

Segunda Parte

Convergências Filosóficas em Gadamer e Müller para a Concretização da Norma

Philosophical Convergences in Gadamer and Müller to Norm Concretisation

LEONARDO LONGEN DO NASCIMENTO¹

Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb). Blumenau (SC). Brasil.

FELICIANO ALCIDES DIAS²

Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb). Blumenau (SC). Brasil.

PRISCILA ZENI DE SÁ³

Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb). Blumenau (SC). Brasil.

RESUMO: O artigo se propõe a analisar as possíveis convergências da hermenêutica filosófica de Gadamer e a teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Müller. O problema que se coloca, então, é: Pode-se atribuir à linguagem pensada a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer influência sobre a concretização da norma projetada pela teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Müller? Para responder à pergunta, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, aliada ao método fenomenológico-hermenêutico, a fim de, primeiro, compreender a linguagem com foco nos textos de Gadamer e, depois, a concretização centrada na obra de Müller. A conclusão alcançada é que a circularidade hermenêutica, a diferença ontológica e, principalmente, a noção de *applicatio* tratadas por Gadamer povoam o projeto de concretização da norma diante do caso concreto em Müller.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria e metódica estruturante do direito; hermenêutica filosófica; linguagem; concretização da norma.

ABSTRACT: This article proposes an analysis of possible convergences in Gadamer’s philosophical hermeneutics and Friedrich Müller’s Structuring Method and Legal Theory. The stated problem is:

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5069-1207>.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4936-9987>.

3 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7498-6181>.

Is it possible to consider language through Hans-Georg Gadamer's philosophical hermeneutics an influence to the norm concretisation under Friedrich Müller's Structuring Method and Legal Theory? In order to answer this question, bibliographic and documental research has been used alongside to a hermeneutical phenomenological method as a means to, at first, comprehend language through Gadamer's texts and then, the consolidation of law through Müller work. It has been concluded that hermeneutic circularity, ontological difference and mainly the notion of application treated by Gadamer appear in the norm concretisation in specific concrete cases projected by Müller.

KEYWORDS: Structuring method and legal theory; philosophical hermeneutics; language; norm concretisation.

SUMÁRIO: Introdução; Linguagem na hermenêutica filosófica; Teoria e metódica estruturante do direito em Friedrich Müller; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Desenvolvida entre as décadas de 1960 e 1970, a Teoria e Metódica Estruturante do Direito de Friedrich Müller se mostra de extrema importância para o direito na contemporaneidade em virtude de propor um novo modelo para a concretização da norma. Partindo de onde Kelsen parou, Müller não se contenta com a preocupação voltada à ordem formal do ordenamento, projetando o direito para a realidade. Busca, assim, resolver problemas jurídicos sob novas lentes, que podem ser chamadas pós-positivistas, demandadas pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial.

Cabe esclarecer, nesse sentido, o que se compreende acerca do termo pós-positivismo para este trabalho. Trata-se de verdadeira superação do modelo positivista e moderno, exigência do Estado Democrático de Direito projetado pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, denominado por Lenio Streck como constitucionalismo contemporâneo (STRECK, 2017, p. 102). Ou seja, o paradigma democrático exigia e exige uma concepção nova a respeito da norma, que não se basta em propor uma ordem formal e completa, alheia à realidade, preocupando-se com a concretização das normas em casos concretos, como idealizado por Friedrich Müller e de onde se revela a importância da teoria do referido autor, por tratar da "pedra de toque do pós-positivismo [...]" (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2015, n.p.).

Tendo em vista tamanha relevância do autor, bem como considerando a "reviravolta linguística" operada na filosofia entre o final do século XIX e início do XX, que problematiza a condição de possibilidade da compreensão, na qual se inclui o pensamento de Hans Georg Gadamer (OLIVEIRA,

2015, p. 12-13), o problema de pesquisa que se coloca é: Pode-se atribuir à linguagem pensada a partir da hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer influência sobre a concretização da norma projetada pela teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Müller? Por meio do exame das obras de Friedrich Müller e Hans Georg Gadamer, então, pretende-se responder ao questionamento, partindo do método fenomenológico-hermenêutico (STEIN, 1979), no qual se rejeita a cisão absoluta entre sujeito e objeto diante da circularidade hermenêutica.

Em um primeiro momento, o foco será a compreensão da linguagem na hermenêutica filosófica de Gadamer. Depois, aborda-se a teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Müller, a fim de melhor compreender a relação entre direito e realidade para a concretização da norma projetada pelo autor.

Com tais informações, torna-se possível avaliar as possíveis influências da hermenêutica filosófica na teoria de Müller, notadamente pelos conceitos de linguagem, pela circularidade hermenêutica e pela noção de *applicatio*.

LINGUAGEM NA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Hans-Georg Gadamer teve grande influência de Martin Heidegger para tratar do tema da linguagem⁴, por isso compreender a linguagem na hermenêutica filosófica passa por conhecer o projeto filosófico de Heidegger, em especial no seu livro mais conhecido, publicado pela primeira vez em 1927: “Ser e tempo”.

Heidegger problematiza a ciência moderna e a filosofia de sua época por partirem de entes ou categorias pressupostas. Não havia o questionamento pelo “ser” e é justamente essa lacuna, essa pergunta pelo “ser”, que dirigiu as investigações de Heidegger. De fato, sem colocar a questão do “ser” em evidência antes de qualquer entificação ou ontologia, um aspecto ôntico e anterior do conhecimento restava ignorado (HEIDEGGER, 2012, p. 47-51).

4 Como se desenvolverá na sequência. Heidegger trata de um aspecto anterior a qualquer ontologia. Nesse sentido, o mundo percebido pelo homem é sempre condicionado por algo, todo pensamento é legitimado e limitado, não se fundamenta em si nem é ilimitado. Gadamer explora esse aspecto para tratar da linguagem como condição de possibilidade para toda ontologia e concepção de mundo.

Ora, sem a questão do “ser”, todo o conhecimento é enviesado e guiado por algo externo do qual não se tem consciência, podendo tal elemento ser denominado “facticidade”. A pergunta pelo “ser”, assim, é importante na medida em que busca compreender o que norteia a ontologia. É, assim, universal, mas não é uma pergunta clara, pois: “‘Ser’ é um conceito indefinível. É o que se infere de sua suprema universalidade” (HEIDEGGER, 2012, p. 37). Nesse sentido, também, a pergunta pelo “ser” não exige uma resposta, mas uma forma de elaborar a própria pergunta; afinal, o aspecto ôntico/facticidade já filtra a própria pergunta pelo “ser”, pois pressupõe um conceito de “é” que não é racionalmente/conscientemente definido (HEIDEGGER, 2012, p. 39-41).

Neste contexto, pode-se afirmar que todo ente, substantivado, é simples manifestação do “ser”, que não é, em si, um ente, mas algo como um verbo, que não se esgota em uma assertiva (HEIDEGGER, 2012, p. 43-45).

Em outros termos, perguntar pelo “ser” traz uma nova concepção de mundo, que é constituído por um conjunto de sentidos, não de coisas em si e suas essências. Nessa senda se pode tratar da categoria *Dasein*, que não se resume a um ente nem se afasta da facticidade da tradição (perspectiva ôntica), mas que se projeta ontologicamente para dar sentido ao mundo. Nesse movimento,

o ser ele mesmo, em relação ao qual o *Dasein* pode comportar-se e sempre se comporta desta ou daquela maneira, é por nós denominado *existência*. E porque a determinação-de-essência desse ente não se pode efetuar pela indicação de um quê de conteúdo-de-coisa, pois sua essência reside em que, ao contrário, esse ente tem de ser cada vez seu ser como seu, escolheu-se para sua designação o termo *Dasein* como pura expressão-de-ser. (HEIDEGGER, 2012, p. 59-61, grifado no original)

O mundo pensado por Heidegger, então, é composto por sentidos, por aquilo que se revela ao ser humano, cuja noção de estar no mundo permite definir o próprio mundo (*Dasein*). Então, o mundo se desvela em um contexto, de modo que: “[...] aquilo a partir de que o *Dasein* em geral entende e interpreta de modo inexpresso algo assim como ser é o *tempo*”. O tempo, portanto, é o horizonte de todo entendimento e interpretação acerca do “ser” (HEIDEGGER, 2012, p. 75, grifado no original).

