

Terceira Parte

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

The Structuring Legal Theory of Friedrich Müller in Brazil: an Analysis Based on the Academic Studies Carried Out in the Law Postgraduate Program of the Federal University of Santa Catarina

AMANDA KAROLINI BURG¹

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis (SC). Brasil.

NELSON NOGUEIRA AMORIM FILHO²

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis (SC). Brasil.

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES³

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Florianópolis (SC). Brasil.

RESUMO: O presente trabalho visa verificar a utilização prática da teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller, a partir dos trabalhos científicos elaborados perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), que utilizam a referida teoria como fundamentação teórica. Para tanto, tem-se como objetivos específicos: (i) descrever, de forma sucinta, a teoria estruturante do Direito e sua metódica jurídica, bem como (ii) verificar a utilização da teoria estruturante do Direito nas dissertações elaboradas junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Verifica-se que a teoria de Friedrich Müller teve aplicação em específicos trabalhos acadêmicos no âmbito daquele Programa. Conclui-se que todos os trabalhos analisados utilizaram a teoria

1 Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1000-3195>.

2 Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0342-8953>.

3 Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-5116-9362>.

pós-positivista de Müller como forma de avanço “hermenêutico” para aplicação do Direito brasileiro. Opta-se pela utilização do método de abordagem indutivo, com aplicação da técnica de pesquisa de documentação indireta via pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Friedrich Müller; teoria estruturante do Direito; teoria do Direito; hermenêutica; perspectiva empírica.

ABSTRACT: This paper aims to verify the practical use of the Structuring Legal Theory of Friedrich Müller, considering the scientific researches carried out in the Law Postgraduate Program of the Federal University of Santa Catarina, which use the referred theory as a theoretical foundation. Therefore, the specific objectives are: (i) to briefly describe the Structuring Legal Theory and its Legal Methodic; as well as, (ii) verify the use of the Structuring Legal Theory in the dissertations carried out in the Law Postgraduate Program of the aforementioned university. Friedrich Müller’s theory was applied in some academic researches carried out in that Law Postgraduate Program. It is concluded that all the analyzed works used Müller’s post-positivist theory as a form of “hermeneutic” advance for the application of Brazilian law. It is used the inductive approach method, with application of the indirect documentation research technique through bibliographic research.

KEYWORDS: Friedrich Müller; structuring legal theory; theory of Law; hermeneutics; empirical perspective.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 A teoria estruturante do Direito como uma teoria pós-positivista; 2 Relação entre norma jurídica, metódica e ciência jurídica; 3 Teoria da norma: texto de norma, norma jurídica, estrutura da norma e normatividade; 4 Metódica jurídica estruturante; 5 A utilização da TED nos estudos acadêmicos realizados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina; Considerações finais; Referências.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A história brasileira é marcada por dificuldades de efetividade normativa decorrentes de tradição constitucional meramente simbólica. Nesse cenário, a teoria estruturante do Direito (TED) se constitui como teoria de apoio à democracia e ao Estado de Direito, ao defender a validade da Lei Maior, em detrimento da noção de constituição nominal, garantindo a retomada da normatividade constitucional, partindo de dois fatores principais: (i) a não identidade entre norma e texto; e (ii) a concepção de norma jurídica como a comunhão entre realidade e Direito. Na teoria pós-positivista de Friedrich Müller, toda atividade jurídica se apresenta como atividade política, sempre sendo guiada por textos normativos.

Considerando a importância da temática para o desenvolvimento do Direito pátrio, sob o prisma acadêmico, o presente trabalho visa verificar a utilização prática da TED, a partir dos trabalhos científicos elaborados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa

Catarina (PPGD/UFSC), que utilizam a referida teoria como fundamentação teórica. Para tanto, objetiva-se: (i) descrever, de forma sucinta, a teoria estruturante do Direito e sua metódica jurídica; bem como, (ii) verificar a utilização da TED nas dissertações elaboradas junto ao PPGD/UFSC.

Para cumprimento do primeiro objetivo citado, serão abordados: (i) a classificação da TED como teoria pós-positivista diferenciada, na medida em que defende o aproveitamento e o desenvolvimento dos avanços do positivismo kelseniano, em especial a valorização do texto da norma, negando a derrogação completa do positivismo; (ii) a intrínseca relação entre norma jurídica, metódica e ciência jurídica; (iii) os conceitos de texto normativo, norma jurídica e normatividade; e (iv) os pressupostos e as características da metódica estruturante do Direito.

Quanto ao segundo objetivo indicado, serão estudados os seguintes trabalhos: (i) “A aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a teoria estruturante do Direito” (BURG, 2019); (ii) “O direito como espaço de lutas: a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico” (FONSECA, 2006); (iii) “Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante” (FONTOURA, 2009); (iv) “A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica” (GOMES, 2009); (v) “Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller” (SANTOS, 2006); e (vi) “Norma ambiental: complexidade e concretização” (MARTINS, 2013). Verifica-se, portanto, a utilização do teórico Friedrich Müller pelos acadêmicos de pós-graduação *stricto sensu* da UFSC.

Finalmente, em relação à metodologia aplicada à presente pesquisa, o método de abordagem será o indutivo, com aplicação da técnica de pesquisa de documentação indireta via pesquisa bibliográfica.

1 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO COMO UMA TEORIA PÓS-POSITIVISTA

Friedrich Müller classifica a teoria estruturante do Direito como teoria pós-positivista. Entretanto, o termo “pós” não é empregado pelo autor com o sentido daquilo que vem após e derroga o anterior; mas, sim, em uma perspectiva construtiva. Ou seja, a TED não visa superar os enunciados da teoria positivista de Kelsen, ignorando sua contribuição à Ciência Jurídica, e, sim, “desenvolver” as ideias até então existentes, com vistas ao aperfeiçoamento

das noções de Direito (superação como desenvolvimento). Nas palavras de Müller (2005, p. 160-161):

A Escola do Direito Livre, a Jurisprudência dos Interesses e a Ciência Jurídica de orientação sociológica, a Tópica, a Hermenêutica, a Teoria Integracionista e outros antipositivistas esforçaram-se debalde em “superar” o positivismo. Parece mais correto não regredir nesse esforço para aquém do positivismo, não deixar de atingir o seu padrão de tecnicidade. Trata-se de retomar o que foi reprimido por ele e elaborar o assim retomado de forma generalizável na Dogmática, Metodica e Teoria. Os objetivos do positivismo de cientificar na medida do possível a Ciência Jurídica e de elaborar uma dogmática racional não merecem ser esquecidos em benefício de exigências menores de racionalidade e honestidade em questões de método. A “superação” do positivismo não é de modo nenhum um fim legítimo em si mesmo.

Nesse sentido, Fontoura (2009, p. 12-13) ensina que

Não há sentido em se fazer uma proposta que pura e simplesmente se oponha ao positivismo jurídico, ou seja, uma proposta antipositivista. A tarefa de uma metódica pós-positivista é muito mais a de se comprometer com discussões que ficaram em algum ponto negligenciadas.

