

Às voltas com a Metódica Estruturante do Direito de Friedrich Müller

By laps with the Methodical Structuring of Law the Friedrich Müller

Luis-Quintín Villacorta Mancebo (*)

RESUMO: O texto do artigo tenta situar à metódica Estruturante do Direito porque tem um sentido diferente ao proposto pelo positivismo metódico, desde a aceitação modulada e flexível das premissas hermenêuticas. Para a Teoria Estruturante do Direito a interpretação e a aplicação carecem de autonomia propriamente dita. Portanto, para a Teoria Estruturante do Direito, a Norma jurídica é adotada como «produto», e a resolução de cada conflito necessita uma nova produção normativa até sua entrega como Norma de decisão.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo metódico; Teoria Estruturante do Direito; Norma jurídica; Norma de decisão; Direito Constitucional; Concretização.

ABSTRACT: The text the article attempts to situate the methodical Structuring of Law in a different sense from what is propounded by the methodical positivism and from the qualified acceptance of the hermeneutic principles. The Structuring of Law considers that both interpretation and application, strictly speaking, lack autonomy. For the Structuring of Law, the juridical Norm is consequently understood as a «product» and the resolution of each case requires a new production of norms until it is submitted as decision Norm.

KEYWORDS: Methodical positivism; Structuring of Law; Juridical Norm; Decision Norm; Constitutional Law; Concretizing.

Introdução

Em conformidade com o significado específico e a originalidade ideada pela abordagem *Metódica Estruturante do Direito*, uma Constituição, ou qualquer disposição normativa com positividade, apenas adquire normatividade uma vez que ela foi concretizada¹. O texto normativo apresenta a nota acima de positividade, mas é forçado a se comunicar com a realidade; isto é, tem que interagir com a aspereza do mundo, operação que envolverá particularmente uma rigorosa observação das relações sócio-políticas.

Em termos ainda mais rigorosos do que iríamos dispostos a considerar aqui devido a brevidade do julgamento, trata-se de algo bem mais profundo em termos de mudança de perspectiva sobre o caminho que, necessariamente, nós entendemos finalmente a normatividade da Constituição ou qualquer outro texto de direito positivo, em frente do que veio a ser o estreito senso tradicional de caráter logicista e objetivador. No entanto, ao contrário do *modus ponens* da interpretação tradicional, que inclui pela re-execução da vontade abstrata supostamente expressa pelo texto normativo – «positivismo do tratamento da Norma»² –, bem mais promissora

(*) Catedrático acreditado de Derecho Constitucional. Universidad de Cantabria (España). Facultad de Derecho.

¹ Em sentido divergente, por exemplo, Christian STARCK, cuja abordagem à aplicabilidade da Constituição supõe que são de aplicação os mesmos critérios que na interpretação das normas de Direito privado, *Jurisdicción constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011, p. 41.

² De acordo com o conceito utilizado em senso crítico por Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik. Grundlagen Öffentliches Recht*, Bd. I, 9ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2004, p. 104.

é a *teoria da concretização* da qual, agora, de forma limitada, far-se-á alusão a alguns dos seus principais pontos. Para esta abordagem o processo compreensivo-aplicativo não só tem caráter cognitivo, mas fundamentalmente criativo, é ato ou atividade, é uma atualização ou remoção do direito para a sua realização total e permanente em cada caso através do esforço e a vontade do operador do Direito voltado para a realidade, já que o agente regulador desenvolve por esta razão uma atividade primária e essencial durante o *processo concretizante*.

A *Teoria concretizante do Direito* tem como objetivo atender, com maior extensão, às demandas da sociedade contemporânea, caracterizada por uma marcada diferenciação social e o pluralismo. Para esta finalidade, a revisão do positivismo deve se apoiar numa teoria do Direito a fazer e não em uma teoria do Direito estabelecida, seja de inspiração sociológica, psicológica, histórica, filosófica, ou qualquer outra. Por isso, apresentar-se-á uma teoria crítica, revisória dos fundamentos da Norma jurídica na sua idealizadora versão positivista, porquanto os postulados da interpretação observados desde essa abordagem derivam diretamente duma concepção da Norma enraizada nas diversas vertentes do normativismo que impedem sua mistura com qualquer questão circunstancial que pudera alterá-la, ainda que minimamente.

Entretanto, precisamente por esta assinalada razão, permanece completamente alheia à ideia de que o conhecimento jurídico é saber prático, é um conhecimento de aplicação por causa das circunstâncias contingentes e variáveis desde a relativização de exigências concretas de espaço-temporais³. Nisso é que justamente consiste a compreensão hermenêutica de aberturidade e facticidade, em saber aplicar para transcender das simples implicações lógicas e o resultado correspondente duma impressão profundamente desanimadora derivada deste último, na medida em que entram em consideração da mesma maneira tanto as *pragmáticas como as contextuais*.

1. O processo estruturante de produção da Norma jurídica como proposta superante da metódica positivista

1.1. Questionamento dos enfoques positivistas

A *metódica estruturante* representa a rejeição absoluta do modelo legal de interpretação desenvolvido a partir dos postulados lógico-formais do positivismo metódico em qualquer das suas variações.

Certamente, abordando o normativismo ancorado nas premissas da filosofia da consciência ou localizado fora do âmbito da experiência, realizou-se a ideia de um controle possível da correta aplicação normativa a principiar em cânones metodológicos desenvolvidos no âmbito interno do «sistema⁴». Expresso em termos genéricos, as diferentes correntes positivistas partem do reconhecimento de que o único objeto possível para a Ciência jurídica são as normas –positivas– de uma entidade com autoridade legítima, que por isso mesmo são consideradas normas válidas e de conteúdo imutável.

A partir desta perspectiva de caráter retrospectivo, chega-se a uma situação insustentável devido à completa ignorância do estatuto jurídico subjacente à realidade do ordenamento e aos problemas jurídicos que precisam de solução, uma vez que a estrutura da normatividade só possa ser captada e entendida em senso pleno como processo para a busca da manifestação da sua «verdade» em cada caso, tendo em conta a dimensão problemática do relacionamento ou implicação existente entre os textos de Direito e a Realidade material.

Mas não é só isso, conceber as coisas nesses termos normativistas, em senso crítico, equivale a considerar o estado de direito como uma estrutura autônoma de núcleo imutável, o que acarreta uma talhante separação abstrata e geral entre a Norma jurídica e a Realidade proposta pela *Tèchne* seguida pelo positivismo legalista desde meados do século XIX⁵; os regulamentos, que são de caráter estrutural –processuais que emergem no

³ Richard RORTY, *El pragmatismo, una versión*, Ariel, Barcelona, 2000, pp. 139 y ss.

⁴ Discorremos acerca deste assunto em Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «Preliminar», In: *Postpositivismo*, ed. de Friedrich Müller/Luis-Quintín Villacorta Mancebo, TGD, Santander, 2008, p. 3.

⁵ Desde a crença ou falácia, precisará em uma excelente análise crítica do positivismo jurídico-evolutivo Pedro DE VEGA GARCÍA, para quem a semelhança com as Ciências da Natureza também no campo jurídico devem se dar leis gerais e universais, válidas para todo o tempo e lugar, algo alheio a uma política de Ciência social normativa como é a Ciência jurídica, «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional», In: *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 1, 1998, pág. 66; Em termos semelhantes diz Dimitri DIMOULIS que positivismo

tempo histórico, para expressá-lo em termos de *Edmund Husserl*–, paradoxalmente perecerão completamente. Por tais razões, é claro que, como contribuição máxima, as conclusões obtidas com este procedimento metodológico sempre vão a consistir em meras falácias dogmáticas do conhecimento provenientes de ideias preconcebidas e com base em critérios ideais desnaturadores pela sua essência de um saber jurídico concreto conforme incisivamente explicitara o muito prematuramente malogrado *Bernd Jeand`Heur*⁶.

