODATO, J. M. Uma crítica retórica à retórica de Aristóteles. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 110, 2015.

ARISTÓTELES. *Retórica*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2013.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução e notas: Luciano Ferreira de Souza. São Paulo, 2016.

- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bibi e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BUÍSSA, L.; BEVILACQUA, L.; MOREIRA, F. H. B. B. Impactos orçamentários da judicialização das políticas públicas de saúde. In: *Coletânea direito à saúde*: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. Organização: Alethele de Oliveira Santos e Luciana Toledo Lopes. Brasília: Conass, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Simone/Downloads/Dilemas\\_do\\_Fenomeno\\_da\\_Judicializacao\\_da\\_Saude.pdf](file:///C:/Users/Simone/Downloads/Dilemas_do_Fenomeno_da_Judicializacao_da_Saude.pdf). Acesso em: 20 set. 2022.
- FERRAZ, O. L. M. Para equacionar a judicialização da saúde no Brasil. *Revista Direito GV*, São Paulo, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, v. 15, n. 3, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/tLdSQ4Ggnm4w8GSfYdcqtTy/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2022.
- FREITAS, B. C. de; FONSECA, E. P. da; QUELUZ, D. de P. A judicialização da saúde nos sistemas público e privado de saúde: uma revisão sistemática. *Interface – Comunicação, Saúde e Educação*, n. 24, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/icse/a/wMrQzjzYts8wnBfmdPNhwNK/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2022.
- JHERING, R. V. *A finalidade do direito*. Tradução: Heder K. Hoffmann. Campinas: Bookseller, 2002.
- LARENZ, Karl. *metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIMA, P. P. M. de. *A metáfora do direito e a retórica da ironia no pensamento jurídico*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito. Pernambuco, 2013.
- MÜLLER, F. *Teoria estruturante do direito*. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MÜLLER, F. *O novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. Tradução: Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Neumann e Rodrigo Miotto dos Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- OLIVEIRA, V. E. de; MADEIRA, L. M. Judicialização da política no enfrentamento à Covid-19: um novo padrão decisório do STF? *Revista Brasileira de Ciência Política*, n. 35, p. 1-44, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcpol/a/zVR7JRskNppq8TBw9VLMPPx/>. Acesso em: 20 set. 2022.
- PELLEGRIN, P. *Vocabulário de Aristóteles*. Tradução: Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- SALDANHA, N. *Ordem e hermenêutica*: sobre as relações entre as formas de organização e o pensamento interpretativo, principalmente no direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- SCHLIEFFEN, K. G. v. *Subsunção como apresentação da produção de decisões jurídicas*. Tradução do original: Subsumption als Darstellung der Herstellung juristischen Methodenlehre. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, p. 379-419, por João

Maurício Adeodato e Laila Iafah Goes Barreto, do Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – MCT/CNPq.

SCHLIEFFEN, K. G. v. *Análise retórica do direito: riscos, ganhos e novas perspectivas*. Tradução do original: *Rhetorische Analyse des Rechts: Risiken, Gewinn und neue Einsichten*, in: Rouven Soudry (org.). *Rhetorik. Eine interdisziplinäre Einführung in die rhetorische Praxis*. Heidelberg: C. F. Müller, 2006, p. 42-64, por João Maurício Adeodato e Laila Iafah Goes Barreto, do Grupo de Pesquisa em Retórica Jurídica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – MCT/CNPq.

SOBOTA, K. Não mencione a norma! Tradução do original: *Don't Mention the Norm! International Journal for the Semiotics of Law*, IV/10. Heidelberg: Springer, 1991, p. 45-60, por João Maurício Adeodato, publicada no *Anuário do Mestrado da Faculdade de Direito do Recife*, Recife: Ed. UFPE, n. 7, p. 251-273, 1996.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica em crise*. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Recurso Extraordinário nº 657.718*. Disponível em: <https://stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=754312026&tipo=TP&descricao=Inteiro%20Teor%20RE%20/%20657718>. Acesso em: 21 set. 2022.

#### **Sobre a autora e o autor:**

**Simone Peixoto Ferreira Porto** | *E-mail*: simone\_peixoto.porto@hotmail.com

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Mestrado em direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã (Fadic). Pós-Graduação *lato-sensu* em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela Escola Superior da Magistratura do Trabalho (Esmatra) da 6ª Região e em Direito Civil e Processual Civil pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco (Esmape). Servidora do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, onde exerce o cargo de Analista de Controle Externo – área de Auditoria de Contas Públicas e a função de Assessora Jurídica no Ministério Público de Contas de Pernambuco.

**Alexandre Freire Pimentel** | *E-mail*: alexandre.pimentel@unicap.br

Mestre (1997) e Doutor (2003) em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE), com Pós-Doutorado pela Universidade de Salamanca (USAL – Espanha – Bolsista da Capes-Fundação Carolina – 2011-2). Professor de Direito Processual Civil e Direito Digital da Universidade Católica de Pernambuco (Graduação e PPGD) e da Faculdade de Direito do Recife (FDR-UFPE).

Data de submissão: 14 de agosto de 2022.

Data de aceite: 4 de outubro de 2022.