

A realidade na teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller

Reality in Friedrich Müller's Structuring Legal Theory

Walter Claudius Rothenburg¹

Centro Universitário de Bauru (CEUB)

wcrburg@gmail.com

Resumo

O lugar e o papel da realidade no Direito encontram um esclarecimento satisfatório na teoria estruturante do Direito, de Friedrich Müller. Para a concepção tradicional, a norma jurídica é formada pelo enunciado textual, que reclama interpretação para então ser aplicado a fatos, ocorridos posteriormente. A realidade estaria, assim, fora do Direito, como situação concreta que provoca a incidência da norma jurídica. A teoria estruturante do Direito supera essa concepção, ao apresentar a norma jurídica como complexo formado tanto por aspectos textuais, que se referem à realidade para formar o programa normativo, quanto por aspectos fáticos, filtrados pelo programa normativo e que formam o âmbito normativo. Desse modo, a realidade está presente em todos os momentos de formação da norma jurídica e compõe a própria estrutura normativa. A norma jurídica apenas se perfaz como norma de decisão do caso concreto, por meio de um processo de construção designado “concretização”. Além de uma explicação da estrutura e formação da norma jurídica, Müller propõe um rigoroso método de trabalho para a concretização, em que os aspectos textuais e da realidade são levados em consideração por meio de uma argumentação devidamente fundamentada e revelada, amparada nos textos jurídicos vigentes. A realidade integra, portanto, a norma jurídica.

Palavras-chave: realidade; norma jurídica; concretização; argumentação; Friedrich Müller.

Abstract

The place and role of reality in Law are satisfactorily clarified in Friedrich Müller's Structuring Legal Theory. For the traditional conception, the legal norm is formed by the textual statement, which claims interpretation to then

¹ Livre-docente em Direitos Humanos pela USP. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Professor do programa de pós-graduação em Direito do Centro Universitário de Bauru - CEUB. Procurador Regional da República. Centro Universitário de Bauru (CEUB), Praça 9 de Julho, 1-51, Vila Pacifico, CEP 17050-790, Bauru, SP, Brasil.

be applied to facts that occur afterwards. Reality would thus be outside the Law, as a concrete situation that causes the incidence of the legal norm. The structuring theory of Law overcomes this conception, by presenting the legal norm as a complex formed both by textual elements, which refer to reality to form the normative program, and by factual elements, filtered by the normative program and which form the normative scope. In this way, reality is present at all times of formation of the legal norm and composes the normative structure. The legal norm is only realized in the concrete case, as a decision norm, through a construction process called “concretization”. In addition to an explanation of the structure and formation of the legal norm, Müller proposes a rigorous working method for its implementation, in which the textual and factual aspects are taken into account through a duly reasoned and public argumentation procedure, supported by the current legal texts. Reality therefore integrates the legal norm.

Keywords: reality; legal norm; concretization; argumentation; Friedrich Müller.

Introdução

Ler o texto de uma norma jurídica vigente, interpretá-lo e aplicá-lo a uma situação concreta, com vistas à solução de um caso, parece retratar em termos simples a operação de realização do Direito. O processo, no entanto, é mais complexo e a descrição simplificada não descreve adequadamente o papel da realidade na composição da norma jurídica.

É tradicional distinguir a realidade em relação à norma jurídica, como se esta fosse desafiada por uma situação concreta posterior que desencadeia a aplicação do Direito. Em outra vertente, dada pelo realismo jurídico, o Direito estaria diluído na realidade da tomada subjetiva de decisões. Tanto a distinção quanto a diluição (confusão) não dão uma resposta consistente ao lugar que a realidade ocupa na norma jurídica, sendo esse o problema a ser enfrentado.

Este artigo apresenta a concepção de Friedrich Müller, designada de teoria estruturante do Direito, como um arcabouço conceitual e metodológico hábil a explicar a realidade na composição da norma jurídica, sob a perspectiva estrutural, assim como o processo de aplicação prática da norma jurídica (que Müller chama de “concretização”), sob a perspectiva funcional.

Mais do que uma proposta analítica de explicação para a norma jurídica (uma teoria), o que Müller oferece é um método rigoroso de aplicação do Direito a partir de um processo racionalmente controlado – e sobretudo justificado – de construção da solução de casos.

O enquadramento jurídico da realidade é o estatuto epistemológico (Rodrigues Junior, 2011) da realidade no Direito: “estatuto”, porque pretende atribuir a identidade, o sentido, o lugar da realidade no Direito, ou seja, caracterizar a realidade em relação ao Direito; “epistemológico”, porque diz respeito às condições para o conhecimento do Direito e ao papel que a realidade tem para que se consiga apreender o fenômeno jurídico. O objetivo desta leitura, portanto, é ressaltar a importância dos fatos para a melhor compreensão da realidade no

fenômeno jurídico e para uma adequada operacionalização do Direito, tendo como base conceitual a teoria estruturante do Direito, de F. Müller.

A realidade reporta-se à discussão clássica do “ser” e do “dever ser” no Direito, que Müller busca superar ao localizar a realidade na estrutura da norma jurídica. Os dados linguísticos que compõem o texto da norma são balizas imprescindíveis, porém insuficientes (Silva, 2021), pois será preciso considerar a todo tempo os dados da realidade na percepção dos dois componentes da norma jurídica: o programa normativo (a partir do texto) e o âmbito normativo (a partir da realidade). Não se trata de uma análise estática de elementos normativos, senão que de uma concepção dinâmica e dialética da formação da norma jurídica.

O movimento está presente também na aplicação prática da norma jurídica, constituindo-se num processo de concretização que culmina com a norma de solução do caso. Esta é a relevância metodológica da proposta da teoria estruturante do Direito.

Ao final, faz-se um apontamento da importância da realidade para o Direito Constitucional, que é o principal setor focado por Müller.