E, sem dúvida, se a metodologia jurídica positivista deve ser dada por definitivamente superada de forma geral, embora tal melhoria seja transitória e em bom grau somente teórico-retórica⁷, sua futilidade é ainda mais acentuada quando se trata da concretização do Direito Constitucional. Deste modo, aponta nesta direção *Paulo Bonavides* que as regras tradicionais: gramatical, lógica, sistemática e histórica, em boa medida, são deslocadas para uma influência no campo dos valores, pois neutras em sua aplicação, e tendo em consideração sua natureza, impotentes ou mais exatamente improdutivas para interpretar os Direitos Fundamentais enquanto fortemente impregnados os mesmos em sua estrutura e conteúdo de peculiaridades que lhes confere um caráter de pronunciada especificidade, demandando conseqüentemente técnicas e meios compreensivo-aplicativos distintos, cuja construção se gerava em grande medida pela nova *Hermetica*⁸. Pela sua natureza, a funcionalidade e a axiologia⁹, como também devido à estrutura altamente elástica dos seus textos positivos, comporta suas próprias exigências específicas e, portanto, torna-se inviável a análise dos seus problemas compreensivo-aplicativos partindo duma abordagem exclusivamente técnico jurídico em termos subsuntivos, sem considerar os seus numerosos e complexos aspectos políticos¹⁰. Tudo conduz a uma monumental ontologia pseudo-metafísica, como bem percebera *Hermann Heller* em sua articulação da crítica da área de estudo do positivismo de *Hans Kelsen*, principalmente advertida através da linha genética vinda da *Escola de Marburg* e da sua percepção da «experiência» de caráter puramente científico perante o debate para o chamado conflito metodológico desenvolvido durante a República de Weimar¹¹. Ao longo do qual, diferentes fatores contribuiriam para espalhar a impressão de que pelo flanco positivista cada um tecerá ao modo pré-platônico a sua própria fábula sobre o conteúdo e o significado das normas, mas sem atingir verdadeiramente o tal conteúdo; perspectiva que, no referente ao Direito constitucional, não pode levar a um delta diferente do constitutivo duma teoria formal da Constituição¹². Em nossa opinião, isto a que acabou de se referir é além de qualquer dúvida razoável, já que como muito ajuizadamente assinala *Hans-Georg Gadamer*, nossas considerações nos obrigam a reconhecer que o «entendimento sempre ocorre como um aplicativo do texto que se quer entender ao estado

jurídico é «sinônimo da visão acrítica», de modo que são «precisamente os representantes do pensamento constitucional –em sua maior parte– que estabelecem uma espécie de fratura no seio dessa cultura jurídica positivista e privatista, buscando contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica», e assim termos «como “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo”, “moralização”, “retorno aos valores” ou “constitucionalização” do direito, caracterizam esse novo senso comum, propagado em publicações e eventos acadêmicos», «A relevância prática do positivismo jurídico», In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, núm. 102, 2011, pp. 215 e ss; e mais amplamente em «Uma visão crítica do neoconstitucionalismo», In: *Constituição e efetividade constitucional*, ed. de George Salomão Leite / Glaucio Salomão Leite, Salvador: Editora Jus Podivm, 2008, pp. 43 e ss.

⁶ Ver a idéia alvejada várias vezes por Bernd JEAND` HEUR, *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

⁷ Mais amplamente, o reconhecimento do «senhorio do positivismo» é reconhecido com caráter geral por Gustavo ZAGREBELSY, *La virtud de la duda*, Trotta, Madrid, 2012, p. 50.

⁸ Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001, p. 592.

⁹ Textos «esprimere L`Ordine assiologico della Comunità organizzata em polis», para dizê-lo com Massimo LUCIANI, «Interpretazione costituzionale e texto della Costituzione. Osservazioni liminari», In: *Interpretazione costituzionale*, ed. de Gaetano Azzariti, Giappicheli, Torino, 2007.

¹⁰ Gilberto BERCOVICI, «Constituição e Política: uma relação difícil», In: *Luanova: Revista de Cultura e Política*, núm. 61, 2004, em especial pp. 7 e ss.

¹¹ Thomas VESTING, «Aporien der rechtswissenschaftlichen Formalismus - Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre», In: *Archiv für Rechts und Sozialpolitik*, Bd. 77, núm. 3, 1991, pp. 348 e ss; e da mesma forma Manfred FRIEDRICH, «Der Methoden-und Richtungsstreit», In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 102, 1977, pp. 161 e ss.

¹² Supõe antecipadamente a concepção da Constituição como integrada por meio de disposições regulamentares completas cuja aplicação é reduzida ao desenvolvimento duma operação lógica, a um ato de subsunção desprovido de qualquer componente criativa, para o que se ajusta exatamente o senso formal com o material da Constituição, diz Paulo BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 148-149.

atual do intérprete» e, neste senso, fomos obrigados a considerar como «um processo unitário não só a compreensão e interpretação, mas também a aplicação»¹³.

Como consequência do acima exposto, arrumada a primazia da lógica formal, como também o conhecimento procedente das puras construções intelectuais *more* kantiano, presas da artificial distinção sujeito/objeto¹⁴, e desde a inexequível avaliação dos fatos, essa opção pela estrutura da concretização constitucional –e jurídica em geral– segue arrancando do caso seletivamente, isto é, funciona com um entendimento prévio seletivo e uma compreensão em tanto que modo de ser original e existencial, mesmo quando se analisa a essência dos modelos de regulação existentes, dado o seu estatuto como premissas necessárias tomadas obrigatoriamente quase inteiramente a distância temporal, mas sem esquecer o seu «conteúdo»¹⁵. Para suportar esse compromisso, os princípios com base nos quais o cientista do Direito Constitucional deve dar forma à sua faina são sem dúvida os de justiça e de trabalho, que circunspectivamente tem ocupação e importância no âmbito circundante remissivo de experiência, que, pela sua vez, evidentemente, não pode se deduzir exclusivamente dos textos de direito positivo e da sua função de orientação e limitação externa, mas dos postulados da filosofia prática. Como resultado, desde o reconhecimento do seu importante papel, rejeita esta abordagem que os textos das normas joguem realmente um papel exaustivo para a compreensão jurídica abrangente e ainda menos com respeito a tarefas de aplicação de acordo com os problemas fundamentais que exprime o ponto crítico da condição prática do trabalho jurídico¹⁶.

1.2. Ponto de partida genérico do processo estruturante

Considerações introdutórias feitas na seção anterior salientaram suficientemente que a fim de superar os riscos assinalados que iriam enviar a Constituição e o Direito Constitucional fora da realidade em que ocorrem, é inadiável e totalmente bem sucedida rejeitar a ideia aparentemente simples exposta pelos ideólogos da subsunção, consistente em aplicar o entendimento –inclusão– do caso na Lei geral por uma operação intelectual feita por profissionais jurídicos localizados completamente fora do processo iniciado pelo caso¹⁷. Porque, na verdade, desde essa perspectiva entende-se sem abrigar qualquer dúvida que corresponde ao operador do direito exercer um papel de «criador-ativo» na aplicação jurídica, daí a inutilidade de procurar «uma correção objetiva do direito, além do processo de compreensão hermenêutica» e pela mesma razão estão condenados «a falha de qualquer tentativa de separar, nas ciências abrangentes, a racionalidade da personalidade do entendimento»¹⁸. Em qualquer caso, a Ciência jurídica não se tem aproximado da hermenêutica filosófica na procura de cânones ou regras metódicas claras e inequívocas, mas com a intenção de encontrar estímulos renovados e um novo despertar da consciência interpretativa abrangente.

Por outro lado, salientar que longe da pretensão de eliminar os regulamentos como às vezes a priori é arguido, em realidade, a capacidade inata e própria da retorização jurídica persegue mitigar as tendências

¹³ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977, p. 379.