A TED se apresenta, portanto, como teoria pós-positivista (e não antipositivista), que se propõe a explicar em que medida o positivismo deve ser revisto, indicando, por outro lado, os pressupostos que devem ser mantidos no desenvolvimento da metódica jurídica, sendo construída a partir da crítica à teoria pura de Hans Kelsen, em especial à pureza metodológica, à teoria da norma e à teoria da interpretação, ambas kelsenianas. É daí concluir-se que, no ponto no qual o trabalho de Kelsen terminou, Müller desenvolveu sua teoria a partir da teoria da interpretação do Direito (SANTOS, 2006, p. 19).

O modelo positivista construído por Kelsen pode ser sintetizado a partir de dadas proposições, quais sejam: (i) autonomia metodológica da Ciência do Direito (pureza), que decorre da separação fulcral entre “ser” e “dever ser”; (ii) norma jurídica considerada como mero comando, de direito positivo, que prescreve, permite ou proíbe determinada conduta, como “dever ser”, sem relação direta com a realidade; (iii) despreocupação com o conteúdo da norma; (iv) interpretação da norma como processo lógico-subsumtivo, em que a norma individual é deduzida da norma geral abstrata; (v) limitação da decisão à moldura da norma, de tal modo que a interpretação apresenta elementos cognitivos, mas também volitivos; (vi) distinção entre

“norma jurídica” (que se apresenta como comando imperativo, válido ou inválido) e “proposição jurídica” (que tem caráter descritivo, sendo verídica ou inverídica); e (vii) noção de hierarquia das normas jurídicas.

Müller questiona, de forma crítica, os pressupostos básicos dessa teoria. A primeira crítica de Müller à teoria pura se encontra voltada à exclusão da realidade na análise da norma pela Ciência do Direito, à divisão entre “ser” e “dever ser”, à aplicação do Direito por mero processo silogístico-de-dutivista, isto porque a questão do papel que a realidade exerce no Direito não pode ser resolvida com a exclusão daquela, sob pena de se ignorar que a norma não é apenas uma “vontade vazia”, mas também é composta pela realidade circundante, que se apresenta como um dos elementos centrais da composição da própria norma (SANTOS, 2006, p. 34). Critica-se, também, a ausência de critérios para controle da decisão volitiva (impossibilidade de racionalização dos teores materiais normativos), já que Kelsen deixa de indicar quais métodos seriam capazes de delimitar a “moldura normativa” (GOMES, 2006, p. 49). Não se admite, ainda, a utilização da denominação da teoria pura como “normativismo”, já que, sob a perspectiva da TED, a normatividade decorreria diretamente do processo de concretização da norma, o qual, por sua vez, dialoga diretamente com a realidade, que é ordenada pela norma, mas também constitutiva desta (SANTOS, 2006, p. 35). De acordo com Zuluaga (2009, p. 89), *“precisamente la teoría estructurante del Derecho se expone por Müller a partir de la claridad de que no cualquier prescripción o enunciado jurídico constituye una norma [...]”*.

Müller apresenta as limitações da teoria pura, e, a partir de sua teoria pós-positivista, defende que a noção de norma jurídica dissociada da realidade é insuficiente perante o Estado Constitucional. Na TED, “a norma sofre influência da realidade (normatividade materialmente determinada), ao mesmo tempo em que, posteriormente, exerce influência sobre esta realidade (normatividade concreta)” (GOMES, 2009, p. 48). De acordo com Pérez Luño (1995, p. 344, tradução própria), “Müller opõe a essa versão do positivismo, uma teoria da norma aberta à realidade social [...]”.

Verifica-se que, de acordo com a TED, a maior dificuldade do positivismo jurídico (kelseniano) resultaria na separação entre a norma jurídica (o Direito) e os fatos (a realidade). Sendo assim, a TED se diferencia da teoria pura, na medida em que: (i) sua concepção de norma se dá de forma estruturada, levando em consideração não apenas o texto de norma, mas também a realidade circundante; e (ii) no plano da realização prática do Direito, a

TED se fundamenta na ideia de concretização, superando a noção positivista de mera interpretação e aplicação do Direito.

2 RELAÇÃO ENTRE NORMA JURÍDICA, METÓDICA E CIÊNCIA JURÍDICA

A teoria estruturante do Direito se caracteriza como teoria complexa, por englobar não só a teoria do Direito (teoria da norma), mas também a metodologia, a dogmática e a teoria da constituição. Tais âmbitos materiais de trabalho encontram-se relacionados uns com os outros: (i) a dogmática, enquanto referencial conceitual de trabalho do jurista; (ii) a teoria da norma, reformulada sobre perspectiva estruturada; (iii) a metódica como teoria dos métodos de concretização normativa; e (iv) a teoria constitucional, repensada a partir dos demais âmbitos materiais – dogmática, teoria da norma e metódica (SANTOS, 2006, p. 17). Entre os âmbitos materiais indicados, a metódica e a teoria da norma se apresentam como o “coração da TED”.

No modelo proposto por Müller, a norma, a prática do Direito e a epistemologia estão interligadas: (i) uma vez que a TED se funda na ideia de que a norma jurídica não pode se pautar na divisão de “ser” e “dever ser”, bem como na reformulação da Ciência Jurídica a partir de seu conceito de norma, “são as transformações no conceito de norma que definem as transformações da Ciência Jurídica” (GOMES, 2009, p. 53); e (ii) a estruturação da metódica jurídica decorre da reformulação da teoria da norma jurídica.

Portanto, ao que se percebe, a metódica jurídica, a norma jurídica e a ciência do Direito se relacionam de forma indissociável, já que a própria definição de norma é condicionante da “metodologia” aplicada e da concepção de Ciência do Direito em Müller.

3 TEORIA DA NORMA: TEXTO DE NORMA, NORMA JURÍDICA, ESTRUTURA DA NORMA E NORMATIVIDADE

Na TED, a separação entre “ser” e “dever ser” não encontra espaço; conseqüentemente, norma e realidade não podem ser vistas como conceitos diametralmente opostos. Igualmente, o conceito de norma não pode ser confundido com aquele de texto de norma. Isso porque a norma jurídica é concebida como algo além do código legal, não se confundindo com o mero texto normativo, mas sendo produzida no caso concreto, por meio

de decisões jurídicas⁴. Essencial, portanto, definir precisamente cada um desses conceitos.

Sob a concepção estruturante, o texto normativo (*Normtext*) se apresenta como linguagem válida e prescritiva (não normativa), sendo apenas um dos elementos componentes da norma (ANDRADE, 2008). De acordo com Müller (2003, p. 323), o texto normativo é “uma forma prévia, o ponto de partida (*input*) da norma jurídica do trabalho prático de concretização por via do programa e do âmbito de norma”. Enquanto “ponto de partida” do processo de concretização, o texto normativo mantém relação semântica com a norma jurídica, que deve preservar algum nível de coerência com o elemento textual. Assim, o texto normativo pode ser definido como a pré-forma jurídica da norma, sua potencialidade, bem como o limite de alternativas aceitáveis para concretização da norma jurídica (MANCEBO, 2011).

Pode-se dizer que os textos normativos são equivalentes ao “teor literal de normas jurídicas positivas” (MÜLLER, 1995, p. 18), que juntamente com os demais recursos interpretativos auxiliares irão compor o “programa da norma”, possuindo duas funções: (i) impulsionamento do ato jurídico, na medida em que se apresenta como ponto de partida do processo de concretização; e (ii) cerceamento do ato jurídico, enquanto limitador das inúmeras alternativas jurídicas politicamente/filosoficamente/metodologicamente aceitáveis, mas não juridicamente admissíveis (FONTOURA, 2009, p. 97). O teor literal ganha, portanto, um caráter clarificador e estabilizador, sendo imprescindível no Estado de Direito (MÜLLER, 1989, p. 124).