Por meio da revisão bibliográfica de obras de Müller e de outros autores que apresentam e comentam seu pensamento, empreende-se uma abordagem conceitual, de viés analítico e dedutivo, propondo-se, com fundamento na teoria estruturante do Direito, a colocação adequada da realidade (fatos) no interior da norma jurídica, como um de seus componentes e guias de aplicação.

Norma jurídica e fatos: onde está a realidade?

O Direito é um fenômeno complexo que não se reduz ao conjunto de normas formalmente estabelecidas e vigentes. Outros elementos compõem o fenômeno jurídico, tais como as decisões judiciais (jurisprudência) e toda atividade interpretativa envolvida (a doutrina). O próprio funcionamento (a prática) das instituições relacionadas ao Direito (Poder Legislativo, autoridades com poder regulamentar, tribunais, centros de formação jurídica etc.) compõe esse universo jurídico multidimensional e dinâmico. A realidade está presente, obviamente, em todos eles. Contudo, esta abordagem centra-se na análise da norma jurídica como categoria central – ainda que não exclusiva – do Direito. Friedrich Müller aponta “a norma jurídica como ponto referencial dos esforços de concretização” (Müller, 2007a; Canotilho, 1993). Será abordado, assim, o modo como a realidade está presente na estrutura normativa.

Usualmente se entende que a norma jurídica se reporta a uma realidade dos fatos que seria *externa* e, do ponto de vista da aplicação do Direito, *posterior* à formulação da norma: “o direito é compreendido equivocadamente como um ser que repousa em si, que só deve ser relacionado *ex post facto* com as relações da realidade histórica” (Müller, 2005). Essa concepção é expressa com o verbo “incidir”: algo anterior (a norma jurídica) incide sobre outro diverso e posterior (a realidade). Por exemplo, existe um modelo normativo (um “tipo legal”) que diz “matar alguém”; essa norma estaria à espera de um acontecimento externo que lhe correspondesse e sobre o qual então incidiria. O que subjaz a essa percepção é uma diferença nítida entre, por um lado, o Direito (a norma jurídica) e, por outro, a realidade, como se fossem entes distintos e separados.

A distinção entre a norma e a realidade é um reflexo (embora não necessário) da clássica distinção filosófica entre “ser” (realidade) e “dever ser” (comando normativo). Hans Kelsen, por exemplo, é enfático e didático ao dizer que “[u]m enunciado no sentido de que algo deve ocorrer é uma afirmação sobre a existência e o conteúdo de uma norma, não uma afirmação sobre a realidade natural, *i.e.*, eventos concretos na natureza” (Kelsen, 1998; Morrison, 2006). Estabelecer uma separação rígida entre “o mundo do dever ser”, onde as condutas são previstas, mas são apenas possíveis, e “o mundo do ser”, onde as condutas acontecem efetivamente, faz com que os fatos (a realidade) sejam expulsos do Direito.

Deve ser refutada, assim, a distinção rígida entre “ser” e “dever ser”, sobretudo a associação que costuma ser feita para situar o Direito (as normas jurídicas) no “mundo do dever ser”, como um comando hipotético, enquanto os fatos (a realidade) estariam no “mundo do ser”. O positivismo jurídico, que é baseado nessa distinção, recebe a crítica de Müller (2005). A rigor, a separação entre “ser” e “dever ser” é superada “do ponto de vista pragmático e operacional” (Müller, 2007b) por uma concepção integracionista que correlaciona um e outro (Hesse, 1991; Heller, 1983).

No mais, a distinção entre “ser” e “dever ser” tem alguma procedência, na medida em que a norma jurídica é prescritiva (portanto, passível de não ser cumprida) e não meramente descritiva de uma situação que já aconteceu ou teria de acontecer necessariamente; Müller (1996) refere-se ao Direito como “sobretudo imperativo que informativo”. Talvez essa distinção seja insuperável para que se consiga compreender o Direito. A autonomia (relativa) das normas jurídicas em relação à realidade é necessária para que se possa avaliar o próprio cumprimento das normas. Afinal, a realidade materializa-se nos fatos, que desafiam o Direito, e assim é que conseguimos verificar se ele é cumprido “de fato”, realmente (quando o Direito consegue enquadrar a realidade) ou se ele é descumprido (quando o Direito não consegue enquadrar a realidade). O próprio Müller (2008) afirma que a norma jurídica – enquanto norma de decisão – “deve ser cumprida na realidade social”.

Contudo, a tese de Müller (1996), ancorada na normatividade, não desconhece a dimensão prescritiva do Direito, mas procura incorporar a realidade na própria composição da norma jurídica, definida como “um modelo de ordem estruturado e concretamente determinado”.

Uma proposta conceitual que aproxima a realidade do Direito, muito prestigiada no Brasil, é a teoria de Miguel Reale, que apresenta a “teoria tridimensional do Direito”, em que se integram “fato, valor e norma”. Perceba-se, no entanto, que o “fato” é considerado uma categoria (elemento) ao lado – e não componente – da “norma”. O “fato”, para Reale (1986), tem um significado mais geral, que não se refere a determinado fato empírico, “mas ao complexo de todas as circunstâncias já positivadas na experiência jurídica, como um sistema vigente de forças, de natureza psicológica, histórica, econômica, geográfica etc.”. Ele não considera especificamente a situação real de um caso a resolver, os “elementos de fato”, como na teoria estruturante do Direito de Müller. Mas já estão presentes na formulação de Reale (1986) alguns aspectos que encontraremos em Müller, como a importância dada à realidade histórica, a tentativa de incorporação dessa realidade ao Direito e uma concepção integrativa das diversas dimensões do fenômeno jurídico, que se entrelaçam dialeticamente: “[a] norma de direito representa *um momento necessário do processo de integração fático-axiológica*”. Numa

afirmação impressionantemente próxima da teoria de Müller, Reale (1986) diz que “o Direito é norma e é também *situação normada*, ou seja, mais do que norma, é *experiência normativa*”.