¹⁴ É ultrapassado assim o reducionismo kantiano com que é explicada [*Erklärung*] a vida e a sua procesualidade temporária como mera manifestação fenomenológica através da incorporação da compreensão [*Verstehen*] do modo de conhecimento de fatos históricos, ao serviço da sua defesa da inevitável tendência à realidade, ainda que relativizando a objetividade da vida, como estão orientadas as aportações de Wilhelm DILTHEY, *Sobre el estado actual de la ciencia histórica*, Revista de Occidente, Madrid, 1934; e muito mais perto de nós, a integração do método explicativo [*Erklärung*] e comprensivo-explicativo [*Verstehen-Auslegung*] é proposto por Paul RICOEUR, *Du texte à l'action. Essais d'hermeneutique*, II, Du Seuil, Paris, 1986, p. 181.

¹⁵ Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ Friedrich MÜLLER, *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 313.

¹⁷ A culminação é a Ciência jurídica da lógica da norma desenvolvida por Hans Kelsen: «quando falando de interpretação, no caso de interpretação da lei, deve responder à pergunta de qual conteúdo deve ser o único padrão duma sentença ou uma resolução administrativa, deduzir-se da regra geral de direito para a sua aplicação a um fato concreto» («Cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la ley, se debe dar respuesta a la pregunta de qué contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia o de una resolución administrativa, al deducirla de la norma general de la ley para su aplicación a un hecho concreto»), *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1993, p. 349.

¹⁸ Arthur KAUFFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, Comares, Granada, 2007, pp. 92-93.

dogmatizantes próprias da dedução silogística que temos que rejeitar de forma decidida. É essa a orientação sugerida pelas contribuições de *Josef Esser* ou *Theodor Viehweg* ao perceber a necessidade de averiguar as premissas maiores indutivas da «experiência jurídica», percorrendo no nascimento de novos domínios a totalidade de endereços para descobrir a matéria nos lugares [*topoi*] dos quais nascem os argumentos¹⁹. Tópicos que, longe de se articular por meio de regras a seguir com a finalidade de demonstrar tudo, obviamente devem ser objetivos e adequados, e quando compreendidos hermeneuticamente como pragmática maneira de ver na justiça material²⁰, adquirindo subsistência e desempenhando uma eficaz função que excede os meros «índices que devem averiguar sobre o tema proposto». Porquanto, de acordo com o expressado pelo referido *Theodor Viehweg*, no âmbito da perspectiva retórica contemporânea, os *topoi* tornam-se compreensíveis na dimensão pragmática da linguagem, e inesperadamente, na medida em que fórmulas «de pesquisa pragmática e situacional, abrem um jogo criativo controlável»²¹. Quem quiser ver nas reflexões enraizadas no tópico, no entanto, um ataque contra a normatividade, não entendeu nada sobre o que isso significa. Porém, o recurso retórico que seguimos é feito nos termos cautelosos propostos pela *metódica estruturante* [*strukturierende Methodik*] feita por *Friedrich Müller*, é claro, tomando nota da advertência feita nos *Tópicos* aristotélicos com o fim de nos ajustar a um uso dos mesmos que evite contradições. Não é, portanto, a volta de um problema, mas reconhecer a problematicidade da normativa como em teoria e prática sempre foi.

O que está adiante acarreta necessariamente que, desde a profunda e inovadora *metódica estruturante* entendida como «Ciência da práxis jurídica»²², a condição decisória, ao invés de estar conformada pela atenção sistemática e a adequada fixação das regras de interpretação dos textos legislativos –em conformidade com as regras da epistemologia lógico-formal característica dos postulados do positivismo metódico–, elevar-se-á primeiro através da expectativa particular de sentido, com uma pesquisa realizada nos termos de conversação com o que o «aplicador» se aproxima relacionalmente aos casos e aos textos a compreender, no seu encontro com a coisa real; aliás, com a coisa em si que realmente existe, de fato já presente, a qual dirigimos as nossas perguntas²³. E, como pode se ver, de acordo com esta abertura para a atuação factual –que pode ser alcançada com base na proposta de rever em cheio e com superação tanto a abordagem do paradigma positivista como a do antipositivista, ancorados estes no mesmo conceito de normatividade característico dos primeiros–, o ordenamento constitucional é considerado uma formação produtivo-aberta de regras compreendidas desde a praxe. Isto é, a constituição aberta –para a concretização– e/ou seu relacionamento ou inclusão consistente com a vida factual é uma característica do regulamento legal das sociedades modernas complexas e democráticas. Obviamente, se estamos a ser realistas, uma coisa sim é um ponto chave que continua a ser universalmente válido: perante a multiplicidade de problemas que podem surgir na dinâmica social, a textura das disposições constitucionais positivas precisa da necessária flexibilidade e abertura que lhes permita chegar a soluções para a problemática casuística atual e futura e, portanto, o conteúdo dos textos das regras também precisa de ser necessariamente objeto de *concretização*, o que naturalmente implica valorização, porque como *Friedrich Müller* considera, uma Ciência jurídica sem decisões ou avaliações não seria prática nem real.

Temos que entender como questão nuclear, diametralmente oposto à como é propugnado pelo normativismo, a incapacidade de apreender numa forma definitiva o significado da Constituição a partir unilateralmente do seu texto e através da utilização de um sistema conceitual de caráter supostamente absoluta. Portanto, em contraste com o sustentado pelos «juristas puros» que, ironia do destino, querem viver o seu suposto caráter ortodoxo agarrados à tradicional dogmática positivista, cujo paradigma é evidenciado de vez em quando hostil às necessidades do constitucionalismo democrático-social, embora fosse exclusivamente –mas não só– pela tendência à assimetria por vezes posta de manifesto²⁴. Esses «últimos juristas» pretendem caminhar sobre um limpo chão radiante e de gelo e são incapazes de fazê-lo; como na conhecida metáfora de *Ludwig-Josef-Johann Wittgenstein*: acabaram num terreno gelado, onde falta o atrito, e assim, as condições são

¹⁹ Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5ª ed., C.H. Beck, München, 1974, p. 37.

²⁰ Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª ed., Athenäum Fischer, Frankfurt am Main, 1972, p. 155.

²¹ Theodor VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz...*, *op. cit.*, p. 38; em termos semelhantes Juan-Antonio GARCÍA AMADO, «Tópica, Derecho y Método jurídico», In: *DOXA. Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987, p. 163.

²² Friedrich MÜLLER, *Rechtsstaatliche Form - Demokratische Politik: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Methodik, Rechts und Staatstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977, p. 167.

²³ Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 32.

²⁴ Mauro CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des juges*, Presses Universitaires Economica, Paris, 1990, p. 19.

em certo senso ideais, mas por isso mesmo não é possível andar. Precisamos sempre atrito, voltar para a terra áspera!

1.3. Alguns aspectos mais específicos do processo estruturante

Estabelecidas as premissas genéricas antecipadas no ponto anterior, podemos então destacar as questões que nos parecem mais específicas do procedimento estruturante concretizador, sem querer, dentro dos limites deste modesto esforço, fazer uma análise sistemática que esgote a questão.

Assim, sem grandes alardes sistemáticos, visando o desenvolvimento do planejamento metodológico que nós consideramos, a transcendencialidade da proposta ou ponto de partida real, por assim dizer, situa-se na *distinção entre o texto normativo e a Norma como resultado* da facticidade do trabalho de juristas guiados pelo caso²⁵. Identidade entre a Norma e o texto da mesma que a teoria e a metodologia tradicionais abraçam desde o acrítico objetivismo científico e que, no entanto, é categoricamente rejeitada *ab initio* pelo *método concretizante* na sua procura de uma análise detalhada da estrutura normativa com vista à obtenção de normatividade. Porque, desde o nível de teoria da Norma, o positivismo enquadra o erro irremediável de questionar-se sobre os regulamentos com desprezo absoluto da realidade na simples função de vontade²⁶, com o que acaba perdendo completamente a dimensão estruturante e intencional do direito que se desenvolve além da subjetividade.