Assim, a pergunta pelo “ser”, ou pelo mundo, está condicionada pelo tempo, pelo contexto. Então, a resposta à pergunta não pode residir em uma proposição alheia ao tempo, abstrata e pressuposta, como nas correntes filo-

sóficas e na ciência moderna criticadas por Heidegger⁵. Afinal, é a historicidade e a consciência de historicidade do *Dasein* que viabiliza a formulação da pergunta pelo “ser” e a realização de novas interpretações do *Dasein*, é o que abre o homem para o mundo (HEIDEGGER, 2012, p. 79-81).

Essa abertura para o mundo no fenômeno da compreensão introduz a categoria “círculo hermenêutico”, que será aprofundada na sequência, com base em Gadamer. De toda forma, já em Heidegger se nota uma virada na filosofia, o que fica evidente na seguinte passagem de Ernildo Stein:

É possível, foi possível, será possível cobrar como resultado da redução a possibilidade da construção e a simultânea ou posterior ou anterior destruição e então esperar a edificação de um sistema filosófico no sentido clássico de sistema? Terá aparecido com suficiente clareza que o *encurtamento hermenêutico* da analítica torna impossível a reprodução das pretensões clássicas de sistemas filosóficos? A partir da incorporação do círculo hermenêutico no coração do trabalho filosófico, mudou o modelo condutor da matriz teórica da filosofia. No paradigma novo a questão do método não se identifica mais com a questão do sistema. A filosofia perdeu sua aura especulativa e teórica. Onde se introduziu o novo universo, o universo de sentido, não a partir de uma construção semântica, mas a partir do ser-no-mundo, já sempre operando numa totalidade finalizada prática, novo universo introduzido a partir de uma «pragmática» fundamental, portanto, é preciso pensar método e objeto, método e sistema, numa relação circular, sem poder propriamente privilegiar um momento como ponto de partida, fundamento. O constructo “*Dasein*” que comanda o *encurtamento hermenêutico*, a amputação metafísica, significa uma redução para toda e qualquer pretensão de sistema, no sentido das filosofias da consciência, da vigência da subjetividade, com seu momento supremo no idealismo especulativo. (STEIN, 1990, p. 45-46, grifado no original)

A fenomenologia de Heidegger, nesses termos, se caracteriza como uma metodologia para o estudo do “ser”, na qual não se busca definir seu objeto e aprisioná-los em um nome ou uma essência. Trata-se de uma abordagem que visa a avaliar o “ser” do ente que se desvela na figura do fenômeno, cujo “conceito fenomenológico [...] designa, como o que se mostra, o ser do ente, seu sentido [...] O ser do ente é o que menos pode ser con-

5 Como observa Ernildo Stein: “Toda fome de teoria da tradição metafísica é provocada pelas especulações sobre Deus e o mundo. É de lá que, para escândalo de Heidegger, se espera (mesmo) a resposta para os enigmas da existência humana. É por isso que as teorias da consciência são constituídas com base nestes dois domínios tradicionais, quer sejam objetos da teoria, quer sejam eles os modelos da consciência como, particularmente, no caso da teologia” (STEIN, E. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*: comemoração dos sessenta anos de ser e tempo de Heidegger. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990. p. 21).

cebido como algo ‘atrás’ do qual ainda haveria algo que ‘não aparece’” (HEIDEGGER, 2012, p. 119-123).

Em resumo, *Dasein* pergunta pelo “ser”, cuja característica determina e constitui condição de possibilidade para qualquer projeto ontológico de definição. E assim se pode classificar a questão do “ser” como universal e inerente a qualquer projeto ontológico (HEIDEGGER, 2012, p. 127-129).

Feitas tais considerações, é possível compreender a pretensão de Hans Georg Gadamer ao escrever *Verdade e método* e publicá-lo pela primeira vez no ano de 1960. Na obra, o autor desenvolve a fenomenologia de Heidegger partindo da ideia de que “compreender é o caráter ôntico original da própria vida humana” (GADAMER, 1999, p. 393).

O autor aborda o problema da universalização do método das ciências naturais, da sua expansão às ciências do espírito. Para Gadamer, a interpretação é um fenômeno universal anterior ao método, é uma experiência hermenêutica (GADAMER, 1999, p. 31-33):

O conceito moderno da ciência e o conceito de método a ele subordinado não podem ser suficientes. O que faz das ciências do espírito uma ciência é mais compreensível com base na tradição do conceito de formação do que da ideia de método da ciência moderna. Trata-se da tradição humanística, à qual iremos nos reportar. Na sua resistência contra as exigências da ciência moderna, ela está ganhando um novo significado. (GADAMER, 1999, p. 59)

Martin Heidegger performa uma virada com sua fenomenologia na medida em que se pergunta pelo sentido do “ser”. Não pretende compreender o “ser” em um mundo tido como um conjunto de coisas, mas como um conjunto de sentidos. Toda substantivação e projeto de objetivação do ser dependem do desvelamento desse “ser”, que se dá desaparecendo. O “ser” jamais pode ser aprisionado por um conceito, de modo que o sujeito (manifestação do *Dasein*, não individualista) não se pergunta pelo objeto, mas por si mesmo no conjunto de sentidos (GADAMER, 1999, p. 172).

Assim, o *Dasein* e a “fenomenologia da facticidade” de Heidegger se contrapõem ao cogito de Descartes. Trata-se de uma ontologia fundamental que desenha o que não pode ser entificado por inteiro, busca-se desenhar os limites do ato de pensar:

A facticidade da pré-sença, a existência, que não é passível de fundamentação nem de dedução, deveria representar a base ontológica do questionamento fenomenológico, e não o puro “cogito”, como estruturação essencial

de uma generalidade típica: uma idéia tanto audaz como difícil de ser cumprida.

[...]

Deve-se admitir, inclusive, que o projeto heideggeriano de Ser e tempo não escapa por completo ao âmbito da problemática da reflexão transcendental. A idéia da ontologia fundamental, sua fundamentação sobre a pré-sença, que coloca sua importância no ser, assim como a analítica dessa pré-sença, pareciam de fato tão-somente colocar as medidas a uma nova dimensão de questionamento dentro da fenomenologia transcendental. O fato de que todo sentido do ser e da objetividade só se torna compreensível e demonstrável a partir da temporalidade e historicidade da pré-sença – uma fórmula perfeitamente possível para a tendência de Ser e tempo – eis algo que também Husserl reivindicou em seu sentido, ou seja, a partir da base da historicidade absoluta do eu-originário. (GADAMER, 1999, p. 386-387)

Heidegger questiona a metafísica e a consciência ocidental a partir da plena historicidade do “ser”, que só aparece em dado momento, quando se substantiva o mundo e se nega a própria condição de verbo do “ser”. Trata-se do esquecimento essencial de Heidegger, a frustrada tentativa de eliminar a ontologia fundamental pela razão:

A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo. Com isso se rompe todo o subjetivismo da mais recente filosofia – sim, como logo se mostraria todo o horizonte de questionamento da metafísica, assumindo no ser como o presente (*Anwesende*). O fato de que à pré-sença importe o seu ser, e o fato de que se distinga de todo outro ente por sua compreensão do ser, isso não representa, como dá a entender em Ser e tempo, o fundamento último de que deve partir um questionamento transcendental. O que está em questão é um fundamento completamente diferente, o qual é o último que possibilita toda compreensão do ser, é o próprio fato de que exista um “pré” (“dá”), uma clareira no ser, isto é, a diferença entre ente e ser. A indagação que se orienta para esse fato básico de que “há” tal coisa, pergunta, na verdade, ser, mas numa direção que ficou necessariamente impensada em todos os questionamentos anteriores sobre o ser dos entes, e que inclusive foi encoberta e ocultada pela indagação metafísica pelo ser. Sabe-se que Heidegger manifesta esse esquecimento essencial do ser que domina o pensamento ocidental desde a metafísica grega, apontando a confusão ontológica que o problema do nada provoca pensamento. E, enquanto deixa manifesto que essa indagação pelo ser é ao mesmo tempo a indagação pelo nada, une o começo e o final da metafísica. *O fato de que a indagação pelo ser pode ser colocada a partir da indagação pelo nada já pressupõe o pensamento do nada, ante o qual havia fracassado a metafísica.* (GADAMER, 1999, p. 389-390, grifado)