A dimensão prescritiva (deôntica) do Direito pode conduzir à (equivocada) identificação daquilo que é jurídico apenas com o texto das normas, numa simplificação reducionista do “dever ser” à expressão meramente textual. O Direito vai além do texto, embora esteja “necessariamente vinculado à linguagem” (Müller, 2014). Com efeito, Müller situa sua teoria jurídica na teoria da linguagem (Müller, 1996, p. 183-184; Müller, 1995, p. 40-42; Bornholdt, 2005, p. 39), haja vista que “adota uma abordagem pragmática da linguagem: todo trabalho jurídico ocorre dentro da linguagem: é uma forma especial de linguagem, um conjunto específico de jogos de linguagem” (Müller, 2007b, p. 47). Marcelo Neves (2007, p. 88-89) também critica a dicotomia entre texto e realidade no contexto da semiótica, dizendo ser “inconcebível um isolamento sintático” e propondo uma subordinação da sintática à dimensão semântico-pragmática. Assim, a realidade é trazida para a linguagem do Direito – a linguagem em que se constitui o Direito – no plano semântico, sintático e pragmático (Dimoulis, 2013, p. 134), pois o texto da norma precisa referir-se à realidade e vice-versa.

A distinção entre o que é o Direito e o que é a realidade dos fatos não consegue ser eliminada de nosso pensamento. Porém é importante não ficarmos apenas na distinção, pois ela não explica adequadamente como é o Direito: um fenômeno em que a realidade dos fatos está presente na própria estrutura das normas jurídicas. Por isso, a “teoria estruturante do Direito”, de F. Müller, tem algo a nos dizer.

Texto da norma e programa normativo

Em sua composição, a norma jurídica apresenta dois elementos, ou melhor, dois *momentos* (mais ou menos simultâneos): o programa normativo e o âmbito normativo (também designado “domínio normativo”, “região normativa” ou “setor normativo”: Canotilho, 1993, p. 215-217). Portanto, norma jurídica = programa normativo + âmbito normativo.

O programa normativo é formado a partir do texto da norma, mas não se reduz a ele. Aqui, para Müller (2007a, p. 20; 2005, p. 25), reside um dos principais equívocos da interpretação tradicional do Direito, estimulado pelo positivismo, que consiste em confundir a norma com seu enunciado linguístico (o texto da norma), ou seja, entender que “a norma já está dada em seu texto” (o que Müller “designa como platonismo da norma”: Bornholdt, 2014, p. 9) e em fazer da aplicação do Direito um exercício de lógica formal. Texto de norma não é igual à norma, ou seja, a norma não é só texto.

O texto da norma é seletivo de um segmento da realidade, que corresponde à situação a ser regulada (o acontecimento), quer dizer, o texto da norma recorta a fatia da realidade que interessa. Ao mesmo tempo, a compreensão do texto só se alcança com os dados da realidade, a partir da pré-compreensão que temos das palavras, por sua referência ao mundo (das coisas, das imagens, dos símbolos, dos sentimentos...). O sentido a ser conferido ao texto somente consegue ser obtido com auxílio dos dados da realidade, que “iluminam” (esclarecem) o enunciado linguístico (Müller, 1996, p. 204-205). O programa normativo forma-se, portanto,

com “uma prévia referência a casos (ainda que imaginários)” (Bornholdt, 2005, p. 41). A composição da norma é influenciada simultaneamente por ambas as dimensões: o texto filtra a realidade mas só faz sentido a partir da realidade.

Podemos então afirmar que as palavras da lei só adquirem sentido jurídico quando são integradas por fragmentos da realidade. Alijar a realidade da norma jurídica compromete indelevelmente sua eficácia e, por aí, sua própria juridicidade (normatividade), sob pena de a norma “falar” apenas como texto, porém “calar” “sobre o fato de seu enunciado não alcançar ou não poder alcançar a realidade” (Müller, 2004, p. 33).

Conclui-se que o texto da norma é um ponto de partida indispensável (Müller, 1996, p. 45), mas ainda não é um componente definitivo da norma jurídica; falta a realidade. O que compõe a norma jurídica (faz parte de sua estrutura) é a “soma” do texto com os fatos a ele referidos: esse é o programa normativo, que integra texto e realidade, sendo “o *resultado* de um processo parcial de concretização” (Canotilho, 1993, p. 217).

Numa imagem que ficou clássica, Müller (1996, p. 168) diz que o texto da norma jurídica é apenas a “parte emersa do iceberg”. A figura é muito adequada, pois, ainda que a ponta do iceberg corresponda somente a uma pequena fração (sendo que grande parte do bloco de gelo resta submersa), todavia é a parte visível, que não pode ser menosprezada – o *Titanic* que o diga! Destaque-se a relevância que a teoria estruturante do Direito confere ao enunciado e à dimensão textual: ele constitui o guia e o limite da interpretação: “o texto da prescrição deve ser tratado como limite da concretização” (Müller, 2007a, p. 101); “[o] texto da norma é cronologicamente utilizado como a primeira *instância de seleção* entre as soluções possíveis e, objetivamente, como o *limite* imposto às soluções alternativas aceitáveis” (Müller, 1996, p. 55 e 241). Assim, o texto (enunciado linguístico) da norma é o início – porque oferece o parâmetro de comunicação da norma – e o fim – porque delimita a extensão da mensagem – da aventura interpretativa do Direito. Se houver algum conflito entre as orientações de sentido da norma, deve dar-se preferência aos “elementos de concretização imediatamente relacionados aos textos de normas” (Müller, 1996, p. 323-325).