Tratando-se de um desvio do pensamento dominante porquanto situa a Norma jurídica no contexto factual. Projeta pelo contrário *Friedrich Müller* uma estruturação inicial da forma por meio da identificação do texto da Norma com um dado de entrada no processo de concretização, o *input* no trabalho de produção da Norma jurídica, toda vez que a positividade do texto continua sendo um imperativo do Estado de Direito que tem de ser respeitado como limite material da atividade jurídica não legislativa. Formulação do texto que adquire certamente, dada sua positividade, o caráter de verdadeiro ato de significação, visto que como qualquer ação atravessada por enunciados sempre realiza uma expressão determinada [*in bestimmter Ausdrücklichkeit*] significativa. Este novo horizonte traz de si para si o reconhecimento de reciprocidade complementar entre Norma e realidade e constitui uma perspectiva de superação ao rejeitar, como temos dito, a identificação da Norma com o texto da mesma.

Também demonstrará *Friedrich Müller* a impossibilidade duma concepção redutora do método jurídico a simples inclusões em sínteses silogísticas se se quiser entender alguma coisa mesmo do próprio texto positivo, contra o defendido unitariamente pelo positivismo que renuncia com isso a qualquer possibilidade de compreensão da problemática da normatividade. Mas, em qualquer caso, a estrutura articulada da Norma constituinte, ou qualquer outra Norma, vem forçada a realizar um duplo movimento, que é realmente um movimento de réplica a realizar tantas vezes quantas se precisar por meio da interseção do *programa normativo* e o *âmbito normativo*; cuja conexão correta –mais do que relação dialética– é em próprio senso as duas partes da Norma e vai a ser a *Norma de decisão* em cada caso concreto, o objetivo final do inquérito. Isto é, a ação complementar e mútua –ou se é preferido relacional e comunicativa– dos dois elementos normativos realizada através de um processo de trabalho estruturado, produz a Norma jurídica como norma de decisão e, no seu final, o processo judicial para decidir, que não se há de esquecer começa o processo concretizador, se faz evidente como caso jurídico resoluto²⁷. Em qualquer caso, deve-se lembrar que este esclarecimento desse modo articulado e recíproco das duas partes essenciais da Norma jurídica, também inclui a garantia duma correção mútua durante o processo todo de estruturação.

De acordo com um conceito formulado com rigor e pela primeira vez realmente *post-positivista da Norma jurídica*, de natureza abrangente e pelas implicações completo, a Norma é responsabilmente *construída* pelo intérprete-aplicador no *processo de concretização* do direito; e ainda não é mero produto senão, ainda mais,

²⁵ Luis Roberto BARROSO, «La nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el Derecho brasileño», In: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004, p. 179.

²⁶ Assim, Michael TROPER, na hora de individualizar um dos elementos da trílogia conformadora da sua tese sobre a interpretação, «Una teoría realista dell'interpretazione», In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XXIX, núm. 2, 1999, p. 475.

²⁷ Paulo BONAVIDES, «O método concretista da Constituição aberta», In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*, Vol. 25, núm. 1, 1984, pp. 33 e ss.

uma nova Norma que vem em cada caso e que está presa ao mesmo²⁸, e no nascimento acontece sempre criação. Neste sentido, podemos dizer que, de acordo com o pensamento de *Friedrich Müller*, a *Teoria Estruturante do Direito* não é apenas uma nova concepção normativa, mas que, além disso, apresenta-nos uma conceição inteiramente inovadora da teoria do direito²⁹. Com efeito, se é admitido que a Norma jurídica não é completa nos enunciados dos textos normativos positivos, que somente enunciam uma expectativa que só cabem a segurar com plausibilidade à luz da informação pertinente disponível em um contexto prático –reavaliação determinante do contexto e da mesma experiência– que constitui o horizonte dentro do qual a Norma é percebida como um valor que tem consistência real própria [*Eigenwert*], é possível concluir que a Norma somente será produzida em cada processo particular de resolução jurídica. Isto acontece, por assim dizer, no complexo contexto duma situação que sempre age como uma causa produtora e, como toda causa desta natureza produtora de alguma coisa que é gerada pela ação de alguém –o operador do Direito– chega a ser alguma coisa: a Norma de decisão. Maneira jurídica de trabalhar completamente afastada do reconhecido desdém tradicional com o que são (des)considerados os fatos insertos na problematização dos casos a decidir pela grande maioria dos tribunais continentais ao exprimir suas decisões³⁰. Assim, escreve *Friedrich Müller*: *concretizar* não significa à maneira do velho positivismo ainda em grande medida vigente, interpretar, subsumir silogisticamente e concluir; e também não pelo caminho do positivismo sistematizado da última fase de *Hans Kelsen*, *individualizar* uma Norma jurídica codificada –e que já foi definitivamente definida– em resposta ao mais restrito caso individual em que o juiz sempre integra o sistema jurídico e o tempo através do qual as leis cobram existência verdadeira³¹; daí que várias vezes estimasse que onde o *chefe da escola de Viena* detém a sua tarefa é o ponto em que realmente começa o trabalho dos juristas.

O método normativo-estruturante pressupõe a existência duma implicação constitutiva, necessária, entre as duas partes da Norma: o *programa normativo* e o *âmbito normativo*; ou seja, estabelece uma ligação entre os preceitos jurídicos positivos e a realidade que eles mesmos estão tentando regular. A estrutura da Norma jurídica desde a *Teoria Estruturante do Direito* assinala desta maneira a particular soldagem do co-estar existencialmente constitutivo entre *programa da norma* e *âmbito normativo* e, portanto, a Norma jurídica só pode ser compreendida como uma articulação ou integralidade de caráter intencional dessas duas «dimensões» através do referido *processo estruturado de compreensão*: a Norma é aí tributária desse processo estruturado de interação e como juristas havemos de procurar e podemos procurar desvendar através de um processo anasintático, ou seja, indutivo/dedutivo, que co-actúa e rejeita ambos o subjetivismo e o objetivismo positivista, e no que está sempre presente um elemento criativo.

Talvez o mais especial e próprio, o ponto central, poda ser reconhecido no fato de que ao longo do desenvolvimento deste *processo estruturante* são considerados normativos os elementos formais e materiais que dão um sentido ou rumo para o processo decisório e os seus esforços, desde a liberdade da razão, encaminhados para achar em cada caso a melhor solução, isto é, elementos sem os quais o caso seria decidido diferentemente. Estes elementos integram o *programa da Norma* –de dados linguísticos– e o *âmbito da Norma* –dados reais–. Mais explicitamente, o *programa normativo* requer uma análise estruturada do texto normativo –elemento linguístico– e sendo uma das partes da Norma é um resultado intermediário e provisório da compreensão de todos os dados linguísticos; isto é, o *programa normativo* é o resultado da concretização do texto normativo, ou seja, do que é exprimido pela letra, ao invés de todos os assistentes de recursos interpretativos, e é formado a partir de dados linguísticos. Na verdade, no processo estruturado adquire caráter de direcionalidade, mesmo sem dúvida pode-se dizer de funcionalidade como desenvolvido pela ação do operador do Direito em verdadeiro ato de significação. Por isso mesmo, o *âmbito normativo* tem também caráter co-constitutivo da Norma jurídica e inclui interferências causadas nele pelos dados empíricos da própria realidade. Mas não é um conglomerado de fatos materiais, decerto é circunspectivamente acessível a partir da conexão de elementos estruturantes extraídos da realidade social desde uma perspectiva seletiva e avaliativa do *programa normativo*, pelo que vai redundar de grande importância a determinação dos aspetos da realidade social que só podem entrar na dogmática e metódica jurídica no interesse da normatividade pertinente no caso e ao serviço da racionalidade viável especificamente jurídica em relação à Norma³².

²⁸ Em termos semelhantes Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl...*, *op. cit.*, pp. 27 y ss.

²⁹ Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 102.

³⁰ Konrad ZWEIGER/Hain KÖTZ, *Introducción al Derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002, p. 279.