Procede-se a uma retomada do problema do “ser” para investigar o problema de compreender, e com isso os limites da razão/pensamento humano. Compreender, diante da ontologia fundamental de Heidegger, é acontecer: “[...] é a forma originária de realização da pré-sença, que é ser no mundo” (GADAMER, 1999, p. 392). Compreender, em Heidegger, é ser no mundo, a apresentação originária do *Dasein* em um acontecimento que envolve o esquecimento essencial e a substantivação do mundo. *Dasein* é condição especial que viabiliza o poder-ser, a compreensão do ser no mundo. Nesse sentido de incompletude de toda substantivação, também se pode afirmar que “todo compreender acaba sendo um compreender-se” (GADAMER, 1999, p. 394).

A estrutura do *Dasein* pensada por Heidegger, portanto, é existencial e transcendental, pois só se manifesta se escondendo, nunca perfeitamente identificado com um substantivo, com o “ser”. É a questão do poder-ser do *Dasein*: só se manifesta já tendo sido, já tendo acontecido (GADAMER, 1999, p. 398-399).

A essa relação entre *Dasein* e substantivação, entre o infinito e o finito, entre o todo e a parte, está vinculada a ideia de círculo hermenêutico. Trata-se de um contínuo diálogo, no qual a interpretação não se limita a “receber de antemão, por meio de uma ‘feliz idéia’ ou por meio de conceitos populares, nem a posição prévia, nem a visão prévia, nem a concepção prévia [...]” (GADAMER, 1999, p. 401). Ou seja, o círculo é imprescindível para a compreensão e a interpretação.

Para Gadamer, tendo por base a ontologia fundamental de Heidegger, compreender pressupõe, também, sempre um projetar-se. E, nesse aspecto, ganha relevância o exame da validade das opiniões prévias/pré-compreensões, que não podem ser arbitrárias (GADAMER, 1999, p. 402-403). Estas não facilitam o entendimento, revelam-se como mais um obstáculo que não pode ser desacoplado do “ser”. O empreendimento hermenêutico não passa pela anulação das pré-compreensões, mas pelo exercício de permitir que o texto diga algo (alteridade e diferença histórica), conhecer e avaliar as pré-compreensões do intérprete e do autor do texto (ou quem se manifesta pela linguagem) (GADAMER, 1999, p. 404-405).

A pretensão de racionalidade e cientificidade nega o aspecto ontológico fundamental exposto por Heidegger, visando a excluir tais pré-compreensões (GADAMER, 1999, p. 408). Sob a ótica racional moderna, o fundamento último não é a tradição, mas a razão (GADAMER, 1999, p. 410).

Neste contexto, Gadamer critica a subjetividade, as pré-compreensões do indivíduo são a sua realidade histórica: “A lente da subjetividade é um espelho deformante. A auto-reflexão do indivíduo não é mais que uma centelha na corrente cerrada da vida histórica. Por isso os pré-conceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser” (GADAMER, 1999, p. 416).

A diferença da circularidade hermenêutica de Heidegger é que não pensa a possibilidade de se completar o círculo para a compreensão de um texto, ele segue se relacionando indefinidamente, diante da abertura do homem para o mundo presente na consciência de historicidade. De toda forma, mostra-se o movimento pelo qual se alcança sua mais autêntica realização. O círculo não é mais formal, passa a ser compreendido como movimento da tradição e do intérprete, não como um ato da subjetividade. Ele nunca se encerra e é o que viabiliza a própria compreensão (GADAMER, 1999, p. 439).

É nessa tensão, vista no círculo hermenêutico, entre a parte e o todo, a familiaridade e a estranheza, que se desenvolve um sentido verdadeiramente hermenêutico: “[...] esse entremeio (*Zwischen*) é o verdadeiro lugar da hermenêutica” (GADAMER, 1999, p. 442, grifado no original). Por isso, não se deve, nem é possível, suprimir as pré-compreensões por um método da compreensão, mas esclarecer as condições pelas quais ela se dá. A fenomenologia de Heidegger é a que melhor explica essa situação ao destacar os limites do pensar: reconhecer a distância/diferença histórica e a alteridade entre o intérprete e o texto. E neste contexto é que se conclui que toda compreensão é algo produtivo e que não existe historicidade objetiva (objetividade), na medida em que o ser sempre aparece como um substantivo que limita o “ser” conhecido como verbo (GADAMER, 1999, p. 442-445).

Vale transcrever a seguinte passagem acerca desse confronto entre o horizonte do intérprete e do texto, cuja fusão representa a interpretação:

[...] deixar-se determinar pelas coisas elas mesmas não é uma atitude “de valentia”, tomada de uma vez por todas, mas é realmente “a primeira, única e última tarefa”. Pois é importante manter o olhar firme para as coisas elas mesmas, até superar completamente as errâncias que atingem o processo do intérprete, a partir de sua própria posição. Quem quiser compreender um texto deverá sempre realizar um projeto. Ele projeta de antemão um sentido do todo, tão logo se mostre um primeiro sentido no texto. Esse primeiro sentido somente se mostra porque lemos o texto já sempre com certas expectativas, na perspectiva de um determinado sentido. A compreensão daqui-

lo que está no texto consiste na elaboração desse projeto prévio, que sofre uma constante revisão à medida que aprofunda e amplia o sentido do texto. (GADAMER, 2002, p. 75)

Não há, assim, como suspender, no sentido de eliminar, os preconceitos. A questão de suspendê-los, em Gadamer, se refere a questioná-los após seu choque com a tradição/intersubjetividade (GADAMER, 1999, p. 448). Ser histórico significa nunca saber-se por completo em virtude da diferença histórica e da finitude do ser substantivado a partir do *Dasein*: “Ser histórico quer dizer não se esgotar nunca no saber-se” (GADAMER, 1999, p. 451).

De fato, toda afirmação/compreensão parte de uma situação hermenêutica que nunca será exatamente a mesma quando variado o tempo ou a pessoa (diferença histórica). Trata-se do horizonte que ampara tal compreensão, seu contexto. Nas palavras de Gadamer:

Ao conceito da situação pertence essencialmente, então, o conceito do horizonte. *Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto.* Aplicando-se à consciência pensante falamos então da estreitez do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes [...] A elaboração da situação hermenêutica significa então *a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição.* (GADAMER, 1999, p. 452, grifado)

O que Heidegger chama de *Dasein* funciona como condição para o exercício hermenêutico e a consciência histórica. Afinal, trata-se da possibilidade de identificar o horizonte, além de reconhecer a tradição e ter consciência da diferença histórica que viabiliza a própria compreensão. Esta, com efeito, se dá por meio da fusão de horizontes, de situações históricas, sendo a distância hermenêutica a própria condição da compreensão, visto que “o tempo não é primeiramente um abismo que se deve ultrapassar porque separa e distancia. É na verdade o fundamento sustentador do acontecer, onde se enraíza a compreensão atual” (GADAMER, 1999, p. 455 e 457; GADAMER, 2002, p. 79).

De fato, os elementos identificados até aqui, como a consciência histórica, a diferença histórica e a ideia de que todo compreender implica um projetar-se, permitem outra conclusão acerca da compreensão/interpretação. Rompe-se com a cisão metódica tradicional entre compreender

(*subtilitas intelligendi*), interpretar (*subtilitas explicandi*) e aplicar (*subtilitas applicandi*). Quando se compreende, já se operaram, concomitantemente, a compreensão, a interpretação e a aplicação; e é por isso que Gadamer chama tal processo simplesmente de *applicatio*. Também é a partir dessa reflexão que o autor afirma: “[...] o problema da linguagem passa de uma posição ocasional e marginal, para o centro da filosofia” (GADAMER, 1999, p. 458-460).