A importância que Müller empresta à dimensão textual da interpretação jurídica (ainda que ele insista em não reduzir a norma ao texto) reflete-se, internamente, na preeminência que confere ao aspecto gramatical em relação ao aspecto sistemático (bem como aos demais aspectos ou “elementos” tradicionais), estabelecendo, assim, uma hierarquia para os “elementos” de interpretação propostos por Savigny ((Müller, 1996, p. 331; Müller, 2005, p. 90-99; Feital, 2021, p. 3, 15 e 23). Externamente, embora Müller afirme a indissociabilidade dos componentes estruturais da norma jurídica (programa e âmbito normativos) e sua implicação recíproca, ele assume a primazia do aspecto textual como porta de entrada e limite interpretativo: “para a determinação do limite de resultados admissíveis (normas de decisão), os elementos de interpretação diretamente referidos a textos de normas, i.e., a interpretação gramatical e sistemática, têm prevalência também sobre os elementos do âmbito da norma, por razões inerentes ao Estado de Direito” (Müller, 2005, p. 94-95). A preponderância da dimensão textual não é apenas uma recomendação metodológica, é uma injunção, sendo que assume centralidade, na concretização do Direito, o princípio da legalidade (Feital, 2021: 13-14; Dimoulis, 2013, p. 129 – autor que não adota a teoria estruturante).

Se a norma jurídica tem uma evidente faceta textual, visto que o Direito se expressa principalmente por meio de textos, a dimensão textual do Direito, entretanto, não se limita ao texto estrito da norma jurídica. A esse respeito, Müller (2005, p. 39-40) completa: “A decisão [jurídica] é elaborada com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do Direito Comparado, quer dizer, com ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma.” Peter Häberle (2000, p. 58) dirá, mais, que a literatura em geral fornece um importante material ao Direito: “Os textos literários atuam como ‘fermento’, são a matéria com que o Direito e os juristas da sociedade aberta podem obter, a curto, médio e longo prazo, grande quantidade de estímulos e de material, bem como valores que os orientem”. Todos os textos, porém, estão impregnados de realidade.

Realidade e âmbito normativo

As situações concretas (a realidade da vida) que desafiam a atuação do Direito compõem o outro elemento ou momento da norma jurídica, que é o âmbito (ou domínio) normativo: “um conjunto de dados reais selecionados pelo programa normativo” (Canotilho, 1993, p. 223), o qual, no entanto, não se reduz aos fatos, pois a realidade que interessa para o Direito é aquela que é apresentada, recortada e filtrada pelo enunciado linguístico (ele mesmo reflexivamente integrado por essa realidade). A realidade (natureza) “é seletivamente questionada em função do programa normativo” (Müller, 1996).

Numa síntese do processo de formação da norma jurídica com base em seus aspectos (elementos) estruturais, Müller (1996) indica que, partindo “do texto de norma enquanto cadeia de signos, chega[-se] aos primeiros julgamentos ou às primeiras associações relativas a uma partícula da realidade (campo factual). Esse modelo provisório da realidade deve ser corrigido após a análise do texto em face do modelo da realidade compatível com o texto (programa normativo)”. Eis o âmbito normativo.

A realidade dos fatos não impacta diretamente o Direito, nem o faz apenas posteriormente, ou seja, não há o acoplamento de uma norma preexistente a fatos então ocorridos. A realidade impacta indiretamente o Direito (na medida em que é filtrada pelo texto), porém indelevelmente. Desse modo, a realidade não se situa fora do fenômeno jurídico e sim na estrutura mesma da norma jurídica: o âmbito normativo é constituído a partir da realidade, mas não exclusivamente da realidade, sendo “o resultado de um segundo processo parcial de concretização” (Canotilho, 1993). Somente por meio desse processo de filtragem é que “o operador jurídico se pode desvencilhar da infinitude de possibilidades oferecidas pela realidade” (Bornholdt, 2005).

Müller explica que os componentes da realidade utilizados como elementos normativos não se confundem com as circunstâncias específicas do caso concreto a ser decidido, na medida em que aqueles dados da realidade são mais genéricos que as circunstâncias casuais. O âmbito normativo, portanto, “transcende” os fatos e só assim é que os componentes da realidade “codeterminam a concretização da norma jurídica” (Müller, 1996).

Um exemplo dado por Müller, tirado da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: foi reconhecida a inconstitucionalidade da prisão perpétua, a partir do texto do art. 1º.1 da Constituição da Alemanha (que consagra a intangibilidade da dignidade do ser humano), levando-se em consideração a importância real da perspectiva (esperança) de liberação, sem a qual a pessoa presa fica “numa situação excessivamente insuportável” (Müller, 1996). Outros exemplos, tirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: o reconhecimento das uniões homoafetivas, que exigiu considerar uma evidente realidade social para a composição da norma de direito a partir do texto estrito do art. 226, § 3º, da Constituição, que dispõe acerca da proteção estatal à “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”; uma interpretação do pacto federativo à luz da realidade das pessoas em situação de rua, em que o STF determinou, em caráter liminar, a adoção, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, das diretrizes estabelecidas em decreto federal que institui uma política nacional para essa população (Brasil, 2023). Ainda uma ilustração é dada pela discussão acerca da possibilidade de tributação, por meio do imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA (Constituição brasileira, art. 155, III) -, de embarcações e aeronaves: pode-se sustentar que, além de estarem compreendidas na expressão textual “veículos automotores”, embarcações e aeronaves revelam um contexto fático de capacidade contributiva (Constituição, art. 145, § 1º) e de relevância tributária, o que recomenda a tributação específica desses bens, embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que não (Brasil, 2002), sob uma criticável argumentação que deu preferência à suposta intencionalidade legislativa (Feital, 2021).

A interpretação jurídica (concretização) não se faz apenas sobre o texto da norma, mas também sobre os fatos que se referem ao caso: “o trabalho sobre o segmento de realidade social implicado pela decisão fornece, também ele, argumentos que motivam a solução do caso” (Jouanjan, 1996). Melhor dizendo: o âmbito normativo também é objeto de interpretação (análise), mesmo porque ele é integrante da norma.

