

Dossiê Teoria do Direito de Friedrich Müller

NATALINA STAMILE^{1, I}

^I Universidade de Brescia. Itália.

NESTOR CASTILHO GOMES^{2, II}

^{II} Universidade da Região de Joinville (Univille). Joinville (SC). Brasil.

DENNIS ALMANZA TORRES^{3, III}

^{III} Universidad Nacional de San Augustin/Universidade La Salle. Peru.

Com o presente dossiê temático buscamos debater a importância, a atualidade e os pontos críticos da teoria estruturante do Direito, formulada por Friedrich Müller, professor catedrático emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Heidelberg, Alemanha. A partir de 1971, Müller ocupou o lugar que foi de George Jellinek (1851-1911), um dos principais juspublicistas alemães, que, com sua teoria geral do Estado (*Allgemeine Staatslehre*), influenciou não apenas a cultura alemã, mas também a cultura jurídica europeia (FASSÒ, 2020). A obra de Müller é grande e variada. O autor realizou importantes estudos em diversas áreas: Direito, Filosofia e Literatura, História Constitucional e dos Direitos Fundamentais, Filosofia do Direito e do Estado, Direito do Estado e da Constituição, Metodologia Jurídica, Teoria do Direito e Teoria da Constituição. Conforme afirmado em *Juristenzeitung*, “não há avaliação alta o suficiente para a produção teórica de Friedrich Müller e a contribuição de seu trabalho para a formação acadêmica e para a prática. Ela está impregnada tanto em seu pensamento como em sua linguagem, por clareza e originalidade. A exatidão das observações e o domínio superior do material de diferentes disciplinas é admirável”.

Como destacado anteriormente, na Carta Editorial, já na década de 60 Friedrich Müller percebeu a inter-relação entre dogmática jurídica, metódica jurídica e teoria da norma. Para o autor, os problemas da dogmática jurídica tinham origem em problemas de ordem metódica, que, por sua vez,

1 Orcid: 0000-0002-7201-8539.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4156-493X>.

3 Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6251-3985>.

remontavam às deficiências da teoria da norma. Em razão disso, procurou desenvolver, a partir do Direito, uma nova teoria da norma jurídica. No início dos anos 70, Friedrich Müller chamou esse novo paradigma de “pós-positivista”. A partir dessas considerações se compreende por que Friedrich Müller foi definido por Paulo Bonavides como o “jurista da segunda metade do século XX” (BONAVIDES, 2001, p. 2012-2013), e também por Dieter Shur como a “consciência metodológica contemporânea” (VILLACORTA MANCEBO, 1989).

O dossiê temático que orgulhosamente apresentamos é composto de contribuições nacionais e internacionais, que demonstram a amplitude e o alcance da obra de Friedrich Müller. A abertura é realizada pela Carta Editorial do Professor Dr. Pablo Miozzo, da Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), que brilhantemente apresenta os pontos proeminentes da teoria do Direito elaborada pelo jurista alemão. O Professor Miozzo é uns dos maiores estudiosos, no Brasil, da teoria elaborada por Müller. Recentemente, publicou o livro *Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägungen*, resultado da sua tese de doutorado junto à Universidade de Freiburg. Trata-se de uma crítica da recepção da teoria de Robert Alexy no Brasil e da construção de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais, sem princípios ou ponderações.

O presente dossiê temático, composto de 11 artigos, foi dividido em três partes. A primeira parte se detém na análise da hermenêutica jurídica alemã. Embora a teoria de Müller seja o objeto principal dos artigos que compõem a segunda e a terceira partes do dossiê, poucos dedicaram um olhar crítico ou descritivo sobre as origens da teoria estruturante do direito. É crucial, portanto, compreender quais são as características da hermenêutica jurídica alemã e, especialmente, que tipo de influência exerceu na formação de Müller e na elaboração da teoria estruturante do Direito.

No primeiro artigo, intitulado “Perfis históricos e teóricos da hermenêutica jurídica nomofactual”, Gaetano Carlizzi, Professor de Teoria da Argumentação Jurídica na Universidade “Suor Orsola Benincasa”, de Nápoles, Itália, sublinha como os discursos jurídicos reiteradamente abordam o tema da “hermenêutica jurídica”, sem entender o significado dessa expressão. O autor, depois de um rápido e breve excursus histórico, elenca onze características da denominada hermenêutica jurídica nomofactual, que ele considera “a base para o relançamento do movimento, desde que o mesmo volte a prestar atenção à prática jurídica e, mais em geral, ao direito positivo, que determinou sua originalidade”. Vale destacar que Gaetano Carlizzi propõe

uma interessante tese sobre a origem da hermenêutica jurídica no pensamento de Gustav Radbruch.