As reflexões apontam no sentido de reconhecer a impossibilidade de enxergar e abarcar a totalidade. Em verdade, impõe-se o reconhecimento da finitude humana, sua limitação ao horizonte histórico. O problema da ciência moderna está justamente ligado a essa pretensão inalcançável (GADAMER, 1999, p. 464-465).

Reforçando tal ideia, Gadamer trata do aspecto jurídico: “É a mesma cisão que atravessa a interpretação jurídica, na medida em que *o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário*” (GADAMER, 1999, p. 463, grifado). A hermenêutica jurídica é caracterizada pelo autor como capaz de desenvolver a hermenêutica histórica, não se basta em compreender um momento histórico, mas visa a *concretizar o direito em um caso* (GADAMER, 1999, p. 488). Assim, o autor apresenta o problema do direito e da hermenêutica jurídica como responsáveis por afastar arbitrariedades na concretização da lei e, apesar de defender um “império” do direito, reforça que este não se basta na reprodução de parágrafos de lei. Vale o destaque da seguinte passagem:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. A pessoa que se tenha aprofundado em toda a concreção da situação estará em condições de realizar essa ponderação justa. Justamente por isso existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma idéia daquilo a que nos atemos. Qualquer advogado ou conselheiro está em princípio capacitado para aconselhar corretamente, ou seja, para predizer corretamente a decisão do juiz com base nas leis vigentes. Claro que esta tarefa da concreção não consiste unicamente num conhecimento dos parágrafos correspondentes. Temos de conhecer também a judicatura e todos os momentos que a determinam, se quisermos julgar juridicamente

um caso determinado. Não obstante, a única pertença à lei que se exige aqui é que a ordem judicial seja reconhecida como válida para todos e que, por conseguinte, não existam exceções quanto a ele. Por isso sempre é possível, por princípio, conceber a ordem judicial vigente como tal, o que significa reelaborar dogmáticamente qualquer complementação jurídica realizada. Entre a hermenêutica jurídica e a dogmática jurídica existe pois uma relação essencial, na qual a hermenêutica detém uma posição predominante. *Pois não é sustentável a idéia de uma dogmática jurídica total, sob a qual se pudesse baixar qualquer sentença por um simples ato de subsunção.* (GADAMER, 1999, p. 489-490, grifado)

Gadamer conclui, então, que a compreensão e a interpretação de textos jurídicos passam, necessariamente, por um projeto criativo de sentido. Não é possível se afastar das pré-compreensões do intérprete e do horizonte histórico que se manifesta no texto. Afinal, a compreensão se dá com o encontro desses horizontes. Tais elementos, contudo, não autorizam uma interpretação livre do texto, pois o intérprete deve estar constrangido pelo texto e pela intersubjetividade, de modo que a linguagem (intersubjetividade) não pode ser apropriada e utilizada como instrumento pelo intérprete (GADAMER, 1999, p. 493).

A ciência moderna tenta negar esse processo criativo por meio de um método, afastando a consciência de historicidade. Mas, sob a ótica do autor, a aplicação não funciona como algo ulterior relacionado a um dado, está acoplada à compreensão (GADAMER, 1999, p. 504-505).

Pelo seu aspecto ôntico, a hermenêutica não escapa a nenhuma ciência. O problema abordado por Gadamer é generalizar o método das ciências naturais a todas as ciências. Não se nega o método às ciências naturais, pois distância histórica não se mostra tão relevante em ciências que operam com um objeto que funciona sob a ótica da causa e efeito:

O escopo da ciência é objetivar a experiência até que fique livre de qualquer momento histórico. No experimento natural-científico consegue-se isso através do modo de seu aparato metodológico. Algo parecido realiza também o método histórico-crítico nas ciências do espírito. Num e noutro caso a objetividade ficaria garantida pelo fato de que as experiências que jazem ali poderiam ser repetidas por qualquer pessoa. Tal como na ciência da natureza os experimentos têm de ser possíveis de comprovação posterior, também nas ciências do espírito o procedimento completo tem que ser passível de controle. Nesse sentido, na ciência não pode restar lugar para a historicidade da experiência. (GADAMER, 1999, p. 513)

Todas as observações do autor direcionam a atenção para a linguagem, o que já ficou evidente nas passagens anteriores. Gadamer, em verdade, afirma que “a linguagem é simultaneamente condição e guia positivos da própria experiência” (GADAMER, 1999, p. 517). E, nesse sentido, portanto, generaliza a linguagem, de onde sua relevância para toda a compreensão e para a vida em sociedade.

Ter consciência histórica é fundamental para compreender a finitude do ser humano e de seguir questionando as pré-compreensões, que necessariamente condicionam o pensamento. Esconder-se em um método não as suprime efetivamente, apenas nega a consciência histórica e viabiliza o não reconhecimento da alteridade (GADAMER, 1999, p. 531-533). E manter o círculo hermenêutico aberto passa por seguir viabilizando o questionamento (GADAMER, 1999, p. 551-552), sendo que não há método predefinido para tal pergunta, pois detém, também, um caráter ôntico (GADAMER, 1999, p. 538-539).

Em resumo, Gadamer sustenta a transcendentalidade da hermenêutica como condição da vida e a insuficiência do “ser” para refletir a essência da vida (*Dasein*), na medida em que acolhe a fenomenologia de Heidegger, na qual o mundo é um conjunto de sentidos e o “ser” já aparece desaparecendo (GADAMER, 1999, p. 555). Neste contexto se revela a importância da linguagem para o autor, que entende impossível a sua apropriação pelo intérprete, pois constitui algo compartilhado e intersubjetivo (GADAMER, 1999, p. 556).

Nessa senda, Alphonse De Waelhens vai rejeitar a caracterização da linguagem como um instrumento a serviço “de uma ordem ontológica que existiria antes dela”. É na linguagem que o homem entra em contato com a realidade, segundo a hermenêutica filosófica. Ela condiciona, assim, qualquer ontologia, constituindo “o meio (em termos hegelianos, o ‘elemento’) da experiência do ser” (DE WAELEHENS, 2015, p. 190).

Assim, é possível compreender a seguinte afirmação de Gadamer: “O ser que pode ser compreendido é linguagem” (GADAMER, 1999, p. 687). Como explica Manfredo Araújo de Oliveira: “O problema hermenêutico se revela como um caso especial da relação entre pensamento e linguagem. Toda compreensão se faz no seio da linguagem [...]” (OLIVEIRA, 2015, p. 233).

A experiência fundada e permeada pela linguagem, então, é essencialmente negativa, pois não se presta a simplesmente formar algo em prol

de uma ontologia. Não se trata de uma “formação, sem rupturas, de generalidades típicas. Essa formação ocorre, antes, pelo fato de que as generalizações falsas são constantemente refutadas pela experiência, e *coisas tidas por típicas não de ser destipificadas*”. Assim, é na experiência com algo que se acreditava verdadeiro/corretamente analisado que é possível reavaliar a questão e alcançar novas definições, razão pela qual é possível afirmar que “a negatividade da experiência possui, por conseguinte, um particular sentido produtivo” (GADAMER, 1999, p. 521-522).

Aqui, então, verifica-se a dialética da pergunta e da resposta em Gadamer. A noção de verdade a respeito de algo não muda pelas respostas que temos sobre algo. O que muda são as perguntas, que orientam as respostas e o que é concebido como verdade. Tais elementos constituem indícios de que a teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Müller, em especial pela ideia de concretização da norma, efetivamente se ampara na hermenêutica filosófica de Gadamer, cabendo, então, o aprofundamento do tema.