A dimensão textual da norma jurídica é mais do que o texto da norma, porque tem de haver uma referência à realidade: é o programa normativo. A dimensão factual da norma jurídica é mais (ou seria menos?) do que a situação concreta, porque o enunciado (texto) também faz parte (ele recorta a parte da realidade que interessa): é o âmbito normativo. Este não é menos importante, secundário ou posterior em relação ao programa normativo, senão que está “em nível hierárquico igual” (Müller, 2005; Müller, 1996). Há uma ênfase conferida aos fatos na composição da norma jurídica: “não só a norma é ‘aplicada’ ao caso, mas o caso é ‘aplicado’ à norma” (Miozzo, 2022).

Todavia, ressalve-se a existência de normas que quase não se vinculam a dados da realidade, ou melhor, cujo significado é dado de forma prescritiva, como se construído pelo próprio Direito. As “regras de forma, de procedimento e de organização, tratando-se de disposições que se referem a outras prescrições, definições legais ou regras que contêm enunciados dogmáticos e conceituais determinados numérica ou individualmente” não têm âmbitos normativos relevantes; eles “desaparecem por trás dos programas normativos” (Müller, 1996), ou seja, o aspecto textual é preponderante e quase suficiente à concretização da norma, o que então se aproxima da interpretação tradicional. A ressalva é pertinente para que se perceba a sobriedade da proposta teórica de Müller, que não faria com um dispositivo como

o do art. 1.003, § 5º, do Código de Processo Civil brasileiro – que estabelece o prazo de 15 dias para interpor recursos – um exercício relevante de metódica estruturante do Direito.

Por outro lado, ocorre algo semelhante com as cláusulas gerais, ou seja, normas de formulação vaga e abrangente, em que o âmbito normativo é amplo e o programa normativo fornece um limite muito tênue (Müller, 1996).

Uma concepção dinâmica e dialética da norma jurídica

A separação entre Direito e realidade vincula-se a uma noção estática da norma jurídica enquanto produto previamente acabado, anterior aos acontecimentos que a ativam e desencadeiam sua incidência. Essa ideia é muito difundida e pode ser resumida na concepção de que, primeiro, existe um texto normativo – que habita o mundo do dever ser – e, depois, esse texto vai ser aplicado aos fatos – que habitam o mundo do ser. Desse modo, há uma (indevida) redução da norma jurídica ao texto normativo. Fala-se habitualmente, por exemplo, da “norma” do artigo 2º da Constituição brasileira, que estabelece o princípio da separação de poderes; porém esse é apenas o enunciado linguístico da norma.

Para Müller, todavia, a norma jurídica não se resume ao texto, ela é mais do que isso. A norma jurídica é o produto de um processo de formação que se estende por um período; ela não é dada em determinado momento inicial, como mero texto. Aliás, se fosse para considerar a norma jurídica pronta em algum momento, não seria o momento inicial do processo e sim o momento final, visto que a norma jurídica só se aperfeiçoa e se consoma como norma de decisão, concretamente, em sua formulação específica para a solução de um caso (Müller, 1996).

É certo que o texto da norma (enunciado linguístico) costuma estar pronto e à disposição do aplicador antes de o problema concreto surgir e precisar ser resolvido. Mas a norma de decisão é o resultado final do processo de concretização. Fica difícil, então, dizer o que vem primeiro. O processo é dinâmico, com implicações recíprocas e concomitantes. Não há compreensão do texto da norma sem alguma referência prévia à realidade, que nos remete ao mundo dos fatos e permite entender o que as palavras significam. Contudo, é o texto da norma que apresenta a realidade e recorta aquilo que interessa para o caso (por exemplo, não qualquer operação econômica, mas a compra e venda; não qualquer ligação familiar, mas a filiação; não qualquer dano, mas a lesão física ou psicológica que abala alguém severamente).

Portanto, a atuação do Direito apresenta-se como um *processo* de realização, denominado por Müller de “concretização”. Utilizando uma metáfora corriqueira, diríamos que a produção da norma jurídica não é instantânea e sim contínua, ou seja, está mais para um filme (em movimento) do que para uma fotografia (parada).

Bornholdt (2014) esclarece o processo de densificação da norma jurídica:

Após o cotejo com o âmbito normativo, forma-se o que Müller designa a “norma de direito”. Essa já é constituída à luz de uma situação concreta. Porém, da norma de direito ainda se deve extrair a norma de decisão, respeitante à situação concreta analisada (mas cujas balizas já influenciaram a criação da norma de direito). É somente aqui que efetivamente haverá o procedimento de subsunção, pois que a premissa

maior já foi formada com inúmeras particularidades da premissa menor.

Programa normativo e âmbito normativo formam uma “*regra geral e abstracta*, que representa o resultado intermédio do processo concretizador... Para se passar da normatividade mediata para a *normatividade concreta*, a norma jurídica precisa de revestir o caráter de *norma de decisão*”, explica Canotilho (1993). Também a norma de decisão, etapa final da concretização, tem a dupla componente do programa e do âmbito normativos, ou seja, a dimensão linguística (textual) e a dimensão fática (real) estão sempre presentes ao longo do processo.

A norma de decisão é identificada por sua posição final no processo de concretização, mas seu perfil varia em função da finalidade que se atribui à norma. Quando o que se espera é uma legislação, então a lei já é o produto final, equivalente à norma de decisão: “[d]e um ponto de vista estrutural, não há qualquer diferença entre o procedimento legislativo e a decisão jurisdicional do caso” (Müller, 1996). Mas a concretização legislativa também pode ser – e frequentemente é – apenas um estágio da produção da norma, rumo a uma norma mais específica, como uma decisão judicial ou um ato administrativo, que se apresenta então como a norma de decisão (final). Portanto, a norma jurídica apresenta-se como norma geral, com o âmbito normativo “composto dos elementos de um setor da realidade social quantitativa e qualitativamente pertinentes em face do programa normativo”, o que permite a aplicação da norma a casos análogos (Jouanjan, 1996); e a norma jurídica, no processo de concretização, também se apresenta especificamente, enquanto norma de decisão (Müller, 1996).