Sob a ótica da TED, os textos normativos apresentam caráter prescritivo, passíveis de aferição de validade, sendo carentes, entretanto, de normatividade. Isso ocorre, pois, no enfoque proposto por Müller, a normatividade surge a partir do caso concreto, em razão do processo de concretização da norma (ANDRADE, 2008).

4 Destaca Mancebo (2014, p. 149-150): “*La separación entre Norma y realidad, dirá la Teoría Estructurante, se corresponde metodológicamente a la identificación entre Norma y texto de Norma. Consiguientemente, para Friedrich Müller, en el momento en que buena parte de los juristas hablan y escriben acerca de la Constitución entienden por tal meramente el texto de la misma; y, de igual modo, cuando hablan de la ley entienden por ella su tenor literal. A contrario sensu, la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica de la facticidad en su especificidad de la Teoría Estructurante, nos lleva forzosamente a destacar la realidad fundamental de la diferencia entre Norma jurídica y texto de Norma y, en tal sentido, el tenor literal de una prescripción de Derecho positivo – que es indudablemente importante y normativa – resulta ser tan solo la punta del témpano, porque la Teoría Estructurante del Derecho diferencia claramente como venimos viendo la positividad de la normatividad, al margen de su indudable relación*”.

De todo modo, o texto normativo e a norma jurídica não podem ser considerados entidades autônomas, que existem de forma independente. Texto e norma encontram-se interligados, pois na TED, embora a norma não esteja contida no texto, é sempre produzida a partir do texto normativo.

Quanto à norma jurídica em si, reitera-se que essa não se confunde com o simples texto. Em razão da superação da separação entre “ser” e “dever ser”, entre Direito e realidade, a norma jurídica, sob o viés estruturante, não é preexistente, muito menos passível de simples “aplicação”. Muito pelo contrário: a norma “é produzida apenas no processo de concretização” (MÜLLER, 2008, p. 80). Nas palavras de Gomes (2009, p. 53): “[...] a ‘constituição’ é simplesmente um *dado de linguagem*. Um elemento do trabalho do processo de concretização. A ‘norma constitucional’ só surge no processo de concretização”.

Por transcender o enunciado de linguagem que se encontra no papel, a norma jurídica não se esgota na ideia de “interpretação” do texto legal, mas decorre do processo de concretização, referindo-se ao caso, com base nos dados fornecidos pelo programa da norma, âmbito da norma e conjunto de fatos (MÜLLER, 2005, p. 26). Conforme disserta Santos (2006, p. 54), “a norma jurídica apresenta-se como ordem materialmente determinada, como o resultado metodologicamente orientado de um processo de construção que envolve texto e contexto, *programa normativo e âmbito normativo*”.

A norma jurídica é estruturada por dados linguísticos e dados reais, pelo programa da norma e pelo âmbito da norma (MÜLLER, 2005, p. 129), sendo que, “através da ação reciprocamente complementar entre estes dois elementos, em um processo *estruturado*, transforma-se a ‘norma jurídica em norma de decisão’, e o caso jurídico por decidir-se em ‘caso jurídico decidido’” (FONTOURA, 2009, p. 99)⁵. O programa da norma consiste no teor li-

5 Ao discorrer sobre a temática dos direitos fundamentais, Sánchez (2017, p. 248) explica a relação entre texto e realidade em Müller: “Müller es un partidario de la teoría interna de los derechos fundamentales, ya que parte de la conexión entre la interpretación y la realidad en la que es aplicada en la Constitución. Después de hacer un repaso sobre los principales métodos de interpretación de la ley distinguidos por Savigny, concluye sobre la necesidad del respeto a los principios constitucionales, así como una interpretación más amplia de las normas constitucionales, cercanas a la realidad en que las mismas se vislumbran, de acuerdo con los casos concretos en los que actúan aquéllas. En tal sentido, la estructura de las normas jurídicas debe adecuarse a la realidad en la que se encuentran inmersas, se basa en el ámbito y el programa normativo, retomando este concepto de Pedro de Vega. En este sentido, la interpretación como la aplicación no pueden ser concebidas como fenómenos aislados. Es indispensable su conexión con la realidad material que las regula. Lo mismo sucede con las normas constitucionales. La constante indeterminación y ambigüedad es una cualidad inherente a aquéllas. En este sentido, la normatividad de los derechos fundamentales no puede agotarse en el tradicional método interpretativo de las normas jurídicas ordinarias, de acuerdo a prescripciones cerradas y herméticas, sino que requieren de precisión al caso concreto. Por consiguiente,

teral do texto normativo, juntamente com recursos interpretativos auxiliares; já o âmbito da norma se refere à estrutura básica do segmento social que o programa da norma instituiu para si (MÜLLER, 1995, p. 43). Nas palavras de Müller (2013, p. 62), *“para establecer un concepto realista, la norma jurídica se presenta como estructurada: compuesta del resultado de la interpretación de los datos semánticos, el programa normativo y la cantidad de datos reales conformes con el programa de las normas, el ámbito normativo”*.

Especificando a questão, percebe-se que o programa da norma é como um “filtro” que decide quais dados da realidade integrarão o âmbito da norma, sendo considerados relevantes do ponto de vista normativo (GOMES, 2009, p. 75). Por não se apresentar nem como unívoco, nem absolutamente vago, o programa da norma apresenta aquilo que Müller (1995, p. 44) denominada de “espaços de ação metodicamente domináveis”, ou seja, é passível de legitimação, controle e crítica por meio da metódica estruturante, admitindo-se a racionalização do processo “decisório” de formulação do programa da norma a partir das regras instituídas pela metódica. Por outro lado, o âmbito da norma se apresenta como parte integrante da norma jurídica e também constitutiva da normatividade desta, pertencendo à norma jurídica no mesmo grau hierárquico que o programa da norma, sendo criado a partir de dados fornecidos pelo “âmbito material” e pelo “âmbito do caso”⁶ (GOMES, 2009, p. 76).

Ademais, o programa da norma é responsável por selecionar os fatos relevantes que constituirão o âmbito da norma, isso porque, segundo Müller (2005, p. 132), “os fatos não podem co-sustentar ‘de maneira qualquer’ a decisão, também não segundo a oportunidade ou o assim chamado sentimento pessoal do que é direito (‘juízo’)”. Há, aqui, perceptível exigência de

dos puntos que serán piedra angular de su teoría son: la concepción de que la norma general no puede predeterminedar plenamente los casos individuales a los aplicadores del derecho. Por otra parte, que las decisiones no pueden configurarse mediante el empleo de la lingüística (programa normativo), sino que es indispensable el empleo de datos reales (ámbito normativo)”.