³¹ Para esta interpretação do pensamento kelseniano sobre as chamadas sentenças individuais na ordem jurídica, referir-se à explicação oferecida por Carlos COSSÍO, *El Derecho en el derecho judicial*, 1ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1945.

³² Gilmar MENDES/Inocência-Mártires COELHO/Paulo-Gustavo BRANCO, *Curso de direito constitucional*, 4ª ed.,

2. O processo estruturante de concretização.

A separação entre Norma e realidade, vai dizer a *Teoria Estruturante do Direito*, corresponde metodologicamente à identificação entre Norma e texto da Norma. Nesse senso, para *Friedrich Müller*, quando grande parte dos juristas falam e escrevem sobre a *Constituição*, a percebem simplesmente como o texto da mesma; e, da mesma maneira, quando falam da lei entendem como tal o seu teor literal. A *contrario sensu*, a nova direção tomada pela hermenêutica jurídica da facticidade na sua especificidade da Teoria estruturante, inevitavelmente nos leva a salientar a realidade fundamental da diferença entre Norma jurídica e texto da Norma, e neste sentido, a letra do texto dum prescrição de direito positivo –que é sem dúvida importante e normativa– acaba por ser apenas a *ponta do iceberg*³³, devido a que a *Teoria Estruturante* distingue com claridade como temos a positividade da normatividade, além da sua indubitável relação. Positividade, conforme com a construção do Estado democrático de Direito, é um sinal distintivo dos textos de norma em vigor; no entanto, o próprio da normatividade constitui um elemento dinâmico que deriva da natureza estruturante do texto juridicamente normativo no seu confronto com a realidade. Aos cuidados da metódica estruturante, e isto é significativo, o conteúdo objetivo e materialmente determinável dum Norma jurídica através da concretização [*Normkonkretisierung*] é refletido na sua capacidade de agir eficazmente, ou seja, obtém senso na sua normatividade³⁴.

Por concretizar, vamos enfrentá-lo, é necessário compreender a produção da totalidade existencial do tudo estrutural que constitui a Norma de decisão como verdadeira Norma jurídica realizada no decurso temporal de solução de um caso real –ou hipotético– plenamente consciente, portanto, às demandas levantadas pelo suposto que deu origem ao conflito social e exige um remédio jurídico no âmbito de um sistema democrático de acordo com os princípios do Estado de direito³⁵. O anterior mostra como o *telos* da teoria encontra-se na «controlabilidade» do processo decisório que dentro «dos limites de desempenho eficaz da linguagem natural» só pode ser chamada para o método de trabalho dos juristas, e não a um resultado anteposto³⁶. A questão problemática é agora como centrar vantajosamente a compreensão da Norma jurídica depois de ter ido além da ficção dum norma geral inexistente e sua substituição por um modelo de ordenação materialmente determinado e decisivo, ou seja, um elemento com pretensão normativa que não tem existência independente; pelo contrário, notificamos a presença dum Norma que só está justificada por referir-se à realidade da sua aplicação e que ao mesmo tempo está sempre por ela condicionada como parte integrante da mesma.

Acerca-se assim, a *Teoria Estruturante* para o saber prático do homem factual proposta por *Hans-Georg Gadamer*, posição adotada substancialmente por todos os juristas que enraízam ou levam em consideração a hermenêutica da facticidade e a existência mesma implementada no processo de compreensão e interpretação que tem que avaliar o escopo da continuidade histórica entre situações cronologicamente várias construindo assim pontes de entendimento; tendo em consideração que, como fica mostrado, em hermenêutica, a considerada «principal», ou seja, a hermenêutica filosófica, tem recebido porém a influência positiva da chamada «província» hermenêutica, a jurídica, pode-se dar por certo a existência dum efetiva reciprocidade produtiva de mutua influência. O que, desde a *Teoria Estruturante do Direito*, vai se entender por concretização prática no processo real, progressivo e dinâmico, de conformidade ao qual é produzida a *Norma de decisão*;

Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 125 y ss

³³ Friedrich MÜLLER, *Juristische Methodik...*, *op. cit.*, p. 75; o autor considera importante desde então o significado e o alcance dos textos das normas, reflexo da sua opção política a favor do poder constituinte do povo entendido como elemento normativo e como instância de legitimação permanente de toda actividade estatal, o que não impede que rejeite a supervalorização e a confusão em que incorrem tencionamentos que superestimam os textos que identificam a Norma jurídica e a letra da mesma.

³⁴ Que a concretização da Norma jurídica não significa silogismo, subsunção, aplicação efectiva ou individualização particular do Direito desde a norma geral, pode ser encontrado em Antonio CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 83; e da mesma forma Antonio VILLACORTA CAÑO-VEGA, In: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 84, 2011, p. 316.

³⁵ Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin 1966, p. 90.

³⁶ Friedrich MÜLLER, *Normstruktur und Normativität ...*, *op. cit.*, p. 104.

portanto, não é uma concreção, isto é, individualização duma Norma jurídica genérica dada na direção ao caso individual mais restrito³⁷.

A *Teoria Estruturante do Direito* é assim concebida e elaborada desde a rejeição paradigmática do equívoco nascido com ocasião da compreensão passada do Direito própria do idealismo especulativo, onde a Norma é entendida como uma «estrutura estática de sentidos imanentes enunciados historicamente»³⁸, por meio de textos linguísticos a relacionar *ex post facto* com as relações da realidade; uma posição que tem sido e continua a ser orgulhosa de mais para deixar-se redimir. É necessário, portanto, escolher outro ponto de partida, que passa como foi dito pela rejeição da identidade entre texto normativo e Norma jurídica, além de manter ao tempo que o direito transcende mais além do escopo dos textos das normas, visto que a sua influência na realidade se percebe bem: «normatividade determinada pela coisa». Além disso, eles próprios fazem parte da realidade. Também expressa esta doutrina que deve se produzir uma adequada complementaridade entre o princípio da primazia do intérprete e a auto penetração reflexiva do aplicador do Direito –em parte, pelo menos, semelhante a este respeito à maneira hegeliana– em ordem ao conhecimento «de conexões de fato e de dados de experiência» conhecedores da existência e a atividade dos homens. Mas agora reinterpretadas, ou seja, concretizados por meio da esperançosa *mimese* da ação, por ocasião da função de mediador a desenvolver em cada ato determinado de aplicação no contexto do caso que corresponder.

A fluidez e coerente trajetória do proposto *processo concretizante* conduz sempre para a abertura de horizontes de significação e de novos canais de raciocínio, porque sua perspectiva de trabalho adquire também, como se tem mostrado, caráter relacional; mas não serão relações com um valor, mas decisões a favor de um valor [*Wertentscheidungen*] conectadas com os fatos através da função fundamental da experiência em termos de antissubjetivismo informado. A isto devemos adicionar, ou insistir, que é sintética e realmente um «concretizar –respeito ao caso– de todos os dados fornecidos pelo programa da Norma, o escopo da norma e as particularidades do estado de fatos». E isto através do trabalho realizado no decurso de um *processo estruturado* em cujo desenvolvimento nada é representado, mas que são produzidas normas associadas ao caso e com o texto normativo como limite, de maneira que possam ser evidentes e controláveis os elementos e as principais fases dos subprocessos de concretização normativa –expressão primacial adequada para nomear o *processo estruturante* em bloco– até a determinação da Norma jurídica em caso não houvesse com anterioridade.