Ao mesmo tempo em que a realidade está “localizada” em um “momento” anterior, ela só é relevante após o texto da norma ser levado em consideração, e talvez possamos dizer exatamente o mesmo vice-versa. Há uma implicação, uma influência recíproca e constante entre o texto da norma e a realidade, tanto na dimensão do programa normativo (o texto da norma sendo impregnado de realidade), quanto na dimensão do âmbito normativo (a realidade selecionada que constitui o caso concreto). Tudo junto e misturado: não há um que venha antes e outro que seja consequente. Müller (2005) afirma que, “[n]o âmbito do processo efetivo da concretização prática do direito, ‘direito’ e ‘realidade’ não são grandezas que subsistem autonomamente por si”. Essa concepção “integracionista” e “dialética” da estrutura da norma jurídica (Sarlet, 2009; Heller, 1983) supera a distinção estrita entre norma e realidade, visto que a realidade está inscrita na norma. “[A] relação entre programa normativo e âmbito normativo – pontua Jouanjan (1996) – não é analisada conforme os esquemas dualistas, mas como um conjunto *estruturado*”.

A propriedade dinâmica da norma jurídica, que faz com que esta ordene a realidade subjacente, ao mesmo tempo em que é condicionada pela realidade, e que assegura efetividade, essa propriedade é a normatividade (Müller, 1996).

A tese de Müller é que a realidade não está fora do Direito, ou seja, fora da estrutura da norma, como se esta fosse apenas um enunciado linguístico (uma fórmula) que descrevesse prévia e hipoteticamente uma situação, e prescrevesse uma consequência, à espera de que um fato real (acontecido) correspondesse àquela descrição e desencadeasse aquela consequência. Não: para Müller, a realidade está dentro do Direito e faz parte da própria estrutura da norma

jurídica: na terminologia do autor, o âmbito normativo está incluído na norma jurídica (Müller, 2014).

Uma vantagem da importância atribuída à realidade na própria composição da norma jurídica está no reconhecimento de uma aplicação sempre atualizada do Direito, caracterizada por uma interpretação sintonizada, “evolutiva”. Ao abordar a relação do Direito com as tecnologias digitais, por exemplo, Hoffmann-Riem (2021) baseia-se em Müller para evocar “as realidades tecnológicas, científicas, sociais, políticas, econômicas, culturais, ecológicas, entre outras”, e concluir: “Esse recorte da realidade não jurídica é um componente constitutivo da norma que, além de seu âmbito linguístico ou textual, é significativo para o teor normativo e a incorporação sistemática da norma no ordenamento jurídico global”.

O método de aplicação do Direito: concretização

É importante notar que Müller se preocupa muito com o modo como o Direito é aplicado (Müller, 1996; Souza Neto e Sarmento, 2012), embora ele critique a ideia tradicional de “aplicação” do Direito (Müller, 1996). Müller entende que, como a realidade faz parte do próprio Direito, ela também está presente e interfere na metodologia jurídica. Veja-se que o subtítulo da edição brasileira de um livro de Müller refere-se à “teoria e metódica estruturantes do direito” (Müller, 2007a).

O processo de realização do Direito deve ser pautado pela racionalidade, ele deve ser metodologicamente controlado, para que não seja uma abstração (como se fosse mera dedução lógica, silogismo) nem uma falácia (como se fosse mera decisão). Aliás, Müller critica a perspectiva do realismo jurídico, segundo a qual o Direito seria mero voluntarismo ou decisionismo, quer dizer, que o Direito, na verdade, seria apenas a decisão (subjéctiva) daqueles que podem determinar o que o Direito é na prática. Por conseguinte, a proposta pragmática de Müller afasta-se “tanto de uma concepção realista da interpretação quanto de uma concepção idealista” (Feital, 2021).

A aplicação do Direito (a concretização da norma jurídica) é uma tarefa que exige observância de parâmetros objetivos, dados pelo texto da norma e pela atuação profissional das pessoas envolvidas, por exemplo. Isso não significa que se ignore a subjéctividade, inafastável, que acompanha a atividade humana de resolução jurídica de casos. Para Müller (1996), os “fatores irracionais” não devem ser ocultos, mas “postos abertamente sobre a mesa e, assim, tornados acessíveis ao controle e à crítica alheia”; isso inclui a valoração (Müller, 1996). Enfatiza-se que o principal controle, no Estado Democrático de Direito, faz-se mediante a “apresentação clara de argumentos” (Müller, 2007b), de modo a permitir a “verificabilidade” da decisão jurídica (Feital, 2021).

O Direito, para Müller, não se apresenta principalmente como um esquema lógico formal, em que as normas funcionam como premissas maiores, a partir das quais se deduzem as soluções (decisões) dos casos concretos. Essa lógica, no Direito, desempenha um papel menor, embora não irrelevante.

Por outro lado, a operacionalização do Direito também não se resume ao enfrentamento

casuístico de determinados problemas, em que as soluções (decisões) são orientadas e limitadas pelos próprios problemas a resolver, conforme propõe a tópica, embora Müller (2007a) reconheça o papel da tópica no Direito: “O momento normativo é assegurado por meio da manutenção da norma como ponto de orientação possível da concretização, o seu exagero é impedido pelo movimento tópico da concretização no caso individual.” (Müller, 2007a). Existe ainda uma semelhança metodológica entre a tópica e a teoria estruturante do Direito, ressaltada por Jouanjan, a qual contrapõe a abordagem dedutiva da interpretação tradicional à abordagem indutiva da teoria estruturante, que parte “dos problemas práticos” (Jouanjan, 1996; Müller, 1996).