- 6 Sobre os conceitos de “âmbito material” e “âmbito do caso”, ensina Müller (2003, p. 321): “Falamos agora sobre o ‘ âmbito da norma’: com toda e qualquer texto da norma (= artigo, parágrafo, inciso) que e.g. um juiz introduz no início, com vistas ao caso decidindo – e na maioria trata-se de vários textos de normas – ele introduz (consciente ou inconscientemente) ao mesmo tempo numerosos fatos que podem, conforme ensina a experiência, ter a ver com estes textos de normas: fatos individuais do caso e fatos genéricos do tipo do caso. Esses fatos são denominados aqui ‘âmbito material’ da prescrição. Quando o jurista reduz, num segundo passo e por razões de economia de trabalho, esses fatos aos fatos relevantes com vistas ao caso concreto, ele constitui o ‘âmbito do caso’. Num terceiro passo, ele constitui o ‘âmbito da norma’ submetendo os fatos a um duplo exame com base no resultado da interpretação linguística, quer dizer, com base no programa da norma”. Magalhães (2010, p. 23), por sua vez, simplifica os conceitos de “âmbito material”, como conjunto de possibilidades fáticas possivelmente relacionadas ao caso concreto, bem como de “âmbito do caso”, como um recorte desse âmbito material.

fundamentação aberta da escolha dos componentes do âmbito da norma, a ser realizada a partir de um programa de norma obtido pela “interpretação *integral e racionalmente recapitulável* de todos os elementos, primordialmente linguísticos, da concretização (da constituição)” (MÜLLER, 2005, p. 133).

Ao interligar o programa da norma ao âmbito normativo, o operador do Direito cria uma norma jurídica de caráter geral e abstrato que, ao ser individualizada (“aplicada” ao caso concreto por meio das etapas da concretização), dá ensejo à norma de decisão. Aí nasce a normatividade: na produção da norma jurídica, que se apresenta como resultado intermediário, e da norma de decisão, que consiste na determinação de cunho obrigatório do caso individual (GOMES, 2009, p. 80).

De acordo com a TED, normatividade não se confunde com positividade. Enquanto esta é característica dos textos de normas, sendo consequência da ideia de Estado de Direito, aquela se constitui como efeito dinâmico da natureza estruturada da norma jurídica, da composição entre “ser” e “dever ser” (FONTOURA, 2009, p. 85). Nesse sentido:

De conformidad con la significación específica y la originalidad ideada por el planteamiento metódico estructurante, una Constitución o cualquier otra disposición normativa dotada de positividad, solo adquiere normatividad una vez se haya concretizado. El texto normativo presenta sí, la nota aludida de positividad, pero viene obligado a ponerse en comunicación con la realidad; esto es, ha de relacionarse con la aspereza del mundo que lo constituye, operación que implicará especialmente la rigurosa observación de las relaciones político-sociales. (MANCERO, 2014, p. 143)

Há, aqui, mudança de paradigma, na medida em que o direito normativo se desloca da atividade legislativa para a judicante (CONTE, 2008, p. 5955). O texto de norma é, agora, considerado o ponto de partida e o limite da atividade concretizante, mas não se confunde com a norma jurídica e a noção de normatividade. Deixa-se de lado o modelo positivista estático de subsunção, em prol da construção da norma jurídica pelo operador do Direito a partir do caso concreto.

4 METÓDICA JURÍDICA ESTRUTURANTE

Tem-se o pressuposto de que a TED se diferencia das demais teorias pós-positivistas, na medida em que parte de novo modelo de teoria da norma, não mais pautado na separação entre “ser” e “dever ser”, mas voltado à construção estruturada da norma jurídica, a partir do texto de norma e do

caso concreto. Não obstante, esse processo de construção da norma jurídica não se dá de forma livre, mas por meio daquilo que Müller denomina concretização. Nesse cenário, objetivando a racionalização e o controle do processo de concretização, Müller fundamenta a TED na metódica estruturante.

A metódica estruturante do Direito é fundamentada na teoria do direito; não em uma teoria “sobre” o Direito (teleológica, ética, filosófica, sociológica, etc.), mas, sim, em uma teoria “do” Direito, ou seja, em uma teoria da norma Jurídica. “Diante disso, uma metódica do direito constitucional sistematicamente elaboranda deve pesquisar a estrutura da normatividade; e isso significa [...] que ela deve pesquisar a estrutura das normas jurídicas” (MÜLLER, 2005, p. 34).

A metódica não se apresenta como lógica jurídica formal, quanto menos como técnica para resolução de casos concretos, na medida em que rejeita a divisão clássica entre “ser” e “dever ser” e a utilização do raciocínio subsuntivo para resolução de casos; bem como se impõe como teoria da práxis, e não apenas como prática (GOMES, 2009, p. 82)⁷.

Parte-se da ideia de que o Direito, enquanto instrumento de “violência social formalizada”, exerce as funções de diferenciação, orientação e estabilização, mas, especialmente, de dominação e legitimação. Nesse sentido, sob a perspectiva de que a práxis jurídica tem caráter decisório (e politicamente funcional), a metódica jurídica se apresenta como técnica de atribuição da ciência prática no âmbito dos processos decisórios, “a saber,

7 Segundo Müller (2006, p. 1-2), “Em cada ciência há uma primeira, e reduzida, compreensão de ‘método’ que significa ‘técnica do proceder praticamente’. Por exemplo, nas ciências sociais: técnica das pesquisas de opinião anônimas, das análises estatísticas, da conduta do questionamento nas entrevistas individuais, etc. No direito, eu a chamo de ‘técnica formal de resolução de casos’ e ela constitui uma, curta, parte de minha ‘Metódica Jurídica’ (como há também uma ‘metodologia da pesquisa no direito’ com análises e reflexões para os autores de monografias, *papers*, teses, etc.). Trata-se, para mim, da práxis do ordenamento jurídico real do país (e não do ensino e da pesquisa acadêmicos), já que esta técnica formal de resolução de casos pelos juízes e pelos demais operadores do direito faz parte do conceito (vocês a denominam aqui, em sua questão, de ‘simples indicações para aplicação das normas’). No entanto, minha ‘Metódica Jurídica’ não é apenas prática, mas uma Teoria da Práxis. Esta é a segunda compreensão de ‘método’, mais exigente, mais ampla: o conjunto do percurso das normas jurídicas através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política. Para tudo isto não há reflexão possível sem uma reflexão completa da teoria da norma jurídica; sem outras questões fundamentais da teoria do direito (como ‘validade’, ‘ser e dever ser’, ‘subsunção e concretização’ e muitas outras); sem discutir a dogmática jurídica em sua posição e função; sem integrar os pressupostos normativos da constituição (como divisão de poderes, controle recíproco das funções do Estado, repartição de competências, exigência de transparência e clareza, direitos das pessoas no tocante a um procedimento correto [juízo justo]); sem os direitos do homem e do cidadão e outros. Ela também não é mais possível sem integrar a lingüística [sic] do direito, afinal o direito opera inteiramente dentro do meio da ‘linguagem natural’ (em contraposição ao algoritmo formal), ou seja, dentro da respectiva língua do país ou, no direito internacional, dentro das línguas fixadas pelos acordos internacionais”.

a técnica da recondução, regular e aceita no caso normal, de normas decisórias a normas jurídicas” (MÜLLER, 1995, p. 7).