O fato de que a teoria da Norma jurídica –campo essencial e fundacional do pensamento inovador desde a prática proposta pela *Teoria Estruturante do Direito* sobre a produção do Direito– e a metodologia jurídica se entendam necessariamente ligadas desde a *concepção estruturante*, expressa a rejeição de qualquer «ilusão ótica» derivante de um conceito estático e anterior de Norma a maneira, como é considerada pelo positivismo metódico, como se vem apontando. Na verdade, só para o positivismo é possível conceber a Norma «dada», sem se referir à ação dos juristas encarregados da concretização, isto é, a maneira de lei objetiva desligada da facticidade, existente em si e esclarecida de forma exata através duma cadeia de deduções dos textos por meio do sistema axiomático-dedutivo. É muito simples observar que o «coração» dos equívocos positivistas, exprimirá *Friedrich Müller*, está no desassossegante pressuposto segundo o qual a Norma jurídica é identificada com um texto autônomo existente cujo conteúdo é levado a efeito. Por tudo o que foi dito, para o positivismo normativista, as dificuldades ficam reduzidas para o problema da execução –aplicação– formal e lógica duma instrução inteiramente contida em um texto³⁹, sem qualquer percepção dos problemas factuais das decisões jurídicas em sua evidente condição de decisões práticas. Pelo contrário, contrapõe a *Teoria Estruturante do Direito* a perspectiva de acordo com a qual o objeto da teoria normativa é, propriamente, o atuar jurídico, e não um sistema jurídico desenvolvido no qual tudo está antecipado, explicação que é alcançada simplesmente considerando a conexão entre «Norma» e «Realidade» como suposto sinal distintivo da estrutura jurídica fundamental. Neste contexto, é a principiar da estimativa indubitável de que a realidade também faz parte da Norma através do conjunto genérico de dados reais [*Realdaten*] aos que se refere a prescrição jurídica que desde o campo material [*Schabereich*] é necessário reduzir o escopo do caso por meio de regras [*Fallbereich*], ou seja,

³⁷ Em contraste com a afirmação de Hans KELSEN, por exemplo em «Was ist juristischer Positivismus?», In: *JuristenZeitung*, 1965, pp. 465 y ss. Isto é, concretização normativa supõe a intervenção na construção da Norma, não concreção da mesma, desde que a Norma não há existência anterior e não é aplicada, mas produzida, cfr. entre outras obras de Friedrich MÜLLER e em tempos muito vários, *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

³⁸ Com suporte em Friedrich Müller, ver ao respeito Luis-Quintín VILLACORTA MANCEBO, «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho», In: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010, p. 31.

³⁹ Entre outras muito diferentes ocasiões da produção científica de Ernst FORSTHOFF, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kolhammer, Stuttgart, 1961.

o campo material do qual o programa extrai o *âmbito normativo* atuante, da mesma forma e em pé de igualdade que o *programa normativo* como condição respectiva da normatividade.

Estima-se, a metódica jurídica deve ser baseada através duma teoria do Direito a longo do *processo estruturante* destinado a «fazer Direito», isto é, por uma teoria da Norma jurídica em termos de produção dinâmica da mesma. Transcendido todo o subjetivismo e o racionalismo positivista, a circularidade acima acarreta necessariamente uma inevitável referência a três elementos da existencialidade normativa que irão se influenciado mutuamente ao longo do processo estruturante –circularidade «virtuosa»–: as «normas», os «fatos» e o «interprete»; entende-se corretamente desde preconceitos ou precompreensões⁴⁰, a condição de escutar as interrogações que nos vêm do que compreendemos, mas sem priorizar nem ao executor nem ao *interpretandum*. Em consideração a sua resolução de inserir a totalidade dos momentos estruturais da produção do direito, o seu modelo de circularidade alveja para mais além da proposta gadameriana de natureza também produtiva, enquadrada na experiência da tradição retrospectiva e prospectiva ao mesmo tempo, e subjacente a todas as questões históricas como evento sempre novo. Porque a metódica alvejada desde a *Teoria Estruturante do Direito* como temos visto esquiva também uma vinculação textual exclusiva e considera na sua especificação às condições para o desenvolvimento dos recursos de um trabalho controlável no senso lato mais amplo da fundamentação, decisão e representação das funções jurídicas. Devemos ter em mente, no entanto, que rejeita em sua atuação o modo de proceder unilateralmente progressivo, porquanto defende de maneira determinante a alternativa e recíproca, visto que o *programa normativo* como conceito e impulso de trabalho –portanto, de caráter ativo e com intersecções de «referências»– tem efeito atuando verdadeiramente em todos os casos, virando de vez em quando para o a situação de partida na procura inabalável de dados objetivos, e estes, a sua vez, retornando em sua atividade para o primeiro. Havemos de ser cientes de que ao usar este proceder faz-se emergir a normatividade processual, pela junção de caráter intencional entre *programa* e *âmbito normativo*, até formar reflexivamente a *Norma de decisão* [*Entscheidungsnorm*] do caso específico, que se torna um modelo de ordem objetivamente determinado no agora de todos os tempos.

3. Racionalidade jurídica a obter enquanto racionalidade limitada

Sempre de acordo com a natureza fundamental, já alvejada, da teoria e com fundamento na *práxis*, de nenhuma maneira tem a pretensão de chegar à plena objetividade na linha do exprimido, e muito menos a «consciência absoluta» *more* kantiano, a diferença do soberbamente preconizado desde as «velhas utopias mentais da ciência ou a técnica», porque o jurista como ser responsável, digamos assim, e a causa ou o autor de alguma coisa.

Tarefa racionalizadora e objetividade inerente «à especificidade da matéria jurídica», entendida como «atividade produtiva» normativamente orientada à busca duma racionalidade que é susceptível de ser verificada e de se disciplinar nesse contexto da «fusão de horizontes» do compreender como evento onde cada «agir» constantemente é atualizado, mas que é obrigado à renúncia de qualquer realização *a priori*; isto é, a normatividade adequada para a finitude humana que a singularidade e contingência dos eventos concretos da história mostram com evidência em cada caso. Seja bem compreendido, renuncia razoavelmente em avanço a uma racionalidade completa, ausente sempre pela sua própria natureza em uma Ciência normativa aplicada de caráter «decisório e avaliativo» como é o Direito, também não a dogmática pode oferecer a certeza duma decisão correta e específica definitivamente conforme avalia *Friedrich Müller*.

De acordo com a substancialidade básica da *Teoria Estruturante do Direito*, a retidão –da decisão– significa fazer compreensível a concretização em cada uma das etapas do processo estruturante, oferecendo verossimilhança no concretizar desde a atribuição duma racionalidade funcional e substancial até os limites que podem ser alcançados pelo caminho da realidade histórico-comunicativa, os que serão definitivamente muito modestos, desde que, como indicara *Theodor Viehweg* apoiando-se na rejeição da racionalidade dedutivo-sistemática de natureza técnico-instrumental, isto sempre ocorre por causa da permanente vinculação ao problema como algo próprio e inerente para o labor jurídica, que é sempre de caráter vital-originário. Isto significa, mais explicitamente, que a metodologia das Ciências sociais não procura dar satisfação através de certezas objetivistas deslumbrantes, fato que muitas vezes é ignorado, e o Direito, em especial, deve ser contente

⁴⁰ Até o mesmo Karl LARENZ é forçado a reconhecer a importância da prévia compreensão, da que sempre tem precisão o jurista, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 197-198.

com a «justeza», apesar do ardorosamente defendido pelos «espíritos que já aqui na Terra procuram o absoluto»⁴¹; embora que seja forçoso admitir que tais Ciências só podem chegar a objetividade dada por novas experiências criativas, ou por meio do teste –sempre relativo– do uso através de um processo comunicativo⁴².

Logo que a *Teoria Estruturante do Direito* pretende depor as falsas certezas do cientificismo através do esclarecimento desse tempo criador-constutivo constituinte do trabalho jurídico, é servido para fazê-lo –como temos dito– dum modelo normativo «determinado pelo tópico respectivo», que no que interroga exigindo uma solução certa vai conformando ao longo do *processo estruturante progressivo* a Norma jurídica como modelo de gestão vinculado pela materialidade do caso, considerando o senso –sempre atualizado– dos princípios jurídicos fundamentais como horizonte de referência e medidos em diferentes momentos de acordo com o texto, como também fazendo-se crível em relação ao mesmo. Expresso acima, uma vez que de acordo com o contra projeto moderno e democrático, oposto por substância e por forma ao modelo jurídico dos «imperativos» reconstrutivos⁴³, não há senão uma como mera hipótese de Direito puro, e também não se reconhece a existência de puros feitos, de forma nenhuma a teoria da normatividade que temos vindo a considerar para na simples tarefa de implementação do conteúdo fixado nos seus textos pelos autores para remover tanto quantitativa como qualitativamente através de cânones interpretativos e de exegeses lógico-filosóficas. E, em último termo, parece-nos que nesta rejeição se manifesta uma «verdade» mais profunda, mesmo que o modelo progressivo, participativo e dinâmico de concretização postulado desde a *Teoria Estruturante do Direito* seja claro que está tão longe como possível de qualquer pretensão de objetivismo semelhante as formas do normativismo lógico positivista.

