

O Pós-Positivismo de Friedrich Müller Como Teoria e Metódica Estruturantes do Direito

PABLO MIOZZO¹

Universidade Católica de Pelotas (UCPEL). Pelotas (RS). Brasil.

A obra de Friedrich Müller, catedrático emérito da Universidade de Heidelberg, Alemanha, começou a ser desenvolvida no início da década de 60 do século XX e dialoga, sobretudo, mas não somente, com a tradição germânica do direito público e com a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. A sua produção está ligada à teoria do Direito, à metodologia do Direito, ao direito constitucional, à dogmática dos direitos fundamentais, etc. Aqui, serão ligeiramente abordados alguns escritos que tratam dos dois primeiros temas.

A sua tese de habilitação, defendida em 1966, intitulada “*Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Vefassungsinterpretation*” (MÜLLER, 1966)², foi orientada pelo ilustre constitucionalista Konrad Hesse, na Universidade de Freiburg, Alemanha. Em tal obra, o autor traça as linhas fundamentais de sua nova teoria da norma jurídica, construída a partir de um exaustivo estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão. Para ele, o que define as “transformações epocais” na ciência jurídica é sua concepção acerca da norma jurídica. O livro foi praticamente reproduzido, com algumas alterações em termos de nomenclatura e conteúdo, na primeira parte da sua obra chamada “*Strukturierende Rechtslehre*” ou “teoria estruturante do Direito”, de 1984 (MÜLLER, 1984)³. Na segunda parte desta obra, inteiramente nova, o autor desenvolve os reflexos de sua teoria (estruturante) da norma sobre a teoria do Direito e a metódica jurídica e, ainda, sobre a dogmática jurídica.

1 Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5748-5227>.

2 Em tradução livre para o português o título seria o seguinte: “Estrutura da norma e normatividade. Acerca da relação entre Direito e realidade na hermenêutica jurídica, desenvolvida a partir da questão da interpretação constitucional”.

3 A tese de habilitação contou com 232 páginas em seu formato de livro. Já a obra *Strukturierende Rechtslehre* foi substancialmente acrescida, contando, na sua edição de 1984, com 457 páginas. Uma segunda edição foi lançada em 1994, com 470 páginas.

Uma questão que perpassa o pensamento de Müller é a necessidade de se recolocar a pergunta acerca da relação entre direito e realidade. Essa recolocação da pergunta é feita por ele a partir da relação entre estrutura da norma (“*Normstruktur*”) e normatividade (“*Normativität*”), que pressupõe uma nova forma de conceber a relação entre “dever ser e ser”. Uma das teses centrais da teoria estruturante de Müller é a da não identificação entre norma jurídica e texto de norma, no sentido de que aquela é algo mais que este, bem como que a norma é composta também por elementos da realidade (elementos materiais). A norma para Müller não está pronta e “aplicável” em sua formulação linguística. O seu sentido complementa-se apenas em cada caso, na concretização. Concretização aparece em sua obra como um conceito que pretende substituir e superar a dicotomia clássica entre “interpretação” e “aplicação”. Trata-se, como o próprio autor refere, de uma mudança paradigmática e não meramente terminológica. Pressupõe a impossibilidade de cindir abstratamente interpretação e aplicação jurídica, o que torna necessário tratar a questão “norma-fato” de forma totalmente nova. Nessa perspectiva, não só a norma é “aplicada” ao caso, mas o caso é “aplicado” à norma. Os fatos não mais são concebidos como puramente extranormativos, mas como constitutivos da normatividade.

Segundo ele, não só o positivismo mais antigo, que poderia ser designado como positivismo legalista, mas também a “teoria pura do Direito” e mesmo as teorias antipositivistas são incapazes de dar conta hermeneuticamente dessa nova concepção de norma, ainda que Kelsen, por exemplo, distinga a “norma jurídica geral” da “norma individual”, sendo esta uma “individualização” ou “concretização” daquela. Isso porque o processo de concretização kelseneano não é hermeneuticamente esclarecido e, ademais, ocorre à revelia dos elementos materiais, ou seja, dos dados da realidade. Para Müller, do ponto de vista jurídico, norma e texto da norma são colocados por Kelsen no mesmo patamar, na medida em que um mesmo texto poderia fundamentar interpretações distintas, cuja solução em termos de correção seria atingível somente através de meios metajurídicos ou político-jurídicos.