Enquanto procedimento racionalizante, a metódica jurídica encontra-se diretamente relacionada à noção de Ciência Jurídica, isso porque, no âmbito da TED, a Ciência Jurídica somente é Ciência, pois a dogmática jurídica apresenta metódica científica. Por sua vez, só é possível cogitar a existência de metódica científica a partir da ideia de práxis metódica, ou seja, a partir do trabalho cotidiano realizado pelos operadores do Direito. Assim, a metódica jurídica é considerada por Müller como área socialmente localizada, estruturada a partir do esquema “função-estrutura-métodos de trabalho”. Nas palavras de Müller (1995, p. 27), “a metódica jurídica refere-se aos modos efetivos de trabalho de um setor da práxis social com determinadas tarefas, determinadas seqüências (sic), possibilidades específicas de modificação e de controle”.

Não há, portanto, uma metódica jurídica geral, possível de abstração do tipo de sociedade dominante. Os modos de trabalho participam incansavelmente dos nexos sociais, significando, conforme a estrutura desses nexos, as operações metódicas de Tribunais e suas instâncias, de Tribunais comuns, administrativos ou constitucionais, dos advogados e cientistas, etc. (MÜLLER, 1995, p. 27). Desse modo, a metódica encontra-se construída a partir de sua função, o que gera dois questionamentos: (i) Qual a função do trabalho, cujo procedimento é examinado pela metódica jurídica?; e (ii) Qual a função da metódica? As respostas são fornecidas pelo próprio Müller (1995, p. 27-28):

Em primeiro lugar: qual é a função desse trabalho, cujo procedimento a metódica jurídica examina? A função do trabalho jurídica é uma função de decisão e dominação, de diferenciação e orientação da sociedade, de distribuição e compensação, de estabilização e legitimação. Em segundo lugar: qual é a função dessa metódica? A resposta, formulada em termos de teoria do direito, é a seguinte: a sua função consiste em elaborar, formular regras para imputação (faticamente com probabilidade suficiente) bem-sucedida das normas de decisão estabelecidas no caso individual às normas jurídicas gerais indicadas como existentes por trás dessas normas de decisão. A solução de casos jurídicos é uma técnica decisória, a metódica jurídica enquanto metódica da fundamentação explanadora da decisão é uma técnica de imputação.

Ocorre que, embora seja elaborada a partir do trabalho cotidiano dos operadores do Direito, a metódica estruturante não busca legitimar essa

práxis decisória. Pelo contrário, busca racionalizá-la, por meio do desenvolvimento de “regras que tornem possível a explicitação da estrutura de concretização da norma jurídica no caso concreto” (GOMES, 2009, p. 82).

Como se vê, o método é considerado indispensável ao processo de “aplicação”⁸ do Direito, na medida em que garante estabilidade, racionalidade e facilita a verificabilidade da decisão (MÜLLER, 2008, p. 83), embora a metódica jurídica não seja vista como projeto racionalizador absoluto. Muito pelo contrário, a TED reconhece o caráter limitado da metódica. E é a partir do reconhecimento de sua limitação que a TED garante maior racionalidade, pois “a utilidade de uma metódica limitada, que se concebe e representa a si mesmo como limitada, reside na melhor verificabilidade e discutibilidade dos pontos de vista” (MÜLLER, 2008, p. 84).

Entende-se que racionalizar o Direito nada mais é do que permitir que os teores materiais envolvidos no processo de concretização das prescrições jurídicas sejam inseridos de maneira metodologicamente controlada, exigindo-se “uma exposição racional dos passos executados na ‘aplicação’ do direito, sem que seus limites sejam encobertos” (MÜLLER, 2008, p. 90-91)⁹.

A metódica estruturante se apresenta como conceito complexo e abrangente, englobando: (i) a hermenêutica; (ii) a interpretação; (iii) os métodos de interpretação; e (iv) a metodologia. Dada sua amplitude conceitual, o termo original *Methodik* não foi traduzido do alemão como metodologia, mas sim como “metódica”. Tem-se que, sob a lógica da TED, o termo metodologia – enquanto responsável pela catalogação, explicação e justificação de métodos de trabalho utilizados no tratamento da norma jurídica em face do caso concreto – se mostraria insuficiente, pois a metódica estruturante não se preocupa necessariamente com o discurso sobre o método, mas, sim, com a aplicação efetiva do método (FONTOURA, 2009, p. 15).

Desse modo, a metódica estruturante se encontra voltada à análise das questões atinentes ao processo de concretização das normas em situações decisórias (com vistas ao caso concreto). Apreendendo elementos do

8 O termo encontra-se destacado entre aspas, na medida em que no âmbito da TED o termo “aplicação” das normas/do Direito não encontra respaldo, pois a norma jurídica não é entendida como um dado pronto e passível de simples aplicação ao caso concreto mas, sim, como resultado do processo de concretização.

9 Haja vista a relação entre Direito e Política, Müller (2014, p. 47-48) sustenta que a metódica jurídica “é o meio para instâncias formais e informais de controle garantirem a ligação prática de poder estatal com o direito vigente no caminho de um controle da racionalidade e regularidade dos modos jurídicos de trabalho [...]”. Sendo assim, a metódica não busca obter a única decisão “correta”, mas permitir a crítica às decisões tomadas, em prol da racionalidade e controle.

âmbito da norma e do programa da norma, a metódica estruturante procura desenvolver “meios de um trabalho controlável de decisão, fundamentação e representação das funções jurídicas” (MÜLLER, 2005, p. 57).

Nesse cenário, marcado pela superação da ideia de objetividade absoluta, no qual a metódica jurídica busca a maior racionalidade possível (sob viés de objetividade relativa), a ideia de mera interpretação dos textos não se mostra suficiente. A norma jurídica não é mais considerada como o produto da interpretação, passível de aplicação por meio da subsunção. Parte-se da teoria da norma jurídica calcada na relação intrínseca entre texto e realidade, na qual a norma jurídica é produzida a partir do caso concreto e do texto de norma, no processo de concretização (metodicamente dirigido). Embora a interpretação do texto da norma exerça papel importante (especialmente na formulação do programa da norma), esta não é suficiente para a criação da norma jurídica (MÜLLER, 2005, p. 105).

Por operar de forma indutiva, na teoria estruturante do Direito, o sujeito da decisão jurídica não é mais a lei (a norma), mas sim o operador do Direito, aqui entendido como o jurista efetivamente atuante. O trabalho jurídico não mais se limita à “compreensão” ou “interpretação”, mas à concretização, aqui entendida como a “*construção* da norma jurídica no caso individual a ser decidido” (MÜLLER, 2005, p. 129). Sob essa perspectiva, embora a interpretação exerça papel ainda importante no processo de concretização, a ideia de “aplicação do direito” é inteiramente afastada, pois já não se vê a norma jurídica como algo pronto e acabado, como resultado de processo intentado pelo operador do Direito (GOMES, 2009, p. 67).

