

Departamento de Direito

Fundamentos do Pós-positivismo: uma análise do “Novo Paradigma do Direito” de Friedrich Müller

Aluno: Marcos Aragão Couto de Oliveira

Orientadora: Rachel Nigro

1) Introdução

Tendo como norte da pesquisa a virada linguística filosófica aplicada na interpretação do direito, a pesquisa realizada nesse período de iniciação científica (agosto de 2014 até julho de 2015) foi decorrente de estudos de teorias contemporâneas de direito constitucional e teoria de direito, focando especificamente nos termos e classificações de correntes supostamente opostas e definidas, principalmente no termo “pós-positivismo”, que parece ser alvo central das críticas positivistas ao crescimento do “Ativismo Judicial” no Supremo Tribunal Federal brasileiro.

O termo “pós-positivismo” aparece no Brasil como forma que substituiria o positivismo jurídico, muito comumente relacionada ao uso de princípios constitucionais nas interpretações do direito positivado. Porém, pouco se concorda sobre as origens, métodos, aplicações e limites dessa nova corrente, tornando-se um termo invocado constantemente tanto para justificar como para criticar decisões e aplicações das leis perante a nossa recente Constituição de 1988.

Apesar da expressão “pós-positivismo” ter sido apresentada por diferentes autores, dentre eles o jurista Neil MacCormick, ao investigar o uso pioneiro do termo, encontramos os estudos de Friedrich Müller, que utilizou a expressão “*nachpositivistisch*” pela primeira vez em 1967 na obra “*Juristische Methodik*”[1]. Mais recentemente, Müller consolidou o sentido de pós-positivismo no livro “O Novo Paradigma do Direito”, com apoio na análise das novas Constituições contemporâneas, como a Sul Africana e a Brasileira.

Constantemente citado pela doutrina e nas decisões dos tribunais pátrios, por exemplo, por influentes juristas como Humberto Ávila, Daniel Sarmento, Eros Grau e Luis Roberto Barroso, esse artigo analisará, a partir da virada paradigmática defendida por Müller, a contribuição do autor na criação da expressão “pós-positivismo” e sua influência em algumas das teorias constitucionais contemporâneas.

2) Objetivo

Através da leitura do “Novo Paradigma do Direito” de Friedrich Müller o objetivo da pesquisa é entender o fundamento teórico e filosófico da metódica estruturante apresentada pelo autor. Ao comparar suas ideias com outros métodos amplamente utilizados no direito brasileiro, como o método de ponderação proposto por Robert Alexy, espera-se propor uma base mais sólida sobre o conceito, significado e consequências do “pós-positivismo” proposto por Müller, ampliando as possibilidades de debate jurídico e acadêmico que tratam sobre o assunto, mas muitas vezes utilizam o termo de formas completamente distintas, causando claros desencontros intelectuais.

3) Metodologia

Primeiramente, serão exploradas as diversas concepções e usos do termo “pós-positivismo” nas teorias contemporâneas de direito constitucional brasileiras, fazendo um recorte das diferentes origens do termo.

Em seguida, analisaremos a importância do tema quando contextualizado com o crescente “Ativismo” do poder judiciário brasileiro, principalmente nas decisões do Supremo Tribunal Federal dos últimos anos.

A partir desses pontos, será necessário um estudo epistemológico sobre a própria questão do paradigma. Com a base no autor Thomas S. Kuhn, verificaremos a compatibilidade da teoria e metódica estruturante de Friedrich Müller como um novo paradigma do Direito.

Por fim, contemplaremos a teoria e método propostos pelo autor, à luz da virada linguística da filosofia da linguagem, explorando seus conceitos de texto e norma, e questionando se de fato existe um método a ser seguido, como acontece com a teoria de Alexy.

4) Concepções e usos do termo “Pós-Positivismo”

Termos utilizados para agrupar diferentes teorias e concepções de direito foram (e ainda são) de frequente uso no estudo de teoria do direito. Seja ao utilizar os moldes das duas “grandes escolas” do direito, o jusnaturalismo e o juspositivismo, seja para tentar identificar as diferentes correntes de teorias constitucionalistas contemporâneas (neoconstitucionalismo, anti-positivismo, pós-positivismo e etc), a frequente utilização desses termos pode vir a causar confusão no diálogo no mundo jurídico, na academia, doutrina ou até em decisões dos tribunais.

