ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

APONTAMENTOS ACERCA DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E A IMPORTÂNCIA DE SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

NOTES ABOUT THE STRUCTURING THEORY OF LAW AND THE IMPORTANCE OF ITS USE IN THE BRAZILIAN LAW

Rafael Diogo D. Lemos*

RESUMO: A teoria estruturante do Direito é um complexo edifício onde, unindo elementos dogmáticos e sociais, busca-se resolver a antinomia entre *ser* e *dever-ser*. Uma vez que consiste de uma teoria realizada sob a ótica do direito alemão, visa o presente trabalho a analisar a possibilidade de sua utilização no âmbito jurídico brasileiro bem como demonstrar sua importância para o fortalecimento do Estado de Direito e a solidificação da legitimidade do Poder Judiciário.
Palavras-chave: Teoria estruturante. Estado de Direito. Pós-positivismo.

ABSTRACT: The law structuring theory is a complex structure that, by uniting dogmatic elements and social elements, tries to solve the antinomy between being and ought to be. Since the theory was made about the German law, the present paperwork intends to analyze the possibility of its use in the Brazilian law system as well as to show its importance to the strengthening of the State of law and the solidification of the Brazilian Judiciary.
Keywords: Structuring theory. State of Law. Post-positivism.

* Mestrando em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Processual Civil. Advogado. Fortaleza – Ceará – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Cresce cada dia mais o interesse da doutrina brasileira pelo estudo e compreensão da Teoria Estruturante do Direito, elaborada pelo professor alemão Friedrich Müller. Esta constitui em uma elaborada e complexa teoria de concretização do direito, que reúne elementos dogmáticos e sociais, superando o positivismo e sistematizando o ingresso de fatos e valores no mundo do Direito. Para o autor, não há norma que não seja a individual, mas, tão somente, 'texto normativo' que balizará as possibilidades de aplicação da norma correta ao caso concreto.

A importância de seu estudo no cenário pátrio cresce na medida em que se solidifica a Constituição Federal, que já conta com 20 anos, sendo mister sua atualização diária através de sua aplicação. A teoria estruturante permite esta atualização, sem a modificação do 'texto normativo', atribuindo à Carta Constitucional maior legitimidade, ao passo que se tenta a decisão mais correta para cada caso.

Apesar de sua importância, a teoria de Müller ainda é pouco estudada no Brasil, havendo um maior interesse a partir de suas primeiras visitas a este país, na década de 90. Ademais, o estudo de sua teoria permite contrapor teorias mais difundidas no cenário nacional que, apesar de seu amplo conhecimento, ainda são alvos de várias críticas, especialmente no tocante à irracionalidade da decisão, imiscuindo-a de valorações e subjetivismos sem a imprescindível comprovação e fundamentação pelo aplicador da lei.

Desta feita, este estudo visa a apresentar, criticamente, a Teoria Estruturante do Direito, elaborada por Friedrich Müller para, ao final, discutir a importância de sua aplicabilidade no cenário jurídico nacional.

2 A TEORIA ESTRUTURANTE DE FRIEDRICH MÜLLER: HISTÓRICO E OBJETIVOS

Analisando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, F. Müller passou a observar que não existia uma sistematização na interpretação da Constituição, adotando os magistrados daquela Corte critérios os mais diferenciados em suas decisões.

Em sua análise inicial, o autor deparou-se insistentemente com a utilização

do clássico método silogístico, onde a lei (ou a Constituição) consistia na premissa maior, o fato na premissa menor, sendo a decisão sua conclusão. Toda decisão, adotando este método, está potencialmente contida na norma, sendo a interpretação apenas um ato de aplicação da norma ao caso concreto. A despeito de o autor não rechaçar por completo este método – ele admite, em alguns casos, inclusive uma axiomatizabilidade na aplicação de algumas normas – resta impossível sua utilização no âmbito do Direito Constitucional, sendo a Constituição norma por demais complexa, aberta às mudanças sociais e valorativas da sociedade, sendo permeada de conceitos amplos que impedem se use o método silogístico.