De forma simplificada, “concretização da norma é *construção* da norma” (MÜLLER, 2008, p. 231). Não se trata mais de interpretar a lei, aplicando-a e subsumindo-a silogisticamente ao caso concreto, como defendido pelo positivismo jurídico; porém, de “*produzir*, diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige a solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito” (MÜLLER, 2005, p. 131). Sobre o processo de concretização, disserta Fontoura (2009, p. 107):

Na metódica estruturante de Friedrich Müller, nem a norma jurídica geral e abstrata [*Rechtsnorm*], e muito menos a *norma de decisão* [*Entscheidungs-norm*], podem ser deduzidas antes do processo de concretização – bem ao contrário, o enfoque de Müller é indutivo. À dicotomia secular entre norma e realidade é, assim, oferecida uma concepção alternativa calcada na interdependência entre ambas (com a norma fazendo parte da realidade regulada,

e vice-versa). Norma e texto da norma não são aqui termos identificáveis, sendo aquela algo mais complexo que este, já que resultante de elaboração estrutural em conjunto com a realidade. Ademais, deve-se evitar que o pensamento jurídico se oriente nem por uma suprema orientação pelos fatos e nem por uma normatividade destituída de realidade. De um lado, a metódica estruturante enfatiza a imprescindibilidade do texto da norma: o processo de concretização deve partir do texto da norma, eis que este possui legitimidade democrática. De outro, a metódica não fecha os olhos aos dados reais. Ao contrário, a metódica objetiva exatamente uma inserção controlada dos dados reais no processo de decisão.

Daí a conclusão de Olivares (2012, p. 226-227), no sentido de que, na teoria estruturante do Direito, a norma é vista como um produto gerado a partir da ação combinada de todos os poderes estatais:

En este sentido, en primer lugar, para la teoría estructurante del derecho la “norma jurídica” será el resultado de una compleja labor llevada adelante por el operador jurídico o quien trabaja sobre el derecho (Rechtsarbeiter): precisamente, la norma es inexistente como realidad sustancial separada de un caso, toda vez que se concreta o se realiza – se actualiza – con motivo de la resolución de éste. Según Müller no es que la norma jurídica provenga del texto de la norma, sino que aquélla se ha de medir conforme a él. De este modo, se abandona la idea de supraordenación jerárquica del legislador respecto del juez, y se acentúa la responsabilidad de los tribunales en la labor de la concretización del derecho; en última instancia, de lo que se trata, es simplemente admitir que en realidad el derecho vigente es producido o generado por una acción combinada de todos los poderes estatales y tratar de disciplinar la actividad de los jueces para hacerla controlable racionalmente.

O processo de concretização tem início com o “caso” e com o “texto da norma”, sem diferenciação hierárquica. O primeiro, responsável pela inclusão dos elementos reais; o segundo, pela inclusão dos elementos linguísticos. É da inter-relação entre esses elementos que surgirá a norma jurídica e a posterior norma de decisão. O “texto da norma” é o ponto de partida do processo de concretização. Todavia, sempre de forma conjunta com o “caso concreto”, pois a norma jurídica não pode existir sem se referir a um caso prévio (seja real ou fictício). Não obstante, não são todos os dados reais que importam ao processo de concretização, mas apenas aqueles considerados relevantes, ou seja, selecionado pelo programa da norma (GOMES, 2009, p. 71).

Assim, tudo se inicia de forma não normativa, quando o operador do Direito é apresentado a um “relato do caso” (*Fallerzählung*), normalmente narrado por um leigo, englobando, portanto, série de circunstâncias relevantes ou não. Ao operador do Direito compete transformar o “relato do caso” nas “circunstâncias do caso” (*Sachverhalt*), considerando seus conhecimentos e sua pré-compreensão jurídica, descartando fatos e circunstâncias considerados irrelevantes ao processo de concretização. As “circunstâncias do caso” serão, então, confrontadas com as hipóteses de textos de normas válidas relacionadas ao tema, sendo novamente filtradas, dando ensejo ao “âmbito da matéria” (*Sachbereich*). Finalmente, a última etapa não normativa da concretização se dá quando o “âmbito do caso” é criado, a partir de nova redução dos aspectos factuais, sendo selecionados apenas aqueles vistos como convenientes em relação aos textos normativos pertinentes (GOMES, 2009, p. 71-73).

A partir da análise dos textos de norma com base nos elementos da concretização o programa da norma será criado. Estando este devidamente delimitado, os fatos serão selecionados de acordo com o espaço de regulamentação traçado pelo próprio programa da norma, com a devida fundamentação, dando ensejo ao âmbito normativo (FONTOURA, 2009, p. 11-112). Composta pelo programa da norma e pelo âmbito normativo, por meio da complementação recíproca, a norma jurídica será gerada, dando ensejo à norma de decisão, ao final do processo de concretização (GOMES, 2009, p. 73).

Segundo Fontoura (2009, p. 112), estabelecida a norma jurídica, parte-se para a decisão do caso, com a formulação da norma de decisão individual e concreta, na qual transforma-se o caso jurídico em “caso decidido”.

Gomes (2009, p. 73) adverte que “nem todos os passos acima citados terão de ser necessariamente percorridos. Tudo dependerá da complexidade do caso que se apresenta”. Ou seja, Müller criou uma série de passos a serem observados quando da criação da norma jurídica e da “aplicação” da norma de decisão ao caso concreto, tendo como objetivo fortalecer a fundamentação do processo, garantindo maior racionalidade. Entretanto, Santos (2006, p. 57) sustenta que, “quanto mais passos metódicos de trabalho forem estabelecidos, maior apresenta-se a chance de discussão e controle das decisões”. Entretanto, a depender da complexidade do caso, nem todas as etapas são indispensáveis.

Por fim, é interessante esclarecer que, ao longo do processo de concretização, apenas a fase de formulação do programa da norma pode ser cotejada com a hermenêutica tradicional. Quanto ao estabelecimento da norma de decisão, são inúmeros os elementos metódicos – e não métodos – que concorrem no processo de concretização (FONTOURA, 2009, p. 113).

Por se tratar de processo estruturante, a metódica não estabelece “graus” ou “estágios” de interpretação, mas “elementos” do processo de concretização, os quais consistem em momentos do processo unitário, e não passíveis de aplicação individualizada (MÜLLER, 2005, p. 57-58). Veja-se o quadro elaborado por Burg (2019, p. 49):

Quadro 5 - Classificação funcional dos elementos de concretização

Grupos	A. Elementos de tratamento do Texto da Norma	Diretamente relacionados à interpretação dos Textos de Normas	→ Elemento metodológicos em sentido estrito e os princípios de interpretação da Constituição
	B. Elementos de análise do Âmbito da Norma	Relacionados aos teores materiais que resultam da análise do Âmbito da Norma e da análise dos elementos do conjunto de fatos relevantes para a concretização	→ Elementos do Âmbito da Norma
	C. Elementos auxiliares	Desenvolvem uma função suplementar	→ Elementos dogmáticos, de técnica de solução, de política constitucional e de teoria

Fonte: Gomes (2009), Santos (2006), Müller (2005).

São elementos do processo de concretização: (i) elementos *metodológicos strictiore sensu* (interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática, teleológica e princípios isolados da interpretação da Constituição); (ii) elementos do âmbito da norma; (iii) elementos dogmáticos; (iv) elementos de teoria; (v) elementos de técnica de solução; e (vi) elementos de política do direito e política constitucional.

5 A UTILIZAÇÃO DA TED NOS ESTUDOS ACADÊMICOS REALIZADOS NO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Embora se trate de teoria originária da Alemanha, a utilização da TED no Direito brasileiro vem se expandindo, seja no âmbito teórico ou jurisdicional. Nesse diapasão, objetiva-se elencar pesquisas desenvolvidas no âmbito do PPGD/UFSC, que utilizaram a teoria desenvolvida por Friedrich Müller como teoria de base/fundamentação teórica, sem qualquer juízo de adequação quanto à aplicação da referida teoria pelos respectivos autores.