Ao classificar uma corrente teórica e indica-la como pertencente a um desses supostos grupos é inevitável que aconteça alguma redução de sua complexidade ou características daquele trabalho. Não é à toa que ao mesmo tempo em que existe um forte esforço na identificação dos autores dentro de escolas, métodos ou grupos, é comum uma igualmente forte resistência dos autores e autoras em relação a esses títulos e classificações, pois frequentemente não concordam plenamente com uma afirmativa que sua teoria se adeque perfeitamente ao grupo apresentado. Não somente no estudo do direito, mas em todas as ciências esse tipo de conflito existirá, gerando uma eterna discussão sobre a classificação das teorias, seja com resistência dos próprios autores, seja na releitura de suas obras por estudiosos.

Esse tipo de diálogo é fruto de uma comunidade científica, sendo inevitável e possivelmente essencial para a própria produção e revisão da mesma. Porém, um mau uso desse esforço de classificar e enquadrar as teorias pode causar enormes desencontros conceituais, desvirtuando completamente alguns termos, resultando em sério prejuízo na capacidade de diálogo científico.

Um grande exemplo desse mau uso na teoria do direito foi a caricatura do positivismo jurídico criada nas últimas décadas. Não são raras as ocasiões em que o juspositivismo foi fortemente criticado, não somente por discordarem em quesitos teóricos como a validade do direito, ou do papel da interpretação do direito, mas muitas vezes foram atribuídas ao positivismo jurídico características e premissas que não condizem com a literatura contemporânea, ou até quando atribuem ao juspositivismo uma responsabilidade por ter legitimado sistemas jurídicos autoritários na história [2]. Ao amalgamar diferentes vertentes do positivismo (gramaticais e formais, por exemplo) com correntes contemporâneas (como a defendida por Hart), os opositores e críticos teriam criado uma figura não verdadeira e indefensível do positivismo jurídico, apontada como “um retrocesso”, “velho positivismo ortodoxo” e até “fracasso político” [3]. Diante dessas críticas ao positivismo jurídico, muitos autores se dedicaram à defesa dos fundamentos seculares do positivismo e justificando as bases teóricas contemporâneas, além de apontar as incoerências cometidas nesse processo de criação da caricatura, apresentando os perigos do mau uso (político) do termo e suas consequências nefastas.

Ao nosso ver, assim como sofreu o juspositivismo, o termo “pós-positivismo” também tem sido vítima do uso irresponsável de classificações e reducionismos. Apesar de muitas vezes ser utilizada como sinônimo de neoconstitucionalismo ou de anti-positivismo, sem grande fundamentação sobre as semelhanças e critérios para tal equiparação, a expressão “pós-positivismo” parece invocar um distanciamento da teoria positivista, seja pelos seus críticos que a identificam como um retorno ao jusnaturalismo, seja por quem se vincula ou utiliza-se do termo como fundamento para interpretações *contra-legem*.

Friedrich Müller é um dos autores que têm como tema o pós-positivismo, visando explorá-lo de forma científica e à luz das democracias contemporâneas, especialmente em países em desenvolvimento, como o Brasil. Assim, em um contexto mundial de transição de constituições de proclamação política para constituições normativas [4], sendo o Brasil e o país África do Sul grandes exemplos desse projeto de Constituição, passou-se a questionar cada vez mais o papel da interpretação constitucional no ordenamento jurídico, com seus métodos e consequências.

(...)o que se observa atualmente é uma tendência global à adoção do modelo de constitucionalismo em que as constituições são vistas como normas jurídicas autênticas, que podem ser invocadas perante o Poder Judiciário e ocasionar a invalidação de leis ou outros atos normativos. [...] São constituições ambiciosas, que incorporam direitos prestacionais e diretrizes programáticas vinculantes, que devem condicionar as políticas públicas estatais. Ademais, elas não tratam apenas da organização do Estado e das suas relações com os indivíduos, mas também disciplinam relações privadas, enveredando por temas como economia, relações de trabalho, família e cultura. [5]

Esses novos textos constitucionais que causaram grandes mudanças na forma de pensar o Direito e nesse curto período pós 1988 surgiram inúmeras correntes de interpretação constitucional no Brasil, mas sem necessariamente gerar um entendimento ou convergência desses entendimentos. É o caso da expressão “neoconstitucionalismo”:

Não se olvide que aquilo que a doutrina tem designado como ‘neoconstitucionalismo’, em princípio, não substancia, organicamente, uma nova teoria constitucional ou movimento doutrinário. Antes disse parece tratar-se, o ‘neoconstitucionalismo’, em verdade, de uma movimento teórico em que os constitucionalistas buscam a superação de modelos jurídicos e positivistas e formalistas projetados ao discurso e dogmática constitucionais. Um movimento em que se busca soluções mais adequadas para as questões constitucionais diante das insuficientes respostas positivistas. Daí, então, justifica-se o entendimento de não haver sempre convergência entre os diversos modelos de pensamento ‘neoconstitucionalista’. [6]

Nota-se que a prática de reunir autores contrários ao juspositivismo em títulos como “neoconstitucionalista” é, desde o início, baseada na premissa de que não há necessariamente um ponto de concordância em específico entre esses autores. Além disso, a vinculação do “neoconstitucionalismo” com o “pós-positivismo” também é feita de forma semelhante, sem critérios fixos que os grupos teriam em comum e o que os diferenciariam, por exemplo:

É possível, todavia, esboçar uma distinção entre as teorias do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, [...]. Os autores identificados como pilares da teoria neoconstitucionalista como Ronald Dworkin, Robert Alexy, [...], defendem, em geral, esse arranjo institucional que fortalece significativamente o papel do Poder Judiciário no Estado contemporâneo. É verdade que esses mesmos autores são também identificados como expoentes do pós-positivismo. Todavia, há também, entre os pós-positivistas, autores muito mais reticentes em relação ao protagonismo judicial [...]. Portanto, nem todo defensor do pós-positivismo é também um neoconstitucionalista. [7]

A característica de falta de convergência entre entendimentos dessa comunidade que visa se distanciar do positivismo e praticar novas formas de interpretação constitucionais acaba resultando em uma dificuldade em selecionar uma origem teórica das próprias expressões. Por exemplo, o método de ponderação de Robert Alexy, autor de grande renome, cujas obras revolucionaram a interpretação constitucional, muitas vezes é visto de forma incompatível com a teoria estruturante de Friedrich Müller [8], como se ambos os métodos não pudessem se complementar enquanto elementos metodológicos do novo cenário pós-positivista, ou como se Alexy rechaçasse o termo apenas por não o utilizar. No entanto, ao ser indagado sobre sua compreensão sobre o pós-positivismo e a textura aberta da linguagem, Alexy teria respondido:

Não há outra opção que seja a de preencher a textura aberta de acordo com a pretensão de correção; que necessariamente inclui uma pretensão de justiça. Isso torna necessária a relação entre direito e moral. Se vocês quiserem chamar isto de pós-positivismo, por favor, o façam. [9]

Essa dificuldade em convencionar um significado, limites e base teórica para o termo “pós-positivismo” faz com que ele seja alvo das mesmas consequências que o positivismo e sua caricatura; ao mesmo tempo a própria corrente terá dificuldade em dialogar e construir essa identidade, o esvaziamento do termo o torna um frequente alvo para críticos da interpretação constitucional e de um suposto ativismo por parte do judiciário, principalmente por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Na tentativa de contribuir com o diálogo sobre a questão, dedicaremos o início deste trabalho não somente à apresentação das diferentes formas de concepção do pós-positivismo,

mas também a uma investigação da origem do termo e seus aparentes autores. Termo que fez aparência súbita na cultura jurídica brasileira, a doutrina parece ter dificuldade e discordar sobre as origens conceituais do “pós-positivismo”, frequentemente sendo atribuída a diferentes autores e com significados diversos. Como comentado, a incerteza do termo leva a diferentes reações, tanto uma grande filiação, quanto uma grande rejeição ao mesmo. A própria questão de adesão ou não de Robert Alexy é uma prova dessa confusão.

Neil MacCormick foi um dos autores que se mostra adepto de uma posição “institucional pós-positivista do direito” [10], mas somente o fez em seu preâmbulo do livro “*Argumentação jurídica e teoria do direito*”, onde prefere expor sua nova opinião, desvinculando-se da que foi escrita em 1978, na qual utilizou uma argumentação jurídica positivista hartiana[11]. Por mais que seja uma declaração de peso, considerando sua matriz teórica em Hart, o fato de ser recente não condiz com a possibilidade de ser apontado como uma das origens do termo.

Enfim, o nome que mais parece em destaque na pesquisa sobre os fundadores da expressão pós-positivismo é o alemão Friedrich Müller. Autor do livro “O Novo Paradigma do Direito”, além de ter dedicado todo esse volume ao tema, Müller também escolheu focar sua pesquisa nos ordenamentos jurídicos da África do Sul e do Brasil por serem países em desenvolvimento que acabavam de sair de ditaduras, ambos com Constituições de Estado de Direito Modernas. Ao decidir lecionar em universidade brasileira (Unifor) e escrever sua teoria pensando especificamente no ordenamento brasileiro, este autor “estrangeiro” não demanda esforço na tentativa de adequação de ideias “alienígenas”, que podem ser de difícil adaptação direta à nossa realidade.

Frequentemente citado na doutrina e decisões que utilizam argumentos ou viés supostamente “pós-positivista”, o núcleo dessa metódica encontra-se atualizada na obra “O Novo Paradigma do Direito”, onde Müller não somente explica sua teoria realista ou impura do direito e seu conceito de norma, como também dialoga com o que ele acredita que serem os paradigmas anteriores ao dele, justificando a ideia do autor da formulação do novo paradigma pós-positivista como conceito científico.

5) Adequação do termo “Paradigma”

Müller se aposentou na Alemanha e passou a dedicar sua pesquisa (principalmente) em 1989 [12], quando o autor chega ao Brasil justamente em uma época de grande mudança e questionamento na teoria do direito constitucional brasileiro. Já conhecido pelos seus livros anteriores, como “Metódica Jurídica” (*Juristische Methodik*), além de ter participado de conversas, estudos e palestras sobre o tema, Müller dedica grande preocupação metodológica e espaço do seu livro não somente para introduzir a sua metódica estruturante, mas para diferenciá-la das demais, apresentando-a como um novo paradigma do direito. Inclusive, ao longo do seu texto, percebe-se um esforço em evitar o termo “pós-positivista”, sendo propositalmente substituído por derivações do chamado novo paradigma.

Essa escolha de termo está longe de ser um preciosismo do autor, muito menos uma tentativa de destacar sua teoria com um título diferente, mas se deve a uma profunda investigação sobre o método da produção científica do direito [13]. Porém, torna-se necessário explorar a importância e significados do termo paradigma, já que não são diretamente explicados no livro. Para isso, recorreremos a um dos maiores autores contemporâneos da epistemologia da ciência, Thomas S. Kuhn, mais especificamente ao volume “*A estrutura das revoluções científicas*”, que se dedica à conceituação de paradigmas e comunidades científicas, e como esse diálogo de teorias resulta nas grandes revoluções e descobertas.

Primeiramente, ao revisitar sua teoria sobre paradigmas, Kuhn ressalta a importância da estrutura comunitária da construção da ciência, que basicamente é uma forma contemporânea do estudo histórico da epistemologia que foca no diálogo entre praticantes de uma especialidade científica. Para o autor, existirão diferentes níveis de comunidades, algumas com abrangência maior (como por exemplo ciências naturais e ciências sociais), essas sendo divididas em grupos cada mais menores e mais específicos, por exemplo, dentro das naturais existiriam físicos, dentro desses existiriam físicos quânticos, nucleares e etc.

Cada um desses grupos costuma compartilhar de paradigmas, no sentido de terem “exemplos compartilhados”, uma série de pressupostos que podem ser invocados sem a necessidade de justificá-los, são fatos, valores e argumentos aceitos por aquele grupo. Essa base permite a uma comunidade científica uma maior produção, não sendo necessário o constante resgate a sua origem, permitindo-se explorar pontos específicos e complexos daquele paradigma. Esses exemplos compartilhados também servirão para descartar teorias diversas que questionem os valores daquela comunidade, esse processo sendo responsável tanto por uma revisão/revolução daquele grupo, como por uma divisão e criação de um novo.

Kuhn discorre sobre a importância dos exemplos compartilhados (paradigmas) para o controle da ‘elasticidade’ da comunidade científica:

Se todos os membros de uma comunidade respondessem a cada anomalia como se esta fosse uma fonte de crise ou abraçassem cada nova teoria apresentada por um colega, a ciência deixaria de existir. Se, por outro lado, ninguém reagisse às anomalias ou teorias novas, aceitando riscos elevados, haveria poucas ou nenhuma revolução. [14]

Então, no conceito de paradigma utilizado por Kuhn existem valores compartilhados pela comunidade que servem como instrumentos de controle da revolução e produção da ciência. Cabe ressaltar que independentemente da rigidez de alguma comunidade científica (ou seja, da forte resistência daquele paradigma), não cabe também à comunidade que a rejeitou a competência de reconhecer a validade de um novo grupo.

Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada. [15]

Pelo contrário, é possível, e provável, que, ao existir uma divergência fundamental entre exemplos compartilhados, também exista atrito e dificuldade de comunicação entre comunidades científicas que coexistem (quando é um caso de separação de grupos, e não uma total absorção do primeiro pelo segundo). Esse evento é justificado, afinal o questionamento entre grupos que divergem de paradigmas é da própria produção científica e, de certa forma, é salutar, porém quando o diálogo fica prejudicado pela falta de compreensão dos paradigmas opostos, isso pode levar a efeitos contraproducentes.

Há escolas nas ciências, isto é, comunidades que abordam o mesmo objeto científico a partir de pontos de vista incompatíveis. [...] O resultado disso é que membros de uma comunidade científica vêem a si próprios e são vistos pelos outros como os únicos responsáveis pela perseguição de um conjunto de objetivos comuns, que incluem o treino de seus sucessores. Uma vez que a atenção de diferentes comunidades científicas está focalizada sobre assuntos distintos, a comunicação profissional entre grupos é algumas vezes árdua. Frequentemente resulta em mal-entendidos e pode, se nela persistirmos, evocar desacordos significativos e previamente insuspeitados. [16]

Ou seja, o diálogo entre grupos distintos pode encontrar dificuldades caso não seja feito de forma cuidadosa. Para teóricos que defendem uma leitura interdisciplinar de suas áreas, como é claramente o caso de Friedrich Müller, que inclusive denomina sua teoria de “impura”, a perda da capacidade de comunicação entre diferentes campos da ciência será algo prejudicial, pois esse distanciamento acadêmico vai resultar na impressão que é possível construir essa ciência desconsiderando outros diversos fatores que, na opinião dessa corrente, não podem ser desvinculados ou ter seus efeitos evitados.

Mais improvável ainda será uma comunicação profissional quando não existir com clareza o que define e une essas comunidades científicas:

Na ausência de um paradigma ou de algum candidato a paradigma, todos os fatos que possivelmente pertencem ao desenvolvimento de determinada ciência têm a probabilidade de parecer igualmente relevantes. [17]

Como já comentado, há grande dificuldade na qualificação das teorias constitucionais contemporâneas brasileiras, principalmente nas correntes não positivistas pós-Constituição de 1988.

No conceito apresentado por Kuhn, as principais características de uma revolução científica são justamente quebras dos exemplos compartilhados pela comunidade e seus valores. Segundo o autor, a questão sobre se a ciência deve (ou não) ter uma utilidade social é um valor compartilhado que pode ser motivo de divergência. [18]

No caso do Direito, uma relação não contingente entre direito e justiça talvez seja a maior fonte de discórdia entre os positivismos e os jusnaturalismos, e não há dúvidas que Müller tem pretensões concretizadoras de direitos fundamentais em sua teoria, distanciando-se, nesse sentido, de posições que tratam o direito como mera ciência de conhecimento e conceituação da norma jurídica.

Nesse contexto, Müller propõe um paradigma candidato, sua metódica estruturante do direito. Já verificada a importância da existência de um paradigma e as consequências à produção científica da inexistência do mesmo, cabe agora o estudo da adequação da teoria de Müller como um paradigma.

Como o título do livro indica, o pós-positivismo estruturante de Müller seria uma nova forma, essa dialogando com o positivismo, porém deixando claro desde o princípio que não se trata de uma teoria anti-positivista, pois considera que as críticas oriundas dessa perspectiva “caem na armadilha do paradigma positivista” ao ainda utilizar a mesma *concepção de norma* da teoria que atacam ou negam. Na apresentação de seu método, Müller considera o positivismo como o paradigma a ser superado, apontando sua *teoria da norma* como principal quebra de exemplo compartilhado (termo de Kuhn). A partir do seu conceito de norma e texto pelo viés da filosofia da linguagem, Müller sugere seu método concretizador como novo paradigma.

6) Norma e Texto de Norma

Mas o que é ‘a lei’ e o que é, portanto, ‘a norma jurídica’? [...] O paradigma positivista nem formulou conscientemente essa pergunta fundamental, pois a ‘lei’ é para o positivismo ainda dominante algo inquestionavelmente dado: os caracteres sobre o papel dos textos legais. [19]

A quebra paradigmática de Müller tem como principal argumento seu conceito de norma jurídica. Como já comentado, para o autor grande parte das teorias anti-positivistas

cairiam no paradoxo de fundar seus questionamentos ainda no paradigma positivista e seu conceito de norma previamente dada pelo texto legislativo.

O novo paradigma começa principalmente questionando os falsos dualismos presentes nessas discussões, como norma/caso, direito/realidade, até o distanciamento entre objeto/sujeito que foi (e ainda é) um dos grandes pilares da produção científica ocidental. Também vai contra a ideia da solução de todos os problemas pela subsunção puramente lógica (ou pelo expectativa que nada pode abalar a certeza dessa como única solução).

Além disso, Müller vai declarar sua teoria do direito como “realista”, de forma a se vincular com a ideia da introdução explícita das ciências sociais no direito, não somente no processo legislativo ou na doutrina crítica, mas presente na prática do direito, incluindo, especialmente, a interpretação do texto normativo no processo decisório. Esse foco no que chama de *práxis do direito* é justamente o que o distancia das teorias realistas convencionais, que focam na força da jurisprudência. Basicamente, ao se declarar realista, a teoria estruturante do direito de Müller não fica refém dos aplicadores do direito (que ele chama de decisionismo), mas sim defende o reconhecimento de algo inexorável: as questões únicas do caso concreto são essenciais para qualquer interpretação normativa, justificando a importância das ciências políticas não como algo que vem de fora, mas reconhecido como sempre presente. Müller não hesita em declarar sua teoria como “impura”, ao dialogar com as origens da produção científica (moderna) do direito, especialmente na figura de Kelsen e sua separação entre o direito e a política legislativa.

Com um processo indutivo de interpretação da norma, munido de um processo da filosofia da linguagem e acesso às ciências sociais, finalmente será possível para os juristas e juízes exercerem sua atividade social proposta pela teoria constitucional de forma a concretizarem suas funções sociais programáticas.

Importante lembrar que a teoria constitucional em questão é pensada para o Brasil, que não somente por ser um país de dimensões continentais, também possui uma das cartas constitucionais recentes e mais programáticas disponíveis, sendo um “portentoso laboratório do futuro” para a teoria do direito. [20]

Apresentadas as pretensões realistas/impuras da teoria estruturante, cabe agora explicar a principal virada de sua teoria: a diferença entre *texto da norma* e *norma jurídica*.

Texto da norma seria a forma dos enunciados do direito, que no Brasil costumam ser escritos. Nas palavras de Müller, são pré-formas legislativas da *norma jurídica*, sendo apenas o dado de entrada do processo de trabalho que o autor chama de “concretização” [21]. Como Eros Graus ressalta em seu capítulo sobre a concretização do direito:

os textos normativos carecem de interpretação não apenas por não serem unívocos ou evidentes – isto é, por serem destruídos de clareza – mas também porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Quando um professor discorre, em sala de aula, sobre a interpretação de um texto normativo, sempre o faz – ainda que não se dê conta disso – supondo sua aplicação um caso, real ou fictício. [22]

Ou seja, nessa concepção de norma jurídica, o texto não contém imediatamente a norma. A linguagem não permite apenas um significado único de seus termos, sendo a tarefa da ação jurídica dependente da semântica da *frase*, do *texto* e do *contexto* [23]. Nesse caso, o pós-positivismo proposto por Müller não abandona o *texto* como fonte normativa, apenas sugere um processo concretizador da norma, que levará em conta o *texto* e os outros fatores pragmáticos envolvidos. Justamente por isso, não se deve utilizar a metódica estruturante para ignorar os *textos*, pois esse tem importância fundamental ao estimular com seu efeito sinalizador, podendo sugerir diferentes níveis de efeitos limitadores, ou barreiras para a

concretização, mas isso não significa que o *texto da norma* será capaz de conter sozinho o sentido da *norma* (ou de forma mais precisa: seus potenciais significados).

Ao analisar o *texto da norma*, através de seus limites e barreiras, chegaremos ao chamado *âmbito material da norma*, que seriam justamente as hipóteses da aplicação daquele *texto* (ainda obedecendo nesse nível aos requisitos de generalidade e abstração). Apresentado o *âmbito material da norma*, devemos associá-lo com a prática jurídica, começando primordialmente pelo *âmbito do caso*, explorando o resultado desses limites com as questões únicas dos fatos (nesse caso, a *frase*). Com isso, chegaríamos ao *âmbito da norma*, o primeiro passo do método concretizador, que seriam as fases de *frase* e *texto* do exercício semântico proposto [24].

Com esse aspecto já construído, falta o requisito do *contexto* no método. Se a análise do *texto* com o caso concreto (*frase*) não fosse o suficiente para distanciar a teoria do antigo paradigma positivista, é no momento do *contexto* que Müller declara sua teoria como completamente impura, quando admite a presença da aplicação das ciências sociais nesse momento. Aqui seriam admissíveis elementos políticos, jurídicos e teóricos de outras áreas de forma pragmática. Vale lembrar que também que não se trata apenas de admitir a utilização desses argumentos, mas principalmente reconhecê-los, já que na opinião do autor o positivismo falha ao negar esse tipo de força normativa. Esta é a característica realista do método estruturante.

Porém, esse reconhecimento não faz o método abandonar sua pretensão estrutural e pragmática. Após que a semântica da *frase*, *texto* e *contexto* forem analisados, Müller propõe uma hierarquização desses elementos de concretização. Contrariando as escolas do “direito livre”, como ele denomina teorias que abandonam a normatividade do *texto*, o autor esboça a existência de um sistema de preferência do argumento mais próximo do *texto*, não sendo possível a vitória de um argumento puramente juspolítico que não encontre qualquer base no *texto*.