TEORIA E METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO EM FRIEDRICH MÜLLER

A teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Müller afasta a atividade jurisdicional de um modelo de simples subsunção, destacando-se o autor como o principal na visão contemporânea do direito⁶. Paulo Bonavides, nesse sentido, ressalta que a teoria de Müller transcende os modelos clássicos jusprivatistas, pois alia metódica, dogmática e teoria da norma jurídica em uma visão inovadora (BONAVIDES, 2003, p. 208-209).

O autor alemão, ao analisar a estrutura da norma e a função do intérprete no cenário contemporâneo, inicia a abordagem contrapondo a norma com a realidade e afirma que “[...] a busca de critérios absolutos é uma questão sem sentido”, ou seja, *não há como se identificar critérios absolutos nas ciências humanas que propiciem a distinção perfeita entre norma e realidade, pois considera, já inicialmente, que a prescrição jurídica necessita da concretização na práxis*. Consta da primeira parte da “teoria estruturante do direito” uma crítica àqueles que concebem como opostos o ser e o dever-ser, bem como suporte fático e consequência jurídica, sendo proposta, na segunda seção, uma “[...] concepção de tipo novo da efetivação do direi-

6 Leia-se: pós-positivista, nos termos em que abordada a categoria anteriormente. A situação também é evidenciada por Paulo Bonavides na apresentação ao texto *Métodos de trabalho do direito constitucional* ao tratar da estrutura material do direito que demanda um modelo dinâmico de concretização (MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

to”, afirmando que a concretização *conjuga a realidade e norma*, conforme se exporá (MÜLLER, 2014, n.p.).

A primeira crítica contundente que Müller faz ao positivismo reside na separação de norma e fato, de direito e realidade. Afirma que não existe norma antes dos fatos que regula, pois ela não existe sozinha, sem referência e aplicação com a realidade. Para o autor, não se deveria pesquisar as “[...] essências jurídicas misteriosamente inerentes”, aqui entendidas como o dever-ser, mas sim seria mais justo “[...] pesquisar os modos especificamente jurídicos de utilização de conceitos e componentes de normas” (MÜLLER, 2014, n.p.).

Müller trata, assim como Gadamer, da diferença entre o intérprete histórico e aquele que aplica a norma, trabalhando com exemplos de julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, onde “[...] se afirma com razão que a vontade subjetiva do legislador (constituente) histórico não é decisiva, ao passo que a sua vontade objetivada é considerada como medida da interpretação”, portanto, deve-se levar em conta não as razões da formação da norma em uma análise antepassada, mas sim considerar a sua facticidade social. Da análise das decisões da Tribunal Constitucional Federal constata que, apesar de o Tribunal fazer referência a métodos convencionais de interpretação, utiliza em larga escala outros métodos, desvinculados dos tradicionais, que levam em conta o resultado da decisão, a adequação ao objeto, os nexos históricos, políticos e sociológicos, aspectos esses que fundamentam a decisão (MÜLLER, 2014, n.p.).

Mesmo diante de todas as críticas ao positivismo, Müller não propõe um antipositivismo extremado, pois não desconsidera totalmente o texto da norma, mas sim o adequa à concretização do direito conforme as necessidades e consequências do caso concreto. Admite que a norma é necessária, mas aqui a norma não está entendida como regra, mas sim como “ideia-diretriz materialmente caracterizada”. O grande questionamento está em discutir “[...] até que ponto a interpretação e aplicação do direito podem no caso individual apoiar-se na facticidade social e em resultados da pesquisa sociológica, sem errar o alvo da normatividade do direito” (MÜLLER, 2014, n.p.). Dito de outro modo, como será possível criar uma resposta adequada⁷ ao caso concreto, respeitando os parâmetros do ordenamento unitário?

7 Importa ressaltar que essa resposta adequada não é necessariamente única, mas não cabe, neste trabalho, abordar o tema, diante do recorte metodológico que norteia a pesquisa.

Segundo o autor, “[...] a dimensão normativa do direito é mais do que apenas uma formulação meramente seletiva e generalizante de conteúdos socialmente vigentes. Mas ela não pode ser separada de tais conteúdos” (MÜLLER, 2014, n.p.). Por isso vai além da mera descrição ou compreensão da norma, mas “[...] o sentido da conceitualização jurídica visa a obtenção de normas, a positividade normativa” (MÜLLER, 2014, n.p.). Diante dessa premissa, norma e realidade devem ser entendidas circularmente, e os conteúdos sociológicos e teleológicos da norma devem aparecer como elementos constituintes da própria normatividade, o que não ocorre no positivismo kelseniano e na teoria do suporte fático (MÜLLER, 2014, n.p.).

Nesse ponto, já é possível observar elementos que vinculam a teoria de Müller à hermenêutica filosófica, cabendo o destaque da seguinte passagem de Müller a respeito da hermenêutica, que “não se refere aqui à tradicional doutrina da técnica retórica na sua aplicação à ciência jurídica, mas às *condições de princípio da concretização jurídica normativamente vinculada ao direito*” (MÜLLER, 2005, p. 2). Primeiro, pela importância dada tanto ao texto quanto ao contexto na concretização da norma jurídica, que remetem às ideias de diferença ontológica, distância histórica e circularidade hermenêutica. Depois, pela noção de *applicatio* tão cara ao direito, inclusive utilizando-se Müller das lições de Gadamer, ao afirmar:

A teoria do direito se pratica na hermenêutica, o que pode ocorrer – como aqui na relação entre direito e realidade [...] Em nenhuma ciência humana o momento de aplicação, quer dizer, da 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, conforme explanou Gadamer, 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 normatividade está, portanto, assestada sem mediações na direção de áreas, conteúdos, reações sociais determinadas em cada caso. (MÜLLER, 2014, n. p.)

Com efeito, os autores alemães concordam que compreensão e aplicação andam juntas, mas não podem ser em si mesmas, mas sim no contexto social em que estão inseridas, atentos à facticidade da dimensão ontológica de toda interpretação. Como resultado da interpretação e da aplicação, manifesta-se o “teor material normativo” como parte integrante desses processos, ou seja, como parte integrante da “concretização do direito”. Daí verificar-se comprovadamente o círculo hermenêutico entre teoria e prática,

entre direito e realidade, entre doutrina e jurisprudência (MÜLLER, 2005, p. 29). Não se pretende deixar de lado a legislação; ao contrário, reconhece-se o seu papel eficaz na concretização do direito. Ao aplicar o direito por meio da concreção, perfaz-se uma análise do caso concreto em “toda a sua potencialidade” (MENKE, 2004), pois não se parte apenas da compreensão da norma como algo pronto e acabado, mas da perquirição dos aspectos fáticos e teóricos (SÁ, 2018) conjuntamente (novamente, *applicatio*).

Por isso a “teoria da norma não é separada do ‘ser’, mas tratada como aspecto autônomo no direito e na ciência jurídica” (MÜLLER, 2014, n.p.). Por isso a proposta gadameriana, “voltada para uma hermenêutica criativa e não meramente reprodutiva” (ENGELMANN, 2007, p. 131), ajusta-se à proposta de Müller.

Sobre a aplicação e pré-compreensão no direito constitucional, Müller aponta uma nítida abertura⁸ do direito positivo para a concretização, o que não significa, entretanto, a diminuição da normatividade do direito positivo, mas sim o condicionamento recíproco entre a normatividade e a visão estruturante da norma. Pretende, assim, aplicar a sua teoria estruturante não apenas aos casos difíceis, mas permitir que, na contraposição da teoria com a pré-compreensão e a tópica, proporcione-se também a resolução de casos fáceis (MÜLLER, 2014, n.p.). Coaduna-se esse entendimento aos pressupostos da hermenêutica filosófica, quando identifica a tarefa criativa e produtiva do Direito, situada na facticidade e historicidade (STRECK, 2011, p. 271). Não se pode afastar os preconceitos e as pré-compreensões, tanto produtivos quanto destrutivos, mas sim deve-se refletir sobre eles e racionalizá-los, pois, assim, é possível ter maior controle sobre eles e não cometer erros.

Ao tratar sobre os fundamentos da teoria e metódica estruturante do direito (da norma jurídica), Müller constata que na teoria do direito separa-se norma e fato, que entende como algo “sem sentido e impossível de realizar”, enquanto na jurisprudência não se vislumbra o adequado aprofundamento da discussão entre direito e realidade. Por meio da análise de julgados da Tribunal Constitucional Federal, o autor aponta que os julgados constroem as teses jurídicas a partir de uma análise destituída de método, pois, apesar de interpretar o caso, deixa de alinhá-lo à realidade (MÜLLER, 2014, n.p.).

8 No Direito brasileiro percebe-se, muitas vezes, essa abertura por meio das cláusulas gerais.

Nesse sentido:

Sob a ótica da estrutura da ação jurídica prática, eles mostram, fundamentalmente, que direito e realidade não promovem cada um por si e de modo independente uma relação entre entidades existentes, que pode ser formulada de maneira geral, mas apresentam, numa mistura que vai se alternando, fatores atuantes na concretização do direito, dotados de uma autonomia apenas relativa. Aquilo que é normatividade jurídica mostra-se concretamente na convergência de perspectivas que normalmente são generalizadas como metáforas abstratas do tipo “norma” e “fato”, “direito” e “realidade”, bem como igualmente como “relação” abstrata desses elementos. (MÜLLER, 2014, n.p.)

Nesse sentido, mais uma vez se evidencia a perspectiva gadameriana pela retomada da ideia da fusão de horizontes entre direito e realidade, entre norma e fato. Inclusive, tais considerações revelam que na ótica da teoria e metódica estruturante do direito coloca-se em xeque a relevância da distinção entre princípios e regras, pois, a partir da concepção que a norma é construída no caso concreto, tanto princípios quanto regras enquanto normas só terão existência “no confronto com os fatos” (SILVA, 2003).

O âmbito normativo é sempre indispensável à concretização da norma, e os dados empíricos do âmbito normativo formam os “elementos constitutivos integrais da concretização da norma”, ou seja, os dados extraídos da realidade se fundem à perspectiva do texto editado pelo Legislativo e são introduzidos na concretização da norma: “[...] devem ser transformadas pela decisão do Legislativo em ordenamento jurídico válido e ser introduzidas na concretização da norma por meio da questão normativamente guiada, formulada pelo operador do direito” (MÜLLER, 2014, n.p.).

Por conseguinte, importa elucidar a distinção entre texto normativo⁹ e norma na teoria e metódica estruturante do direito de Müller, objetivando comprovar que a construção da norma ocorre na circularidade entre interpretação, compreensão e aplicação do direito no caso concreto, que serve especialmente para o presente estudo para tratar da proximidade teórica do autor com a hermenêutica filosófica:

9 Importa nesse item a utilização do termo “texto normativo” na perspectiva da teoria e metódica estruturante do direito de Friedrich Muller. No mesmo sentido no Capítulo IV ao utilizar da obra de Judith Martins-Costa. Para essa autora, “a linguagem jurídica se expressa por intermédio de textos normativos (enunciados normativos, dispositivos e disposições). Quando se fala em norma, se está a aludir, na verdade, ao resultado (consagrado e reiterado pelo intérprete autorizado) da interpretação de certo enunciado normativo, pois toda norma é uma construção resultante da interpretação feita a partir de textos” (V. MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 136-137).

Primeiramente deve-se ultrapassar a ideia da norma como “comando pronto” e, por isso, afasta-se do método subsuntivo, pois este distancia-se significativamente da realidade e gera uma conclusão abstrata, o que não se pretende. Por isso a distinção entre texto normativo e âmbito normativo. O âmbito normativo é a realidade que traz materialidade para a norma pura, pois ela sozinha não passa de texto: “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, 2014, n.p.)

Portanto, resta diferenciar programa normativo do âmbito normativo. Tanto o programa normativo, aqui entendido como teor literal, quanto o âmbito normativo são considerados elementos, partes integrantes da norma, ainda que o âmbito normativo seja externo, pois se trata do “setor da realidade fornecedor do material”, mas que faz sim parte da “disposição legal a ser concretizada” (MÜLLER, 2014, n.p.; MÜLLER, 2005, p. 42-43). A norma, portanto, não é formada só de texto literal, gramático, sentido literal, mas também do componente que dá sentido a ela, a realidade. O direito não é idêntico ao texto literal da disposição legal, daí se falar em circularidade entre direito e realidade (MÜLLER, 2005, p. 41).

Castanheira Neves distingue *ius* e *lex* quando afirma que esta significa a norma em sentido amplo, englobando regras e princípios, contudo, aquele só ocorre na “realização histórico-concreta mediante o juízo prático sobre a inter-acção pessoalmente titulada e comunitariamente responsável” (NEVES, 1998). Na avaliação de Ovídio Baptista da Silva¹⁰ acerca da jurisdição pensada para a modernidade, a aposta na figura do juiz “boca da lei” passa por uma identificação entre texto e norma que anula o papel do Judiciário na resposta ao problema jurídico (SILVA, 2007). Este, na verdade, só existiria diante de um contexto específico na visão de Castanheira Neves, que rechaça a absoluta cisão entre fato e direito ao afirmar não haver respostas aos problemas jurídicos ainda inexistentes (CASTANHEIRA NEVES, 2014, p. 46)¹¹.

10 Silva faz referência a António Castanheira Neves no que diz respeito aos perigos de a jurisdição se render ao puro exercício do poder político (limitando-se ao aspecto formal e alheio à realidade).

11 Para uma abordagem específica das quatro notas (objeto da decisão, critério normativo, modo metodológico e intencionalidade axiológica) de Castanheira Neves acerca da jurisdição por ele projetada como um juízo autônomo de justiça, conferir DIAS, F. A.; NASCIMENTO, L. L. do. Jurisdição no Estado Democrático de Direito: critérios para a tutela da dignidade da pessoa humana sob a ótica da hermenêutica filosófica. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 790-813, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64961/42369>. Acesso em: 28 jul. 2022.

A norma, portanto, não pode significar apenas o seu texto literal, mas, ao contrário, deve completar-se com o âmbito normativo como seu elemento, e por isso é estruturada, construída no caso concreto, na circularidade entre texto e norma, entre fato e norma, *ius* e *lex*.

A norma não se resume ao seu texto, pois, enquanto o texto da norma é mero “sinal linguístico”, a norma é o “que se revela ou se designa”. Inserida em um contexto, se a realidade que a norma regula se modifica, modifica-se também ela mesma, em uma circularidade gadameriana, e por isso pode significar a sua inaplicabilidade, ainda que vigente (CANOTILHO, 2003, p. 1218).

As normas obsoletas, portanto, podem ser perfeitamente interpretadas no sentido filológico, permitem a pré-compreensão, a inserção histórica pela tradição e a atualidade hermenêutica, mas, pela falta do âmbito normativo, não podem mais ser juridicamente concretizadas. “O aperfeiçoamento jurídico, atuante na concretização, não é previamente dado no texto normativo”, e por isso a norma precisa da realidade para ser construída. Daí a prova da separação de texto e norma, programa normativo e âmbito normativo, e que a concretização do direito só se dá a aplicação – interpretação – compreensão na realidade em que está inserido. Contudo, o âmbito normativo não se resume à realidade social, mas abrange também as “estruturas materiais reais geralmente já na situação conformada pelo direito”, imaginando-se aqui estar incluída a jurisprudência, cuja normatividade é admitida para a formação de novas decisões (MÜLLER, 2014, n.p.; NEVES, 1998).

Sobre os textos normativos:

Também os textos normativos com versões mais genéricas, como os de cláusulas gerais, de normas específicas dos direitos fundamentais ou de partes de preâmbulos desenvolvem um valor de regulamentação passível de ser concretizado ou, no mínimo, aplicável para a concretização de outras disposições. Mesmo se a formulação não for clara e apesar da diferença fundamental entre norma e texto literal, o texto normativo é geralmente o primeiro ponto de partida e ponto de referência da concretização. (MÜLLER, 2014, n.p.)

No mesmo sentido, Castanheira Neves trata as normas como as cláusulas gerais e normas em branco melhor demonstram a concretização ou a realização do direito, pois o âmbito normativo aparece de forma mais evidente (NEVES, 1998).

Ribeiro aponta nesse sentido ao comentar a cláusula geral de boa-fé quando afirma que “compete à doutrina e à jurisprudência em *mediação concretizadora* extrair do princípio padrões de comportamento operativos, ajustados aos diversificados contextos situacionais a que ele se aplica” (RIBEIRO, 2016, p, 6), e, no mesmo tema, Sá (2018, p. 193) defende “um ciclo fundamental entre descobrimento de problemas, formulação e modulação de princípios e articulação do sistema, propiciando o verdadeiro círculo hermenêutico entre direito e realidade”.

Admite-se, assim, que o texto normativo é o ponto de partida e referência para a observação do âmbito normativo, este volátil a cada caso a ser interpretado, mas que passa a compor o conteúdo da norma. O texto normativo é, sim, um importante elemento, porém não o único. Se fosse único, estar-se-ia diante da subsunção positivista, se fosse totalmente descartado, diante de julgamentos subjetivos. Por isso o texto normativo desempenha a importante função de ser a “fronteira de concretização permitida” ou o “limite extremo da análise do sentido possível” (MÜLLER, 2014, n.p.; MÜLLER, 2005, p. 43-47).

Considerando que tanto o texto quanto o âmbito normativo compõem a norma, Müller afirma: “[...] não há distinção fundamental entre o direito escrito e o direito consuetudinário”, pois “mesmo o direito não escrito é normativo”. Pode-se concluir que a ideia da normatividade não vem ligada ao texto, mas sim à sua aplicação no caso concreto, por isso afirma-se que a concretização da norma ocorre no círculo hermenêutico da interpretação – compreensão – aplicação, em um momento único designado em Gadamer como *applicatio* (MÜLLER, 2014, n.p.; MÜLLER, 2005, p. 50-51).

A função do texto normativo é de resguardar a “segurança jurídica, a clareza da norma, a publicidade e a inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito”, ou seja, apresenta a função limitadora da compreensão da norma. Porém, necessário diferenciar a “positividade do direito” e a “positividade do texto normativo”, pois não representam expressões idênticas. O texto tem, sim, o seu valor, mas também se admite que possa ser afastado, como nos casos em que o “texto literal for comprovadamente equivocado ou passível de ser mal compreendido”. Admite-se, portanto, que em caráter excepcional possa se decidir contrariamente ao texto literal, nesse caso, necessitando adequar a decisão ao escopo normativo. Müller admite que, em alguns casos, se decida contrariamente ao texto literal, ou seja, a decisão pode até contrariar um dispositivo

legal (texto normativo), mas não pode ir contra as normas que compõem as bases do sistema jurídico como um todo.

Segundo o autor,

enquanto a concretização faz com que o texto normativo expresse de forma linguisticamente correta o escopo metódico para o teor normativo material da disposição, o resultado prático não pode contrariar as possibilidades remanescentes nesse escopo. O fato de que esse escopo normativo, por seu turno, não pode ser determinado sem que se considere o texto literal, torna a disposição racional e a escolha entre os fatores específicos, que nem sempre estão conformes, mais difícil, senão ilusória. É impossível ao pensamento metodológico tradicional elaborar uma sequência hierárquica obrigatória dos cânones. Mesmo com a restrição aos *topoi* gramaticais, genético-históricos, sistemáticos e altamente teleológicos, é tradicionalmente delegado ao juiz o ordenamento de aspectos particulares dos contextos racionais de fundamentação, bem como estimar o peso dos dados materiais para ambas as partes e, dependendo do caso, decidir contrariamente ao texto literal. (MÜLLER, 2014, n.p.)

Ou seja, Müller admite a “atividade criadora do direito” fora da legislação apenas em caráter excepcional, mas não fora das “possibilidades de compreensão do texto constitucional” (MÜLLER, 2014, n.p.).

Então, identifica-se que o texto normativo é o texto propriamente dito, o programa normativo é o teor literal do texto e o âmbito normativo é a realidade do caso concreto – a junção de todos ocorre na concretização da norma no caso concreto que consiste especificamente na atividade judicante. Nas palavras de Müller (2014, n.p.): “Na esfera da expressão linguística, o grau de concreção de ambos os elementos pode ser independente. A precisão do programa normativo sofre de uma falta de especificação do âmbito normativo no texto normativo”.

O âmbito normativo é o elemento que permite integrar a tradição na resolução do caso e também o responsável pelo afastamento da simples aplicação subsuntiva da norma, que deve ser resultado de uma construção em cada caso concreto sob a teoria e metódica estruturante do direito de Müller. Destaque-se, ainda, que o âmbito normativo

constitui um ponto de vista auxiliar na concretização: a realidade, que pertence inseparavelmente à norma, na esfera de sua eficácia, e é normativamente incorporada a ela, é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma. Por outro lado, o aspecto do âm-

bito normativo sustenta-se em um círculo real de dados fáticos e problemas, que não apenas codetermina a normatividade da norma na modalidade de uma hipótese mas diretamente em seu ambiente social e histórico. (MÜLLER, 2014, n.p.)

Em dissertação que aborda problema semelhante, Lanaira da Silva afirma categoricamente:

Müller busca racionalmente coadunar realidade e estrutura normativa percorrendo um caminho que seja “hermeneuticamente” possível. Portanto, trabalha subjacentemente com a “hermenêutica filosófica”, mas sem com ela se equiparar. Consciente da fecundidade dos questionamentos por ela levantados, Müller busca seus similares jurídico-epistêmicos com a teoria e metódica estruturante. (SILVA, 2015, p. 35)¹²

E, com foco na linguagem, esclarece que a teoria e metódica estruturante de Friedrich Müller se envolve “em uma determinada posição linguística no qual a linguagem é o espaço de ação para o agir jurídico, não mero instrumental passivo” (SILVA, 2015, p. 76). No que diz respeito à referida dissertação, é válido observar que trata da categoria concretização como silogismo para a ideia de *applicatio*. No mesmo sentido, aborda a referência ao formato de elipse para vinculá-lo ao círculo hermenêutico. Contudo, no trabalho não se concebe uma recepção paradigmática da hermenêutica filosófica em Müller, na medida em que sua ótica se limitaria ao direito, sem abri-lo filosoficamente, como na crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck (a referência à obra diz respeito ao recorte daquela pesquisa), que se propõe como mais atenta à realização de todas as possibilidades do “ser” nas suas concepções acerca do direito.

A concretização, portanto, deve ir além do texto literal, incluindo os dados da realidade do caso concreto (âmbito normativo), mas, mesmo que vá além do texto, é imprescindível que o intérprete seja por ele constrangido, pois o sistema proporciona aparas para que a construção do direito ocorra nos seus parâmetros. Por isso se fala da abertura do sistema de fontes, visto que não se pode considerar apenas a regra positivada como regulado-

12 No mesmo sentido a seguinte passagem de Friedrich Müller: “A ‘metódica estruturante’ é uma metódica jurídica. Ela não transfere a hermenêutica filosófica à ciência jurídica, mesmo se na primeira, sob o ponto de vista da ‘aplicação’ e da ‘pré-compreensão’ que inclui o intérprete, a ciência jurídica possa ser compreendida como um paradigma. Pelas razões mencionadas a metódica jurídica só poderá fundamentar-se na análise de técnicas práticas de trabalho nas funções da concretização do direito e da constituição” (MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005).

ra do sistema, mas sim permitir que o Judiciário possa construir a decisão correta para o caso de acordo com os parâmetros que lhe são impostos pelo direito.

Canotilho é expresso ao colocar que, na metódica, a interpretação/aplicação deve se dar no aberto sistema constitucional de regras e princípios, e a sua adequação ao sistema é obrigação que se impõe (CANOTILHO, 2003, p. 1116-1120).

Coadunando com os demais autores estudados aqui, Müller resume:

O sentido metódico da análise do âmbito normativo nada modifica o fato de que o programa normativo pode não apenas confirmar e garantir a estrutura básica do âmbito normativo ou pressupô-la de modo indiferente, mas também alterá-la. Mesmo nesse caso, a peculiaridade material do âmbito normativo codetermina, como fator, constitutivo, a norma no todo, no que diz respeito a seu tema, estrutura e função. No mais, também na metódica estruturante emerge o círculo hermenêutico. Isso apenas corrobora a tese de que âmbito normativo e ideia normativa fundamental revelariam não apenas uma alteração linguística da relação entre realidade e direito na própria norma em si, mas constituiriam elementos de um questionamento que de antemão não estaria baseado nessas abstrações. (MÜLLER, 2014, n.p.)

Canotilho reforça a ideia ao afirmar que “uma norma jurídica adquire verdadeira normatividade quando com a ‘medida de ordenação’ nela contida se decide um caso jurídico, ou seja, quando o processo de concretização se completa através da sua aplicação ao caso” (CANOTILHO, 2003, p. 1221).

Diante disso, não há que se falar em simples aplicação subsuntiva da norma, mas sim da sua concretização, que “engloba tanto a sua construção e ‘aplicação’ como, com isso, a solução do caso jurídico” (MÜLLER, 2014, n.p.). Um dos fatores importantes para a concretização ensinada por Müller consiste, segundo ele, na “estreita inter-relação de jurisprudência e doutrina jurídica” que permitirá a concretização real (MÜLLER, 2014, n.p.).

O constante questionamento das coisas tidas como típicas faz parte da experiência, como visto no tópico anterior. Assim, a concretização da norma pensada por Müller incorpora tal perspectiva humanista e a projeta para o direito. O pensamento estruturante de Müller voltado à concretização da norma a partir da conjugação do programa normativo e do âmbito normativo permite o liame entre norma e fato, entre direito e realidade. Assim, a norma não é somente aplicável, mas sim produzida e por estas con-

tribuições, sendo possível conceber o Judiciário como atento à realidade, que não se basta em abstrações, mas que se prenda à historicidade humana e ao caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Friedrich Müller propõe um novo modelo de concretização da norma e por isso é tão importante para o direito na contemporaneidade. Para além da constituição de um ordenamento jurídico formalmente lógico, como na teoria de Kelsen, Müller projeta o direito para a realidade, concretizando-o. É nesta perspectiva que sua teoria pode ser classificada como pós-positivista e que se revela a importância de avaliar a sua inserção na “reviravolta linguística” ocorrida entre o final do século XIX e início do XX, constatando sua recepção paradigmática ou não da filosofia.

Tendo em vista, então, os elementos abordados ao longo do trabalho, conclui-se pela evidente influência da hermenêutica filosófica de Gadamer na concretização pensada na teoria e metódica estruturante de Friedrich Müller. A noção de *applicatio* salta aos olhos no processo de concretização e a inter-relação entre programa e âmbito da norma evidenciam noções de diferença ontológica e circularidade hermenêutica.

Gadamer está inserido nos recentes desdobramentos da filosofia e compreende a linguagem como condição de possibilidade para a própria existência. Trata, de fato, dos limites do ato de pensar, pois considera todo conhecimento como filtrado pela linguagem, ciente da historicidade do ser humana, da diferença histórica entre texto e intérprete e da impossibilidade de aprisionar a realidade por meio de um enunciado. É por isso que o autor afirma a necessária atribuição de sentido pelo intérprete ao texto pela noção de *applicatio*, visto que é a linguagem que constitui o próprio horizonte do intérprete a se fundir com o horizonte do texto no processo de compreensão/interpretação/aplicação.

A conclusão do artigo a respeito da influência da linguagem pensada por Gadamer na teoria e metódica estruturante de Friedrich Müller revela a recepção paradigmática da filosofia no seu projeto de concretização da norma. Afinal, o autor rechaça a possibilidade de o texto apreender a norma, como visto.

A partir da aproximação constatada entre os autores ao longo do artigo, então, evidencia-se a relevância da teoria e metódica estruturante para o direito contemporâneo, pois efetivamente supera as dicotomias do posi-

tivismo que sucumbem diante da virada linguística operada na filosofia. A perspectiva de destipificar as coisas tidas como típicas por meio da concretização proposta por Müller, então, revela a sua ótica humanista e inserida na historicidade inerente ao ser humano. De fato, a teoria se projeta para pensar o Poder Judiciário como atento à realidade, o que atende a uma exigência do Estado Democrático de Direito na contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, G.; CARNIO, H. G.; OLIVEIRA, R. T. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro eletrônico.

BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.

ENGELMANN, W. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problemas” – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra: Instituto Jurídico, v. LXXIV, p. 1-44, 1998.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 2014.

DE WAELHENS A. Sobre uma hermenêutica da hermenêutica. In: *Hermenêutica e epistemologia*. 50 anos de verdade e método. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

DIAS, F. A.; NASCIMENTO, L. L. do. Jurisdição no Estado Democrático de Direito: critérios para a tutela da dignidade da pessoa humana sob a ótica da hermenêutica filosófica. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 790-813, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/64961/42369>. Acesso em: 28 jul. 2022.

GADAMER, H.-G. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Tradução: Flávio Paulo Meuer. São Paulo: Vozes, 1999.

GADAMER, H.-G. *Verdade e método II: complementos e índice*. Tradução: Flávio Ênio Paulo Giachini; revisão da tradução: Márcia Sá Cavalvante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Tradução: Fausto Castilho. Edição Bilingue. Campinas: Editora da Unicamp; Petrópolis: Vozes, 2012.

MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MENKE, F. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 50, p. 9-35, abr./jun. 2004.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MÜLLER, F. *Teoria estruturante do direito I*. 1. ed. Tradução: Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Livro eletrônico.

OLIVEIRA, M. A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 4. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

RIBEIRO, J. de S. O controlo do conteúdo dos contratos: uma nova dimensão da boa-fé. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, [s.l.], jun. 2005. ISSN 2236-7284. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/5184/3899>. Acesso em: 18 jul. 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v42i0.5184>.

SÁ, P. Z. de. *Poder Judiciário e as cláusulas gerais: parâmetros para concretização no direito civil-constitucional*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

SILVA, L. da. *A teoria estruturante e a crítica hermenêutica do direito: (des)encontros entre Lenio Streck e Friedrich Müller*. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos (Unisinos), São Leopoldo, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/5035>. Acesso em: 30 jul. 2022.

SILVA, V. A. da. Princípios e regras: “mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 607-630, 2003.

SILVA, O. B. da. A *jurisdictio* romana e a jurisdição moderna. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre: Magister S/A, v. 4, n. 19, p. 22-40, jul. 2007.

STEIN, E. Introdução ao método fenomenológico heideggeriano. In: HEIDEGGER, M. *Sobre a essência do fundamento*. Conferências e escritos filosóficos de Martin Heidegger. Tradução: Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

STEIN, E. *Seis estudos sobre “ser e tempo”*: comemoração dos sessenta anos de ser e tempo de Heidegger. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

Sobre os autores e a autora:

Leonardo Longen do Nascimento | *E-mail:* leonardolnascto@gmail.com

Mestrando em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (Furb). Pós-Graduado em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Assistente de Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MPSC). *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/3031880205766663>.

Feliciano Alcides Dias | *E-mail:* feliciano@furb.br

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (2017). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali (2003). Especialista em Direito Civil pela Univali (1995). Graduado em Direito pela Universidade Regional de Blumenau – Furb (1992). Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da Furb. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Furb).

Priscila Zeni de Sá | *E-mail:* priscilasa@furb.br

Doutora em Direito pela Unisinos. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito – Faculdade Integradas Curitiba. Professora titular da Fundação Universidade de Blumenau – Furb (PPGD e Graduação). Professora convidada PUC/PR, Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (Esmesc). Advogada. Líder do Grupo de Pesquisas “Pluridimensionalidade do Direito Privado Contemporâneo” registrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPQ e certificado pela Furb. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/0232080339688923>.

Data de submissão: 15 de agosto de 2022.

Data de aceite: 4 de outubro de 2022.