Por outro lado, em Müller, a normatividade é vista não como “força normativa do fático”, ou como mera vigência de texto jurídico ou de uma ordem jurídica, mas como uma qualidade dinâmica que possui a norma de ordenar a realidade – “normatividade concreta” – e ao mesmo tempo ser por ela ordenada – “normatividade materialmente determinada”. A norma é pensada a partir dos problemas de concretização. Essa inclusão de ele-

mentos da faticidade é elaborada estruturalmente (e não arbitrária ou sincreticamente) a partir do processo de concretização jurídica. Nesse sentido, concretização da norma é construção da norma.

O “estruturante da teoria estruturante do Direito” diz respeito à norma jurídica como “modelo ordenador materialmente caracterizado e estruturado”. Na estruturação da norma proposta por Müller, suas partes integrantes são compostas por elementos normativos textuais (textos das normas) e por elementos da realidade (elementos materiais). Os elementos normativos textuais formam o que o autor designa como “programa da norma” (“*Normprogramm*”). Já os elementos da realidade formam o âmbito da norma (“*Normbereich*”). O programa da norma é o resultado da interpretação do(s) texto(s) normativo(s) a partir de uma situação concreta, por meio dos dados primaciais da linguagem. Não se identifica ao teor literal da norma na medida em que é construído apenas no caso concreto, a partir das circunstâncias fáticas nele exurgentes, com o auxílio dos elementos clássicos de interpretação. Já o âmbito da norma (“*Normbereich*”), que também é parte integrante da norma, se relaciona com os “dados reais” envolvidos na interpretação. Não se identifica, entretanto, com o conjunto total dos fatos, mas tão somente com aqueles componentes fáticos destacados pelo programa da norma, que não é dado de antemão, mas que também é construído, a partir do “âmbito do caso”. A partir das circunstâncias do caso particular (conjunto de fatos), o programa normativo “seleciona” quais são os dados relevantes para a solução do problema.

A conjugação do programa da norma com o âmbito da norma, ambos construídos a partir de casos concretos ou hipotéticos, resulta na “norma jurídica”, que vale somente para o caso concreto ou para o caso hipotético. Nesse processo, designado por Müller como “concretização”, “ser” e “dever ser”, “direito” e “realidade”, “interpretação/criação” e “aplicação”, todos são pensados em sua unidade, não a partir de uma dicotomia. Trata-se, segundo o autor, por isso, de um novo paradigma do Direito. Tal paradigma é por ele designado já em 1971 como “pós-positivismo”.

No início da década de 70, mais precisamente no citado ano de 1971, Müller lança uma obra sobre metodologia do direito ou, como ele prefere, “metódica jurídica” (MÜLLER, 1971, p. 202)⁴ (a hermenêutica jurídica, en-

4 O termo pós-positivismo aparece pela primeira vez nesta obra. A *Juristische Methodik* atualmente está dividida em dois tomos, com mais de 1.200 páginas, com múltiplas edições.

tre nós). O termo metódica é utilizado por ele como um conceito abrangente de hermenêutica, interpretação, métodos de interpretação e metodologia, que se refere ao trabalho prático de concretização da Constituição, seja pelo governo, pela Administração Pública, pela legislação, pela decisão judicial ou pela ciência. A tarefa da metódica é justamente esclarecer essa estrutura comum do trabalho jurídico cotidiano. Tal metódica desenvolvida por Müller está diretamente ligada ao seu conceito de norma, notadamente a aquilo que está subjacente ao conceito, ou seja, a relação entre direito e realidade. Da mesma forma como ocorreu com relação à teoria da norma, os esforços investigativos de Müller se concentraram na análise da jurisprudência das primeiras décadas do Tribunal Constitucional, no que diz respeito à forma como esse órgão tratava metodologicamente o problema da interpretação.