Sobretudo, a interpretação do Direito não pode resumir-se a uma interpretação textual, ou seja, não é mera interpretação do texto da norma: “[a] restrição do olhar à sua forma de linguagem e a uma sistemática verbal impede o acesso aos teores materiais normatizados”, adverte Müller (2005). Essa perspectiva é condizente com a estrutura da norma jurídica, pois, se a norma não se compõe apenas do texto, a interpretação da norma também não pode ser somente a interpretação textual. Contudo, a interpretação do texto é fundamental à compreensão da norma, à medida que o texto é um componente essencial da norma e especialmente esclarecedor do sentido normativo. O Direito contemporâneo expressa-se principalmente por meio de escritos.

Os tradicionais métodos de interpretação jurídica, atribuídos a Savigny (que os considerava “elementos”: interpretação gramatical, interpretação histórica, interpretação sistemática e, por extensão, interpretação teleológica ou finalística), foram concebidos – para Müller – sob uma perspectiva lógico-formal e, portanto: “também não se pode mais continuar tratando como canônicos os *cânones* da interpretação do direito, *herdados da tradição*. Eles são aspectos auxiliares de alcance limitado. Carecem de universalidade formal e dignidade lógica pelo simples fato de que lhes subjazem em cada caso pressupostos materiais, com maior ou menor nitidez.” (Müller, 2007a; Müller, 2005). Tais métodos “canônicos” de interpretação devem ser considerados em conjunto, como reciprocamente complementares (Müller, 1995).

Evitando tanto o formalismo (lógica formal), que separa o Direito (as normas jurídicas) da realidade, quanto o realismo, que dilui o Direito (as normas jurídicas) na realidade, F. Müller sustenta que a realidade integra o Direito (faz parte das normas jurídicas), não sendo nem externa às normas, nem posterior à incidência delas. Portanto, no plano da estrutura das normas, a realidade já está em sua composição (por isso, “teoria estruturante do direito”), e, no plano da metodologia jurídica, a realidade já está em sua operacionalização (por isso, “metódica estruturante do direito”). O objetivo é, em alguma medida, permitir que o Direito controle a realidade e não seja por ela controlado: “A racionalização da aplicação do direito visa, portanto, não em último lugar, a inserção metodologicamente controlada dos teores materiais envolvidos na concretização de prescrições jurídicas.” (Müller, 2007a)

Müller rejeita a ideia tradicional de “aplicação” do Direito, que indica a existência prévia da norma jurídica como “hipótese normativa”, na qual se encaixaria a realidade dos fatos. Em sentido diverso, para nomear o que acontece na atuação do Direito, e que constitui um processo (por etapas) de produção da decisão, sempre com a inexorável interferência da realidade (inclusive das pré-compreensões: “Uma ciência jurídica sem valoração e decisão não seria nem

prática nem real. A exigência de objetividade não diz respeito à eliminação, mas à revelação de valorações necessárias.”: Müller, 2007a), Müller utiliza o termo “concretização” (“apreendida como *construção* da norma jurídica”: Müller, 1996; Müller, 2007b). A expressão ficou consagrada na teoria da interpretação constitucional contemporânea e parece muito apropriada: um processo em que o Direito é *realizado* (no sentido etimológico de “tornado real”, praticado) e em que os fatos estão presentes a todo tempo, já na composição do Direito e não somente como situações da realidade, aos quais o Direito (previamente concebido) viria a aplicar-se apenas posteriormente.

A metodologia proposta por Müller para a resolução de casos jurídicos é “artesanal” e demanda “mais tempo e mais força” (Müller, 1996), caracterizando-se como uma atividade exigente. Por isso, ele insiste em que o processo de concretização seja considerado efetivamente um trabalho, “a partir da divisão do trabalho social” (Müller, 1995; Miozzo, 2022).

A realidade no Direito Constitucional

O foco da teoria de Müller está no Direito Constitucional, visto que o autor “dirige sua metódica à apreciação do direito constitucional” (Bornholdt, 2005). Embora se trate de uma concepção teórica suficientemente genérica, que pode muito bem situar-se no plano da Teoria Geral do Direito, com capacidade para explicar a estrutura das normas jurídicas em geral (uma “teoria estruturante do Direito”). O próprio Müller (1996, 2005) faz constante remissão de sua “metódica estruturante” ao Direito Constitucional.

Com efeito, é constante e necessária a afirmação do Direito Constitucional enquanto disciplina autenticamente jurídica (normativa) e não apenas uma manifestação da política. Entretanto, dada a influência dos fatores de poder (Lassalle, 1985), não se pode ignorar o peso da realidade – especialmente da realidade política – na conformação do Direito Constitucional. Ademais, para Marcelo Neves (2007), isso “é particularmente relevante no domínio do direito constitucional, na medida em que ele é mais abrangente da dimensão social, material e temporal”. Müller (1996) assume que “[o] direito é uma forma particular da política” e, por consequência, a metodologia jurídica é “a metodologia das condições e das formas de trabalho de um setor determinado da ação e da organização políticas”.

Existe toda uma tradição doutrinária em ressaltar a importância da “normatividade” da Constituição, ou seja, da capacidade de as normas constitucionais orientarem as condutas, em face da “normalidade”, que corresponde a como as condutas se orientam efetivamente na realidade (Heller, 1983). Deve-se considerar a incorporação da realidade à Constituição não como capitulação diante da imposição dos fatos do poder e do poder dos fatos, mas como capacidade de “domesticar” e conduzir a realidade em conformidade aos parâmetros constitucionais: “[g]raças ao elemento normativo, ela [a Constituição] ordena e conforma a realidade política e social” (Hesse, 1991). Essa é a perspectiva da “força normativa da Constituição”, propalada por Konrad Hesse (1991), que acentua a “pretensão de eficácia” das normas constitucionais e afirma que “a força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas

ou confundidas”.