Importante esclarecer que, para seleção dos trabalhos abordados, foram utilizados os seguintes parâmetros: (i) busca de “Teses e Dissertações” por meio da palavra-chave “Friedrich Müller” no Repositório Institucional da UFSC (<https://repositorio.ufsc.br>), o que resultou em 25 (vinte e cinco) respostas; e (ii) seleção de trabalhos elaborados perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, datados até 2020, que contivessem o termo “Friedrich Müller” no título ou resumo, o que resultou na filtragem de 6 trabalhos, todos em nível de Mestrado (dissertações). Em relação à descrição do objeto das dissertações selecionadas, destaca-se que a análise foi feita com base nas informações constantes no resumo, na introdução e na conclusão ou, quando necessário, por meio da leitura de parágrafos/capítulos específicos que continham o termo “Müller”.

Para tanto, são abordados os seguintes trabalhos: (i) “A aplicabilidade da *Failing Firm Theory* no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a teoria estruturante do Direito” (BURG, 2019); (ii) “O direito como espaço de lutas: a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico” (FONSECA, 2006); (iii) “Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante” (FONTOURA, 2009); (iv) “A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica” (GOMES, 2009); (v) “Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller” (SANTOS, 2006); e (vi) “Norma ambiental: complexidade e concretização” (MARTINS, 2013).

Em sua dissertação, Burg (2019) questiona a aplicabilidade da *failing firm theory* (FFT) no controle de concentrações realizado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, especialmente no que concerne à aprovação de atos de concentração envolvendo empresas em crise, sob a perspectiva da teoria estruturante do Direito. A referida autora busca compatibilizar a FFT, uma teoria estrangeira e sem previsão expressa na Lei nº 12.529/2011 (que regula o antitruste no País) com o arcabouço jurídico pátrio. Parte da hipótese de que, sob a perspectiva da TED, a aplicação da FFT no controle dos atos de concentração seria admitida pelo ordenamento jurídico, “desde que não viole, principalmente, a livre concorrência e a defesa do consumidor, bem como respeite os parâmetros estabelecidos na Lei n.º 12.529/2011 para a aprovação de atos de concentração” (BURG, 2019). No primeiro Capítulo do trabalho, os parâmetros da TED são abordados; mas é no último Capítulo que a compatibilização entre a TED, a FFT e o ordenamento jurídico nacional é realizada. Partindo de “estudo de um caso hipotético”, guiado pelo processo de concretização, Burg (2019) demonstra

a compatibilidade (observados determinados pressupostos) da FFT com o ordenamento jurídico pátrio.

Já Fonseca (2006), em seu escrito “O direito como espaço de lutas: a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico”, defende a posição de que o Direito é importante ferramenta para a defesa das classes mais frágeis, indo contra a ideia marxista ortodoxa. “Criticom-se as correntes vinculadas ao marxismo ortodoxo, que pautadas na relação mecanicista entre estrutura e superestrutura, tratam o direito unicamente como dominação, ignorando-o como possível espaço de emancipação” (FONSECA, 2006, p. 8). Para tanto, utiliza a teoria pós-positivista formulada por Friedrich Müller em seus escritos. Segundo Fonseca (2006, p. 122):

[...] salta aos olhos o importante papel que teorias concretistas como a de Müller podem ter para o direito alternativo. Por meio dela, como já dito alhures, a realidade, que sempre fora escamoteada pelos mecanismos jurídicos tradicionais, pode ser inserida na própria estrutura normativa, afigurando-se, ao lado do texto, como componente da própria norma jurídica. Desse modo, abre-se um amplo leque de possibilidades de trabalho para os juristas orgânicos na concretização dos valores emancipatórios contidos no Texto Constitucional de 1988. Além disso, também permite a amplificação das possibilidades de controle do processo de concretização das normas jurídicas, restringindo o arbítrio das decisões judiciais e afastando do direito alternativo as críticas de que ele afrontaria a segurança jurídica e a própria legalidade.

Em sua dissertação sobre o positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante, Fontoura (2009) analisa o positivismo e o pós-positivismo jurídico sob a perspectiva da teoria estruturante do Direito, utilizando a obra de Luís Roberto Barroso para fazer um paralelo com a obra de Friedrich Müller, a fim de verificar correntes pós-positivistas no Brasil e a aplicabilidade da teoria estruturante. Fontoura (2009, p. 143) conclui que

uma efetiva superação do positivismo jurídico se identifica com a superação do estilo ontológico de raciocínio que lhe é peculiar, isto é, a concepção de que a normatividade, confundida aí com a positividade, possa ser “dada” na norma jurídica em si. O positivismo jurídico tem como característica essencial não o apego à “letra da lei”, mas sim uma concepção que contrapõe o direito e a realidade, principalmente através das “teses da separação” e da confusão entre “norma” e “texto de norma”. Isto demonstra que as questões relativas à metódica são dependentes, em larga medida, da teoria da norma que se adote. Deste prisma, é questionável uma superação do positivismo jurídico no Brasil, em geral porque não se partiu de um correto referencial do

que ele pudesse significar em termos de teoria da norma. Com isso, evidentemente há no Brasil antipositivismo, mas é duvidoso que haja pós-positivismo. Do ponto de vista metódico, é difícil encontrar autores que se digam positivistas (como, *e.g.*, Dimoulis), mas é igualmente difícil encontrar propostas de teoria da norma que acompanhem esta pretensão.

Para Fontoura (2009), o “pós-positivismo” da teoria estruturante do Direito deslocaria a pergunta sobre o valor da positividade (do texto da norma) para a pergunta sobre o valor da normatividade (da norma), de forma que os elementos da realidade não são controlados ou absorvidos pelo Direito, eles constituem a norma na mesma proporção do texto da norma.

Gomes (2009), por sua vez, em seu trabalho “A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica”, se propôs a investigar de que forma a metódica estruturante do Direito se reflete na interpretação e aplicação do Direito, investigando o contexto de formulação da metódica estruturante. O trabalho busca destacar, fazendo incursões nas escolas hermenêuticas de decisão jurídica, a correlação da norma jurídica proposta pela teoria estruturante do Direito e os reflexos dessa nova concepção para a metódica jurídica. Ressalta Gomes (2009, p. 127) que “a metódica estruturante preocupa-se em desenvolver meios de um trabalho controlável de decisão e fundamentação; apresenta-se, portanto, como uma técnica de decisão e de imputação que tem como exigência a submissão da norma de decisão aos textos de normas jurídicas gerais”.

Por seu turno, Santos (2006), em sua dissertação “Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller”, utilizando-se da metódica estruturante de Friedrich Müller, busca verificar a aplicabilidade da teoria para a racionalização e legitimação da atuação do Poder Judiciário. Para tanto, realiza interlocuções com a teoria pura do Direito de Hans Kelsen. De acordo com Santos (2006), em formulações pós-positivistas, o Poder Judiciário que se pretenda legítimo pauta-se no respeito e na vinculação ao ordenamento jurídico, e para tanto há que se referenciar por uma metódica, como a proposta por Friedrich Müller, mas também de outras, como a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, de forma a não esgotar os sentidos.