Os elementos textuais normativos do ordenamento jurídicos, os textos das normas e os elementos da realidade, que redundarão na norma jurídica e, posteriormente, em uma norma de decisão, são metodologicamente estruturados dentro da proposta de concretização feita por Müller. A metódica, para ele, deve ser capaz de oferecer um instrumental que permita decompor os processos de decisão e fundamentação de forma a possibilitar o acesso por parte dos “destinatários da norma, dos afetados por ela, dos titulares de funções estatais (tribunais revisores, jurisdição constitucional etc.) e da ciência jurídica”. Nessa metódica, voltada para concretização, distinguem-se basicamente dois grandes grupos de elementos: aqueles que se referem, no sentido tradicional, aos textos das normas e de não normas (elementos metodológicos em sentido estrito); e aqueles que se referem aos teores materiais, ou seja, aos elementos do conjunto de fatos relevantes para o caso a ser decidido ou para o trabalho no nível da ciência. Em outras palavras, os “elementos do programa da norma” e os “elementos do âmbito da norma”.

Um outro ponto que merece destaque é o fato de que o autor propõe critérios de hierarquização dos elementos (por alguns designados como cânones) da interpretação, algo que até então não havia sido proposto e sempre foi considerado um dos problemas centrais da metodologia do Direito (hermenêutica jurídica para nós ou metódica para Müller). Basicamente, os elementos ligados aos textos das normas, que formarão o programa da norma, têm precedência hierárquica sobre os elementos da realidade, que formarão o âmbito da norma. E, na formação do programa da norma, os elementos mais próximos aos textos normativos possuem precedência sobre os

elementos que dele mais se distanciam. Ou seja, o autor estabelece um “primado do texto da norma”. Mas não se trata de uma compreensão ingênua acerca da linguagem e, assim, da linguagem jurídica, e mesmo do papel do intérprete na atividade concretizadora do Direito, na medida em que Müller dialoga fortemente com a hermenêutica filosófica de matriz gadameriana e, ademais, com os autores da assim chamada viragem linguística, seja no âmbito da filosófica da linguagem, seja no âmbito da linguística contemporânea. Ademais, o autor apresenta para tal uma fundamentação no nível da teoria do Direito, que, em virtude do espaço exíguo aqui, por óbvio não pode ser desenvolvida.

A obra de Friedrich Müller, ainda pouquíssimo explorada no Brasil, é de vital importância, pois oferece um referencial teórico absolutamente inovador, distinto daqueles que circulam no centro do pensamento jurídico brasileiro. O pós-positivismo, criado por Müller em 1971 e desenvolvido desde então, por exemplo, não possui qualquer relação com pós-positivismo defendido no Brasil. Normalmente, o pós-positivismo, entre nós, vem relacionado com o movimento teórico do neoconstitucionalismo, que, por sua vez, em linhas bem gerais, propõe uma leitura moral da constituição e, assim, do Direito, pensa no catálogo dos direitos fundamentais como uma ordem de valores, parte da dicotomia entre princípios e regras como as únicas espécies normativas existentes, adota a ponderação como elemento metodológico de aplicação da constituição (não somente de solução de colisão entre direitos fundamentais). Todos esses pontos de partida são refutados, ou, no mínimo, colocados em questão pelo pós-positivismo mülleriano. Ou seja, trata-se de um modelo de pensamento que pode oferecer novos caminhos para o debate jurídico no Brasil, o que, por si só, justifica um olhar mais atento ao pensamento do autor. Assim, a presente obra, que reúne textos selecionados sobre a obra de Friedrich Müller, constitui leitura obrigatória.

REFERÊNCIAS

MÜLLER, F. *Juristische Methodik*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.

MÜLLER, F. *Normstruktur und Normativität*. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Vefassungsinterpretation. Berlin: Duncker und Humblot, 1966.

MÜLLER, F. *Strukturierende Rechtslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 1984.

Sobre o autor:**Pablo Miozzo** | *E-mail:* pcmiozzo@yahoo.com.br

Doutor em Direito (“*summa cum laude*”) pela Universidade de Freiburg, Alemanha (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em convênio com a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Graduado em Direito pela Fundação Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Professor de Direito Administrativo na Universidade Católica de Pelotas (UCPEL). Procurador Federal.