Friedrich Müller retoma e desenvolve essa perspectiva com rigor metodológico, inscrevendo a interpretação concretista (concretização constitucional) na hermenêutica constitucional contemporânea (Canotilho, 1993; Souza Neto e Sarmiento, 2012).

Conclusões

Considerar a aplicação do Direito feita a partir de um texto previamente estabelecido e interpretado, que incide sobre uma situação acontecida posteriormente, despreza o papel da realidade como constitutiva do fenômeno jurídico. E não faz jus ao trabalho prático de aplicação do Direito, que não se resume a uma interpretação do texto da norma jurídica para então fazê-la incidir sobre os fatos ocorridos.

A realidade integra a própria norma jurídica a todo momento, num processo dinâmico que considera o texto da norma sob uma perspectiva pragmática, com referência aos dados da realidade, para compor o programa normativo, a partir do qual se recorta e filtra a realidade relevante para o caso a decidir, o que compõe, por sua vez, o âmbito normativo. Essa proposta conceitual apresenta, portanto, a estrutura da norma jurídica como um conjunto integrado pelo programa e pelo âmbito normativo.

A elaboração da norma jurídica não precede nem vem depois dos fatos, mas os apreende ao longo do processo de construção, com vistas à solução de um problema (caso). Por isso, a teoria estruturante do Direito é acompanhada de uma rigorosa metodologia que orienta o trabalho do operador do Direito, exigindo que ele considere os limites textuais da formulação da norma, mas que nunca deixe de considerar a realidade, sempre mediante uma argumentação consistente e transparente. A concretização da norma jurídica estará, assim, em sintonia com o Estado de Direito.

Bibliografia

- BORNHOLDT, R. M. 2005. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 205 p.
- _____. 2014. Introdução do revisor. In: F. MÜLLER. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Joinville, Bildung, p. 9-13.
- BRASIL. 2023. Supremo Tribunal Federal. *População em situação de rua*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976/DF, Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>. Acesso em: 18/08/2023.
- _____. 2002. Supremo Tribunal Federal. *Embarcações e aeronaves não estão sujeitas ao IPVA*. Recurso Extraordinário 134.509-8/AM, Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207766>. Acesso em: 17/07/2023.
- CANOTILHO, J. J. G. 1993. *Direito constitucional*. 6. ed., Coimbra, Almedina, 1228 p.

- DIMOULIS, D. 2013. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 5. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 288 p.
- FEITAL, T. A. 2021. Hipóstase e estagnação: uma leitura crítica do Recurso Extraordinário n. 134.509. *Revista Direito GV*, **17(2)**:e2128. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/85010/80389>. Acesso em: 17/07/2023.
- HÄBERLE, P. 2000. *Teoría de la constitución como ciencia de la cultura*. Madrid, Tecnos, 165 p.
- HELLER, H. 1983. *Teoría del Estado*. 9. reimp. México, Fondo de Cultura Económica, 341 p.
- HESSE, K. 1991. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 40 p.
- HOFFMANN-RIEM, W. 2021. Disrupção digital e transformação. Desafios para o Direito e a ciência do Direito. In: G. ABOUD, N. NERY Jr. e R. CAMPOS (org.). *Fake news e regulação*. 3. ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, p. 385-429.
- JOUANJAN, O. 1996. Présentation du traducteur. In: F. MÜLLER. *Discours de la méthode juridique*. Paris, Presses Universitaires de France, p. 5-23.
- KELSEN, H. 1998. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo, Martins Fontes, 637 p.
- LASSALLE, F. 1985. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro, Liber Juris, 49 p.
- MIOZZO, P. 2022. O pós-positivismo de Friedrich Müller como teoria e metódica estruturantes do direito. *Revista Direito Público*, **19(103)**:13-18. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/6733/2763>. Acesso em: 15/07/2023.
- MORRISON, W. 2006. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo, Martins Fontes, 676 p.
- MÜLLER, F. 1995. *Direito. Linguagem. Violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre, S. A. Fabris, p.
- _____. 1996. *Discours de la méthode juridique*. Paris, Presses Universitaires de France, 439 p.
- _____. 2004. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 139 p.
- _____. 2005. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 177 p.
- _____. 2007a. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 319 p.
- _____. 2007b. Teoria e interpretação dos direitos humanos nacionais e internacionais – especialmente na ótica da teoria estruturante do direito. In: C. M. CLÈVE, I. W. SARLET e A. C. PAGLIARINI (coord.). *Direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro, Forense, p. 45-52.
- _____. 2008. Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. *THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, **6(2)**:63-78. Disponível em: <https://revistathemis.tjce.jus.br/THEMIS/article/view/196/186>. Acesso em: 11/07/2023.
- _____. 2014. *Metódica jurídica e sistema político: elementos de teoria constitucional II*. Joinville, Bildung, 177 p.
- NEVES, M. 2007. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo, WMF Martins Fontes, 263 p.
- REALE, M. 1986. *Filosofia do direito*. 11. ed. São Paulo, Saraiva, 751 p.
- RODRIGUES JUNIOR, O. L. 2011. Estatuto epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O Direito* (Lisboa),

143(II): 43-66, Disponível em:
https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/29F68B1B35C7B1_Estatuto-epistemologico-do-Dir.pdf. Acesso em: 18/07/2023.

SARLET, Ingo Wolfgang. 2009. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 493 p.

SILVA, V. A. 2021. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo, Editora da Universidade de São Paulo, 712 p.

SOUZA Neto, C. P.; SARMENTO, D. 2012. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, Fórum, 2012, 632 p.

Submetido: 18/08/2023

Aceito: 12/08/2024