Por fim, Martins (2013), em sua obra “Norma ambiental: complexidade e concretização”, demonstra que o enfrentamento da crise ambiental passa por instrumentos jurídicos, mas que devem ter como base o pensamento complexo em oposição à abordagem cartesiana, de modo que se

deve buscar a realidade compreendida na sociedade de risco para traçar o âmbito da norma. Ao aplicar a teoria de Müller ao direito ambiental, por meio da readequação do discurso, demonstra a complexidade das interações ecológicas, repelindo a utilização de linguagem hermética, repleta de categorias desconhecidas do intérprete (MARTINS, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria pós-positivista de Müller realizou indelévels contribuições para que as teorias do Direito e da norma coadunem para a maior coerência. Com a precisão que lhe é própria, negando a ideia de “texto de norma” como a norma supostamente finalizada, “superou” (de forma construtiva) o positivismo clássico.

Conforme se infere do exposto, a teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller teve aplicação em trabalhos acadêmicos no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, em nível de Mestrado. Todos os trabalhos analisados utilizaram a teoria pós-positivista de Müller como forma de avanço “hermenêutico” para aplicação do Direito brasileiro.

Embora a esfera de análise tenha se restringido a determinados trabalhos elaborados no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina, em especial no âmbito do Mestrado, não se desconhece a ampla utilização dos escritos de Müller em outros Programas de Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Conclui-se que a teoria estruturante do Direito de Friedrich Müller é referencial teórico festejado no âmbito do PPGD/UFSC, mas insta ressaltar que maiores estudos sobre o tema, a fim de propagar e debater a teoria estruturante do Direito, se fazem necessários, na medida em que o fortalecimento do Estado de Direito é finalidade clara da teoria de Müller.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, J. M. A. de. Hermenêutica constitucional e a teoria estruturante do direito. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 2, n. 7, p. 31-51, jul./set. 2008.

BURG, A. K. B. *A aplicabilidade da Failing Firm Theory no controle de atos de concentração pelo Cade de acordo com a teoria estruturante do Direito*. Dissertação (Mestrado em Direito). 168 p. Programa de Pós-Graduação em Direito

da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/215410>. Acesso em: 6 out. 2022.

FONSECA, E. P. da. *O direito como espaço de lutas: a teoria constitucional como ferramental de trabalho do jurista orgânico*. Dissertação (Mestrado em Direito). 214 p. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/88325>. Acesso em: 6 out. 2022.

FONTOURA, J. F. S. da. *Positivismo jurídico e pós-positivismo à luz da metódica estruturante*. Dissertação (Mestrado em Direito). 153 p. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/92922>. Acesso em: 6 out. 2022.

GOMES, N. C. *A teoria da norma de Friedrich Müller: reflexos na metódica jurídica*. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). 132 p. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/93157>. Acesso em: 6 out. 2022.

LUÑO, A.-E. P. Recensiones. Friedrich Müller: Strukturierende Rechtslehre, 2. ed., completamente reelaborada, ampliada y actualizada. Berlín: Duncker & Humblot, 1994. 464 p. *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Epoca, n. 88, abr./jun. 1995.

MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. O construtivismo de François Geny e a Metódica Estruturante de Friedrich Müller: há um paralelo possível entre a escola da livre investigação científica e a teoria estruturante do direito? *THEMIS -Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, v. 8, n. 2, p.15-26, 2010. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/165/156>. Acesso em: 28 out. 2022.

MANCEBO, L.-Q. V. El proceso estructurante de producción normativa propuesto por Friedrich Müller. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2823, 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18769/el-proceso-estructurante-de-produccion-normativa-propuesto-por-friedrich-muller>. Acesso em: 31 out. 2019.

MANCEBO, L.-Q. V. La metódica estructurante del derecho en cuanto convincente concepción superadora de “ideales metodológicos”. *Revista de Las Cortes Generales*, n. 91, 2014, p. 133-164. Disponível em: <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/810/755>. Acesso em: 17 out. 2022.

MARTINS, G. S. *Norma ambiental: complexidade e concretização*. Dissertação (Mestrado em Direito). 317 p. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/107245>. Acesso em: 6 out. 2022.

MÜLLER, F. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

- MÜLLER, F. El derecho de creación judicial, formulado desde el punto de vista de la teoría del derecho. Tradução: Luis-Quintin Villacorta Mancebo. *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n. 28, p. 57-78, 2013. Disponível em: https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.28._Luis_Quintin_Villacorta_Mancebo.pdf/0ee3e4ab-ca0b-8220-7f7b-9976c66b8e65. Acesso em: 17 out. 2022.
- MÜLLER, F. Entrevista com Friedrich Müller. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 8, n. 80, 2006. Entrevista concedida ao Professor Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (Unifor) e ao Professor Dr. Gilberto Bercovici (USP). Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/349/342>. Acesso em: 17 out. 2022.
- MÜLLER, F. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Joinville: Bildung, 2014.
- MÜLLER, F. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- MÜLLER, F. *Teoria estruturante do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MÜLLER, F. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais, especialmente com base na teoria estruturante do direito. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 7, p. 315-327, 2003.
- MÜLLER, F. Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 9, n. 27, set./dez. 1989.
- OLIVARES, S. C. O. Principios jurídicos y ordenamiento jurídico. Base para una teoría general de los principios jurídicos en el sistema constitucional chileno. *Derecho y Humanidades*, n. 20, p. 183-239, 2012. Disponível em: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/34821/36524>. Acesso em: 17 out. 2022.
- SÁNCHEZ, R. L. Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la constitución mexicana. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 37, p. 229-263, julio/diciembre 2017. Disponível em: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/11458/13363>. Acesso em: 17 out. 2022.
- SANTOS, R. M. dos. *Método, racionalidade e legitimidade da decisão judicial: uma análise a partir da teoria estruturante de Friedrich Müller*. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito). 125 p. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2006. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/89461>. Acesso em: 6 out. 2022.
- ZULUAGA, L. O. C. La hermenéutica y el operador jurídico en el nuevo esquema constitucional. Pautas a considerar para el logro de una adecuada interpretación jurídica. *Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, v. 8, n. 15, p. 77-96, enero/junio

2009. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v8n15/v8n15a5.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.

Sobre a autora e os autores:

Amanda Karolini Burg | *E-mail:* amanda@bh.adv.br

Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Faculdade Cenequista de Joinville (FCJ). Advogada.

Nelson Nogueira Amorim Filho | *E-mail:* nelson-nogueira2@hotmail.com

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Graduado em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito (Ebradi). Graduado em Direito pela Universidade da Região de Joinville (Univille). Advogado.

Everton das Neves Gonçalves | *E-mail:* evertong@vetorial.net

Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Doutor em Direito Internacional Econômico pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Professor de Direito Econômico e de Análise Econômica do Direito nos cursos de Graduação em Direito e em Economia da UFSC. Professor titular credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Coordenador do Grupo de Pesquisa no CNPq e do Centro de Estudos Jurídicos e de Gestão do Desenvolvimento (CEJEGD).

Data de submissão: 14 de abril de 2022.

Data de aceite: 18 de outubro de 2022.