Essa última forma da hierarquia resulta em grande confusão para os leitores e para a doutrina. Ao mesmo tempo, apesar de inegavelmente servir para tranquilizar em parte os defensores do positivismo (por exemplo, essa hierarquia de Müller seria uma das maiores diferenças e críticas ao método de ponderação de Alexy, inclusive sendo argumento para uma suposta incompatibilidade entre os chamados “pais do pós-positivismo” [25]), parece ser insuficiente para incluir e agregar juristas que discordam de qualquer possibilidade da impureza apresentada na teoria estruturante do direito.

Por outro lado, o último fator da hierarquia, de que deve se dar preferência ao argumento que tem base no *texto*, frequentemente é compreendido por jusnaturalistas como uma primazia de uma leitura e aplicação gramatical do *texto da norma*, inviabilizando a aplicação da teoria concretizadora.

Para Müller, por exemplo, os elementos do âmbito normativo são hierarquicamente iguais aos elementos de interpretação textual. No entanto, os elementos de interpretação do texto tem precedência no que se refere à fixação do ‘limite de resultados admissíveis’ no processo de concretização constitucional. A interpretação *gramatical* e a interpretação sistemática devem fixar os limites para a decisão. E, nesta tarefa, o elemento gramatical tem precedência sobre o *sistemático*. [...]

A preocupação central de Müller situa-se, portanto, no campo metodológico, no qual é grande o seu esforço no sentido de racionalizar o processo de concretização da Constituição, limitando os riscos de arbitrariedade do intérprete. No entanto, não consideramos que ele tenha sido bem-sucedido no seu intento de fornecer critérios de hierarquização dos elementos de concretização. [26]

Parte dessa desconfiança, exibida por autores não positivistas, reside também no fato de Müller criticar o conceito de unidade da Constituição, no sentido de uma visão holística *à la Smend* [27]. No entanto, Müller não nega a unidade no seu sentido formal, ou seja, os *textos* da Constituição não podem ser contraditórios entre si, nem existir uma hierarquia formal entre eles. Mas, no sentido material, ou seja, quando confrontada na semântica da práxis (*frase, texto e contexto*) a unidade seria uma ilusão, já que seria possível determinar uma hierarquia e uma solução para aquele caso concreto. Tese que parece ser compatível com um sistema de “preferências constitucionais” onde um direito fundamental é aplicado no lugar de outro em situação de conflito *in casus*, sendo uma solução distinta da apresentada pelo método de ponderação de Alexy, onde o texto da norma não utilizado entra no cálculo decisório.

Porém, os exemplos utilizados por Müller para sua hierarquia na interpretação do texto constitucional não parecem inviabilizar um processo de concretização de direitos fundamentais, como teme Daniel Sarmento. Uma das situações citadas pelo autor seria uma situação em que a pessoa no cargo de Presidente da República fosse exitoso em conseguir o apoio tanto econômico, social e político (interna e externa) para uma reeleição imediata (exemplo antes da EC16 que permite uma única reeleição, mas serve perfeitamente para um caso de reeleições sem limites). O *contexto* apresentado dá amplas razões para que o feito seja possível, porém a combinação de *texto* (Art. 84 CF na época não permitia qualquer espécie de reeleição) e *frase* (querer a reeleição) não se sincronizam em um *âmbito da norma* que admite o pleito em qualquer forma de interpretação. Não seria possível a vitória do argumento que não tivesse qualquer base interpretativa no *texto da norma* em questão. Tal situação não fala que o argumento gramatical tem prevalência sobre o sistemático, simplesmente parece dizer que o método de concretização não pode ignorar uma impossibilidade flagrante e completa de interpretação do *texto da norma*.

7) Conclusão:

O objetivo desse relatório foi analisar as origens do pós-positivismo apresentado por Friedrich Müller, explorando não somente a base e consequências do seu método, mas também verificando como o autor encaixa no diálogo entre as teorias constitucionais contemporâneas brasileiras. De toda forma, as questões aqui apresentadas inevitavelmente levam e necessitam de inúmeros outros estudos, como por exemplo uma maior discussão sobre teorias de constituição utilizadas por autores diferentes, ou até um debate mais profundo sobre a normatividade do direito.

No âmbito da teoria do direito pós-positivista de Müller apresentado nesse trabalho, foi possível entender a interpretação e reação de parte da doutrina brasileira ao seu novo paradigma, sendo preferível expor as conclusões em tópicos decorrentes uns dos outros, possibilitando inclusive a explicação de diferentes opiniões sobre a teoria do autor.

(i) Fica claro que o método estruturante de Friedrich Müller não é anti-positivista, se desvinculando das teorias que ele denomina como “teorias do direito livre”, que possibilitariam a aplicação do direito sem base no *texto da norma*, somente com argumentos juspolíticos.

(ii) A teoria é realista apenas no ponto que reconhece a presença de elementos comumente considerados “de fora” do direito, mas não admite que a prática do direito seja limitada a força da jurisprudência, que geraria um decisionismo nefasto.

(iii) Como método de aplicação estrutural do direito, a teoria se baseia na hierarquia que leva em conta a adequação do *contexto* (juspolítico) com o *âmbito da norma*, dando a

preferência a argumentos que tem base no *texto da norma*. Apesar dessa etapa levantar suspeitas por jusnaturalistas, o método concretizador de Müller parece ser eficaz para garantir direitos que não estejam nessa situação de flagrante impossibilidade no *texto*, sem precisar recorrer ao sopesamento de princípios.

(iv) Porém, para alguns o processo de hierarquização do método de estruturante seria responsável por inviabilizar a ação social do Direito e o jurista (e para o autor essa ligação do direito e justiça é necessária com a nossa Constituição). Caso optemos por essa interpretação, é importante ressaltar que o seu novo conceito de *norma jurídica* como processo semântico e pragmático, dividindo o *texto da norma* da *norma jurídica* e admitindo a presença de impurezas já parece ser o suficiente para considerar o pós-positivismo de Müller como um novo paradigma do direito. Esse novo conceito de *norma jurídica* embasado na virada linguística filosófica permitiu uma crítica original ao paradigma positivista ao quebrar com os seus exemplos compartilhados.

(v) Por fim, ao questionar a aplicabilidade do método estruturante de Müller, é possível aproveitar sua apresentação do conceito de *texto* como nunca detentor único de todos *significados* e *sentidos* presentes na linguagem. Nessa lógica, qualquer falta de consistência do método do autor será coerente, não como justificativa das possíveis falhas de aplicação, mas sim na própria dúvida se qualquer método pode almejar uma forma fixa, rígida ou pura de certeza universal. A impureza realista reconhecida de Müller serve como uma crítica geral ao ideal cientificista do direito, por mais que isso também inevitavelmente também afete própria pretensão do autor de criar um “suposto” método com estrutura fixa.

8) Referências:

- 1 - MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 230.
- 2- DIMOULIS, D. Positivismo Jurídico. Ed. Método, São Paulo: 2006. P. 48.
- 3- DIMOULIS, D. Positivismo Jurídico. Ed. Método, São Paulo: 2006. P. 48.
- 4 - SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, Daniel. Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho, 2 edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 87.
- 5 - SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, Daniel. Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho, 2 edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 87.
- 6 - SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no modelo do neoconstitucionalismo. In> REDE – Revista Eletrônica de Direito do Estado. N. 4 – out – dez de 2005.
- 7 - SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, Daniel. Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho, 2 edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 202, nota de rodapé N. 68.
- 8 - SILVA, Virgílio Afonso – Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico – 1. Ed., 2 Tiragem, 2007. P. 137
- 9 – WOLF, Alice – Entrevista com Alexy – In: Revista Trimestral de Direito Civil – Rio de Janeiro. Ed. Padma, ano 4, vol. 16. 2003, p. 311-320

- 10 - MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. 1. Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2006. P. XVIII preâmbulo
- 11- MACCORMICK, Neil. Argumentação jurídica e teoria do direito. 1. Edição. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2006. P. XVIII preâmbulo
- 12- MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 230.
- 13 - MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 230.
- 14 - KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 233.
- 15 - KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 38.
- 16 - KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 223.
- 17 - KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 35
- 18- KUHN, Thomas S. A estrutura das revoluções científicas. 9. Ed. – São Paulo: Perspectiva, 2006. P. 232.
- 19 - MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 10.
- 20 - MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 13.
- 21- MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 11.
- 22- GRAUS, Eros. Por que tenho medo dos juízes. 6. Ed. São Paulo. Malheiros Editores LTDA., 2014. P. 33.
- 23 - MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 12.
- 24- MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 207.
- 25 - SILVA, Virgílio Afonso – Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico – 1. Ed., 2 Tiragem, 2007. P. 137

26 - SOUZA NETO, Cláudio. e SARMENTO, Daniel. Direito constitucional, teoria, história e métodos de trabalho, 2 edição, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2014, p. 195

27 - MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódia estruturantes. 3 edição, Ed. Revista dos Tribunais – São Paulo. 2013. P. 105.