No entanto, em nenhum momento pretende-se substituir o modelo de legislação da autonômica lei geral –reprodução de um graduado e «imaginário», porém completo– por uma realização produtiva da Norma jurídica orientada e inteiramente associada pelo caso. Na verdade, não é isso, a *metódica estruturante* procura maneiras de proceder «relativamente» estáveis para o trabalho jurídico, de caráter sempre aberto e criativo. Este objetivo pretende ser atingido através duma reflexão sobre a gênese das normas encaminhada pela direção vinda de uma análise da estrutura da Norma jurídica «concebida como Norma de decisão» na sua unidade de significatividade, cujo entendimento é decantado em um ininterrupto processo de formação em cada projeto novo para a resolução de um caso específico.

Em outras palavras, dispensada a possibilidade de obter certezas objetivas deduzidas dos textos positivos através de operações intelectuais de caráter lógico-formal, aceitando exclusivamente como base nossas expressões e ideias, a «concretização» não é uma «aplicação», como já vimos, não é a reconstrução objetiva duma legalidade imanente na norma geral como pretendem os positivistas e também as por outros motivos louváveis doutrinas qualificadas ou autoqualificadas com o epíteto de antipositivistas. Portanto, acarreta necessariamente um terminante enriquecimento pelos fatos e conduzido por umas expectativas com o objetivo final de, partindo da própria persuasão a que tem chegado o operador do Direito, empenhar-se por sua vez em persuadir os outros ao fim de sustentar uma decisão razoável apta para convencer, porque só quando compreendemos a posição dos outros é que podemos adquirir uma relativa segurança relativa à nossa compreensão criativa⁴⁴. Não admira que, portanto, o seu encaço nos permita afastar-nos dos juízos rigorosos extraídos unicamente do emprego da reconstrução do processo genético dos textos normativos que oferecem aos que os mantêm em uma aparente segurança –realmente ingênua e não bem fundada– da sua matéria e de si próprios como se fosse um ego supremo.

Longe de qualquer autoconsciência lógico-sistemática de natureza apriorística e abstrata, do que discorre a metódica jurídica estruturante –supra conceito de que se serve a *Teoria Estruturante do Direito* como teoria da *práxis* a fim de abranger na hermenêutica, a interpretação, os métodos de interpretação e a metodologia– é organizar à *práxis* através de um modelo de *logos gegrammenos* depois de ter seguido um processo estruturante reflexivo e controlado. Expresso de outra forma, exige a aceitação da interdependência intrínseca, ou tal vez mais exatamente uma relação de conexão [*Zusammenhang*]: ir para as coisas em si –no senso dos casos, é claro– proposta por *Edmund Husserl*, verdadeiramente levado à serio por *Martin Heidegger* e ulteriormente por *Hans-*

⁴¹ Gustavo ZAGREBELSY, *La virtud de la duda...*, op. cit., p. 45.

⁴² Hans-Georg GADAMER, *Le problème de la conscience historique*, Publications Universitaires, Louvain, 1963, p. 36.

⁴³ Roland DUBICHAR, *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974, p. 62.

⁴⁴ Thomas M. ALEXANDRE, «Eros and understanding: Gadamer's aesthetic ontology of the community», In: *The Philosophy of Hans-Georg Gadamer*, ed. de Lewis Edwin Hahn, The Library of Living Philosophers, Illinois, 1997, p. 328.

Georg Gadamer. Em outras palavras, visa o acesso ao conhecimento das causas na transformação gadameriana e no espaço dum âmbito de aplicação da racionalidade delimitado pela *práxis*: a questão de fundo [*die sachliche Sache*] na relação da qual há de se dar origem à *adaequatio* que acarreta necessariamente em termos da *phrónesis* o correto movimento do entender.

Por conseguinte, uma vez descartada a objetividade entendida como inerente ao objeto jurídico, não pode derivar logicamente deste a objetividade, porque assistindo que uma característica não supõe a inerência para o objeto, é forçado a recusar então que há de ter validade com independência do sujeito. Aqui parece certo o eco mais ou menos próximo em tal abordagem do aristotélico *phrónesis*, como por exemplo pode-se notar abertamente idêntico recurso em *Hans-Georg Gadamer* para lidar com a filosofia prática via indutiva⁴⁵; embora que nem a filosofia prática nem, ainda menos, a Ciência jurídica estruturante podem se considerar absorvidas na *phrónesis*, porque são ciências práticas autônomas e diferentes da última, sem prejuízo de manter com ela uma relação maior ou menor. Por força do presente, para o autor acima, pode-se também dizer que quando compreendemos em cada circunstância, compreendemos em realidade «de uma forma diferente» – temporalidade da compreensão– dada a sua recusa em admitir a possibilidade de compreensão de qualquer texto normativo além do seu fundamento em um ato de aplicação, porque sempre estaremos obrigados a relacionar reflexivamente o texto com a situação presente; um texto que como temos dito é normativo por ser dotado da autoridade conferida pela sua positividade.

Mas a originalidade da *Teoria Estruturante* vai mais longe, logo que o texto encaminha e constitui apenas o limite exterior da decisão, cujo marco, de ser transgredido, faria impossível metodicamente a validade da Norma de decisão, pelo que cumpre uma função de determinação [*Bestimmungsfunktion*] do espaço dentro do qual é possível desenvolver uma concretização jurídica segundo a lei, ou legal. Isso significa que pela linha individualizadora adotada, e uma vez criada, de fato construída, como *Norma de decisão* que irá reger o caso concreto, a Norma jurídica vai ser aprendida verdadeiramente em toda a estrutura em si, produzida como resultado da concretização através da utilização de métodos jurídicos, porque no contexto da *Teoria Estruturante* a metodologia ocupa uma posição estratégica, condição óbvia para qualquer estudioso que se aproxime ao trabalho de *Friedrich Müller*. Trata-se de uma descoberta real uma vez desenvolvido o pertinente trabalho pelos juristas nos diferentes momentos estruturais desde as suas «vivências», em atenção ao poder que tem como consequência da distribuição constitucional de funções; ou, melhor, a pergunta feita e respondida sobre a verdadeira gênese normativa produzida uma vez penetrada pelo trabalhador jurídico a via encaminhada a, e cujo fim espera, por assim expressá-lo a *aletheia*, embora sempre receba a consideração de relativa e não exaustiva, ainda que só fosse de natureza semelhante por envolver cada caso uma nova proclamação e a necessidade dum conhecimento a ele adequado.

Finalmente, chegados aqui, temos de dizer que sem acesso para a plena aceitação da proposta feita pela concepção pós-moderna da hermenêutica que vê na linguagem uma «formalização do real», certamente, de acordo com as últimas contribuições do mestre da Baviera, há uma abordagem esperançosa a esta função, que tem de desenvolver o instrumento heurístico da liguisticidade quanto ao tratamento da problemática jurídica⁴⁶, embora, como qualquer esperança, carrega seus riscos, sobre o que também se adverte. Em qualquer caso, salva todas as vezes a responsabilidade da Ciência jurídica, buscando para tal finalidade não afrouxar o liame entre a coisa e os sinais –a referência estrutural do caso–, entre realidade e linguagem, e muito menos privilegiando sistemas, estruturas e os textos desvinculados do orador a fim de preservar a dimensão intersubjetiva da liguisticidade, que abandona sua consideração de terceira coisa interposta entre um sujeito e um objeto para tornarem-se condição de possibilidade⁴⁷.