No artigo seguinte, intitulado “A pré-compreensão do intérprete é arbitrária?”, Damiano Canale, Professor de Filosofia do Direito na Universidade Bocconi, de Milão, Itália, oferece uma longa reflexão sobre o conceito de pré-compreensão na hermenêutica jurídica. Toda a análise do autor gira em torno da pergunta: “Se a pré-compreensão precede qualquer processo interpretativo, influenciando seus resultados, como distinguir uma pré-compreensão correta, legítima, adequada, de uma pré-compreensão errada, ilegítima, inadequada?”. As referências principais são, por um lado, Gadamer e Heidegger, e, conseqüentemente, o conceito de pré-compreensão por eles elaborado; por outro, Brandom e a estrutura inferencial da pré-compreensão. No trabalho, vislumbramos como a pergunta inicial esconde na verdade uma dupla inquietação: em que condições a pré-compreensão do intérprete não é arbitrária? E, caso tais condições sejam determináveis, é possível distinguir uma interpretação correta de uma interpretação incorreta?

No último artigo desta primeira parte, intitulado “Hermenêutica jurídica e filosofia prática”, Vincenzo Omaggio, Professor de Filosofia do Direito na Universidade “Suor Orsola Benincasa”, de Nápoles, Itália, discute a relação entre hermenêutica e razão prática no contexto dos julgamentos judiciais, que se realizam diante de casos particulares. A hermenêutica jurídica tem o mérito de reconhecer a “complexidade da razão jurídica”. Por isso, o autor sublinha como dificilmente pode ser reduzida a mera teoria da interpretação. Nas suas palavras, “a interpretação é mais bem um momento revelador do *fazer-se* do direito, da sua positivação, que não surge senão na conexão entre a norma e o caso vital a ser decidido, seja ele real ou hipotético”. Assim, assinala o papel crucial desempenhado pela pré-compreensão: “A pré-compreensão da norma à luz do fato e a construção do fato à luz da norma, é expressão do fenômeno mais amplo em que consiste o direito para os mestres da hermenêutica jurídica alemã contemporânea”.

Os três artigos da primeira parte representam uma tentativa de questionar “o legado da hermenêutica jurídica”. Já, em 1994, Francesco Viola notava que: se a filosofia hermenêutica encontrou sua maior expressão no pensamento de Gadamer; por outro lado, ainda espera por uma adequada aplicação aos problemas filosóficos gerais do Direito. Por essa razão, entendemos que a primeira parte do dossiê contribui para um amplo diálogo nesse campo, com propostas e problemas que carecem de aprofundamento.

Os textos da segunda parte do dossiê, em linha com a primeira, buscam analisar e discutir a teoria estruturante do Direito, enfatizando sua importância para os atuais desafios legais e políticos. Assim, no artigo intitulado “Convergências filosóficas em Gadamer e Müller para a concretização da norma”, Leonardo Longen do Nascimento, Feliciano Alcides Dias e Priscila Zeni de Sá refletem sobre a “reviravolta linguística” que caracterizou a filosofia entre o final do século XIX e início do século XX. O artigo indaga as influências da hermenêutica filosófica de Gadamer na teoria e na metódica estruturante do Direito. Os autores destacam que “o ponto de contato” mais evidente se constitui em torno da noção de “*applicatio*” no processo de concretização. Igualmente, propõem que a inter-relação entre programa da norma e âmbito da norma testemunha noções de diferença ontológica e circularidade hermenêutica.

No próximo artigo, intitulado “A *Challenging Task*. Teoria da interpretação jurídica e raciocínio jurídico na obra de Friedrich Müller e John Dewey: apontamentos para uma comparação”, Luca Malagoli apresenta semelhanças e diferenças nas obras de Friedrich Müller e John Dewey. O trabalho compara as teses essenciais de Müller sobre interpretação jurídica e raciocínio jurídico, bem como as principais contribuições desenvolvidas por John Dewey sobre os mesmos temas. A análise tem como ponto de partida a leitura do trabalho de Christoph Engel: “*Review: Juristische Methodik und Fall Analysen zur Juristischen Methodik*” (1989), que, depois de destacar o caráter inovador da proposta teórica de Müller sobre a interpretação jurídica, lança uma “tarefa desafiadora”: estabelecer um diálogo ou uma comparação entre a perspectiva de Müller e a do realismo jurídico americano (em suas diversas vertentes).

Simone Peixoto Ferreira Porto e Alexandre Freire Pimentel discutem no trabalho “O significado da norma jurídica sob o ponto de vista da metódica estruturante e sua conexão com a retórica: a racionalização por meio da comunicação na judicialização da saúde” a relação indissolúvel entre direito e linguagem. Os autores avaliam o fenômeno da judicialização de políticas públicas e a concepção de que os direitos constitucionais sociais (como, por exemplo, o direito à saúde) se caracterizam pela normatividade e efetividade. O artigo aborda, com olhar crítico, a relação entre a teoria estruturante do Direito de Müller e a teoria retórica realista desenvolvida por João Maurício Adeodato. Os autores concluem que a teoria de Müller não pode ser considerada uma teoria retórica, apesar de também compartilhar a ideia de que o direito não funciona sem a mediação da linguagem.

Em seu artigo “Aportes constitucionais ao direito concorrencial à luz da teoria estruturante do Direito”, Rodrigo Meyer Bornholdt questiona a importação acrítica de conceitos do direito antitruste dos Estados Unidos. Isso culmina na exacerbação do princípio da eficiência em algumas análises do direito concorrencial brasileiro. Em vista disso, o autor entende como necessária a aplicação de outros princípios e bens jurídicos constantes da Constituição brasileira. É desse modo que o direito concorrencial sofrerá o influxo do direito constitucional. A fim de evitar, porém, a aplicação de uma inadequada panprincipiologia, Bornholdt sugere a utilização de uma metódica adequada, consistente na utilização de conceitos da teoria estruturante do direito, como o programa da norma e o âmbito normativo. Além disso, alerta-se para os cuidados na utilização da ponderação como instrumento metódico. A utilização de tal procedimento deve ser um último recurso, após uma cuidadosa delimitação prévia dos bens e direitos em jogo.

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Virginia Wrubel, no artigo “Análise econômica do Direito como elemento concretizador da teoria estruturante aplicada aos processos estruturais”, oferecem uma original tentativa de relacionar a teoria “transdisciplinar” de Müller com uma abordagem típica da análise econômica do direito. De maneira inovadora, por meio de vários exemplos práticos, investigam a contribuição da teoria estruturante do direito à prática dos processos estruturais no Brasil. Segundo as autoras, “apenas uma teoria pós-positivista, que proveja destaque ao papel da realidade, tem o condão de alicerçar tais processos no Brasil, mormente tendo em vista o texto normativo que lhe serve como ponto de partida”.

No artigo “Abordagem policial, seletividade e fundada suspeita: contribuições da teoria estruturante do Direito”, os autores Nestor Castilho Gomes e Ana Carolina Torres Gonçalves buscam, sob o fio condutor da teoria e da metódica estruturante do Direito, desenvolvida por Friedrich Müller, investigar o processo de concretização dos textos normativos que regulam a busca pessoal por fundada suspeita, nos termos dos arts. 240, § 2º, e 244 do Código de Processo Penal brasileiro. O artigo demonstra, de forma prática, a diferença entre texto normativo e norma jurídica, bem como a utilidade da metódica estruturante para construção da norma de decisão. Verifica-se que a metódica estruturante pode auxiliar na adequada formulação da norma jurídica, de forma a impedir abordagens seletivas, baseadas exclusivamente na raça e na condição socioeconômica, bem como “*fishing expeditions*”, isto é, a busca pessoal puramente especulativa, sem causa provável. O trabalho possui o mérito de ajudar na construção de parâmetros objetivos para

a fundamentação da busca pessoal por fundada suspeita, algo essencial na realidade brasileira, diante da notória e nefasta prática de “enquadros” e “esculachos”, perpetrados contra a população jovem e de baixa renda.

Por fim, na última parte do dossiê, apresentam-se dois artigos que abordam recentes discussões sobre a teoria do Direito de Friedrich Müller no âmbito da academia.

No trabalho intitulado “A teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller no Brasil: uma análise a partir dos estudos acadêmicos realizados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina”, a acadêmica Amanda Karolini Burg e o acadêmico Nelson Nogueira Amorim Filho, bem como o Professor Everton das Neves Gonçalves, da Universidade Federal de Santa Catarina, buscam verificar a utilização prática da teoria estruturante do Direito a partir dos trabalhos científicos elaborados perante o Programa de Pós-Graduação em Direito daquela Universidade. O artigo se inicia com explanações teóricas introdutórias acerca da teoria elaborada por Friedrich Müller, colimando na apresentação de seis dissertações nas quais a teoria estruturante do Direito foi utilizada como marco ou referencial teórico. Os autores e a autora concluem que todos os trabalhos analisados utilizaram a teoria pós-positivista de Müller como forma de avanço “hermenêutico” para aplicação do Direito brasileiro.

Por fim, Carlo Vittorio Giabardo, no artigo “Breves reflexões sobre alguns aspectos da teoria do Direito e da interpretação de Friedrich Müller”, elabora uma importante reflexão crítica a partir das discussões contidas na publicação internacional *“Friedrich Müller’s Theory of Law”* (STAMILE; GOMES; TORRES, 2021). O autor contempla os pontos mais importantes da teoria de Müller: a abordagem pós-positivista, a distinção entre texto e norma e as raízes hermenêuticas do pensamento do jurista alemão. Assim, o autor oferece uma visão panorâmica sobre a recepção da teoria de Müller nos contextos jurídicos internacionais.

Os artigos contemplados no dossiê percorrem diversos aspectos da teoria do Direito elaborada por Friedrich Müller, com ricas, sugestivas e originais reflexões. Dessa forma, gostaríamos de agradecer a todos os autores e autoras, nacionais e estrangeiros, que proporcionaram a realização da presente obra. Agradecemos ao Prof. Pablo Miozzo que aceitou gentilmente o convite para escrever a Carta Editorial do dossiê. Agradecemos todas e todos os pareceristas, que, com desprendimento, solidariedade e companheirismo, auxiliaram na publicação da revista. Agradecemos também ao

Comitê Editorial da Revista Direito Público, que disponibilizou esse espaço de debate e de conhecimento. Por último, mas não menos importante, gostaríamos de agradecer imensamente ao Professor Dr. Friedrich Müller, que nos acompanhou desde o início desse trabalho. A sua trajetória é exemplo de uma vida verdadeiramente dedicada à academia. Muito obrigado!

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, P. *Teoria constitucional da democracia participativa (por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade)*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ENGEL, C. Review: Juristische Methodik and Fall analysen zur juristischen Methodik. *International Journal of Legal Information*, 18, 3, p. 266-68, 1989.
- FASSÒ, G. *Storia della filosofia del diritto*. III. Ottocento e Novecento. Roma-Bari: Laterza, 2020.
- MIOZZO, P. *Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägungen, Entwickelt am Beispiel des Rechts auf Sozialversicherung in Brasilien*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.
- MÜLLER, F. *Metódica jurídica e sistema político*. Elementos de teoria constitucional II. Joinville: Bildung, 2014.
- MÜLLER, F. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. Tradução: Luis Villacorta Mancebo. *REDC – Revista Española de Derecho Constitucional*, 27 (1989), p. 111-126.
- STAMILE, N.; Castilho Gomes, N.; Almanza Torres, D. (ed.). *Friedrich Müller's Theory of Law*. Verlag: Franz Steiner, 2021.
- VIOLA, V. Critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica del diritto. In: JORI, M. (ed.). *Ermeneutica e filosofia analitica*. Due concezioni del diritto a confronto. Torino: Giappichelli, 1994, p. 63-104.

Sobre a Coordenadora e os Coordenadores do Dossiê:

Natalina Stamile | *E-mail:* natalinastamile@yahoo.it

“Assegnista di ricerca” em Filosofia do Direito pela Universidade de Brescia (Itália). Professora de “Espanhol Jurídico” da Universidade Carlo Bo de Urbino (Itália). Foi Professora das Disciplinas de “Teoria da argumentação jurídica” e de “Ragionevolezza, Uguaglianza e giustizia costituzionale” no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Pós-Doutora pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Doutora em “Teoria del diritto ed ordine giuridico europeo” pela Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro (Itália).

Nestor Castilho Gomes | *E-mail:* nestorcastilho@bh.adv.br

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Direito Constitucional e Processo Constitucional da Universidade da Região de Joinville (Univille).

Dennis José Almanza Torres | *E-mail:* almanzadennis@gmail.com

Docente asociado en la Universidad La Salle (Perú). Docente auxiliar en la Universidad Nacional de San Agustín (Perú). Posdoctor en Derecho por la Universidade Federal do Paraná UFPR (Brasil). Doctor y Maestro en Derecho por la Universidad Federal de Paraná UFPR (Brasil). Invited researcher por la Universidad de Zaragoza – España (feb./mar. 2014). Graduado en Derecho por la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa UNSA (Perú). Actualmente, se desenvuelve como profesor de Programas de Graduación y Pos-Graduación. Participa en condición de Investigador del Núcleo de Pesquisa em Justiça Eletrônica – E-justiça de la UFPR. Miembro del Consejo Editorial de Revistas especializadas. Palestrante en eventos nacionales e internacionales. Abogado consultor e investigador que actúa principalmente en las siguientes áreas: Análisis Económico del Derecho, Derecho Económico Internacional, Derecho Penal Económico, Derecho y Nuevas Tecnologías y Filosofía del Derecho.