Posteriormente, o Tribunal se polariza na utilização da teoria objetiva ou teria subjetiva. Enquanto esta prega que, na interpretação da norma, deve-se buscar a *mens legislatoris*, ou seja, a vontade do legislador à época da criação da lei, aquela prega que se deve perquirir a *mens legis*, a vontade mesma da lei. Tais critérios são por demais subjetivistas, visto não haver como se auferir quer a vontade da lei, quer a vontade do legislador. São critérios utilizados sem fundamentação, rechaçados por Müller.

Outra teoria bastante utilizada à época, pelo Tribunal Constitucional Alemão, era a teoria de Savigny, utilizando as interpretações gramatical, sistemática, genética, histórica e teleológica. Os métodos "savignyanos", entretanto, não foram criados objetivando uma interpretação constitucional, advindos de uma época de preponderância civilista, focando, por isso, uma aplicação ao Código Civil. Entretanto, inegavelmente tais critérios interpretativos possuem relevância na interpretação do texto da norma. Nas palavras do autor (MÜLLER, 2005, p. 28):

> As regras exegéticas de Savigny evidenciam ser, não em último lugar quando aplicadas ao direito constitucional, aspectos que não representam 'métodos' universalmente válidos, mas pontos de vista auxiliares de fecundidade variável conforme a peculiaridade das normas jurídicas concretizandas.

Tais métodos ainda limitam o estudo do Direito à exegese normativa, olvidando seu aspecto viés sóciocultural. Embora Müller enfatize a importância do texto normativo, em prol da segurança jurídica, só se compreende um enunciado quando analisada a situação efetiva no qual é aplicado. Alerta Vladimir da

Rocha França que (FRANÇA, 2002, p. 191) "a recusa em se empregar a metodologia das ciências filosófica e sociológica no direito pode induzir o jurista ao equívoco, a produzir enunciados descritivos de uma realidade que somente existe na letra fria dos textos legais, distante da sociedade e de seus problemas."

Ademais destes, critérios como a tópica, utilizando-se de diversos *topoi* – pontos de vista argumentativos – desvirtuando o sistema de direito positivo, utilizando normas (infraconstitucionais e constitucionais) como meros pontos de vista que poderão ou não ser utilizados pelo intérprete, bem como a teoria científico-espiritual, de Smend, que tratava a Constituição como elemento de integração do jurídico com o social, criando, assim, um *sistema valorativo*, sem que estes valores sejam explicitados, são apenas alguns métodos utilizados pelo Tribunal Constitucional Alemão.

2.1 CRÍTICAS À TEORIA DE ROBERT ALEXY

A teoria da solução de conflito entre princípios, proposta por Robert Alexy, ponderando-os através da proporcionalidade vem ganhando força nos últimos tempos, sendo já bastante difundida no âmbito jurídico nacional, utilizada por muitos como uma "tábua de salvação", apelando à proporcionalidade (confundida, por muitos, com a razoabilidade) em quaisquer casos.

Na teoria de Alexy, o conflito entre dois princípios é comum, dada à larga dimensão de seus âmbitos de proteção. Ao contrário do conflito de regras, onde se aplica tão somente uma, no confronto entre princípios – que constituem mandamentos de otimização – não há que se falar em uma invalidade de um deles ou mesmo na introdução de uma cláusula de exceção.

Para saber qual princípio preponderará no caso concreto, o intérprete deverá sopesar os princípios em conflito, lançando mão da máxima da proporcionalidade, composta dos elementos da adequação, necessidade e da proporcionalidade *stricto sensu*, chegando, assim, à decisão mais "correta" no caso analisado.

Para Müller, o sopesamento é um método irracional, sendo sujeito a diversas valorações, consistindo mais em uma "pré-compreensão" do que, de fato, em uma decisão fundamentada. A possibilidade de decisões distintas em casos similares, quando ora um princípio irá prevalecer, ora outro é a comprovação da impossibilidade da utilização deste método, em um

Estado que pretenda ser Estado de Direito.

Robert Alexy rebate a tese de Müller afirmando que este amplia inaceitavelmente o conceito de norma, abrangendo conceitos que extrapolam o direito posto. Concordam, entretanto, na necessidade de uma fundamentação sólida e coerente na decisão judicial (ALEXY, 2008, p. 83-84):

> A possibilidade de uma fundamentação correta para a atribuição a uma disposição de direito fundamental é um critério para identificar a norma em questão como uma norma de direito fundamental. [...] No final das contas, as normas atribuídas fazem com que fique claro o papel decisivo da argumentação referida a direitos fundamentais na resposta à questão acerca daquilo que é válido no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse ponto é necessário concordar com Müller já que sua teoria da norma salienta essa importância.

2.2 DA IMPORTÂNCIA DA METÓDICA ESTRUTURANTE

A constatação básica de Muller foi que o Tribunal utilizava-se de diversos critérios, impossibilitando uma certa previsibilidade nos julgados, além de suas escolhas interpretativas e mesmo suas decisões carecerem de uma maior fundamentação, sobretudo jurídico-positiva, pois, quando o faziam, apelavam a valores ou sentimentos sociais que careciam de uma comprovação empírica, o que afetava a segurança jurídica daquele Estado bem como a crença e o fortalecimento nas instituições judiciais. Temia que a ciência jurídica se destruiria se continuasse a utilizar interpretações distintas em casos semelhantes, não possuindo quaisquer parâmetros hermenêuticos. Ademais, a aplicação assistemática de valores nas decisões tornaria os juízes verdadeiros "constituintes", substituindo o Estado de Direito por um Estado Judiciário.

Desta feita, a teoria construída pelo professor alemão prega uma maior transparência nos julgados, obtida por uma sólida fundamentação, no que ele denomina "programa da norma", bem como um auxílio no "âmbito da norma", consistindo, aí, o grande avanço de sua teoria sobre a teoria positivista clássica. Configura a superação da antinomia do "ser" e do "dever-ser", próprio de Hans Kelsen, criando uma teoria pós-positivista de hermenêutica constitucional. O

principal objetivo de Müller é conferir maior segurança jurídica – ponto forte da teoria positivista – sem se descuidar de uma análise social e política da sociedade, trazendo esta influência para o interior da norma, fundamentando sua utilização nos julgados, conferindo ao Direito uma atualidade social.

Ademais, fixando uma metódica jurídica, pretende o professor alemão fortalecer a ciência jurídica, aliando aspectos dogmáticos, sociais e políticos, sem enfraquecer a cientificidade do Direito, tratando-o como uma ideologia.

3 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

A teoria de Müller não prevê uma interpretação ou aplicação da norma, visto ela não ser um dado pronto e acabado esperando tão somente sua adequação ao caso concreto. Müller elabora um complexo processo de "concretização" da norma, construindo-a a partir de elementos como o âmbito normativo e o programa normativo, chegando à norma de decisão, que será a única norma possível, de acordo com aquela situação.

A elaboração metódica da norma vai além da efetivação judicial, consistindo em um processo fundamentado que legitima a norma, constituindo-se de importante fator constitutivo do ordenamento global.

3.1 PROGRAMA DA NORMA

Tanto o programa normativo como o âmbito normativo não são elementos para se encontrar o significado ôntico de uma norma. São elementos de um processo metodológico necessariamente fundamentado para se encontrar a norma a ser aplicada a determinado caso. Têm a função "de uma instância que seleciona os fatos, engloba o relativamente autônomo 'sentido' a ser concretizado, o teor de validade do programa normativo relativo ao âmbito normativo." (MÜLLER, 2008, p. 244).

O programa normativo constitui todos aqueles elementos que gravitam ao redor do texto normativo, como os cânones de interpretação gramatical, sistemático, histórico, genético e teleológico.

A análise do programa normativo não poderá ocorrer sem a análise do âmbito da norma, do qual é inseparável, e tem a função de não apenas modificá-lo bem como é modificado por este. A concretização da norma

parte do conceito da espiral de pré-compreensão, sendo o texto normativo tão somente baliza para a concretização normativa.

Os programas normativos também não poderão ser analisados de maneira isolada, devendo-se levar em consideração outros programas normativos, especialmente do texto constitucional e de leis infraconstitucionais pertinentes à matéria concretizada.

Além dos elementos clássicos de interpretação, entram também no programa normativo métodos de interpretação constitucional, tais como o princípio da unidade da constituição, da concordância prática, dentre outros.

O principal objetivo do programa da norma é esgotar seus significados, compatibilizando-os com o âmbito da norma, bem como compatibilizando estes com aqueles. No entanto, o texto normativo não deverá ser colocado de lado e qualquer interpretação que vá além ou contra o significado do texto normativo deverá ser rejeitado, sob pena de o magistrado imiscuir-se da função de legislador.

3.2 ÂMBITO DA NORMA

O grande avanço da teoria de F. Müller sobre os positivistas é constituir o âmbito normativo como elemento da norma, apontando que o Direito não é apenas um complexo de proposições lógicas, mas, ainda mais importante, um sistema normativo que visa a direcionar a sociedade sendo, também, moldado por esta.

O âmbito da norma não é apenas um recorte dos fatos sociais ou a tentativa de impor a "força normativa dos fatos". Assim, constituem o âmbito normativo tão só aqueles elementos político-sociais que terão influência ou serão influenciados pelo programa normativo. Por vezes, estes elementos sociais não são destacados ou previstos pelo texto legal – a maioria das disposições constitucionais, em especial aquelas que instituem os direitos fundamentais estão nesta categoria – enquanto alguns textos normativos os destacam, tais quais as regras processuais que, por isso, demandam um processo de concretização um pouco mais simplificado ou menos denso. Leciona Müller que: (2008, p. 249).

Enquanto na esfera do fático, elementos bem embasados, metodicamente comprovados e colocados em prática desenvolvem legitimamente poder normativo, eles só são capazes disso na medida em que tiverem se

mostrado racionalmente como integrantes da normatividade jurídica, na concretização da norma; ou seja, na medida em que não são mais permeados pelos 'fatos', mas pela formação normativa e pela reflexão jurídica, tornando os fatores internos do direito fatores concretos dele.

Deduz-se claramente desta assertiva do autor alemão que os elementos do âmbito normativo, embora não façam parte do texto normativo, são constituintes da norma e, por conseguinte do Direito. Com isso, Müller fecha as portas para subjetivismos e juízos valorativos, aceitando fatos "extra-normas" desde que precedido de um processo fundamentado de concretização, passando, depois disso, a ser norma com o mesmo *status* do programa normativo. Posição semelhante possui Lourival Vilanova, ao destacar a importância de alguns valores no mundo jurídico (VILANOVA, 2005, p. 146): "A verdade entra, sim, em boa parte, no mundo jurídico, mas entra mediante norma, através da valoração que a norma toma como seu fundamento axiológico"

Assim, são considerados como partes integrantes do âmbito normativo não apenas o recorte político-social da norma, bem como elementos de teoria, dogmáticos e jurisprudência relativos ao caso.

A utilização do âmbito normativo como elemento da norma torna bem claro que o professor alemão não trata a norma como um juízo hipotético, ou mesmo um enunciado lógico, mas uma consequência da própria ordem social a ser regulada. Bonavides leciona que (2002, p. 463):

> Em suma, o Direito e a realidade não são esferas incomunicáveis nem categorias autônomas subsistentes por si mesmas. O âmbito da norma é fator que fundamenta a normatividade. Não é simples soma de fatos, mas conjunto de elementos estruturais retirados da realidade social.

3.3 NORMA

Friedrich Müller entende a norma como um processo estruturado – e fundamentado, ressaltamos – da integração do programa normativo com o âmbito normativo com o fito de concretizar a norma. A norma só existe em referência ao caso concreto, e nunca abstratamente, onde há tão somente textos normativos que, embora tenha importância primordial – sendo suas

principais características a segurança jurídica, publicidade e presumida legitimidade – servem tão somente de balizas que não permitem que a norma admita contornos muito distintos do previsto pelo texto normativo.

A ideia de normatividade pressupõe a do âmbito normativo. Exemplificando, F. Müller cita o Código de Hamurabi: este é um texto normativo perfeito, ainda existente. Todavia, seu âmbito normativo não é mais válido, tendo, então, este texto valor meramente histórico, cultural ou social, mas não normativo. Isso porque há uma interatividade necessária entre o texto normativo, estático e frio, e a realidade social, dinâmica e arraigada de valores. Desta tensão, surge a normatividade, sendo o texto normativo condicionante da realidade social e condicionado por este. Esta dialeticidade é explicada por outro concretista, Konrad Hesse, que leciona (1991, p. 15):

> A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever-ser; [...] Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas.

A norma não é um dado abstrato, como os positivistas a consideravam, mas algo concreto, fruto de um amplo processo de densificação do texto normativo, classificando e fundamentando os elementos textuais, sociológicos e políticos utilizados para se alcançar este resultado. Com isso, desloca-se o foco da atenção, que sai do puro "dever-ser", da hipótese normativa, para a união do aspecto normativo e o aspecto social, ambos com semelhante importância para a construção da norma de decisão.

A norma, na teoria estruturante de Müller tem o importante aspecto de constituir o âmbito normativo do ordenamento que será aceito, mais ainda que seu próprio texto normativo.

Ademais, vem a teoria esboçada pelo professor alemão a fortalecer aspectos democráticos, como alguns recortes sociais e políticos, exaltando a força do cidadão na participação da construção da norma. Esta "participação popular" não é o que pretendia Peter Häberle, senão recortes sociais fundamentadamente escolhidos e aplicados pelo intérprete. A teoria de Müller

é, claramente, voltada para uma sociedade democrática, onde o povo não é tratado como "ícone", ou como mera "instância global de atribuição de legitimidade", mas, verdadeiramente, como "povo ativo" (MÜLLER, 2003).

O texto normativo, embora não seja considerado como norma, possui a importante função de balizar as interpretações, devendo ser descartada aquela que contrariá-lo. Ademais, figura como um instrumento legítimo, proveniente do órgão estatal correspondente, que não pode ser olvidada se pretende, de fato, fortalecer o Estado de Direito.

Isso permite que as "normas de decisão" não sejam conflitantes ou muito distantes umas das outras, atribuindo maior previsibilidade e uma maior legitimação às decisões judiciais. A "norma de decisão" não poderá ser um sopesamento irracional de valores, um instrumento cambiável de acordo com o caso concreto, mas deverá ser a solução adequada do problema apresentado.

Mister faz-se ressaltar – uma vez mais – que a teoria estruturante do Direito não prevê uma interpretação do direito, mas sua concretização, embora não exclua a possibilidade da interpretação em casos muito específicos e cuja concretização aproxima-se com uma aplicação, consistindo, basicamente, em uma interpretação filológica do texto normativo.

3.4 HIERARQUIA DOS ELEMENTOS DE CONCRETIZAÇÃO

Inicialmente, para Müller, os elementos concretizadores da norma não têm diferença hierárquica, sendo todos de crucial importância em seu processo estruturante. Todavia, prevê o professor alemão alguns casos onde estes "cânones" poderão entrar em conflito, estabelecendo, assim, alguns critérios que estabelecem uma hierarquia entre estes.

A ideia principal nessa construção escalonada de elementos da norma é a prevalência do texto normativo e elementos que gravitam ao seu redor sobre outros elementos, como os políticos e sociais, por exemplo, dada a presunção de legitimidade e aceitação global do "direito posto". Esta ideia, que mereceu críticas de Paulo Bonavides (2002, p. 465), é o sustentáculo positivista de sua teoria, sem a qual poderia descambar para aplicações casuísticas do Direito, em dissonância com o texto normativo.

Assim, em casos de elementos não diretamente referidos a normas e

elementos diretamente referidos a normas, estes prevalecerão sobre aqueles, constituindo-se em uma regra de preferência normativa.

No conflito entre elementos não diretamente referidos a normas, não existem primados ou regras de preferência, por constituírem recursos metódicos auxiliares, não sendo obrigável juridicamente. Este é um dos casos onde o autor aceita uma clara e expressa valoração por parte do magistrado, sendo o caráter subjetivo da decisão não apenas imprescindível bem como incentivado. Assim como em qualquer outra decisão, a tomada de posição por parte do aplicador da norma não pode se dar de forma velada, escusa, implícita. Ela deve vir expressa bem como amplamente fundamentada, na decisão.

Por derradeiro, naqueles casos onde ocorrem conflitos entre elementos da concretização diretamente referidos às normas, uma vez mais o autor prefere aquele que mais se aproxima do caráter filológico da norma, *i.e.*, o "texto da norma". Em suas palavras (MÜLLER, 2005, p. 95):

> Em caso de conflito, o texto da norma é o ponto de referência hierarquicamente precedente da concretização, enquanto determinação do limite das possibilidades decisórias admissíveis. O teor literal não é a lei, mas a forma da lei. É, contudo, o teor literal que formula – em que pese qualquer inconclusidade da implementação lingüística – o programa da norma vinculante como diretriz material bem como limite normativo.

Resta clara, mais uma vez, a coerência de sua teoria, que, mesmo adotando caracteres pós-positivistas, não deixa que esta escape para subjetivismos e sopesamentos irracionais entre valores não expressos. Toda sua teoria é construída sob as sólidas bases do positivismo, do culto à lei – que ele trata somente como o "texto normativo" – adotando, ademais, elementos sociais e políticos que não apenas atualizam a norma como a tornam a mais legítima e correta para o caso concreto aplicado, legitimando não apenas a decisão bem como o ordenamento jurídico globalmente referido. O que seria o "flanco aberto", a que Paulo Bonavides se refere em sua obra (2002, p. 463), como aquele local por onde os críticos destruirão a teoria estruturante é, em verdade, a o ponto nodal distintivo de outras teorias ditas "pós-positivistas" que pregam uma aplicação do Direito baseada em valores, os mais variados, amplos e subjetivos

possíveis, o que acaba pondo em xeque a segurança jurídica, previsibilidade dos julgamentos, e, em última instância, o próprio Estado de Direito.

4 A APLICAÇÃO DA METÓDICA ESTRUTURANTE NO DIREITO BRASILEIRO E SUAS CRÍTICAS

Apesar de ser uma teoria que já se encontra há um tempo relativamente longo no cenário jurídico – os primeiros escritos, ainda em alemão, foram lançados ainda no início da década de 1970 – apenas recentemente os brasileiros se interessaram pelo seu estudo e, em especial, após as constantes vindas do professor Friedrich Müller ao Brasil na década de 1990 e, posteriormente, sendo professor convidado e palestrante em diversas cidades nacionais.

Desta forma, são raros aqueles que se utilizam da teoria proposta pelo professor alemão, ou mesmo aqueles que comentam com maior profundidade, apontando críticas ou tecendo comentários. Uma das críticas realizadas à metódica estruturante é realizada pelo professor cearense Paulo Bonavides, que afirma que a colocação do "texto da norma" em posição superior aos demais elementos de concretização, mormente quando em conflito estes elementos, constitui (BONAVIDES, 2002, p. 465) "o ponto vulnerável de sua metodologia, o flanco que ele deixou desguarnecido e por onde a crítica poderá ingressar para demolir todo o edifício engenhosamente erguido."

Eros Roberto Grau demonstra utilizar uma teoria bastante similar à do professor alemão, com uma distinção, que mostra sua inegável veia "kelseniana": após a edificação da norma, com elementos do programa normativo e do âmbito normativo, aquela será um "quadro", com duas ou mais possibilidades, igualmente corretas, de aplicação ao caso concreto. A "norma positivada" será a norma de decisão, enquanto que a "norma quadro" será denominada tão somente "norma" por Eros Grau.

Isto porque, para o Ministro do STF, a interpretação (para Eros Grau interpretação é igual a aplicação) do Direito não é elemento da ciência do Direito, mas de uma política jurídica, ingressando valores do intérprete, sendo um ato de vontade do magistrado. Isto porque, após realizado todo o processo de estruturação da norma, esta se apresenta tal qual um "quadro" com várias interpretações possíveis: só uma delas será válida, não porque será a única verdadeira, ou a mais justa, mas porque o magistrado assim o decidiu. Em curtas palavras, para Eros Grau a interpretação é uma

"prudência" e não uma "ciência". Citando autores como Comparato, Larenz e Heller, Eros Grau leciona que (GRAU, 2006, p.105-106):

> O intérprete, então, atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da conseqüência: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito: no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução.

Assim, defende Eros Grau, em tese já esposada por Kelsen, que enunciados prescritivos não são passíveis de serem considerados verdadeiros/não-verdadeiros, mas válidos/não-válidos. São planos lógicos distintos, aqueles referentes a enunciados descritivos, estes, a enunciados prescritivos (dos quais as normas são um exemplo). Isto não quer dizer que as decisões jurídicas são de todo imprevisíveis; embora a norma contenha várias "normas de decisão" possíveis, é necessário um processo estruturado e fundamentado para se chegar a esta norma, dando aí uma certa previsibilidade à interpretação. Assim, a interpretação é uma prudência com um mínimo de previsibilidade, seguindo algumas regras impostas pelo próprio ordenamento.

Há uma certa semelhança nos meios utilizados para atingir o fim (decisão) na teoria esposada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal e pelo professor alemão F. Müller; o último passo da estrutura formulada por Eros Roberto Grau deixa várias opções de aplicação para o magistrado, sendo totalmente oposta à ideia de Müller da única decisão correta para o caso concreto. É de afirmar, portanto, que, embora relativamente similares, atingem fins diametralmente opostos, o que as torna, igualmente, diferentes.

Por outro lado, não é de se negar a possibilidade – e a importância – da utilização da teoria de Müller no Direito Brasileiro. Embora tenha sido construída após observações e críticas à jurisprudência dos tribunais alemães, a Teoria Estruturante do Direito é, antes de mais nada, uma teoria para um país democrático, fortalecendo este aspecto, dando mais previsibilidade às decisões judiciais e com

suporte no direito posto. Em entrevista concedida a Martônio Mont'Alverne e Gilberto Bercovici, F. Müller afirma que (LIMA, 2006, p. 30):

> Por um lado, a teoria estruturante da norma jurídica, enquanto parte integrante da TED exige que se valorize adequadamente a "realidade sócio-cultural do país", enquanto esta realidade é tocada pelo direito, em todos os processos de decisões práticas, isto é, no trabalho do direito cotidiano. Isto é verdadeiro para a Alemanha como igualmente para o Brasil. A TED criou noções operacionais, instrumentos analíticos e metodológicos que podem servir independentemente de cada Estado-nação, sua cultura social e sua cultura jurídica particulares.

Termina sua entrevista afirmando que, especialmente no caso do Brasil, que luta contra aspectos do passado – como a ditadura – sua aplicação terá valia e será (LIMA, 2006, p. 31) "muito judiciosa e útil".

5 CONCLUSÃO

A teoria estruturante de Friedrich Müller constitui em um elaborado e complexo arcabouço de elementos que compõem a norma, partindo de uma interpretação do texto normativo, trazendo, ao final, elementos sociais e políticos para compor a norma de decisão, que será aquela mais correta para o caso concreto. Partindo de um cenário onde os tribunais alemães aplicavam teorias de interpretação sem nenhum critério, apelando, muitas vezes, para valores sociais ou outras expressões amplas, sem fundamentá-las, pondo em risco o Estado de Direito. A segurança jurídica estava ameaçada, a previsibilidade dos julgados e mesmo a imparcialidade dos magistrados, ante o fato de ser incontrolável uma decisão sem fundamentação ou sem uma densa motivação.

Assim, o autor alemão construiu sua norma, partindo de elementos dogmáticos e sociais, superando a antinomia clássica do "ser" e do "dever-ser", fundando uma teoria verdadeiramente "pós-positivista", no sentido de não olvidar aspectos axiológicos ou sociais, mas com o devido respeito e atenção aos limites impostos pelo texto normativo. Estes balizarão todas as interpretações que poderão receber o texto da norma, sob pena de descon-

figurar o Estado de Direito, subvertendo a clássica repartição de poderes e colocando em xeque todas as inegáveis qualidades inerentes ao texto legal.

A importância do estudo da Teoria Estruturante do Direito ganha ainda mais importância quando avistamos uma utilização inadequada e irracional da "máxima da proporcionalidade", proposta por R. Alexy. O sopesamento está sendo usado, muitas vezes, como solução para todo e qualquer caso, sendo aplicável a toda decisão, muitas vezes chegando a resultados diametralmente opostos em situações semelhantes. Inegavelmente, parte do descrédito do Judiciário frente à população deriva da imprevisibilidade de seus julgados, não podendo o cidadão confiar em um órgão que subverte o texto normativo, aplicando valores, muitas vezes de maneira escusa e infundada.

Desta feita, Müller propõe uma teoria com menores possibilidades de divagações, mais fundamentada e transparente, unindo não apenas a espécie normativa, bem como aspectos culturais e sociológicos da população; esta convergência de elementos, desde que realizada de maneira densa e motivada, é um passo para uma atuação mais sólida e legítima do Poder Judiciário.

Fazem-se mister maiores estudos acerca do tema, fomentando debates e discussões, enriquecendo não apenas a cultura jurídica bem como, ainda mais importante, solidificando o Judiciário e fortalecendo o Estado de Direito, objetivo maior da teoria de Friedrich Müller.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. O Problema da Delimitação do Objeto da Ciência do Direito. **Revista da FARN**, Natal, v. 1. n. 2, 2002, p.173-194.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

LIMA, Martônio Mon't Alvernene Barreto, BERCOVICI, Gilberto. Entrevista com Friedrich Müller. **Revista Jurídica da Presidência da República,** v.8, ago-set. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_80/pareceres/Martonio_EntrevistaFrederichMuller.pdf?tid=8&idioma=esp&pid=332&cid=234>. Acesso em: 25 out. 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 19.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de Direito Constitucional.** Trad. Peter Naumann. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria Estruturante do Direito.** Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. 3 ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema de Direito Positivo.** 3 ed. São Paulo: Noeses, 2005.

Correspondência | Correspondence:

Rafael Diogo D. Lemos
Rua Coronel José Aurélio Câmara, 1200, De Lourdes, CEP 60.181-485.
Fortaleza, CE, Brasil.
Fone: (85) 9998-6263.
Email: rafael.diogo@gmail.com

Recebido: 28/10/2008.
Aprovado: 04/02/2009.