Conclusão

Em conformidade com o acima exposto, estamos já não na frente da «determinação», ou a explicação, como operações intelectuais sonhadamente objetivistas derivadas do «fazer possível» kantiano completamente alheio à problemática da questionabilidade, como não frente a temática da supratemporalidade e

⁴⁵ Hans-Georg GADAMER, *Verdad y Método...*, op. cit., pp. 317-318.

⁴⁶ A ideia alvejada várias vezes em Friedrich MÜLLER, *Syntagma. Verfasstes Recht, verfasste Gesellschaft, verfasste Sprache im Horizont von Zeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.

⁴⁷ Lenio-Luiz STRECK, *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 5ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, p. 62.

demonstrabilidade que caracterizam os modelos jurídicos de vínculo neokantiano. Ao contrário, é qualquer coisa totalmente diferente desde o ponto de vista da normatividade: de uma criação real executada pelo operador do Direito que comunica o estado das coisas permitindo assim o pensamento e a compreensão. Afastando-se desse modo do âmbito de ocorrências arbitrárias localizado nesse campo, partindo da questão a resolver –de seus assuntos, suas coisas, tendo em conta estas– assume o jurista desde o mesmo e para o mesmo, a possibilidade descoberta que está lá, usando reflexivamente os materiais e os meios adequados.

Nesse sentido, objetivamente considerada como «*teoria da produção do Direito*», e a fim de não privar a si mesma –à Ciência jurídica, que é Ciência histórica– do seu próprio objeto específico, desde a *Teoria Estruturante do Direito*, a razão dos significados jurídicos reside no uso prático, no realizar-se da aplicação na que, tornando completamente o postulado kantiano de sinal contrário, interpenetram-se produtiva e constantemente experiências do presente e do passado efetivo. Consequentemente, o trabalho científico factual adianta e cresce nos desenvolvimentos da prática jurídica: o experiencial aprendido com caráter geral é aplicado a uma situação específica que acontece.

No bom sentido, está de acordo com o anterior o incomum abandono entre a Norma e a aplicação normativa, ou seja, abertamente desdenha a distinção entre «interpretação» e «aplicação» da Norma, pois esta, no senso estritamente científico, fala na sua temporeidade sempre de forma diferente, mas «como ela mesma» no curso concreto correspondente ao que é gerado no momento da aplicação. Eis, então, como será o caso encarregado de forçar imediatamente ao operador do direito de pensar, não só de compreender, e também de conceber a natureza das coisas ao longo de um *processo estruturante* comprometido com o projeto de Estado de Direito e a Democracia.

Referências

- ALEXANDRE, Thomas M.: «Eros and understanding: Gadamer's aesthetic ontology of the community». In: *The Philosophy of Hans-Georg Gadamer*, ed. de Lewis Edwin Hahn, The Library of Living Philosophers, Illinois, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto: «La nueva interpretación constitucional y el papel de los principios en el Derecho brasileño». In: *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 14, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto: «Constituição e Política: uma relação difícil». In: *Luanova: Revista de Cultura e Política*, núm. 61, 2004.
- BONAVIDES, Paulo: «O método concretista da Constituição aberta». In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará*, Vol. 25, núm. 1, 1984.
- ____ *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., Malheiros, São Paulo, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro: *Le Pouvoir des juges*, Presses Universitaires Economica, Paris, 1990.
- CASTANHEIRA NEVES, Antonio: *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- COSSÍO, Carlos: *El Derecho en el derecho judicial*, 1ª ed., Kraft, Buenos Aires, 1945.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro: «El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional». In: *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 1, 1998.
- DILTHEY, Wilhelm: *Sobre el estado actual de la ciencia histórica*, Revista de Occidente, Madrid, 1934.
- DIMOULIS, Dimitri: «Uma visão crítica do neoconstitucionalismo». In: *Constituição e efetividade constitucional*, ed. de George Salomão Leite / Glaucio Salomão Leite, Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.
- ____ «A relevância prática do positivismo jurídico». In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 2011.
- DUBICHAR, Roland: *Vorstudium zur Rechtswissenschaft. Eine Einführung in die juristische Theorie und Methode anhand von Texten*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1974.
- ESSER, Josef: *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis*, 2ª ed., Athenäum Fischer, Frankfurt am Main, 1972.
- FORSTHOFF, Ernst: *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1961.
- FRIEDRICH, Manfred: «Der Methoden-und Richtungsstreit». In: *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 102, 1977.
- GADAMER, Hans-Georg: *Le problème de la conscience historique*, Publications Universitaires, Louvain, 1963.
- ____ *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1977.
- GARCÍA AMADO, Juan-Antonio: «Tópica, Derecho y Método jurídico». In: *DOXA. Revista de Filosofía del Derecho*, núm. 4, 1987.

- JEAND' HEUR, Bernd: *Sprachliches Referenzverhalten bei der juristischen Entscheidungstätigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- KAUFFMANN, Arthur: *Hermenéutica y Derecho*, Comares, Granada, 2007.
- KELSEN, Hans: «Was ist juristischer Positivismus?». In: *JuristenZeitung*, 1965. *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 1993.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- LUCIANI, Massimo: «Interpretazione costituzionale e testo della Costituzione. Osservazioni liminari». In: *Interpretazione costituzionale*, ed. de Gaetano Azzariti, Giappicheli, Torino, 2007.
- MENDES, Gilmar / COELHO, Inocêncio-Mártires / BRANCO, Paulo-Gustavo: *Curso de direito constitucional*, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009.
- MÜLLER, Friedrich: *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.
- ____ *Rechtsstaatliche Form - Demokratische Politik: Beiträge zum Öffentlichen Recht, Methodik, Rechts und Staatstheorie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1977.
- ____ *Strukturierende Rechtslehre*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- ____ *Juristische Methodik. Grundlagen Öffentliches Recht*, Bd. I, 9ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 2004.
- ____ *Métodos de trabajo del Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- ____ *Syntagma. Verfasstes Recht, verfasste Gesellschaft, verfasste Sprache im Horizont von Zeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 2012.
- RICOEUR, Paul: *Du texte à l'action. Essais d'hermeneutique*, II, Du Seuil, Paris, 1986.
- RORTY, Richard: *El pragmatismo: una versión*, Ariel, Barcelona, 2000.
- STARCK, Christian: *Jurisdicción constitucional y Derechos Fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2011.
- STRECK, Lenio-Luiz: *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 5ª ed., Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004.
- TROPER, Michael: «Una teoria realista dell'interpretazione». In: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Vol. XXIX, núm. 2, 1999.
- VESTING, Thomas: «Aporien der rechtswissenschaftlichen Formalismus - Hermann Hellers Kritik an der Reinen Rechtslehre». In: *Archiv für Rechts und Sozialpolitik*, Bd. 77, núm. 3, 1991.
- VIEHWEG, Theodor: *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5ª ed., C.H. Beck, München, 1974.
- VILLACORTA CAÑO-VEGA, Antonio: «¿Interpretación jurídica o comprensión jurídica?; al menos comprender para interpretar». In: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 84, 2011.
- VILLACORTA MANCEBO, Luis-Quintín: «Preliminar», em *Postpositivismo*, editado por de Friedrich Müller/Luis-Quintín Villacorta Mancebo, TGD, Santander, 2008.
- ____ «El giro hermenéutico aceptado por la Teoría estructurante del Derecho». In: *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, 2010.
- ZAGREBELSY, Gustavo: *La virtud de la duda*, Trotta, Madrid, 2012.
- ZWEIGER, Konrad / KÖTZ, Hain: *Introducción al Derecho comparado*, Oxford University Press, México, 2002.

Recebido para publicação em 25/11/2014.
Aceito para publicação em 30/08/2015.



Este trabalho foi licenciado sob uma Licença
Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada

Publicação original disponível em:
<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc>