

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE CAMPINAS  
CENTRO DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

---

**BRUNO REIS PINTO**

**O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA  
METÓDICA ESTRUTURANTE**

**CAMPINAS**

**2021**

**BRUNO REIS PINTO**

**O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA  
METÓDICA ESTRUTURANTE**

Documento apresentado ao Núcleo do Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, como requisito à qualificação de dissertação vinculada à linha de pesquisa de Direitos Humanos e Políticas Públicas, no âmbito do Programa de Pós Graduação - Mestrado em Direito.

Orientador: Professor Doutor Thiago Rodovalho

CAMPINAS

2021

Ficha catalográfica elaborada por Vanessa da Silveira CRB 8/8423  
Sistema de Bibliotecas e Informação - SBI - PUC-Campinas

342.085  
P659j Pinto, Bruno Reis

O juiz e a concretização dos direitos fundamentais à luz da metódica estruturante / Bruno Reis Pinto. - Campinas: PUC-Campinas, 2021.

110 f.: il.

Orientador: Thiago Rodovalho.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas, 2021.

Inclui bibliografia.

1. Direitos fundamentais. 2. Estado de direito. 3. Políticas públicas. I. Rodovalho, Thiago. II. Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

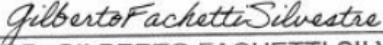
CDD - 22. ed. 342.085

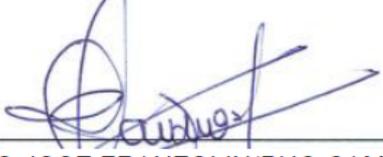
## BRUNO REIS PINTO

### O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE

Este exemplar corresponde à redação final da Dissertação de Mestrado em Direito da PUC-Campinas, e aprovada pela Banca Examinadora.

APROVADA: 18 de fevereiro de 2021

  
DR. GILBERTO FACHETTI SILVESTRE (UFES)

  
DR. CLAUDIO JOSE FRANZOLIN (PUC-CAMPINAS)

  
DR THIAGO RODOVALHO DOS SANTOS – Presidente (PUC-CAMPINAS)

Dedico esse trabalho a todos os que acreditam na capacidade do ser humano de ser a cada dia melhor.

*“Caminante, son tus huellas el camino y nada más; Caminante, no hay camino, se hace camino al andar” (Antonio Machado, Proverbios y Cantares – XXIX)*

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus por ter me confiado essa existência e tamanha oportunidade de aprender a servir; à Mãe natureza que tanto me ensina, inspira e alegra meus dias; à Nely Aparecida Guernelli Nucci, minha psicóloga e grande amiga, que me ajudou a derrubar os muros imaginários de minhas maiores represas, liberando a água da vida que corre em mim e todo o potencial que ela carrega; aos Professores Thiago Rodovalho, Vera de Arruda Rozo Cury, Paulo de Tarso Barbosa Duarte e Fabrício Peloia Del'Alamo, dentre tantos outros, que me abriram os olhos ao direito, ensinando-me sobre entrega, estudo e sacrifício, principalmente, através do exemplo; aos meus colegas de advocacia e, especialmente, aos amigos do escritório Barbosa & Portugal, onde tenho o privilégio de empregar minhas horas e meus maiores esforços, que me incentivaram e apoiaram nessa escalada acadêmica, irrestritamente; aos meus pais, preocupados, incansáveis e prestimosos, que sempre torcem por mim; às minhas irmãs, companheiras, amigas e leais; aos meus outros amigos, presentes mesmo quando fisicamente distantes; à minha noiva Laís Costa dos Santos Pereira, inspiradora, onipresente, responsável, engraçada e amorosa; e, por fim, a todos os que comigo compartilham a infinita estrada do autoaperfeiçoamento.

## **RESUMO**

O presente trabalho busca, por meio da apresentação da Metodica Estruturante do Direito, de Friedrich Müller, identificar o papel do juiz na concretização dos Direitos Fundamentais. Nesse contexto, valendo-se do método descritivo e normativo, buscou-se estabelecer reflexões sobre a Teoria Estruturante do Direito, no que toca à sua aplicação concreta; à importância de sua introdução, através de políticas públicas, na cultura de formação dos magistrados; bem como aos seus predicados de racionalidade e controlabilidade, vistos sempre a partir de uma adequada fundamentação das decisões judiciais, capazes de fornecer ao operador do direito o ferramental necessário para construir ou interpretar as decisões judiciais geradas dentro de um Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Metodica Estruturante do Direito, Direitos Fundamentais, Decisões judiciais, Estado Democrático de Direito, Políticas Públicas

## **ABSTRACT**

*The present study seeks, through the presentation of Fredrich Müller's Methodical Structuring of Law, to identify the role of judges in the realization of Fundamental Rights. In this respect, through the employment of the descriptive and normative method, the study sought to establish reflections on the Structuring Theory of Law, with regard to its concrete application; the importance of its introduction, through public policies, in the culture of training magistrates; as well as its rationality and controllability predicates, viewed through an adequate judicial decision's ground, able to provide the Law operator with the necessary tools to build or interpret judicial decisions generated in a democratic State based on the rule of Law.*

**Keywords:** *Methodical Structuring of Law; Fundamental Rights; Judicial Decisions; Rule of Law; Democracy; Public Policy*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>CAPÍTULO 1: A METÓDICA ESTRUTURANTE</b>	
1.1 Contextualização filosófico-temporal da Teoria Estruturante do Direito... ..	18
1.2 O lugar da hermenêutica jurídica dentro da Teoria Estruturante do Direito.....	23
1.3 A Teoria Estruturante do Direito e a Metodica Estruturante.....	27
1.3.1 A Metodica Estruturante como teoria da práxis .....	31
1.3.1.1 Norma <i>versus</i> texto da norma.....	32
1.3.1.2 O programa normativo .....	37
1.3.1.3 O âmbito normativo.....	38
1.3.1.4 A concretização da norma .....	40
1.3.2 A Metodica Estruturante como método de trabalho do juiz (ou técnica formal de resolução de casos).....	43
<b>CAPÍTULO 2: A FUNÇÃO E OS LIMITES DO JUIZ</b>	
2.1 A função do juiz e a concretização das normas jurídicas.....	45
2.2 A lógica adequada ao direito .....	47
2.3. O tratamento dado às questões epistemológicas .....	49
2.3.1 “Jogo de linguagem” .....	49
2.3.2 “Atualidade” e “pré-compreensão” .....	50
2.3.3 “Forma linguística e referência material” .....	53
2.3.4 Conclusão .....	54
2.4 As regras tradicionais de interpretação .....	55
2.4.1 Gramatical .....	57
2.4.2 Histórica e genética .....	59
2.4.3 Sistemática .....	61
2.4.4 Teleológica .....	64
2.5 Outras ferramentas para a concretização normativa e a importância da política pública de formação dos magistrados .....	66
2.6 Os limites do juiz .....	69
<b>CAPÍTULO 3: A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS Á LUZ DA METÓDICA ESTRUTURANTE</b> .....	71

3.1 A interpretação da Constituição .....	72
3.2 A interpretação dos Direitos fundamentais .....	76
3.2.1 Estudo de casos .....	81
3.2.1.1 O Supremo Tribunal Federal (STF) e a ADI 4439.....	82
3.2.1.2 A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e o caso <i>Lautsi v. Italy</i> .....	84
3.2.1.3 Reflexões sobre o direito fundamental à liberdade religiosa .....	88
3.2.1.3.1 Conceito de religião.....	89
3.2.1.3.2 Diferença entre crença e consciência .....	90
3.2.1.3.3 Liberdade religiosa .....	91
3.2.1.3.4 Da superação do radicalismo secular x religioso .....	92
3.2.1.4 Âmbito de proteção, conceito e aplicação.....	93
3.2.1.5 Conclusão .....	97
3.3 O juiz e a concretização dos direitos fundamentais. ....	97
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS. ....</b>	<b>104</b>

## INTRODUÇÃO

Conduzem-nos o bom senso e a lógica apurada que o estudo de temas e a resolução de problemas complexos demandam abordagens igualmente complexas. Procura-se fugir, com esse raciocínio, da busca por respostas ou fórmulas mágicas, capazes de fornecer ao operador do direito uma vida fácil e uma resposta simples às complexas tramas da justiça.

Os estudiosos positivistas do direito, principalmente, do século XVIII, empolgados pelo avanço - e pelas ferramentas metodológicas próprias - das ciências naturais (PERELMAN, 1998), buscaram conferir, por vezes, à atividade judicante, uma abordagem simples, na tentativa de se objetivar a atividade do jurista, tornando-o, por vezes, um mero tecnicista.

Contudo, o positivismo fracassou em seu propósito, principalmente, na prática cotidiana (MÜLLER, 2006, p. 12/13; 2009, p. 295).

Não se ignora que julgar, antes de tudo, é interpretar.

E interpretar é identificar o significado das palavras, no contexto de um determinado jogo de linguagem (MÜLLER, 2009, p. 222).

Em nosso sistema, é nas mãos dos juízes que as disposições legais ganham, em última instância, sua aplicabilidade concreta; mais do que isso, é nessa etapa que o direito se alia à força coatora do Estado, no afã de se fazer cumprir uma decisão judicial.

E esse poder-dever conferido ao magistrado, atribui-lhe, por certo, grande responsabilidade. Tanto é assim que há mais dois milênios disse Jesus Cristo, segundo Lucas (12:48), que “a todo aquele que muito foi dado, muito lhe será requerido; e ao que muito foi confiado, ainda mais lhe será pedido” (DIAS, 2013, p. 323); e, mais recentemente, o aforismo “com grandes poderes também vêm grandes responsabilidades”<sup>1</sup> ganhou notoriedade, da boca do personagem Tio Ben, em 1962, na série em quadrinhos Homem Aranha, criada por Stan Lee, citada, inclusive, pela Suprema Corte Americana no Julgamento no julgamento do caso *Kimble v. Marvel Entertainment, LLC* (USA, 2015, p. 18).

Convém sublinhar, contudo, que esse poder-dever não torna o juiz um super-herói ou alguém acima dos demais; em verdade, dentro de um Estado Democrático de Direito, é como funcionário estatal que o juiz deve ser encarado, e assim, surge uma reflexão sobre o ato de julgar... Como se dá esse processo? E ainda... qual ferramental metodológico

---

<sup>1</sup> Tradução livre de “*with great power there must also come—great responsibility*”.

permite ao juiz interpretar e julgar com relativa coesão, confiabilidade e segurança os casos (questões) que lhe são submetidos (as)?

Pode-se argumentar que a resposta seria óbvia. Que dependeria ela, pois, de qual corrente filosófica ou jurídica partilha esse ou aquele magistrado, ou, então, de forma enfática, poder-se-ia proclamar que, enfim, seria na junção do plano teórico e prático que logrará o magistrado, no múnus de apresentação do Estado-Juiz, obter a norma jurídica adequada a ser aplicada ao caso concreto.

Porém, seria possível, ontologicamente, estabelecer-se um padrão de julgamento adequado?

Há como se estabelecer uma abordagem simples do direito e da atividade judicante?

Além disso, considerando-se não só a infinidade de situações fáticas que ao julgador podem se apresentar - diante das mais diversificadas realidades sociais, religiosas, econômicas, tecnológicas e culturais, dentre outras, que coexistem na atualidade - mas, igualmente, as demandas exegéticas e os entraves teóricos e práticos que delas se desdobram, há como se estabelecer um modelo de captação de um padrão decisório, cujo conteúdo (adequado) seja previamente orientado?

Ora, o bom senso e, até mesmo a dedução lógica, parecem-nos acenar como ato de prudência a atitude do magistrado que, no exercício de seu grave múnus de julgar, elege um “método” que o norteie a desvencilhar-se, com certa cientificidade, dessa verdadeira espada de Dâmocles<sup>2</sup>.

Muitos foram, por isso, os esforços acadêmicos para se propiciar ao juiz (e a todos os operadores do direito) balizas para a interpretação das leis e demais disposições normativas; principalmente, por parte da hermenêutica jurídica.

Contudo, mesmo a hermenêutica jurídica não foi capaz, de per si, de propiciar um consenso doutrinário capaz de gerar uma clareza e cientificidade completa para o ato de

---

<sup>2</sup> Dâmocles seria um conselheiro da corte de Dionísio o Velho, que sempre bajulava o monarca. Dizia ele coisas a respeito das posses do rei, do poder e da força do soberano, considerando ser este o homem mais feliz do mundo, em razão de quem era, das posses que tinha e pela posição que ocupava. Certo dia, cansado de tamanha bajulação, Dionísio propôs: “- Dâmocles, já que esta vida te encanta, você quer prová-la você mesmo e testar minha fortuna?” (CÍCERO, 1886, p. 287). Aceitando a proposta, o bajulador foi colocado sobre um divã repleto de luxo e beleza, ao lado de aparadores com prata e ouro engastados e servido por belos meninos que, de beleza incomparável, atendiam-lhe os caprichos ou pedidos ao simples aceno de mão; estava ele, então, cercado de perfumes, unguentos, guirlandas e mesas fartas dos mais requintados pratos. Feito isso, determinou Dionísio que “uma espada reluzente presa a uma crina de cavalo fosse descida do teto, de modo que ficasse pendurada no pescoço do homem feliz” (CÍCERO, 1886, p. 287), após o que, nada mais do que posto e servido impressionava Dâmocles, que “implorou ao tirano que o deixasse ir; pois ele não queria mais ser feliz” (CÍCERO, 1886, p. 287).

julgar; até mesmo porque muitas são as variantes filosóficas e as complexidades enfrentadas pelo intérprete nesse campo específico do conhecimento.

Por isso, optamos por não adentrar em discussões travadas no profícuo campo da hermenêutica (jurídica ou filosófica), uma vez que procurávamos por uma visão mais global do ato de “julgar”, dada nossa pretensão de trazer a reflexão ao plano da atividade cotidiana dos fóruns, de modo que o enfoque penda, menos para o plano filosófico do que para o terreno da prática, da concretização das normas jurídicas pelos juízes.

E para analisar esse plano concreto, haveríamos de encontrar algum pensador que sobre ele tenha se debruçado, justamente para responder às questões acima levantadas. Alguém que tenha se atentado à complexidade do ato de julgar e da função de um juiz dentro de um Estado Democrático de Direito.

Ao optarmos, acima, por utilizar o termo “concretização das normas jurídicas”, já denunciávamos, para um leitor mais atento, que encontramos a quem procurávamos.

Foi, pois, na complexa Teoria Estruturante do Direito (TED) desenvolvida a partir dos anos 60 (do Séc. XX) por Friedrich Müller – e até hoje por ele aprimorada -, que logramos encontrar uma proposta metodológica que, ao final, atenda essas perquirições; que tenha flexibilidade - sem perder a tecnicidade e profundidade -; e, principalmente, que não aposte no estabelecimento de enunciados ônticos de validade geral, para guiar o juiz em seu ato supremo de julgar. Esse, portanto, será nosso referencial teórico e o nosso guia experiente, capaz de nos conduzir com segurança aos nossos objetivos.

Não ignoramos, por certo, a importância das várias teorias de hermenêutica jurídica e das escolas do pensamento que a trabalham, desde há muito, com enfoque voltado, justamente, à interpretação das leis e do direito. Porém, foi, com maior clareza, em Friedrich Müller, que encontramos a importância do estabelecimento do que ele denomina de metódica por aqueles que exercem a função judicante, capaz de aliar, não somente a hermenêutica (embora, em sua forma restrita), mas também elementos dogmáticos e metodológicos (MÜLLER, 1999, p. 48).

Não sem razão, a Müller atribuiu Bonavides a virtude de ser um dos mais fecundos e originais juristas alemães contemporâneos (1999, p. 5), cuja obra teórica “tem sido inegavelmente um enorme esforço de reflexão unificadora (...) com amplitude e profundidade jamais ousadas por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do Direito” (1999, p. 6).

De fato, a Teoria Estruturante procurou, desde o início, segundo seu próprio criador (2009, p. 274) responder a duas questões fundamentais: (a) “O que ocorre ‘realmente’

quando um ordenamento jurídico está em funcionamento, quando ele ‘funciona’?; e (b) “Que fazem os juristas ‘realmente’ quando dizem ‘interpretar’, ‘aplicar’ a ‘norma’ (...)?”

Dentre as respostas alcançadas por Müller em sua TED, a que mais nos interessa, para os fins que almejamos, é a definição de uma nova racionalidade, indissociável – e “retrovinculada” – ao Estado Democrático de Direito, que permite “o controle de decisões, revelando as suas razões e tornando-as consequentemente discutíveis” (CHRISTENSEN, 2009, p. 237).

O alcance dessa racionalidade ganha maior relevo quando nos deparamos com decisões que envolvam direitos fundamentais; quando, normalmente, a tecnicidade cede espaço ao decisionismo, ao sociologismo, ou a outros ‘ismos’, que emprestam ao *decisum* um caráter, por vezes, incontornável, resultando numa maior ou menor proteção dos direitos *sub judice* a depender da “ideologia” empregada.

Uma abordagem que torne o direito menos subjetivo, ou ao menos, mais claro, revisável e justificável: eis a proposta principal da Teoria Estruturante do Direito.

Trazendo interessantíssima reflexão de Sócrates/Platão, parafraseada por J. Moreau, nos conduz Perelman ao seguinte raciocínio, que convém ser integralmente transcrito (1998, p. 139):

Se divergíssemos, tu e eu, diz Sócrates a Eutifron, sobre o número (de ovos de um cesto), sobre o comprimento (de uma peça de tecido) ou sobre o peso (de um saco de trigo), não brigariamos por isso; não começaríamos uma discussão; bastar-nos-ia contar, medir ou pesar e nossa divergência estaria resolvida. As divergências só se prolongam e se envenenam quando nos faltam tais métodos de medição, tais critérios de objetividade; é o que sucede, precisa Sócrates, quando estamos em desacordo sobre o justo e o injusto, o belo e o feio, o bem e o mal, em uma palavra, sobre os valores. Ora, se se quer evitar que em tais casos o desacordo degenere em conflito e seja resolvido pela violência, não há outro meio senão recorrer a uma discussão racional.

Encontrar um método capaz de unir os interlocutores na busca de uma solução conjunta, baseada na força dos argumentos (e da discussão racional) e não apenas no exercício do poder (violência) e da autoridade, é talvez o grande êxito da metódica estruturante.

Estudar a função do juiz sob a ótica da Teoria Estruturante do Direito e, mais precisamente, da Metódica Estruturante, será tentar conciliar, num aspecto pragmático e metodológico, dois elementos que julgamos essenciais à atividade judicante, especialmente, quando se tem pela frente um caso concreto que envolva a proteção ou efetivação de direitos fundamentais.

Nesse aspecto, é preciso correlacionar que, sem uma adequada cultura que obrigue o magistrado a fundamentar efetivamente sua sentença, não será possível introduzir no direito brasileiro a metódica estruturante e, tampouco, qualquer outro sistema que possibilite a fiscalização do julgar. Em suma, de nada adianta termos um seletivo rol de direitos fundamentais previstos em nossa Constituição, debatidos e reflexionados pelo constituinte (originário ou derivado) se, na prática, deixamos o magistrado desamparado (metodicamente) no ato de julgar.

Propomo-nos, portanto, com esse texto, lançar os olhos justamente sobre esse estudo da atividade judicante; mais precisamente, sobre a função do juiz pensada sob a ótica da Teoria Estruturante do Direito, desenvolvida por Friedrich Müller; e, mergulhando nesse tema, procuramos identificar qual o papel do julgador na concretização das normas jurídicas em geral e, especialmente, daquelas que tratam dos direitos humanos positivados no sistema jurídico brasileiro, quando então recebem a alcunha de direitos fundamentais.

A pesquisa surge, pois, como resultado das reflexões empenhadas pelo programa de pós-graduação em direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, vinculando-se à área de concentração de Direitos Humanos e Desenvolvimento Social; sempre a partir da perspectiva de que ao Poder Judiciário cabe um papel fundamental na efetivação desses direitos (que aspiram, a todo instante, validade) - alcançável, porém, sob nossa ótica -, por meio do repensar das instituições e da própria atividade judicante pelo prisma (e novo paradigma) da Teoria e da Metódica Estruturantes do Direito; e, noutro simultâneo passo, pela efetiva valorização e implementação do dever de fundamentar.

O desenvolvimento cultural - e, portanto, acadêmico e social - dessa perspectiva, associado ou não ao seu desenvolvimento político, será capaz de propiciar um processo claro e efetivo, de tentativa de validação dos direitos humanos reconhecidos (ou recepcionados) em e por nossa Constituição, conferindo-lhes, enfim, eficácia; isso, por ser ela (nova cultura) capaz de impregnar à atividade do magistrado um novo poder-dever de estruturar seus pensamentos e, por conseguinte, a formulação de suas sentenças, de acordo, agora, com a metódica estruturante.

Contudo, acaso compreendida como efetiva política pública, o estímulo à implementação da metódica estruturante no cenário jurídico brasileiro, trará potencialmente bons frutos, ao permitir uma atividade judicante mais direcionada para os ditames de um efetivo Estado Democrático de Direito, permitindo, com maior facilidade, o controle das decisões judiciais, pela revelação estruturada das razões que as fundamentam, que lhas tornará, por via de consequência, mais passíveis de serem discutidas. Será, em

suma, uma nova ótica trazida ao campo das políticas públicas, que visam à promoção de direitos humanos, em âmbito nacional, atuante, em especial, na formação de juízes e demais operadores do direito.

No aspecto metodológico, adotamos o método hipotético-dedutivo, por meio do qual buscaremos resolver o problema proposto. Nesse aspecto, supondo ser a metódica estruturante do direito uma resposta efetiva ao problema da falta de uma metodologia que oriente a atividade jurisdicional, sob as premissas de um Estado Democrático de Direito; e que, essa metódica associada a uma maior exigência de fundamentação da sentença por parte dos juízes nacionais, propiciada por uma mais ampla formação dos magistrados, poderá ser capaz de orientar as bases para a formação de uma cultura nova acerca da concepção da própria atividade judicante e de seus pressupostos e deveres argumentativos, miramos confirmar a hipótese de que a assimilação e divulgação da metódica jurídica, associada à valorização da fundamentação da sentença, serão racionalmente capazes de propiciar uma maior concretização dos direitos fundamentais.

Para tanto, utilizando do ferramental metodológico da revisão bibliográfica, revisitaremos – na tendência de ilustrar de maneira objetiva a metódica estruturante – as obras “Métodos de Trabalho do Direito Constitucional” (1999), “Teoria Estruturante do Direito” (2008) e “O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes” (2009), todas de Friedrich Müller.

Peregrinaremos, além disso, pela Teoria Estruturante do Direito, tentando desvendar seus conceitos e terminologias próprias; contando, para tanto, com o material produzido tanto por Müller, em livros, artigos, entrevistas, quanto por alguns de seus principais comentadores.

O trabalho está dividido em três partes, ou capítulos, cabendo ao primeiro uma curta introdução à hermenêutica jurídica para chegarmos à Teoria Estruturante do Direito e à sua metódica; ao segundo, caberá uma imersão na função e nos limites do juiz trazidos pela metódica estruturante; é então que, no terceiro capítulo, ingressaremos no terreno dos direitos humanos positivados, chamados de direitos fundamentais, a fim de tentar relacionar a metódica estruturante e a função do juiz no processo de concretização das normas que protegem esses direitos.

Esperamos, com isso, estabelecer linhas seguras sobre a Teoria Estruturante do Direito, principalmente em sua linha metodológica, a fim de prover ao operador do direito elementos transparentes e objetivos que o ajudem em sua atividade cotidiana a fundamentar suas decisões, de modo a torna-las realmente revisáveis, claras e sustentáveis;

adequadas, enfim, aos paradigmas de um Estado de Direito; especialmente, quando investidos da oportunidade de concretizar as normas de direito fundamental.

Nossa esperança, por derradeiro, mas não menos importante, é também trazer a reflexão metódica para todos os operadores do direito, a todos aqueles que lidam com o direito na prática, na busca de uma efetiva adequação da atividade jurisdicional aos paradigmas de um Estado Democrático de Direito, que respire e se fundamente nos direitos humanos.

## CAPÍTULO 1: INTRODUÇÃO À METÓDICA ESTRUTURANTE

### 1.1 CONTEXTUALIZAÇÃO FILOSÓFICO-TEMPORAL DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

O termo “Metódica Estruturante” foi cunhado por seu criador, Friedrich Müller, por ocasião da criação da chamada Teoria Estruturante do Direito (TED).

A criação dessa teoria (TED), desenvolvida por Müller a partir dos anos 60, deu-se contemporaneamente, à valorização da linguagem ocorrida no campo da filosofia ocidental, principalmente a partir do chamado giro linguístico, surgido no final daquela década (MÜLLER, 2009, p. 283).

Ainda nesse profícuo período, mais especificamente em 1958, emergiu pelas mãos do polonês-belga Chaïm Perelman (cuja *alma mater* é a Universidade de Bruxelas) e da belga Lucie Olbrechts-Tyteca, a obra “Tratado da argumentação: a nova retórica”, uma das precursoras da chamada “Teoria da Argumentação”.

Perelman, pois, em sua jornada, acabou por rever a utilização e a posição exclusiva da lógica formal (própria das ciências naturais) no campo das ciências do espírito.

À época, pela contribuição dos pensadores associados ao denominado “Círculo de Viena”, predominava, em seu meio, o entendimento de que “a filosofia não mais deveria ocupar-se com questões ligadas ao belo, justo, bom etc, conceitos que não poderiam ser obtidos diretamente da natureza, e que dependeriam de um alto grau de subjetividade do pensador” (RUZON, 2010, p. 3), mas, sim, da lógica e da linguagem, “eliminando o juízo de valor” (RUZON, 2010, p. 3).

Perelman, seguindo essa tradição, defrontou-se, contudo, com um grande dilema ao tentar formatar a noção de justiça, utilizando-se apenas da lógica formal (RUZON, 2010, p. 04). A pretensão de Perelman, segundo Atienza, era aplicar o positivismo de Frege, no afã de “eliminar da ideia de justiça todo juízo de valor, pois os juízos de valor recairiam fora do campo do racional”, no que chegou à tese fundamental de que se deve “tratar do mesmo modo os seres pertencentes à mesma categoria” (2016, p. 54).

Ao final de seu empenho, reconhece Perelman, contudo, ter alcançado apenas uma definição formal de justiça, que, não necessariamente, atenderia às infinitas demandas da justiça *in concreto*.

Foi então que, após lançar mão das principais ferramentas da lógica formal (o teste empírico/indutivo e o processo dedutivo), sem, contudo, nelas encontrar o que buscava,

logrou o filósofo identificar, noutra estante, na da argumentação prática (mais precisamente na obra de Aristóteles que trata da dialética ou retórica), o ferramental de que precisava.

Assim, buscou Perelman empregar a razão (e a racionalidade) também no campo do Direito e da Filosofia, superando as fronteiras das ciências naturais, emprestando-se, para tanto, da distinção elaborada por Aristóteles entre os raciocínios analíticos ou lógico-formais e os dialéticos ou retóricos, para situar sua teoria da argumentação nesse último terreno (ATIENZA, 2016, p. 58).

Em suma, compreendeu Perelman que analisar a estrutura dos raciocínios empregados por juízes, advogados, políticos, poderia ser “o ponto de partida para a construção de uma teoria da argumentação jurídica” (ATIENZA, 2016, p. 58), em que a passagem das premissas para a conclusão, não é mais necessária (pressuposto da lógica formal) mas tão somente plausível (argumentação em sentido estrito): isso implica na ideia de que, se na primeira hipótese a veracidade das premissas implica na validade da conclusão; na segunda, que aqui nos interessa, o foco é direcionado à razoabilidade e à plausibilidade do raciocínio (ATIENZA, 2016, p. 58/59).

É por isso que, ao se referir a Perelman, proclama Alexy, na seminal obra “Teoria da Argumentação Jurídica”, que: “Perelman não está tentando substituir a lógica formal, mas acrescentar a ela um campo de argumentação que até agora, escapou a todos os esforços de racionalização, isto é, de argumentação prática” (2001, p. 130).

A teoria padrão da argumentação jurídica se preocupa com a justificação das decisões; nesse aspecto, acaba por se opor, frontalmente, tanto ao “determinismo” quanto ao “decisionismo” metodológicos – este, calcado na concepção de que as decisões jurídicas seriam meros atos de vontade, impassíveis, portanto, de justificação; aquele, na perspectiva de que ao decidir, nada mais faz o juiz do que aplicar as normas gerais provenientes de uma autoridade legítima (ATIENZA, 2003, p. 22).

Respondendo ao pensamento Kelseniano, de que há um dualismo inconciliável entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*), entre realidade e valor, entre um ato de conhecimento e um ato de vontade – e referindo-se, especificamente, ao entendimento de Kelsen de que na formação da norma jurídica (fundamental, geral ou particular), no fundo, estaria ali, em essência, um ato de vontade (e não de conhecimento), sem vínculo com o direito, mas justificado por propensões de ordem política ou moral -, traz Perelman, na obra “Ética e Direito” (1996, p. 476), as seguintes provocações/reflexões:

Mas poderá o conhecimento guiar a vontade em moral e em política? Se adotamos o dualismo kelseniano (...) devemos renunciar à ilusão da razão prática em todas as áreas, e não só em direito. (...) Mas então se poderá falar seriamente de uma decisão razoável, de um juízo bem motivado, de uma escolha justificada, de uma pretensão fundamentada? E se semelhantes asserções não passarem de racionalizações destinadas a enganar os ingênuos, toda vida social expressará outra coisa além de relações de força, e a filosofia prática servirá para outra coisa além de cobrir com um manto de respeitabilidade o que os interesses e as paixões impõem pela coerção?

A teoria da argumentação, portanto, ousa encapar o uso da razão prática também na esfera da decisão, superando a conclusão de Kelsen acima exposta; dá, enfim, à atividade do juiz, um norte mais seguro, não tão vulnerável às oscilações da vontade; admite, assim, a justificação racional (possível) das normas através da argumentação.

E é emprestando-se desse entendimento que Müller, ao definir sua metódica estruturante, diz poder ser ela considerada como “a teoria da argumentação no domínio do direito e da ciência do direito” (2009, p. 281).

Ao pensá-la, buscou Müller, assim, afastar-se da tentativa de utilização de uma lógica formal no campo do direito, invocando, para tanto, o emprego do que chama justamente de “lógica material”. Essa espécie de lógica é assim chamada por se debruçar sobre os elementos que compõem o “direito real”. Este, por sua vez, teria sua “materialidade” nos enunciados do direito (lógica dos enunciados – relacionada a Aristóteles), elaborados, como se sabe, em linguagem natural (português, inglês, por exemplo). Assim, a lógica dos enunciados – aplicável, segundo o autor, à ciência do direito – incide sobre “as estruturas, funções, diretivas e modos operacionais do próprio direito” (2009, p. 281).

Nesse aspecto, faz crítica o autor, contundentemente, às tentativas de outros pensadores, como Alexy, de tentar colonizar o direito, através da importação de teorias formuladas *em* e *para* outras ciências (como é o caso da ética da comunicação habermasiana), (Müller, 2009, p. 281/282).

Não é por outra razão que ao criar a metódica jurídica, pautou-se Müller, essencialmente, na análise de julgados do Tribunal Constitucional, do Superior Tribunal de Justiça, do Supremo Tribunal Administrativo, das Cortes Constitucionais dos Estados-membros, dentre outras cortes alemãs. Trata-se, portanto, de estudo voltado, primordialmente, à *prática forense* e ao “direito real”, conforme adiante se avistará.

Logo, ao elaborar sua metódica, procurou Müller, com ineditismo, catalogar estruturas próprias do direito, retiradas da *práxis* (ou “do direito real e no direito real” como prefere dizer o autor), de modo que os “elementos da concretização da norma

jurídica”, estabelecidos por ele, em verdade, assemelham-se aos “argumentos” da teoria da argumentação geral (2009, p. 281/282).

A metódica estruturante, contudo, não parou por aí. Não bastasse apropriar-se, no campo metódico, das ferramentas disponibilizadas pela teoria da argumentação - e, conseqüentemente, buscar na justificação racional das decisões jurídicas a cientificidade necessária aos operadores do direito (*Rechtsarbeiter*)<sup>3</sup> -, Müller formulou sua teoria, dogmaticamente, *no e para* um Estado Democrático de Direito (MÜLLER, 2006a, p. 30).

Em outras palavras, não há como se conceber a teoria estruturante, segundo seu criador, noutro ambiente que não em um Estado de Direito erigido por uma Democracia.

Buscando uma conceituação técnica e orgânica do conceito de Estado de Direito - que se afaste de sua definição mais sorradeira (de um Estado que se submete às suas leis) - encontramos em Paulo Bonavides, a assimilação de dois traços que revelariam a existência de um verdadeiro Estado de Direito: o primeiro, de natureza formal, e o segundo, material.

No primeiro âmbito (formal), um Estado de Direito, pensado no Ocidente, seria formado pela conjunção de estruturas qualitativas, tais como “o princípio da separação de poderes, a independência do Poder Judiciário, a legalidade da administração pública, as garantias processuais e a proteção conseqüente da pessoa humana contra o arbítrio do poder”, dentre outros. (BONAVIDES, 1984, p. 219).

Por sua vez, a parcela material da conceituação de um Estado de Direito, constituir-se-ia na consagração de uma liberdade não apenas abstrata, mas efetivamente concreta, associada a valores de justiça e igualdade (BONAVIDES, 1984, p. 219).<sup>4</sup>

Müller, por sua vez, trabalhando o conceito de Democracia, estabelece quatro pilares sobre os quais um sistema precisa estar assentado para ser considerado democrático (2006b, p. 2): (i) a soberania nacional e a autodeterminação do povo; (ii) o desenvolvimento juridicamente livre e a igualdade dos direitos de todos os Cidadãos; (iii) a “liberdade de constituição e de tratamento dos partidos políticos, de sua igualdade de oportunidades diante da Constituição e da lei, bem como de seu direito à oposição leal”; e,

<sup>3</sup> Expressão, inclusive, criada pelo próprio autor na década de 60, justamente pensando no trabalho prático da concretização [*Rechtsarbeit*] normativa (MÜLLER, 2009, p. 276).

<sup>4</sup> . V., também, RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 42; e Thiago RODOVALHO. Das Rechtsstaatsprinzip (O Princípio do Estado Democrático de Direito) e a Segurança Jurídica, *in* José Manoel de Arruda Alvim Netto et alii (dirs.). **Revista Forense**, ano 108, v. 415, jan./jun. de 2012. Rio de Janeiro: Forense, p. 295: “Em verdade, modernamente, a República brasileira constitui-se no que o constitucionalismo de vanguarda denomina Estado Constitucional (*Verfassungsstaat*), o qual não se traduz apenas em um Estado de Direito (*Rechtsstaat*), mas conjuga os ideais do Estado Democrático de Direito (*Demokratischen Rechtsstaat*) e do Estado Social de Direito (*Sozialstaat*), tendo esse Estado Constitucional como norte a supremacia da constituição e a garantia e prevalência dos direitos fundamentais.

por fim, (iv) o domínio do “princípio majoritário”, conjuntamente, com “a proteção constitucional suficiente das minorias”.

Contudo, para o autor, Estado de Direito e Democracia são institutos imbricados, que se complementam. Nesse sentido, defende que (2006b, p. 5) “sem os processos democráticos, um estado de direito se solidifica em fachada formalística, podendo servir aos regimes autoritários”, ao passo que “sem o estado de direito consideravelmente realizado, a produção democrática de leis ficará ‘no ar’, representando apenas um mero papel dos documentos oficiais e livros didáticos”. Daí, pois, ainda segundo o autor, a necessidade de uma metodologia claramente estruturada capaz de cuidar “para que, na prática do dia-a-dia, seja controlado se o executivo ou a justiça observam de fato as leis”.

Vislumbre-se, portanto, que a atividade jurisdicional, segundo a metódica estruturante, estará sempre vinculada à lei, dado, justamente, a gênese essencialmente democrática desta.

Note-se, ainda, que a racionalidade exigida pela metódica estruturante, segundo Ralph Christensen (2009, p. 237) “não é um critério de aferição previamente dado pela filosofia ou pela epistemologia, mas retrovinculada a princípios do Estado de Direito”. E assim, prossegue o principal comentador de Müller (2009, p. 237/238) “ela implica o controle de decisões, revelando as suas razões e tornando-as conseqüentemente discutíveis”.

Essa tentativa de tornar o processo decisório mais transparente e facilmente aferível, a nosso ver, visa afastar a possibilidade de instauração - ou manutenção, a depender do ponto de vista – do império do decisionismo, capaz de distorcer os elementos estabilizadores e fomentadores de um Estado Democrático de Direito, ao permitir ao magistrado a prolação de decisões carregadas de forte subjetivismo, apenas formal e retoricamente justificadas.

Compreenda-se, assim, ponto essencial do presente estudo: as decisões judiciais não podem estar desvinculadas quer do imperativo do Estado de Direito, quer do espírito democrático; donde se conclui, por corolário, que uma decisão que ignora a lei, em verdade, é produzida ignorando esses pressupostos e, portanto, jamais haveria de ser admitida.

Para se verificar, contudo, essa adequação das decisões judiciais ao imperativo do Estado Democrático de Direito, é preciso, antes de tudo, imergir no campo da interpretação, da linguagem, dos elementos de uma sentença, na fundamentação dada e

trabalhada pelo juiz, buscando-se alcançar, efetivamente, a *ratio decidendi* racionalmente verificável e revisável.

## 1.2 O LUGAR DA HERMENÊUTICA JURÍDICA DENTRO DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

O termo hermenêutica teria sido cunhado pela primeira vez pelo teólogo Johann Conrad Dannhauer, que buscou atribuir uma única palavra à expressão alemã *Auslegungslehre* (*Auslegkunst*); que, traduzida, significaria “a arte da interpretação” (GRONDIN, 2012, p. 17).

Como explica GRODIN (2012, p. 17), no início, a expressão remetia, em sua essência, à criação de um “*método para interpretar os textos sacros*”; ela era explicada pela necessidade de se extrair o significado mais adequado das Escrituras Sagradas, cujos termos nem sempre eram claros.

Na raiz dessa composição (= hermenêutica), encontramos um verbo (*hermeneuein*) e um substantivo (*hermeneia*) oriundos da língua grega, que significam, respectivamente, “interpretar” e “interpretação”; expressões que, frequentemente, são encontradas em textos clássicos escritos por Aristóteles e Platão (PALMER, 1969, p. 23).

Essas palavras, por suas vezes, eram frequentemente associadas ao Deus Hermes, da Mitologia Grega (PALMER, 1969, p. 23) – o “deus dos pastores”, “companheiro do homem”, “guardião dos caminhos”, visualizado como o portador do caduceu (bastão mágico) “com que tangia as almas para a outra vida” – reconhecido, acima de tudo, por ser o encarregado de traduzir a vontade dos Deus e transmiti-las aos homens, como verdadeiro mensageiro dos “imortais do Olimpo” (BRANDÃO, 1986, p. 72/73)<sup>5</sup>.

A hermenêutica, portanto, em seu sentido clássico, possibilitaria, ao exegeta, alcançar o “entendimento do sentido, o *intelligere*”; finalidade última, em suma, do ato de interpretar (GRONDIN, 2012, p. 17).

Se nesse sentido clássico, a hermenêutica, segundo Grodin (2012, p. 10), sempre pretendeu ser “uma doutrina da verdade no campo da interpretação”, foi em seu sentido

---

<sup>5</sup> Em interessante reflexão ao que se propõe o presente estudo, emprestamos uma passagem da mitologia grega, em que esse mesmo Hermes, diante de uma alteração entre três Deusas (Hera, Atená e Afrodite), foi designado por Zeus – que, dentre outras adjetivações, é “símbolo da justiça” - (p. 6) para levá-las até a presença de um “pastor” (Páris ou Alexandre); este último, por sua vez, foi encarregado, pelo próprio Deus-pai, de julgar a contenda entre as Deusas, dado que nenhum Deus se atrevia a fazê-lo.

Páris, portanto, um ser humano, acabou por funcionar como árbitro da disputa entre três Deusas do Olímpo; embora o fizesse “em nome da vontade de Zeus” (BRANDÃO, 1986, p. 107/108).

Daí a nos levarmos a pesquisar a relação entre a hermenêutica (Hermes) e o ato (humano) de julgar.

contemporâneo que se buscou atribuir à hermenêutica a concepção de “uma filosofia universal da interpretação e das ciências humanas que acentua a natureza histórica e linguística de nossa experiência no mundo” (2012, p. 11).

Porém, buscaremos nos ater aqui, à concepção atribuída à hermenêutica pelo mundo jurídico, ou seja, à denominada hermenêutica jurídica.

Não foi sempre, é certo, que a interpretação de leis – e o estudo sistemático dessa atividade – foi permitida.

Numa momentânea digressão, voltando-se à Roma antiga, sabe-se que, por determinado período da história, a interpretação das normas jurídicas era proibida; tida, inclusive, como crime (FRANÇA, 1999, p. 4).

Como rememora R. Limongi França (1999, p. 4), isso se dava ao tempo do Imperador romano Justiniano, que, no prefácio de seu Digesto proclamava que quem quer que tivesse a ousadia de editar um comentário à coleção de leis do império, seria considerado, pela lei, tanto réu futuro quanto teria seus escritos apreendidos e completamente destruídos (GALISSET, p. 228)<sup>6</sup>.

Passados mais de dois milênios, por força dos ventos democráticos que predominam hoje no ocidente, talvez seja inimaginável pensar num Estado Constitucional que admita a concentração de tamanho poder nas mãos de uma única pessoa; não por outra razão, dedicamo-nos nesse estudo a radiografar a atividade (hermenêutica) daqueles que hoje, no Estado brasileiro – constitucional, democrático e de direito - são incumbidos de interpretar as normas jurídicas; os denominados interpretes autênticos:<sup>7</sup> os juízes.

É dizer, nas palavras de Limongi França (1999, p. 4), que: “modernamente, porém, é de reconhecimento geral a possibilidade de serem as leis interpretadas”, porquanto constituiriam elas *commune praeceptum*, ou seja, preceito comum;<sup>8</sup> sendo inevitável, segundo o autor, que dado o conteúdo genérico e conciso das leis, sejam elas esmiuçadas para serem adequadas ao caso concreto (FRANÇA, 1999, p. 4).

Contudo, para que se possa compreender com maior clareza a atividade específica do juiz, que da letra da lei (ou da jurisprudência, como defenderemos oportunamente)

---

<sup>6</sup> No original: “Itaque quisquis ausus fuerit ad hanc nostram legum compositionem commentarium aliquod adjicere, aliter atque nostrae hujus jussionis forma praescribit: is sciat, quod et ipsi falsi reo legibus futuro, et quod composuerit, eripicetur, et modis omnibus corrumpetur” (na tradução de García del Corral, com alguma variação da edição de Galisset: “Y por tanto, quien se hubiere atrevido á escribir sobre esta nuestra compilación del derecho algún comentario, en forma distinta de la de nuestra autorización, sepa que habrá de quedar sometido á las leyes de falsedad, siéndole secuestrado y de todos modos destruido lo que por él se hubiese compuesto” in D. Ildefonso L. GARCÍA DEL CORRAL. *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona: Jaime Molinas, 1889, p. 195).

<sup>7</sup> Adotamos aqui o sentido da expressão cunhada por Kelsen (1974, p. 464).

<sup>8</sup> “*Lex est commune praeceptum*: A lei é o preceito comum” (SANTOS, 2001, p. 298)

exprime possíveis significações de seus símbolos; e que, dentre as diversas acepções, extrai aquela que será utilizada/aplicada (e, assim, consolidada) no plano concreto (em um caso real), é preciso que, antes de tudo, se mergulhe, ao menos de forma panorâmica, sobre o que se convencionou chamar de hermenêutica jurídica.

No plano doméstico, um dos primeiros juristas brasileiros a apresentar uma obra-modelo sobre metodologia foi Francisco de Paula Baptista (HERZOG, 2016, p. 282), que, ao tratar da hermenêutica jurídica, definiu-a como sendo “o sistema de regras para interpretação da lei” ou “das leis” (BAPTISTA, 1901, p. 367; BAPTISTA, 1984, p. 4).

Já naquela época, valendo-se das lições do mestre Savigny, censurava Baptista a concepção de que a interpretação da lei somente seria cabível quando nela houvesse alguma obscuridade; contrapondo-se, assim, à máxima romana *interpretatio cessat in claris*.

Alfredo Buzaid clarifica que a hermenêutica jurídica “ocupa um lugar de destaque na ciência do direito”, por subministrar ela os “meios e critérios apropriados e indispensáveis à interpretação das leis”; sendo ela, pois, “um método de interpretação” que tem como escopo “determinar o sentido real da lei” (1984, apresentação, p. 1/2).

Para Buzaid, a hermenêutica jurídica estaria presente em dois processos distintos de interpretação: no acadêmico e especulativo (que aqui entendemos ser a doutrina, ou a pesquisa científica) e outro de cunho prático, de aplicação do “direito” [conteúdo da lei] ao caso concreto (1984, apresentação, p. 2).

Segundo o autor, quando nos debruçamos a estudar esse segundo campo; e quando nele figura como protagonista o Poder Judiciário (uma vez que segundo Buzaid tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo também exerceriam essa atividade, de forma residual), o tema ganha maior relevo.

Carlos Maximiliano, já no final do Sec. XX, anuncia que “a hermenêutica jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (1979, p. 1). Atente-se ao detalhe de que, o que se busca determinar, com a Hermenêutica Jurídica, segundo o autor, é o sentido e o alcance, agora, das expressões do direito; e não mais só das leis.

Nesse aspecto, Maximiliano é acompanhado por R. Limongi França, que, ao tratar do tema, pondera que a hermenêutica (tanto quanto a atividade de interpretação em si) não se restringe apenas aos “estritos termos da lei” - dada a limitação desta para “bem exprimir o direito”, como “acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste” – mas sim ao direito que essa mesma lei busca expressar (1999, p. 4).

O lusitano Canotilho, ao se referir à hermenêutica, classifica-a como teoria ou doutrina que estabelece critérios (ou medidas) de interpretação, que se pretende sejam objetivos, transparentes e científicos (1993, p. 208).

Contudo, foi mais recentemente que, no âmbito do sistema germânico-romano (ou *civil law*), a Jurisprudência<sup>9</sup> também passou a incorporar nesse processo hermenêutico o direito produzido pelos juízes.

Nesse passo, pondera Karl Larenz, em sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, que surgiu então a posição de “afastamento da posição largamente dominante de que o Direito seria quando não exclusivamente, pelo menos, preponderantemente, identificável na lei.” (1997, p. 2).

Para além do que se extrai da lei, incorporou-se na ciência jurídica, segundo o autor, “um pensamento ‘orientado a valores’” (1997, p. 2); isso quer dizer, a atividade do juiz não prestar-se-ia mais a simplesmente interpretar a lei, mas também a valorar situações de fato com conteúdos que, muitas vezes, puramente do texto da lei não se consegue, num primeiro momento, extrair.

É nesse sentido que entende LARENZ que a ciência do Direito precisou desenvolver métodos “que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez, é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas” (1997, p. 2).

É por essa razão (a de que o direito, no atual estágio da ciência jurídica, não pode mais ser extraído exclusivamente da lei) que, segundo o autor, não bastam mais, para a atividade do magistrado, os métodos clássicos de interpretação da lei. Em apertada, porém fundamental síntese, pondera LARENZ (1997, p.2) que:

Enquanto era esta a opinião corrente [de que o direito poderia ser extraído exclusivamente do texto legal], o jurista podia contentar-se com os métodos de interpretação da lei, da aplicação da lei (“adequadamente” interpretada) ao caso singular e finalmente com a conformação e aplicação de conceitos extraídos do material que se apresentava. Hoje sabemos que a maior parte das leis sofrem[sic] a sua configuração definitiva, e deste modo a sua susceptibilidade de aplicação aos casos singulares, apenas mediante a concretização no processo contínuo da atividade jurisprudencial, e que muitas proposições jurídicas encontraram acolhimento do Direito vigente através da atividade jurisprudencial.

---

<sup>9</sup> Jurisprudência aqui compreendida não apenas em seu sentido vulgar de conjunto de decisões proferidas por órgãos judiciais ou administrativos; mas sim como “ciência sobre o Direito que dele se ocupa antes de tudo sob o seu aspecto normativo, e assim, que se ocupa do ‘sentido’ das normas” (LARENZ, 1993, p. 270) Em suma, seria o estudo da norma jurídica, na busca de seu sentido, através da análise da lei, mas também dos estudos existentes sobre ela e, até mesmo, do direito positivo produzido pelas sentenças judiciais.

De partida, portanto, se pretende estabelecer que estudar a hermenêutica jurídica seria não só mergulhar no mundo das várias significações que podem ser adotadas pelo intérprete autêntico no momento da formação, em seu espírito, da norma jurídica individual e concreta; sua função, em verdade, seria, em síntese, identificar e sistematizar os mecanismos envolvidos nessa interpretação/criação e aplicação do direito.

Refletindo acerca do fenômeno da interpretação, por sua vez, indica Reale que para se interpretar algo é preciso que, antes de tudo, se determine a “região ôntica em que [esse] algo se situa” (1968, p. 235), ou, em outras palavras, “envolve a estrutura objetiva daquilo que se põe como matéria de compreensão” (1968, p. 235).

Em suma, deduzimos que, para se interpretar, é preciso que se debruce sobre o que será interpretado, dissecando-o e sistematizando-o, antes de tudo, na expectativa de se formar em torno dele um esquadro do que será estudado.

O que implica na reflexão, também trazida por Reale, de que “se todo processo de exegese pressupõe ou implica a análise da estrutura ou natureza daquilo que se quer interpretar” querer saber como se deve interpretar uma norma jurídica implica, necessariamente, responder inicialmente à uma questão fundamental, a saber: “que espécie de realidade é a norma jurídica?” (1968, p. 235).

Ciente desse postulado, e buscando conferir à hermenêutica ares de maior tecnicidade, objetividade e praticidade, Friedrich Müller, em 1969, propôs fosse esse instituto visto não mais como uma “problemática geral da interpretação”; mas sim, como “um conceito técnico no sentido de um exame das condições essenciais a partir das quais se realiza a interpretação jurídica” (2013, p. 2). A ideia, enfim, seria retirar o estudo sobre a criação da norma jurídica do âmbito da filosofia do direito; e passá-lo da prática jurídica (MÜLLER, 2013, p. 1). Mas, para isso, Müller precisou criar uma nova teoria sobre a norma jurídica.

Foi assim que Müller desenvolveu o que chama de Teoria Estruturante do Direito e, dentro dela, a Metodica Estruturante, que constituem os referenciais teóricos do presente texto e sobre as quais passamos a nos debruçar.

### **1.3 A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E A METÓDICA JURÍDICA**

Foi Friedrich Müller, portanto, quem, buscando um método capaz de auxiliar na tarefa do juiz e dos operadores de direito (ou seja, na práxis jurídica de um determinado

ordenamento jurídico - no caso dele, o alemão), estabeleceu, a partir da segunda metade do Século XX (mais precisamente, da década de 60), o que chama de “metódica jurídica”.

Para o autor, a hermenêutica jurídica, em si, é apenas uma das ferramentas utilizadas pelo juiz em sua função judicante. A bem da verdade, para ele, compreender e interpretar o texto legal (e as circunstâncias de fato) é apenas a primeira tarefa do juiz. Diz Müller: “textos de normas não são promulgados para ser ‘compreendidos’, mas para ser utilizados, trabalhados por juristas encarregados para tal fim” (2009, p. 159).

E não é por acaso. Müller, na criação de sua teoria, pautou-se, primordialmente, na análise das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, pelo Superior Tribunal de Justiça, pelo Supremo Tribunal Administrativo, pelas Cortes Constitucionais dos Estados-membros, dentre outras cortes alemãs. Trata-se, portanto, de estudo voltado, primordialmente, à prática judiciária.

Tal método, pois, pode ser compreendido, segundo o próprio autor, em dois níveis (ou graus) distintos:

a) num primeiro momento, atrelado à concepção de método como “técnica do proceder praticamente” (MÜLLER, 2006a, p. 9); traduzindo-se, segundo o próprio autor, numa “técnica formal de resolução de casos” (MÜLLER, 2006a, p. 9), que constituiria uma pequena parte de sua metódica jurídica, porém que, para o que se propõe o presente trabalho, revela-se de natureza fundamental.

b) já num aspecto mais amplo e complexo, esse método (metódica jurídica) desenvolvido por Müller, também se predispõe a investigar o “conjunto do percurso das normas jurídicas através de conflitos e problemas de toda espécie, de ordem social, econômica ou política” (MÜLLER, 2006a, p. 9). Nesse campo, o objeto do trabalho de Müller (a metódica jurídica) não é mais apenas o aspecto prático da atividade judicante, mas sim a busca por uma completa “teoria da práxis”, que passa pela reflexão integral acerca da teoria da norma jurídica; de aspectos fundamentais da teoria do direito (como por exemplo, validade, a relação entre ser e dever ser, diferenciação entre subsunção e concretização de uma norma, etc.); da função e posição da dogmática jurídica; da integração dos pressupostos normativos da constituição; da análise dos direitos humanos; e até mesmo da linguística do direito (MÜLLER, 2006a, p. 10).

A metódica jurídica, portanto, seja em seu sentido mais estrito – assimilada a um método de julgamento – seja em seu aspecto mais amplo – como teoria da práxis –, acomoda-se dentro de uma teoria maior, também desenvolvida pelo autor, denominada de Teoria Estruturante do Direito (TED), que possui, em seu imo, duas bases fundamentais: a

distinção entre a “norma jurídica” e o “texto da norma”; e a superação da antiga oposição entre os conceitos de “ser” e “dever ser” (MÜLLER, 2006a, p 15).

A proposta do autor, em essência (escancaradamente por ele anunciada), é transportar o debate entre “ser” (realidade) e “dever ser” (direito) da arena (e como objeto) da filosofia do direito, para o terreno da prática jurídica; é transformar, em suma, a natureza da discussão de filosófica para pragmática, de modo que passe a ser tratada como “uma questão da estrutura das normas jurídicas no processo de sua aplicação prática” (MÜLLER, 2013, p. 1).

Em suma, Müller busca trazer, com sua teoria (que aqui adotamos, como referencial teórico do presente texto), um novo paradigma, focado tanto no estabelecimento de um método de trabalho para o juiz e para os operadores do direito, em geral, como também, num método capaz de superar antigos debates acadêmicos (e dogmáticos) acerca do conceito de norma jurídica e da distinção entre direito e realidade (MÜLLER, 2006a, p. 24).

Müller compreende sua teoria (estruturante do direito – TED) porém, não como apenas mais uma (nova) concepção da teoria jurídica, catalogada entre as demais; mas, propriamente, como uma concepção de novo tipo (2003a, p. 319). Tratar-se-ia, em verdade, de uma inédita análise (e compreensão) – de viés pós-positivista - da norma jurídica, que, por sua vez, constitui não apenas o conceito central de todo o trabalho jurídico, mas, também o seu dispositivo prático (central), (MÜLLER, 2003a).

O fruto de seus estudos, portanto, trazem, na visão do próprio autor, uma “concepção jurídica global” (TED) que perpassa o restrito campo da teoria jurídica; e regula, em igual intensidade, os campos da dogmática, da metodologia (metódica) e da teoria constitucional (2003a, p. 320).

Deter-nos-emos, contudo, no que aqui nos revela fundamental: na contribuição de Müller para o campo da teoria jurídica e da metodologia (por ele designada de metódica estruturante). Isso porque o objetivo de nossos esforços, como já adiantado, é compreender a formação da norma jurídica dentro da atividade prática do juiz (interprete autêntico) e como a fundamentação de sentença pode ser capaz de auxiliar na concretização de preceitos relacionados a direitos fundamentais.

Antes do mais, é preciso ressaltar que o caráter pós-positivista do pensamento de Müller se revela em sua opção por não acreditar na defendida “pureza” da ciência jurídica (positivista), que fecha os olhos à realidade e, por isso mesmo, se perderia do próprio direito (MÜLLER, 2006a, p. 25). Ao mesmo tempo, entende ele que o decisionismo e o

sociologismo negligenciam essa questão, uma vez que, ao buscarem “resolver” o caso concreto, ignoram o direito e a constituição escritos (e até o sociologismo), (MÜLLER, 2006a, p. 25).

O rompimento por ele proposto com a tradição jurídica (até mesmo àquela crítica ao positivismo, representada por nomes como Schmitt, Smend, Neumann e Heller, p. ex.) se dá, em muito, pela opção do autor de se afastar do discurso acadêmico (nele retirando apenas contribuições marginais) e se debruçar sobre “a prática cotidiana do direito e a análise desta prática nas decisões jurídicas de todo gênero” (MÜLLER, 2006a, p. 24).

Não por outra razão, os pensadores (e as teorias) que influenciam Müller - e ajudam a explicar a importância e a dimensão de seu trabalho, bem como a razão pela qual optamos por tê-lo como norte -, militaram em diferentes áreas do conhecimento humano. Suas influências residem em um amplo espectro interdisciplinar que o norteia (capaz de atender, ao que nos parece, a missão cotidiana do juiz ou dos demais operadores do direito), que vai de Jean-Jacques Rousseau (ao tratar da democracia) a Wittgenstein II (por suas contribuições à filosofia da linguagem), passando por Marx (e sua utilização de um método analítico) e por Freud (no que se refere a uma preocupação com o funcionamento da psique – individual e coletiva).

Ninguém, contudo, melhor do que o próprio autor, para condensar seu modo de pensar, a partir da contribuição de seus precursores, no campo de suas respectivas esferas de atuação (MÜLLER, 2006a, p. 19):

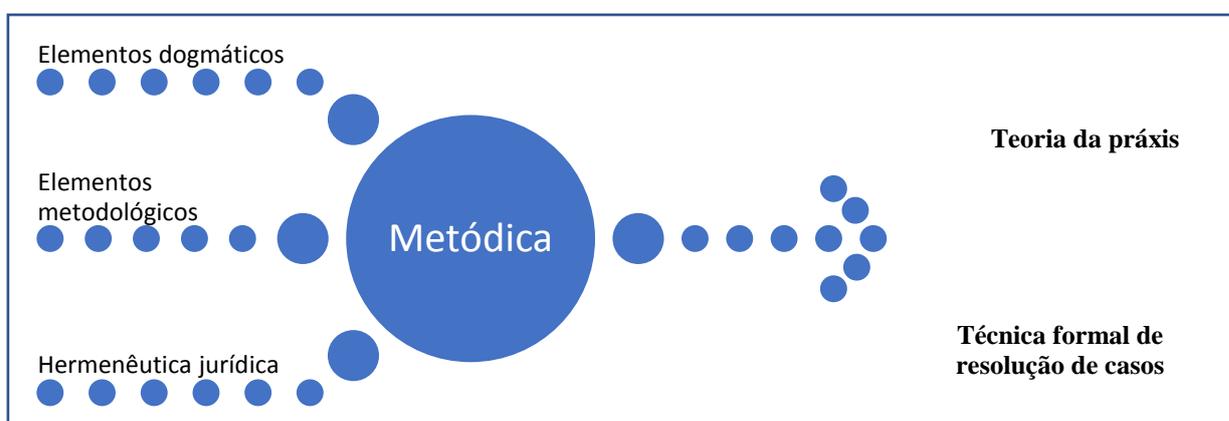
Ele é, em suma, um pensamento pós-Rousseau (por causa da opção incondicional por uma democracia real, pela igualdade de direitos reais de todos os seres humanos, pelos direitos humanos como base de toda legislação); um pensamento pós-Marx (mormente por causa do método de analisar fenômenos sociais e políticos); um pensamento pós-Freud (por causa do papel do psiquismo não somente nos fenômenos individuais, mas também nos coletivos) e um pensamento pós-Wittgenstein (por causa da maneira de tratar com a linguagem de todos os dias, como base universal de nossas ‘formas de vida’, no sentido de Wittgenstein II.

Foi assim, por entender que as discussões teóricas até hoje tratadas pela tradição do direito não se nortearam por uma visão (pesquisa) analítica do fenômeno “norma jurídica”, capaz de superar (e principalmente operacionalizar) a (falsa) dicotomia direito *versus* realidade; e por verificar que a maioria dos problemas dogmáticos advém da falta de adoção de um método adequado à ciência jurídica, que Müller (2006) propõe sua metódica e sua Teoria Estruturante do Direito (TED).

Ao analisar a estrutura da norma jurídica, busca essa metódica aliar elementos dogmáticos e metodológicos em sentido restrito e uma hermenêutica jurídica específica (MÜLLER, 1999, p. 48), na construção de uma teoria da práxis, que, ao mesmo tempo serve de base para a elaboração de uma técnica formal de resolução de casos (também chamada de metódica).

Em síntese, poderíamos formular essa relação entre hermenêutica, dogmática e metodologia para Müller, na formação da metódica estruturante do direito, com a seguinte visualização – traçada segundo nossa percepção, que, obviamente, deve ser vista como uma pequena fagulha de luz dentro do espectro de um relâmpago):

Figura 1 - Metódica como teoria da práxis e técnica formal de resolução de casos



Fonte: O autor (2020).

É assim que, atraídos pelo vértice da metódica estruturante, os elementos dogmáticos, metodológicos e a hermenêutica jurídica se conectam, dando surgimento à Teoria da práxis e à Técnica formal de resolução de casos.

### **1.3.1 A METÓDICA JURÍDICA COMO TEORIA DA PRÁXIS (NORMA JURÍDICA; PROGRAMA NORMATIVO; ÂMBITO NORMATIVO; E CONCRETIZAÇÃO)**

Como teoria da práxis, a metódica jurídica gera uma nova reflexão sobre a teoria da norma jurídica, como já adiantado, ao buscar conciliar (ou superar) os âmbitos concreto (realidade) e jurídico (direito).

A norma jurídica, com base na superação do positivismo e do decisionismo (ou seja, em sua nova roupagem pós-positivista, proposta por Müller), não se revela como

produto de meras elucubrações dogmáticas e tampouco como fruto da exclusiva vontade do julgador; ela (norma jurídica), em verdade, é vista agora sob a condição de “fenômeno”, consubstanciado pela junção de “dados linguísticos e dados (primariamente ou secundariamente) reais” (MÜLLER, 2006a, p. 11).

Poderíamos questionar (a) o que pretende Müller, com essas contribuições; ou, ainda, (b) aonde elas são capazes de chegar?

Com relação à pretensão do autor, busca Müller, fundamentalmente, modernizar e operacionalizar os conceitos de “ser” e “dever ser” (2006); estes passam, pois, da condição de meros objetos de reflexão (ou discussão) acadêmica, de cunho excessivamente teórico, para potencialmente habitarem e preencherem a atividade cotidiana do juiz e dos demais operadores do direito.

Para saber, por outro lado, aonde elas podem chegar, é preciso, antes de mais nada, falar sobre os conceitos (ou terminologias) adotados por Müller para explicar sua teoria.

Ao falarmos do fenômeno da “norma jurídica” (e dos já mencionados dados linguísticos e reais que a compõem), no âmbito da TED, deparamo-nos com um primeiro questionamento: o que são esses dados (linguísticos e reais), e para que servem?

Antes de se prosseguir, contudo, é preciso se estabelecer uma distinção que parece fundamental na construção dessa teoria por Müller (2008, p. 194): normatividade, norma e texto da norma não se confundem.

### **1.3.1.1 TEXTO DA NORMA VERSUS NORMA**

De acordo com a teoria estruturante, o texto da norma carrega em si, por via de regra, a indicação incompleta de seu âmbito normativo, sendo tido como estrutura meramente linguística, que orienta para “pontos de referência” de uma realidade determinada (MÜLLER, 2008, p. 198) – produzindo um “efeito sinalizador” (CHRISTENSEN, 2009, p. 241) -; ou serve, ainda, como limite extremo de “possíveis suposições” (MÜLLER, 2008, p. 197) – produzindo um “efeito limitador” (CHRISTENSEN, 2009, p. 241) -; porém, não é capaz de fornecer todos os elementos necessários à criação da norma jurídica; dele, enfim, não é possível, ainda que pela utilização da lógica ou da subsunção - resultante do método do silogismo -, extrair-se o direito (2008, p. 196/198).

É por essa razão que, na estrutura de trabalho da metódica estruturante, pontua Christensen: “o texto da norma pode estimular com seu efeito sinalizador a concretização e

pode apontar com seu efeito (*Grenzwirkung*) as barreiras da concretização admissível, mas ele não pode conter substancialmente a instrução normativa.” (2009, p. 241).

Talvez, enfim, o que melhor defina a concepção do texto da lei para a Teoria Estruturante é a ideia de ser ela, metaforicamente, apenas a “ponta do iceberg” (MÜLLER, 1999, p. 45); e não, por via de consequência, a norma em si.

Vale aqui ressaltar que, embora para a teoria estruturante texto da norma e norma não se confundam, em certos casos, a concretização normativa pode se apoiar apenas nos aspectos linguísticos do texto, como é o caso de prescrições relativas a prazos processuais, normas de organização judiciária – o que ocorre, principalmente em âmbitos normativos gerados pelo direito -, ou seja, nessas hipóteses “os âmbitos das normas desaparecem por trás dos programas das normas” (MÜLLER, 1999, p. 50) ou, em outros termos, “a estrutura do âmbito normativo é bem passível de ser incorporada ao texto normativo e frequentemente é de fato incorporada (2008, p. 214).

Exemplifica Müller, nesse aspecto, porém, que até mesmo a interpretação literal (ou gramatical) da lei, para ser levada a efeito em um caso concreto, demanda a escolha de um sentido, dentre outros possíveis, às palavras contidas no texto legal; e que, mais do que isso, essa interpretação variará conforme as circunstâncias (materiais) dadas pelo próprio caso; tudo isso, para se possibilitar a “diferenciação” e “avaliação normativo-jurídica dos campos associativos que lhe são conexos, bem como que são determinados tanto pelos dados materiais como pela língua” (2008, p. 198).

Essa limitação do texto, segundo o autor, se por um lado, é mais difícil de ser visualizada em disposições que tratem de temas eminentemente técnicos, como algumas normas processuais, por exemplo (em que o âmbito normativo, por vezes, encontra-se completamente dentro do texto legal); por outro, fica nitidamente exposta quando estamos diante de normas relacionadas a âmbitos normativos mais amplos, como àquelas de direito constitucional e, especialmente, na prática, das que cuidam de direitos fundamentais (MÜLLER, 2008, p. 214).

De tudo, percebe-se, portanto, que, segundo a Teoria Estruturante – e esse é um dos motes que revela sua natureza pós-positivista – a norma jurídica não está contida no texto legal; ela surge, em verdade, “em cada processo individual de solução de um caso jurídico, de urna decisão jurídica” (MÜLLER, 2003a, p. 320).

E por não se confundir com o texto da norma (espécie metafórica de cais do porto), a norma jurídica pode ser – sob nosso olhar - compreendida, dentro da metódica

estruturante, como o destino aonde pretende chegar o viajor<sup>10</sup>; o porto a que este, ao final de sua viagem, chegará em maior ou menor segurança, a depender de seu empenho (e resultante sucesso), na superação de cada uma das etapas da viagem.

Nesse aspecto, pontua Müller que a teoria estruturante (da norma jurídica) “insere entre a norma textual abstrata e a ‘situação’ histórica e concreta estágios tipológicos-estruturantes” (2008, p. 262); revelando-se o fenômeno interpretativo como aquele destinado a estabelecer, posteriormente, a “concreta correlação entre norma e situação concreta” (2008, p. 262).

Esses estágios, pois, no plano teórico-normativo, estão atreladas à própria estrutura da norma: composta, segundo a TED, pelos denominados programa e âmbito normativos.

Para Müller, o âmbito da norma é sempre restrito pelo programa da norma, e ambos se revelam ao intérprete “em diferentes relações de mistura, bem como em graus de precisão muitos diversos no texto normativo” (2008, p. 215).

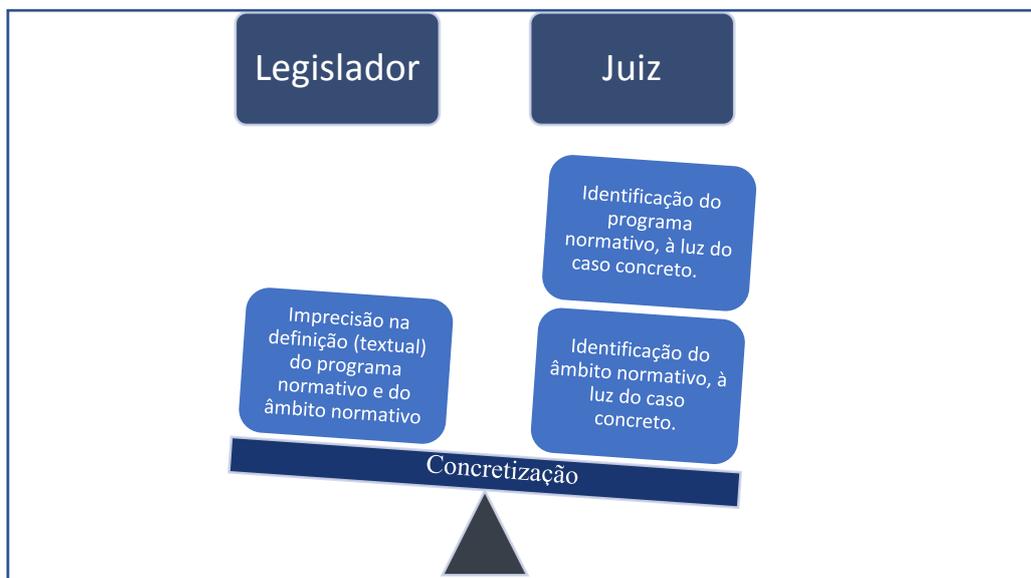
É justamente por isso que, ao nosso entender, a metódica jurídica é capaz de fornecer subsídios tanto ao juiz (e ao Poder Judiciário) quanto ao legislador (seja o Legislativo ou o Executivo, este último em sua função atípica), no processo de concretização da norma, que estará na (e passará pela) mão de ambos, em um trabalho de mútua dependência; será certo, porém, ainda sob nossa visão, que uma vez negligenciado o trabalho (metódico) de elaboração do texto da norma pelo legislador, ao julgador, natural e conseqüentemente, caberá a maior parcela do trabalho a fazer, rumo à indigitada (e tão necessária) concretização normativa; isso, contudo, não imuniza o trabalho de concretização (que adiante será melhor talhado) das influências que o próprio âmbito normativo gera, automaticamente, a depender da amplitude de seu objeto (MÜLLER, 2008, p. 219).

Como recurso para abreviar a compreensão dessa ideia - a respeito da participação tanto da atividade legislativa quanto da judicante, na concretização da norma jurídica -, apresentamos as seguintes representações gráficas, ilustrativas da influência maior, de um ou de outro órgão, de acordo com o respectivo trabalho metódico empenhado, segundo nossa compreensão:

---

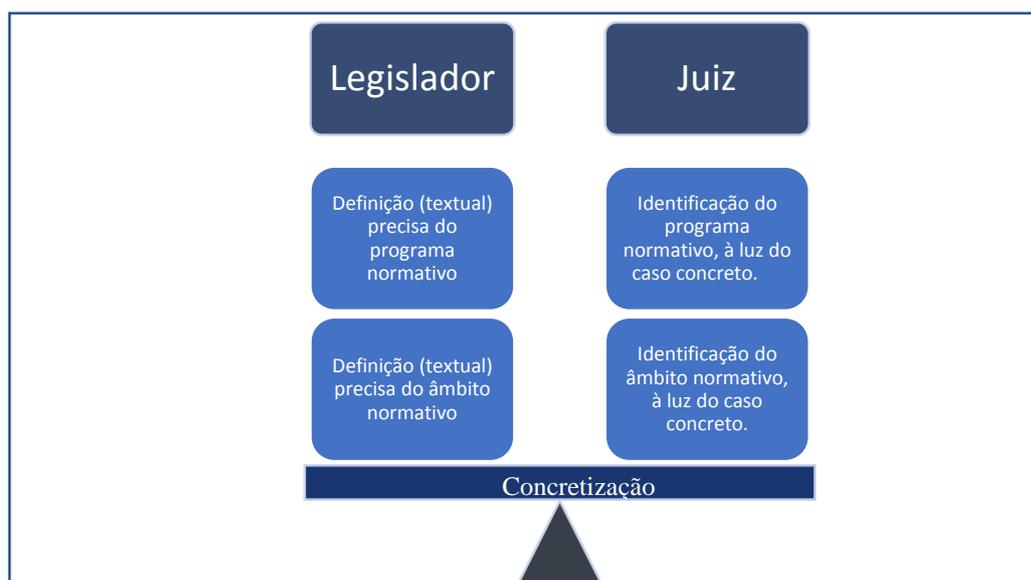
<sup>10</sup> Müller irá trabalhar com a ideia de constituir a norma “a meta da elaboração metódica dos aspectos materiais ‘problemáticos’” (2008, p. 200).

**Figura 2 - Papel do legislativo na concretização normativa (baixo)**



Fonte: O autor (2020).

**Figura 3 - Papel do legislativo na concretização normativa (equilibrado)**



Fonte: O autor (2020).

O conceito de normatividade, por sua vez, não se confunde com o texto da norma e nem mesmo com a própria norma. Segundo Müller, essa qualidade da norma advém da verificação, efetiva, de três substantivos: funcionamento, reconhecimento e atualidade do ordenamento, para conferir resposta a demandas empíricas de sua respectiva área. Saber se esse ordenamento funciona, é reconhecido e atual, para motivar respostas às demandas da realidade, é trabalhar com esses dados de natureza “extralinguística” de “tipo estatal-social”, que, justamente por essa razão – i.e., pela natureza desses dados – não podem ser fixados no texto da norma (1999, p. 45).

É nesse sentido que proclama Müller (1999, p. 46):

A normatividade que se manifesta em decisões práticas não está orientada linguisticamente apenas pelo texto da norma jurídica concretizanda. A decisão 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.

É assim que o funcionamento do ordenamento, não está contido no texto legal; o reconhecimento desse sistema, também não advém das disposições verbais da lei; e, por fim, a atualidade desse ordenamento, i.e, sua capacidade de responder aos fatos concretos que ocorram futuramente à edição do texto, não está presente no próprio escrito normativo. Todo um conjunto de órgãos e servidores é o que, efetivamente, confere funcionamento, reconhecimento e atualidade do ordenamento. Assim o que regulamenta um caso jurídico concreto é, segundo Müller (1999, p. 45):

(...) o órgão legislativo, o órgão governamental, o funcionário da administração pública, o tribunal que elaboram, publicam e fundamentam a decisão regulamentadora do caso, providenciando, quando necessário, a sua implementação fáctica – sempre conforme o fio condutor da formulação linguística dessa norma (constitucional) e com outros meios metódicos auxiliares da concretização.

A força dinâmica da norma, concebida dentro da teoria estrutural do direito, é aquela que a impele a ser concretizada, conciliando dados reais (provenientes da análise do fato concreto e, portanto, do âmbito do caso) com (e não “ao lado de”) dados linguísticos (interpretados na elaboração mental do programa normativo); ambos, contudo, não são concebidos como coisas distintas que se sobrepõem - à moda do velho esquema (ser e dever ser; *Sollen/Sein*) -, mas sim como elementos de uma estrutura viva e orgânica, que digere e processa tais dados, em um processo dialético; desse modo o programa normativo projeta-se sobre a realidade (refletida no âmbito normativo), na mesma medida em que se deixa por ela impregnar (JOUANJAN, 2009, p. 262).

A normatividade, portanto, seria essa capacidade da decisão proferida pelo juiz de interferir na realidade social, à qual se destina (normatividade concreta); e, ao mesmo tempo, ser influenciada por ela (normatividade materialmente determinada ou determinada pela coisa) (MÜLLER, 2009, ps. 150 e 261).

É o que relembra Neves ser a dupla dimensão da normatividade para a metódica estruturante (2003, p. 361), ou seja, concreta (quando se olha da interferência da norma no

realidade social) e materialmente determinada (quando é a própria norma que se deixar ser impregnada pela mesma realidade).

Normatividade e vigência, por sua vez, também não são sinônimos, para a teoria estruturante. Segundo Christensen, talvez o principal comentador de Müller – de quem foi assistente por mais de 10 anos –, enquanto a primeira (normatividade) reflete a capacidade da norma jurídica criada pelo juiz – “como sujeito do processo de concretização” – de regulamentar de maneira vinculante a vida social; a segunda (vigência) constitui a força vinculante do texto das normas à atividade do julgador, como parâmetro de entrada e de atribuição (2009, p. 240).

### **1.3.1.2 O PROGRAMA NORMATIVO**

Voltando à questão dos dados linguísticos e reais que, juntos, compõem a estrutura da norma jurídica, podemos dizer com base na metódica jurídica que, por via de regra, todo texto normativo (ponto inicial do processo de concretização da norma jurídica) há de conter, em si, as estruturas básicas do âmbito da norma (conceito que abaixo trabalharemos com maior ênfase, mas que precariamente pode ser compreendido como o conjunto de elementos materiais, criados ou não pelo direito, sobre o qual se pretende fazer incidir a norma que será concretizada).

Essas estruturas codeterminarão a formulação linguística do programa normativo, que, ao mesmo tempo, passa a expressá-las (MÜLLER, 2008, p. 246).

A função, portanto, do programa normativo é estabelecer o que se pretende (ou se é possível pretender) com a norma (que será concretizada), levando-se em consideração um pano de fundo (âmbito normativo), ao qual se refere e donde retira sua validade. Esse programa carrega consigo, portanto, as “ideias normativas fundamentais” (MÜLLER, 2008, p. 197)

Identificado pelo intérprete o programa normativo - contido, geralmente,<sup>11</sup> no texto legal -, restam-lhe etapas outras a superar, sem as quais, em suma, não se pode concretizar a norma. Eis, portanto, uma regra fundamental para a teoria estruturante: não é possível identificar, no caso concreto, apenas com base no programa normativo qual é a norma concretizante. Isso se dá em razão da essencialidade da correta identificação do âmbito da norma; em essencial, para que se afastem determinados sentidos que poderiam ser

---

<sup>11</sup> Aqui se prefere adotar a expressão geralmente, uma vez que Müller admite a utilização da metódica jurídica inclusive no campo no direito consuetudinário (vide MÜLLER, 1999, p. 46).

extraídos indevidamente de uma interpretação linguística preliminar do programa norma (MÜLLER, 2008, p. 246).

Ele fixa, em outras palavras, os modelos que ditam como deverão ser abordados os elementos que compõem o âmbito normativo; como se deverá, enfim, ser analisado (sob determinadas possibilidades) o âmbito da norma (MÜLLER, 2008, p. 262). Teria, o programa normativo, assim – porém não de modo absoluto – uma certa função reguladora do âmbito normativo, embora não seja dado ao primeiro reavaliar o conteúdo apreendido ou criado pela análise deste último (MÜLLER, 2008, p. 252).

Refletindo sobre o que seria o programa da norma para a metódica jurídica – e partilhando de longos estudos ao lado de Müller – Ralph Christensen (2009, p. 241) proclama que: “denomina-se ‘programa da norma’ o resultado da interpretação do texto da norma (e outros textos), formado a partir dos dados primaciais de linguagem”.

Os dados linguísticos, veja bem, retratam, portanto, o que designa Müller como o programa da norma.

### **1.3.1.3 O ÂMBITO NORMATIVO**

O âmbito normativo, por sua vez, como já prenunciamos, constitui a base material definida pelo programa normativo e donde retira este sua validade; esse elemento da estrutura normativa, portanto, seria formado pelos “dados reais” ou nexos de realidade (CHRISTENSEN, 2009, p. 241).

Explicamos. Müller compreende o âmbito da norma não como um mero conjunto de fatos, sobre os quais a norma haverá de incidir; mas sim, como um conjunto de elementos estruturais, formados ou “coformados” pelo direito, que – obtidos a partir de dados da realidade – mas com eles não se confundindo –, constitui formulação passível de ser verificada no mundo real (2008, p. 249).

Em outras palavras, significa dizer que o que compõe o âmbito da norma, não é a realidade em si; mas a parcela dessa mesma realidade, cooptada pelo direito e que servirá da base para a concretização da norma.

É nesse contexto que proclama Müller (2008, p. 249):

Os âmbitos normativos não são, assim, esferas da liberdade “natural”, nem dever ser utilizados como natureza das coisas desvinculada de normas, corregedora da norma ou simplesmente superpositiva. A “natureza” das coisas a serem aqui apreendidas pela teoria da norma significa apenas estrutura material básica das circunstâncias reais do mundo social normatizadas, apreendidas pela norma e co-fundadoras da normatividade concreta da disposição legal.

Por conseguinte, temos na análise de uma prescrição normativa, inicialmente, a visão do “âmbito material” (ou seja, da totalidade dos dados que lhe compõem o pano de fundo); daí então retiramos, com base no programa da norma, a parcela de dados que comporão o “âmbito da norma” (MÜLLER, 1999, p. 49).

Essas estruturas materiais (ou componentes) do âmbito da norma podem ter sua gênese, ademais, no próprio direito ou fora dele. Quando nos deparamos com prescrições relativas a prazos processuais, organização judiciária, dentre outros aspectos referentes a formas e questões similares, analisamos âmbitos normativos gerados pelo direito. Por outro lado, quando lidamos com direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, religiosa, de ir e vir, ou até mesmo o conceito de dignidade da pessoa humana, dentre outros temas materiais, estamos diante de componentes captados de uma realidade não jurídica (MÜLLER, 1999, p. 48).

Assim é possível concluir que o âmbito normativo não é apenas um mero recorte da realidade (o que seria puro empirismo); ele engloba, a bem da verdade, dentro de um recorte, apenas aquelas circunstâncias/realidades que, indicadas pelo programa normativo, deverão apenas no processo de interpretação prática servir como estruturas (básicas relevantes) desse âmbito normativo, com vistas à especificidade do caso concreto sob análise/julgamento (MÜLLER, 2008, p. 249).

Esses elementos materiais - para além de não se confundirem com dados da realidade (empírica), propriamente dita -, contemplam, ainda, as opções axiológicas transvertidas (ou que se tentou transverter) na disposição legal (em especial, no âmbito constitucional); esses “valores” e as noções axiológicas que os soerguem, devem ser postos à clara pelo interprete no trabalho de análise do âmbito normativo, junto com os demais elementos materiais; este (o exegeta) haverá de identificá-los e considerá-los como “concepções axiológicas socialmente eficazes” que se buscou ver concretizadas, pelo programa normativo (MÜLLER, 2008, p. 248).

A teoria estruturante do direito admite, ademais, que a estrutura básica do âmbito normativo pode - e por via de regra é o que acontece - ser alterada (MÜLLER, 2008, p. 252); cremos que pela própria dinâmica da vida e das concepções sobre ela.<sup>12</sup> Isso porque se trata de uma teoria que busca racionalizar questões particulares relacionadas ao processo de concretização da norma (MÜLLER, 2008, p. 253); e não que se debruce sobre

---

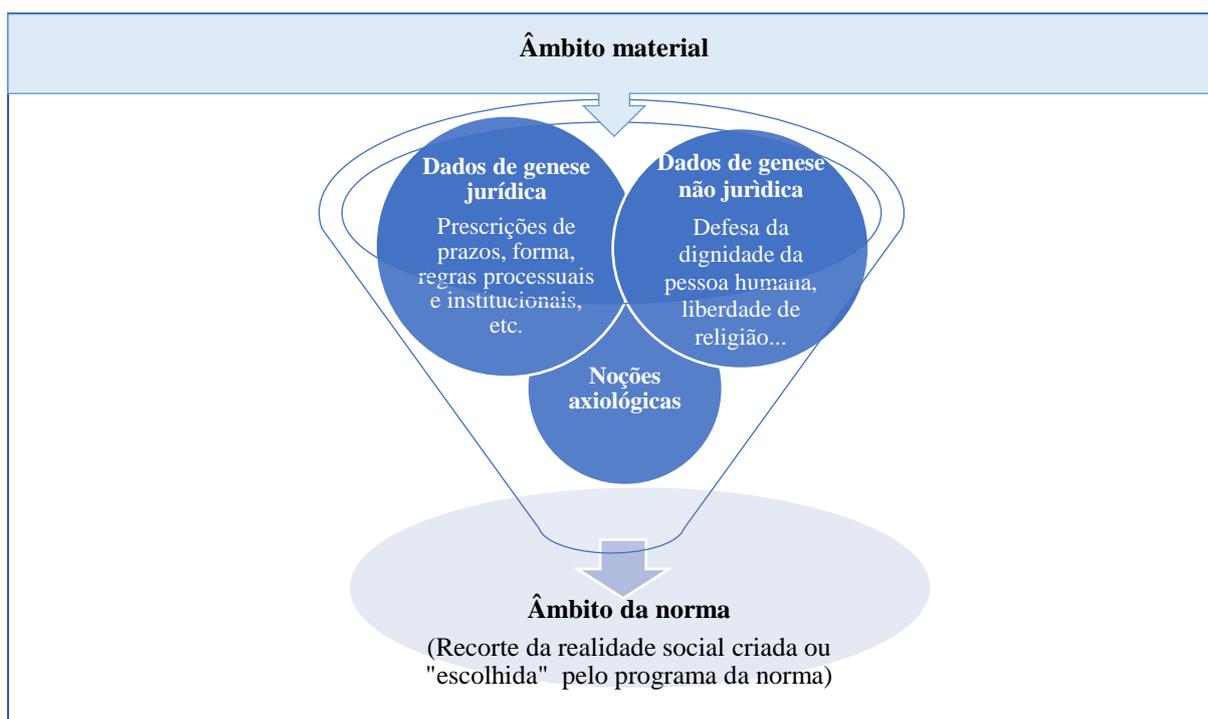
<sup>12</sup> Cfr., a esse respeito, sob a perspectiva de mutação constitucional, RODOVALHO, Thiago. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). v. X t.II, p. 989-1020. **Doutrinas Essenciais - Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

enunciados ontológicos (relativos ao “ser” em si próprio). Por isso, proclama Müller (2008, p. 253) que a “realidade situacional que a norma tem em seu âmbito normativo, é de um tipo metodológico e não ontológico”.

Quem possui normatividade, como já vimos, portanto, para a metódica estruturante, não são os fatos, mas apenas o que deles é (passível de ser) capturado pelo programa da norma (MÜLLER, 2008, p. 249/250) e empregado no processo de concretização normativa.

Abaixo, buscamos ilustrar, através de uma representação gráfica, uma visão estática (ou espécie de fotografia) da relação entre âmbito material e âmbito da norma, bem como dos elementos capturados por essa última, no momento da concretização da norma empenhada pelo interprete.

**Figura 4 – Ilustração Estática do Âmbito da Norma**



Fonte: O autor (2020).

#### 1.3.1.4 A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA

O processo de concretização da norma, didaticamente – e apenas para facilitar a visualização do fenômeno, nunca para descrevê-lo com absoluta propriedade – representado na ilustração que segue ao final desse tópico, é, em verdade, (ou deveria ser) o transcurso percorrido pelo juiz, desde o porto da prescrição normativa até a prolação de

uma norma jurídica de decisão, na terra firme do caso concreto. É, sob nossa compreensão, o possibilitar, permitir, proporcionar, enfim, a satisfação do desejo incutido em toda prescrição normativa de receber normatividade.

É justamente por isso, pela presença de uma pista cheia de obstáculos a serem saltados, que a solução do caso concreto diretamente através de princípios gerais ou de teses formuladas pela filosofia do direito, é vista com ressalvas por Müller (2008, p. 244). Dar razão a esse tipo de prática seria, sob nosso entender, queimar etapas e, assim, colocar em risco a atividade jurisdicional.

A concepção metódica de concretização da norma jurídica, por isso mesmo, racionaliza a construção da norma jurídica – a partir, via de regra, do texto legal - ao aumentar, segundo Müller (2008, p. 244), “os pontos de vista metódicos que precisam de fundamentação e cuja estrutura ela [a metódica] define o mais precisamente possível, unindo-a à função de limite do texto normativo”.

É assim que a metódica é capaz de propiciar a criação de um mecanismo de controle das decisões judiciais, por um lado; e, por outro, de conferir-lhes sustentabilidade – se, de fato, - tiverem sido capazes de concretizar a pertinente norma jurídica “enquanto norma de decisão” (MÜLLER, 1999, p. 44/45).

Nesse aspecto, é preciso salientar, contudo, que esse processo de identificação do programa e do âmbito da norma, não pretende – e, acaso pretendesse, encerraria verdadeira contradição na teoria estruturante – encontrar “verdadeiros enunciados ônticos de validade geral”; ou, por exemplo, o “verdadeiro sentido” do texto legal (MÜLLER, 2008, p. 245). A teoria estruturante traz, a bem da verdade, em sua essência, um ferramental que possibilita ao interprete extrair a norma a partir de dados reais, cotejados com um programa bem definido da norma (MÜLLER, 2008, p. 245).

Esse programa da norma (que surge do material fornecido pelo âmbito da norma) não necessariamente haverá de confirmar e garantir, ou ainda, pressupor sem maiores critérios, a estrutura básica do âmbito com o qual se correlaciona; poderá, ao contrário, inclusive alterá-lo. Porém, como é desse âmbito que o programa normativo retira seu tema, surge a relação dialética de influência recíproca entre programa e âmbito da norma (MÜLLER, 2008, p. 245).

A correlação entre programa e âmbito da norma, talvez seja a parcela mais difícil de ser apreendida de toda a teoria estruturante, sob nosso ponto de vista. Porém, é justamente através dessa interação que se alcança a concretização da norma.

Explica-se. Participando-se dessa visão metódica trazida pela teoria estruturante, há que se ter em mente uma consequência básica dessa compreensão normativa: se programa da norma e âmbito da norma se autoinfluenciam, se codeterminam, e só são passíveis de serem analisados em conjunto, envoltos nas peculiaridades do caso concreto, não se pode, de antemão, de modo independente e pré-fixado, desvendar, com exatidão matemática, o programa de uma norma (MÜLLER, 2008, p. 246).

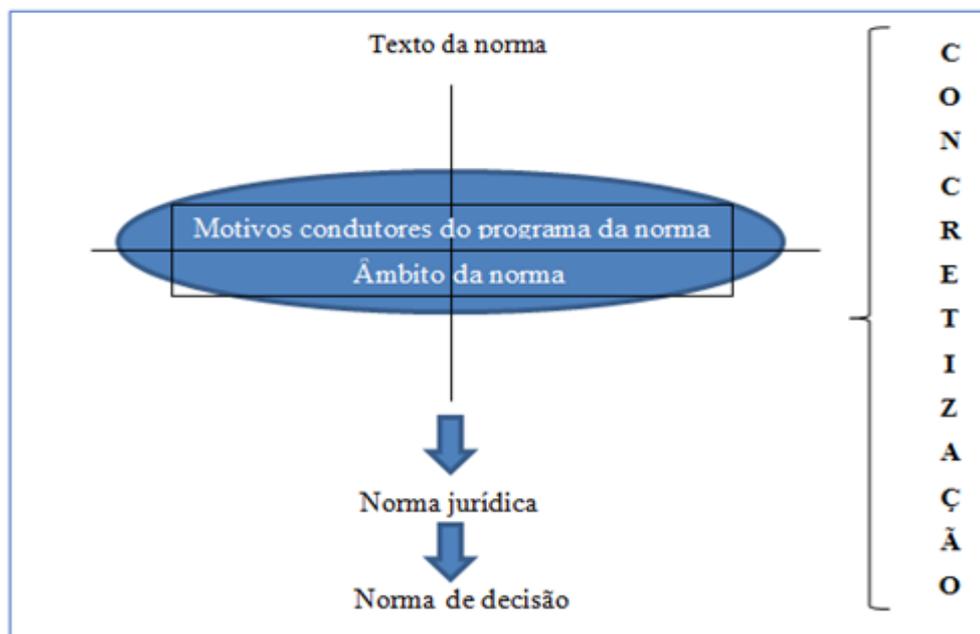
De tudo, vislumbra-se que quando se fala de concretização da norma, dentro da teoria estruturante, se está, a bem da verdade, querendo significar que a norma, em si, só é passível de ser construída após as necessárias intermediações acima pontuadas (i.e, a partir da identificação e fixação do programa normativo e do âmbito normativo) e sobre um determinado caso concreto.

Os elementos dessa concretização compõem um modelo sistematizado (daí a noção metódica) ao qual deve estar vinculado o juiz: primeiramente, é necessário que se distinga o texto da norma que será interpretado e o âmbito da norma que será analisado. Para a interpretação do texto, reservam-se os cânones tradicionais e aqueles sugeridos pela metódica estruturante (que serão mais bem trabalhados no Capítulo II desse texto); para a análise do âmbito da norma haverão de ser identificados os dados reais envolvidos, formulando o intérprete o problema a ser resolvido; consignando, para tanto, nesse aspecto, todos os teores materiais que serão considerados no processo de concretização da norma (CHRISTENSEN, 2009, p. 244). Esses elementos, por fim, estão regidos por uma hierarquia: havendo conflito entre argumentos alcançados, àqueles mais próximos ao texto da norma terão preferência àqueles que se encontram mais dela distantes (CHRISTENSEN, 2009, p. 245).

Ao final desse processo, tem-se que o autor, estabelecendo uma interligação entre o programa e o âmbito da norma, pinça a norma jurídica erigida desse cruzamento (pensada de maneira genérica), materializada em “argumentos determinantes (*Leitsätze*)” (MÜLLER, 2009, p. 152), que, uma vez individualizados, concebem, de maneira fundamentada, a norma decisória, expressa, nos dizeres de Müller “[n]a parte dispositiva da sentença, [n]o teor; por exemplo “A lei é inconstitucional”; “A medida não viola o direito fundamental “x”; O prazo previsto pela constituição não foi observado”, etc. (MÜLLER, 2009, p. 152).

A representação, portanto, que se vem em mente desse processo seria a seguinte:

**Figura 5 - Fotografia da dinâmica básica do processo de concretização normativa**



Fonte: O autor (2020).

Nesse contexto, entende Eros Grau, comentando Müller, que “a concretização implica um caminhar do *texto da norma* para a norma concreta (*a norma jurídica*), que não é ainda, todavia, o destino a ser alcançado” (2009, p. 79); esse “destino”, como buscamos demonstrar, encontra-se “no passo seguinte, quando é descoberta a *norma de decisão*, apta a dar solução ao conflito que consubstancia o caso concreto” (GRAU, 2009, p. 79).

Já o próprio Müller, ao explicar o fenômeno da concretização para a metódica estruturante, busca enfatizar que “a norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*.. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se norma de decisão” (2009, p. 164).

Percebe-se, portanto, que, no processo de concretização normativa, passa o operador do direito por etapas metódicas, que primeiro lhe possibilitam alcançar a norma jurídica, para depois fornecerem-lhe uma, racionalmente fundamentada, norma de decisão; ambas construídas, sempre - repita-se -, diante (em razão e em função) do caso concreto.

### **1.3.2 A METÓDICA ESTRUTURANTE COMO MÉTODO DE TRABALHO DO JUIZ (OU TÉCNICA FORMAL DE RESOLUÇÃO DE CASOS)**

Da metódica como teoria da práxis, passamos a analisá-la, agora, em seu aspecto mais prático.

A função da metódica como uma técnica formal de resolução de casos é propiciar de um lado, ao julgador, processos (ou etapas) claros (ou claras) para elaboração e fundamentação da decisão – e correlata concretização da norma jurídica em norma de decisão -; doutro, é possibilitar aos demais – que com ela (decisão) venham a se relacionar, direta ou indiretamente, oficial ou extraoficialmente – meios para se decompor – e com isso se controlar (ou promover o *feed-back* ou *Rückkopplung*) -, esses próprios processos de elaboração e fundamentação da decisão, de tal medida (e em tal minúcia), que seja possível aos destinatários da norma, aos afetados por ela, aos titulares de funções estatais (tribunais revisores etc.) e à própria ciência jurídica, o exercício desse controle (MÜLLER, 1999, p. 44).

Esses processos, basicamente, visam permitir a representação e verificação racional da (i) “da relevância de critérios normativos de aferição para a decisão”; (ii) “a relevância dos elementos do caso afetados por esses critérios de aferição”; e (iii) “a sustentabilidade de uma decisão” (MÜLLER, 1999, p. 44).

Fugindo, portanto, da ideia de que a função do juiz é “aplicar” a norma ao caso concreto, Müller estabelece com sua metódica a ideia (ou o ideal) de que, ao observar critérios metódicos e hermenêuticos claros, expressos (ainda que não nominalmente) na fundamentação de seu *decisum*, logra o julgador proceder à concretização da norma jurídica.

Para que esse objetivo (concretização) seja alcançado, contudo, deve o juiz (interprete autêntico das prescrições legais) identificar os já explicados programa e âmbito normativos, em consonância com o caso concreto a julgar.

Como ferramentas para o potencialmente alcance desse desiderato, revisita Müller os métodos clássicos da interpretação jurídica (trazidos por Savigny), acrescentando-lhe outros, mais contemporâneos e por ele pensados, especificadamente, para a metódica jurídica (1999).

Tais métodos, pois, serão explicitados no capítulo seguinte (Capítulo II), em que falaremos sobre a função do juiz e seus limites.

## CAPÍTULO 2: A FUNÇÃO E OS LIMITES DO JUIZ

### 2.1 A FUNÇÃO DO JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

A metódica estruturante, como já adiantado, pode significar tanto uma teoria da práxis (sobre a qual trata o Capítulo I desse texto) quanto um método de trabalho do juiz (ou uma técnica formal de resolução de casos).

Traço fundamental da metódica estruturante, ainda, sob nosso sentir, é a compreensão de que o juiz, assim como todos os operadores do direito. Em suma, podemos refletir, sob esse viés, que não detém o magistrado missão outra senão a de servir, a bem da justiça, ao povo, dentro - dos limites e características próprias - de um Estado Democrático de Direito.

Ao juiz cabe a função, grave, de criar a norma jurídica e a norma de decisão.

Para a metódica estruturante, a lei, como já exposto, não está contida nos textos legais (MÜLLER, 2009, p. 140; 1999, p. 47). A tinta impressa (ou digitalmente reproduzida) nos códigos serve apenas como direção e limite da atividade judicante. É ao magistrado que caberá, partindo do texto que lhe é entregue pelo legislador, produzir a norma jurídica, em cada “processo individual de decisão” (MÜLLER, 2009, p. 149), mediante uma análise e reflexão textual cada vez mais concreta (fenômeno da concretização normativa), pautada, é claro, em na pré-compreensão que possui (sobre a qual abaixo falaremos), alcançando ou encontrando, assim, a definição do programa e do âmbito normativos.

É assim que, para a metódica estruturante (MÜLLER, 1999, p. 47):

Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem “significado”, enunciados não possuem “sentido” segundo a concepção de um dado orientador acabado [*eines abgeschlossen Vorgegebenen*]. Muito pelo contrário, o olhar se dirige ao trabalho *concretizador ativo* do “destinatário” e com isso à *distribuição funcional dos papéis* que, graças à ordem [*Anordnung*] jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa da concretização da constituição e do direito (os destaques constam do original).

O estudo – e todos os esforços do juiz -, portanto, no trabalho de composição da norma jurídica, é direcionado, primeiramente, para os elementos linguísticos e materiais contidos na prescrição normativa (que carrega em si dados materiais de onde será retirado o âmbito da norma, de acordo com o programa normativo). É assim que, do total de dados que podem ser extraídos no texto legal (âmbito material), deve o juiz identificar o

programa da norma e o seu âmbito (partes materiais que compõe a normatividade), que, juntos, compõem a hipótese legal normativa (MÜLLER, 1999, p. 49; CHRISTENSEN, 2009, p. 241).

Quando o âmbito da norma é gerado pelo próprio direito (v.g. definições legais, prazos e normas processuais, etc.), como já enunciado no Capítulo I, a atividade do juiz limitar-se-á, a bem da verdade, a interpretar os dados de linguagem (em outras palavras, cooptar o programa normativo). Veja que, nesse caso, inexistem dados reais (aqueles que, veiculados pela linguagem, atentam sobre nexos da realidade – cf. CHRISTENSEN, 2009, p. 241) a serem tratados pelo juiz.

Por outro lado, quando se está diante de uma prescrição que se refere a âmbitos normativos não gerados pelo direito (como é o caso dos direitos fundamentais, v.g. direito à vida, direito à igualdade etc.), os dados materiais contidos no texto legal não de ser trabalhados pelo juiz, de maneira expressa, inclusive com o auxílio doutros ramos do conhecimento científico a reluzir o trabalho de concretização normativa.

É o trabalhar do juiz com o texto legal, através de minuciosa investigação linguística dos termos empregados (com auxílio dos cânones hermenêuticos, dentre outras ferramentas que serão a seguir abordadas) e da possível correlação destes com a realidade social que se buscou representar no programa normativo, que será possível se extrair o âmbito da norma e, assim, “a norma jurídica geral composta pelo programa e pelo âmbito da norma” (CHRISTENSEN, 2009, p. 242).

Noutras palavras, através dos dados de linguagem contidos no texto da norma, o juiz, interpretando-os (expressamente), identifica o “programa da norma”; paralelamente, dentre dados reais apontados pelo programa da norma, quando existentes, logra o magistrado encontrar o “âmbito da norma” através da formulação do problema, buscando nas demais ciências sociais o apoio necessário à colheita daqueles elementos (CHRISTENSEN, 2009, p. 241).

Feito isso, é possível se obter a concretização da norma (processo criativo), pautando-se num pressuposto de hierarquia: os argumentos mais próximos ao texto da norma sempre prevalecem àqueles mais distantes (CHRISTENSEN, 2009, p. 245). Aqui, pois, afirma Christensen (2009, p. 245):

No caso de conflito o respectivo argumento mais próximo ao texto da norma terá precedência sobre o argumento mais distante daquele. Isso significa, por exemplo, que no caso de resultados contraditórios dos diferentes elementos de concretização, um elemento metodológico no sentido mais estrito referido ao

texto da norma derrota um elemento meramente juspolítico ou um elemento dogmático não diretamente referido á norma.

Admitir a metódica estruturante como base dogmática, metodológica e hermenêutica à atividade do julgador, é, portanto, introduzir no sistema jurisdicional um mecanismo de controle decisões judiciais, capaz de lhes conferir a necessária sustentabilidade. (MÜLLER, 1999, p. 44/45).

Contudo, diferente de qualquer outra teoria do direito (ou da decisão), a metódica estruturante foi formulada para e a partir da prática forense. Não é por outra razão que Müller reconhece que, em casos complexos, os magistrados, via de regra, acabam lançando mão de reflexões e estruturas mentais de trabalho parecidas com as acima compiladas; porem, não no-las dão uma estrutura metódica ou teórica. Assim, para o autor, “a teoria estruturante do direito tem como tarefa elaborar essa reflexão. Ela é uma teoria da prática” (2009, p. 165).

## **2.2 A LÓGICA ADEQUADA AO DIREITO**

Voltando ao âmbito da teoria da argumentação e de sua adaptação (ou continuidade) promovida por Müller, na estruturação de sua metódica, há que se refletir que, muitas vezes, a tentativa de emprego da lógica formal no direito pôde (e pode ainda) servir, como uma maquiagem retórica de decisões pré-tomadas.

Nesse sentido, refletindo ainda sobre a lógica adequada ao direito, pontua o Catedrático da Universidade de Heidelberg que “os teores jurídicos materiais nem de longe estão “contidos” nos elementos linguísticos das normas jurídicas, por sua natureza necessariamente imprecisos, de tal modo que poderiam ser transformados em momentos de conclusões lógicas” (MÜLLER, 2009, p. 70). Crer, assim, que uma teoria jurídica é capaz de, já de antemão, armar-se de uma lógica formal capaz de resolver todos os problemas da realidade (como o acontece, por exemplo, nas ciências matemáticas) revela-se impossível.

É por essa e por outras, que Müller (2009, p. 71) entende, com muita propriedade, que ao nos referimos à expressão lógica jurídica, havemos de tê-la como uma “lógica material, referida à matéria”, vista como “um método para lidar com a matéria jurídica concreta, um elemento de ordenamento de pensamentos, não da sua geração”. Noutra palavra, a lógica, de per si, não é capaz de apontar resultados, apenas caminhos.

Além disso, normas que não se submetem aos processos de meros silogismos, como é o caso dos direitos fundamentais – e de grande parte das normas de direito constitucional – precisam ser circunscritas, nomeadas, e incluídas – de modo controlável e, portanto,

minimamente racional – no processo de concretização normativa (MÜLLER, 2009, p. 71). São essas espécies de normas, aliás, que justamente impedem a adoção de uma lógica formal para o direito.

Ignorar, pois, os teores materiais das normas, a fim de fazer prevalecer uma “lógica formal” no direito, abre as portas ao decisionismo; ou seja, sob o pretexto de adoção dessa ou daquela teoria que permite uma interpretação lógica dessa ou daquela norma jurídica, pode-se tudo decidir, sem que nada efetivamente se justifique.

A esse propósito, pontuam, Müller e Christensen, respectivamente, que:

Os teores materiais impedem uma interpretação empenhada na máxima racionalidade jurídica de confiar em arcabouços conceituais “lógicos”, na verdade lingüísticos, pois eles se tornam com demasiada facilidade o cavalo de Troia de pré-decisões não-explicitadas (2009, p. 73).

Uma análise dos processos decisórios práticos, orientada segundo os critérios de racionalidade do imperativo do Estado de Direito, permite evitar que, por um lado, a práxis efetivamente exercida pelos tribunais seja elevada sem prévio exame à norma e que, por outro lado, uma metodologia distante da práxis tenha a liberdade de ocultar as suas valorações normativas não comprovadas atrás de fachadas lingüísticas (2009, p. 238)

Ao atribuir ao juiz um dever de argumentar, passo a passo, os caminhos que percorreu, explicitando as escolhas que fez; somada a uma estruturação racionalmente projetada da norma jurídica e do processo de concretização desta – voltando-se os olhos, nesse último ponto, sempre aos primados do Estado Democrático de Direito – a metódica jurídica permite não só um maior controle social e uma adequada revisão das decisões judiciais, mas, principalmente, traz ao campo da práxis jurídica uma efetiva (e palpável) racionalidade.

Se o legalismo conduz ao congelamento do direito, e o decisionismo ao imperialismo da discricionariedade, eis um caminho do meio para o raciocínio jurídico, com o uso da razão que não é nem demonstrativo nem arbitrário: nem legalismo, nem decisionismo.

É assim que a metódica estruturante permite a incorporação da lógica material (própria ao direito) no processo de concretização da norma jurídica pelo juiz, livrando-se dos embaraços causados pela tentativa frustrada do positivismo de impor ao julgador o dever de meramente subsumir fato à norma, como se fosse dado às ciências humanas e, em especial à jurídica, tratar as relações entre seres humanos com a mesma “cientificidade” das ciências exatas ou naturais.

A metódica estruturante permite, assim, a humanização do direito e da atividade judicante.

## 2.3 O TRATAMENTO DADO ÀS QUESTÕES EPISTEMOLÓGICAS

Para que se torne epistemologicamente justificável o emprego da metódica estruturante pelo juiz, é preciso que se atravesse, ainda que de forma panorâmica, o papel de conceitos como “pré-compreensão”, “atualidade”, “jogo de linguagem” e de questões como a “forma linguística e a referência material” - caros às discussões epistemológicas atuais<sup>13</sup> -, que possuem uma abordagem paralela (não uma importação) e um tratamento próprio dentro da Teoria Estruturante do Direito.

Para Müller (2008, p. 225/226), tais questões, que constituem as condições gerais da linguística [*Sprachlichkeit*], são agudizadas diante da análise das funções, estruturas e modos de trabalho do ordenamento jurídico.

Porém, longe de se apropriar das construções que se encontram no campo geral da “hermenêutica filosófica”, para introduzi-las na ciência jurídica, defende Müller que a metódica estruturante, sem ignorá-las, acaba por alcançar, no campo epistemológico, achados análogos (MÜLLER, 2009, p. 220/232).

É assim que, nesse intrincado campo, a metódica estruturante se posiciona diante das seguintes discussões:

### 2.3.1 “JOGO DE LINGUAGEM”.

Parte-se do pressuposto de que para se alcançar uma compreensão adequada de um enunciado é preciso, antes de tudo, se entender qual é a função desse enunciado, para que e onde (em qual grupo, situação) ele serve. Identificar, enfim, para qual jogo de linguagem (expressão cunhada por Wittgenstein) esse enunciado ou palavra são pensados (MÜLLER, 2009, p. 221/222).

É nesse contexto que afirma Müller não ser possível falar “de um significado ‘em si’ da palavra individual” (2009, p. 222); segundo o autor, “só se pode dizer como a referida palavra é utilizada no âmbito de um determinado jogo de linguagem” (2009, p. 222); de modo que, em regra, “o significado de uma palavra é o seu uso na linguagem” (2009, p. 222).

---

<sup>13</sup> Associada à Hermenêutica Filosófica (MÜLLER, 2009, p. 220/232).

Porém, longe de sugerir uma apropriação das ideias de Wittgenstein para a ciência jurídica, ou para a metódica estruturante (o que seria uma espécie de colonização do direito por outras ciências, como frequentemente argumenta o autor), busca Müller trazer ao plano prático da ciência decisória uma abstração necessária para a análise das funções, estruturas e modos de trabalho, próprios do universo jurídico (2009, p. 223).

Seria, em nossa concepção, admitir-se que o Direito possui sua própria verdade, à semelhança do que Gadamer propõe, em geral, para as ciências humanas (GRODIN, 2012, p. 65/79).

Colhemos, disso, que, na lida diária dos integrantes do judiciário, sempre é possível uma abstração, por vezes necessária, do papel das expressões empregadas para se definir as estruturas, as funções e o próprio sentido da atividade judicante, estabelecendo-se o “jogo” apropriado de ser jogado e capturado nesse específico universo.

### 2.3.2 “ATUALIDADE” E “PRÉ-COMPREENSÃO”

Para se conceber que a norma não nasce acabada, porém se completa a partir da atividade de quem a concretiza, sempre diante de um caso concreto, é preciso, antes de tudo, concebê-la sempre como algo atual.

Essa ideia, pois, nasce nos trabalhos das hermenêuticas jurídica e filosófica mais recentes (MÜLLER, 2008, p. 55) que atribuem a todo processo de compreensão, uma atualidade. Essa atualidade, deriva, na concepção de Esser (1961, p. 89/90, nota de rodapé 215), do denominado *law in action*, segundo o qual a norma é construída no caso concreto, no momento presente, valendo-se da compreensão atual e não de (pré-)juízos dormentes no passado.<sup>14</sup> Em suma, o texto não carregaria consigo um conteúdo estável e perpétuo a ser extraído pelo magistrado (o que configuraria a ideia *law in the books*); pelo contrário, o conteúdo só pode ser identificado no momento do reconhecimento e da aplicação do sentido, em conexão com os dados do caso concreto. Em outras palavras, é a atividade judicante que define a compreensão do texto da lei; e não o texto da lei que pré-determina a decisão judicial.

Estaria todo juiz, portanto, ao julgar, submetido, antes de tudo, ao processo do compreender, que leva em conta, numa mão, a identificação do objetivo até então atribuído

---

<sup>14</sup> No exemplo de Esser: “Law in action significa: *Hoy rige el BGB tal como lo aplica la jurisprudencia, y enriéndase la de hoy, no la de 1900*” (1961, p. 89/90, nota de rodapé 215), em tradução livre: “Lei em ação significa: Hoje vigora a BGB [código civil alemão] tal como a aplica a jurisprudência, e entenda-se a de hoje, não a de 1900 [data da promulgação do texto]”.

à norma em evidência; e, noutra, o sentido demandado pela justiça do caso concreto, sem, contudo, jamais se desvincular do sentido do texto (MÜLLER, 2008, p. 55).

Além disso, para Müller – e, portanto, para a metódica estruturante –, essa noção de atualidade há de estar associada a todo processo de interpretação, não se aplicando somente a casos difíceis ou enunciados intrincados, mas sim, em toda e qualquer concretização normativa (2008, p. 56); e mais; no plano do direito, onde se situa a metódica estruturante, mais importante do que a atualidade que modela todo processo de compreensão, caberá ao juiz usar esse modelo modular do conceito de atualidade para, simultaneamente, averiguar sua validade.

É por isso que pontua Müller: “em nenhuma ciência humana o momento da aplicação, quer dizer, da aplicação compreensiva como parte integrante do processo hermenêutico, aparece tanto no primeiro plano como na ciência jurídica” (2009, p. 66).

Dessa forma, na metódica estruturante a compreensão do juiz será, à semelhança do que entendem a hermenêuticas jurídica e a filosófica, sempre pautada em um processo atual, de “reconhecimento do sentido e aplicação num processo unitário” (MÜLLER, 2008, p. 55), que leva em consideração não só o sentido do texto, mas também o contributo do sujeito compreendente na identificação de um sentido possível, adequado ao caso concreto.

Ao se falar de interpretação, contudo, de maneira geral nas ciências humanas, esbarra-se hodiernamente na figura da ”pré-compreensão”, que leva, invariavelmente, à ideia de que “valorações de ordem subjetiva, bem como critérios de valor subjetivamente mediados não podem ser excluídos da ciência” (MÜLLER, 2008, p. 58).

Adentremos, portanto, nessa questão, a fim de bem alocá-la dentro (ou fora) das reflexões e propostas trazidas pela metódica estruturante.

Citando Betti, proclama Larenz (1997, p. 275) que a interpretação de qualquer texto “não só tem que ver com o sentido de cada uma das palavras, mas com o de uma sequência de palavras e frases que expressam um contínuo nexos de ideias”.

É fácil notar, pois, que, independente do idioma, por força da natureza mesma da linguagem, cada palavra ou expressão carrega em si, por vezes, diversos sentidos possíveis, a lhes possibilitar o emprego em diferentes contextos.

Conforme se viu no tópico 2.2 (quando tratamos da lógica jurídica), a linguagem no campo do direito – que não existe sem ela (MÜLLER, 2008, p. 225)<sup>15</sup> - há de ser (em seu emprego e na sua leitura) detalhadamente pensada, não de forma contínua e linear – como

---

<sup>15</sup> Segundo Müller (2008, p. 225): “A violência pode funcionar também se a mediação da linguagem, ainda que sirva dela em muitos casos. O direito nunca funciona sem a mediação da linguagem”

ocorre nas ciências exatas (LARENZ, 1997, p. 287) –, mas de maneira alternada e dinâmica; desse modo, a cada avanço do redator ou leitor é possível redescobrir, confirmar ou retificar os conteúdos que se quer expressar ou apreender, os quais, reciprocamente correlacionados, dão azo ao fenômeno do compreender e do tentar-se fazer compreender.

Veja-se na explicação de Larenz (1997, p. 286/287):

Uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar [sic] este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas.

A essa leitura circular do fenômeno da compreensão, atribuiu-se, no campo das ciências do espírito, o nome de círculo hermenêutico (GADAMER, 1999, p. 400/402).

Traduz essa ideia, a observação de que todo intérprete, ao ler, possui um projeto prévio de sentido que, ao avançar do exame do texto e de acordo com as reflexões surgidas, vai se alterando, reinventando-se, perfectibilizando-se, na construção sempre de um novo projeto de sentido (GADAMER, 1999, p. 402).

Esse projeto prévio de sentido, é certo, está carregado necessariamente dos preconceitos do intérprete.

A palavra preconceito, contudo, não é utilizada aqui, em seu sentido pejorativo ou vulgar; mas sim, na acepção que lhe é dada pela hermenêutica, para a qual, segundo Gadamer (1999, p. 407): “em si mesmo, ‘preconceito’ (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes da prova definitiva de todos os momentos determinantes segundo a coisa”; o que lhe permite afirmar que “‘preconceito’ não significa pois, de modo algum, falso juízo, pois está em seu conceito que ele possa ser valorizado positivamente ou negativamente”.

Esses preconceitos seriam, portanto, formados de conceitos pré-determinados, que carrega o interprete sobre a coisa (interpretada); e figurariam, ao lado das opiniões prévias, como alguns dos principais elementos da pré-compreensão (GADAMER, 1999, p. 403/404).

O esforço da metódica estruturante, nesse sentido, é o de possibilitar que os preconceitos e as opiniões prévias, próprios do interprete, não o afastem da compreensão

correta dos fatos e do texto: aquela que possibilita a “concretização conforme a norma” (MÜLLER, 2008, p. 58).

Para a metódica estruturante esses elementos da pré-compreensão devem constar da fundamentação das decisões, apostos de maneira racionalizada e controlável (MÜLLER, 2008 p. 59), afetando ao julgador a responsabilidade por eventuais erros ou exageros. Eis essa, pois, uma das grandes contribuições de Müller para a aplicação estruturada e metodologicamente justificada do direito.

Nesse viés, o positivismo, para Müller, pecou ao desconsiderar os elementos da pré-compreensão ou tentar, por vezes, escondê-los (2008, p. 60).

Esses elementos podem ser separados entre aqueles que dizem respeito “a interpretação do mundo e da linguagem”; e aqueles outros atinentes às pré-opiniões jurídicas (MÜLLER, 2008, p. 60). Podem, ainda, ser conscientes ou inconscientes (MÜLLER, 2008, p. 62). É justamente por serem vastos e significativos, que quanto mais documentados, no ato da decisão, mais facilmente permitem a “controlabilidade, a melhor discutibilidade e a maior clareza do método no tocante às exigências do estado de direito, com referência aos momentos da concretização” (MÜLLER, 2008, p. 64).

É assim que, dentro da metódica estruturante, essa pré-compreensão há de ser, na medida do possível, documentada, a fim de que seja dado ao público entender as razões diretas e indiretas que motivaram, conduziram e justificaram a concretização, a partir de um texto legal, de uma norma jurídica (e, ato contínuo, de uma norma de decisão).

Para a metódica estruturante, mais interessa o controle do processo de concretização da norma jurídica, do que o resultado dessa atividade (MÜLLER, 2008, p. 64); seria dizer que o que ela mira é mais a causa do que à consequência; mais à ação do que à reação; mais o método do que o conteúdo – e não poderia ser diferente, diante de sua irrefutável pretensão à cientificidade (numa contribuição prática aos operadores e à própria teoria do direito).

### **2.3.3 “FORMA LINGUÍSTICA E REFERÊNCIA MATERIAL”**

A realidade social passível de ser capturada por antemão pelo legislador, que sobre ela se debruça para criar o texto normativo, dentro da metódica estruturante, não se confunde com aquela que constará do produto final da atividade legislativa, ou seja, do texto legal.

Em que pese essa ideia possa parecer, num primeiro momento, encafifada ou até mesmo contraditória, basta voltar o olhar para a prática jurídico-legislativa e judiciária – munido de um raciocínio simples – para se perceber que a realidade conscrita nas normas de decisão, produzidas pelos juízes, não é necessariamente compatível (e na maioria das vezes não o é) com aquela supostamente imaginada pelo legislador; e a razão é clara: é impossível que através da linguagem (ou por qualquer outro meio) alguém abranja toda a vastidão e as possibilidades guardadas pela realidade concreta (material), a ponto de não só antevê-las, mas também obrigar o interprete (no caso o juiz) a reproduzi-las, por vezes, anos ou décadas depois, com a mesma acurácia ou significação.

Comentando Gadamer e a redescoberta da linguagem à luz da denominada “guinada linguístico-pragmática”, Gontijo bem pontua que, segundo essa construção gadameriana, “a possibilidade da interpretação levará à possibilidade de compreensão sobre algo. Mas a compreensão sempre dependerá de um médium, este que não é outro senão a linguagem” (p. 83/84).

Não sendo possível ao legislador abarcar toda a realidade social no texto da norma (que é letra morta até que o interprete lhe dê vida, alcance e sentido) e, também, dada a natureza própria mesmo da linguagem, que parte, dentro da concepção gadameriana, de um acordo semiótico (acerca da construção compartilhada do significado) não se pode refutar a concepção de que a realidade descrita em um texto legal é apenas uma parte da realidade material à qual aquele se refere...

Essa tentativa de captura e transmissão de uma realidade social; ou esse fragmento materializado pelo legislador, formam a base do que configura o denominado “âmbito normativo” para a metódica estruturante, já trabalhado em nosso primeiro capítulo.

### **2.3.4 CONCLUSÃO**

Das discussões acima elencadas, chega Müller às seguintes conclusões sobre o aspecto linguístico (epistemológico) da metódica estruturante.

Contrariamente à pré-compreensão geral (ou seja, não jurídica), a pré-compreensão do interprete (juiz), voltada ao direito e às teorias jurídicas, é capaz de revelar (ou auxiliar na revelação) o processo de alcance e atribuição do sentido ao texto normativo, tornando objetivamente controlável o processo de concretização da norma jurídica.

E essa pré-compreensão jurídica seria a única, dentro da metódica estruturante, a ser levada em consideração; é no âmbito da interpretação dos textos jurídicos, pois, que tal

elemento ganha maior relevância, ao proporcionar, quando da análise de diferentes tipos de norma pelo jurista, uma categorização de textos normativos “menos claros”, “mais amplos” ou “mais indeterminados” (MÜLLER, 1999, p. 62); tratar-se-ia, pois, de uma “pré-compreensão materialmente informada e orientada dos problemas jurídicos e das normas” (MÜLLER, 1999, p. 63).

Do conceito de “atualidade”, acima exposto, próprio da hermenêutica filosófica, empresta a metódica estruturante o caráter modelar, para fixá-lo na ideia de “validade” (MÜLLER, 2009, p. 226) que advém do fato das normas constituírem obrigações exigíveis, vinculadas, porém, ao processo de concretização e não mais ao texto da norma. Isso sugere concluir que o que ostenta validade, para a metódica estruturante, é o processo de concretização normativa e não o texto legal, de per si (SILVA, 2000, p. 413).

A referência à vida e à práxis – tema de suma importância epistemológica – está contida, dentro da metódica estruturante, no processo de “normatividade” (MÜLLER, 2009, p. 226), que não se confunde, como já vimos, com o texto da norma e nem mesmo com a própria norma; mas sim, se revela na capacidade da decisão proferida pelo juiz interferir na realidade social, à qual se destina, sendo, ao mesmo tempo, por ela influenciada (MÜLLER, 2009, p. 261).

Por fim, é preciso se compreender que a metódica estruturante não busca trazer a hermenêutica filosófica para dentro da ciência jurídica, justamente por ter sido gerada, não da análise de teorias com vistas à práxis, mas, pelo contrário, da análise mesma “de técnicas práticas de trabalho nas funções da concretização do direito” (MÜLLER, 1999, p. 60).

## **2.4 AS REGRAS TRADICIONAIS DE INTERPRETAÇÃO**

O processo de concretização da norma jurídica dentro da metódica estruturante, como já vimos, passa, necessariamente, pela interpretação do texto da norma. É aí (e daí), que encontrará (e retirará) o juiz (interprete autêntico kelseniano) os elementos primários que lhe apontarão o programa da norma.

A importância da interpretação, assim, é tamanha dentro da metódica estruturante, a ponto de seu criador estabelecer que a função desta, resumidamente, seria a de analisar as “questões da implementação interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso” (MÜLLER, 1999, p. 58).

Assim, do conjunto de fatos apresentados ao juiz para julgamento, deve ele delimitar, numa mão, os “textos de normas” relacionadas ao caso, que haverão de ser interpretados, para que deles se extraia o programa da norma.

Contudo, para que possa o intérprete compreender e determinar “o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 1979, p. 1), algumas regras tradicionais de interpretação ser-lhe-ão de grande valia; não por outra razão, a metódica estruturante, longe de querer olvidá-las, incorpora-as como fundamentais ao processo de concretização normativa (MÜLLER, 1999, p. 60 ss.).

São elas: a interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica (MÜLLER, 1999, p. 60).

Tais regras devem ser compreendidas como abordagens do texto que embora sejam aparentemente distintas entre si, complementam-se no conjunto, de modo que uma não exclua ou se sobreponha hierarquicamente, via de regra, à outra; são, portanto e a bem da verdade, apenas ramos de um mesmo tronco.

Não por outra razão, tratando mesmo dos critérios pensados por Savigny, Karl Larenz (1997, p. 450) proclama que seu idealizador os tinha como “distintos elementos [que] não podiam ser isolados, mas deviam sempre actuar conjuntamente”.

Foi, de fato, Savigny – para quem a atividade do interprete haveria de ser a recomposição da vontade original do legislador (1867, p. 171) – , que desmembrou o processo de interpretação em quatro elementos (na ocasião, o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático - 1867, p. 172), quem estabeleceu (1987, p. 173):

Não seriam eles [os elementos], portanto, quatro espécies de interpretação, entre as quais se pode seleccionar uma a bel prazer, mas são eles diferentes modos de atividade que devem funcionar em unidade (...) Na verdade, ora um e ora outro será mais importante e se destacará mais visivelmente, de modo que o direcionamento constante da ação para todos esses lados é indispensável (...) <sup>16</sup>

É da visão de Müller, porém, que, em ordenamentos jurídicos codificados, cujo conteúdo do direito é fixado, deliberado, lavrado e promulgado seguindo determinados trâmites legislativos (1999, p. 61), as regras gramatical, sistemática e genética, acabam por funcionalmente aproximar mais o interprete da concretização normativa.

---

<sup>16</sup> Tradução livre de: “*They are not therefore four species of interpretation, among which one may select according to taste and pleasure but they are different modes of activity which must work in unity (...). In truth sometimes one and sometimes another will be more important and stand out more visibly so that the constant direction of the attention to all these sides is indispensable (...).*”

### 2.4.1 GRAMMATICAL

A primeira dessas regras, a gramatical, deve ser compreendida como aquela que investiga o sentido do texto, a partir do(s) significado(s) de cada uma (e do conjunto) das palavras que o compõe.

Nesse sentido, aduz Larenz que a linguagem jurídica é espécie de linguagem geral, uma vez que o destinatário dos textos legais são os cidadãos em geral, diferentemente do que ocorre em outras ciências (1997, p. 451).

Tendo em vista que a mera ligação mental dos termos de um texto jurídico não é capaz, de per si, de apontar o sentido da norma, reflete Müller que a interpretação gramatical há de perseguir, de certa forma, o possível sentido da norma concretizanda, de forma antecipada, sem se desprender, contudo, do teor literal da disposição normativa (1999, p. 63).

Noutras palavras, é através da pré-compreensão jurídica do juiz (já tratada no tópico 2.3 deste Capítulo) que possíveis sentidos da norma podem saltar-lhe à mente, a partir da simples junção dos significados possíveis das palavras escolhidas pelo legislador (ou pelo tribunal que constrói um entendimento jurisprudencial) na construção do texto normativo.

Para Müller a interpretação gramatical variará de acordo com a estrutura da norma (1999, p. 62/63). Isso significa que, a depender da natureza da norma concretizanda, poderá ser essa espécie de interpretação mais ou menos relevante.

Para chegar a essa conclusão, Müller invoca, novamente, o importante instituto da pré-compreensão jurídica, cuja eficácia tenderá a pesar, mais ou menos, no esforço interpretativo, atrelado ao aspecto gramatical do texto.

É assim que, interpretar a alínea “a”, do inciso VI, do §3º, do art. 14 da CF [“§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a idade mínima de: a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador”]; é diferente de interpretar seu inciso XXIII, do art. 5º [“XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”].

Usando o raciocínio de Müller, para quem a diferença entre textos normativos, semelhantes aos acima exemplificados, jamais seria apenas linguística/gramatical, mas, em verdade, estrutural (1999, p. 62), é certo crer que, para a primeira hipótese, a mera concatenação dos significados comuns das palavras bastaria para que qualquer pessoa pudesse alcançar o entendimento (e a subsequente concretização) da norma. Por outro lado,

no segundo caso, sem uma pré-compreensão jurídica seria praticamente impossível ao intérprete construir um possível (e coerente) sentido da norma.

Perceba-se, do exemplo acima, que até mesmo a interpretação gramatical, para Müller, está associada menos ao texto da norma do que à própria norma.

Ora, se no primeiro caso (alínea “a”, do inciso VI, do §3º, do art. 14, da CF) da simples leitura do texto normativo é imediatamente possível antever a norma jurídica concretizanda (de modo que aquele que pretenda se eleger Presidente, Vice-Presidente da República Federativa do Brasil ou Senador, há de ter, no mínimo 35 anos, sob pena de ser inelegível); do segundo (inciso XXIII, do art. 5º, da CF), a depender da orientação jurídica do intérprete; e assim, de sua concepção do que seja função social da propriedade, dos autores que o influenciam, das experiências que já vivenciou etc., poder-se-á ver concretizada essa ou aquela norma jurídica, ao sabor, veja-se, das peculiaridades fáticas e da pré-compreensão jurídica de quem os valorará.

Será então o âmbito da norma (e a realidade material que se busca tocar) o fator essencial para delimitar o grau de importância da interpretação gramatical na atividade do intérprete, nesse ou naquele caso concreto.

E assim o é porquanto o texto normativo, provenha donde provier, carrega em si apenas signos. Por isso afirma Müller que “os teores materiais jurídicos não estão ‘contidos’ nos elementos linguísticos dos enunciados jurídicos. Conceitos jurídicos não coisificam enunciados” (1999, p. 63).

Ao identificar o teor material envolvido no caso, cujo texto normativo parece (ou se esforça para) referenciar, logrará o intérprete apreender o(s) sentido(s) e o alcance de certas expressões de direito; desse modo, a depender, por exemplo, da gênese jurídica ou não dessa realidade material, mais ou menos útil lhe será a exegese gramatical.

É preciso notar (e lembrar), contudo, que o sentido literal do texto normativo ostenta, ainda, duas outras essenciais funções dentro da metódica estruturante, que jamais podem ser ignoradas: a de limite extremo da atividade interpretativa<sup>17</sup> e a de elemento hierarquicamente superior na hipótese de conflito entre possíveis interpretações (MÜLLER, 1999, p. 64).

Ambas as funcionalidades já foram tratadas no Capítulo I; porém, dada a essencialidade que assumem dentro da metódica estruturante, não é demais rememorá-las como sendo a primeira, pois, marco fronteiro que assegura o adequado funcionamento do

---

<sup>17</sup> Salvo quando se tratar de teor literal viciado, consoante se esclarecerá no último tópico deste Capítulo.

Estado Constitucional (uma vez que o Estado-Juiz não poderá ignorar ou atravessar o sentido gramatical dos termos empregados pelo legislador, consoante se verá com mais profundidade no último tópico deste Capítulo); e a segunda, por sua vez, como regra subsidiária, que elege o método literal, excepcionalmente, como elemento hierarquicamente superior aos demais, na hipótese em que, do uso dos demais elementos de interpretação do texto, erija conflito insuperável entre dois ou mais sentidos possíveis da norma concretizanda.

Por fim, para Müller, a interpretação gramatical, como elemento de concretização da norma posto à disposição do juiz, jamais operará sozinho, sem o auxílio, ainda que mínimo, dos demais elementos hermenêuticos. E isso se dá, porquanto “na busca de defensáveis variantes linguísticas de sentido que o texto da norma indica com referência ao caso, já se recorre a outros elementos” (1999, p. 65); é aqui que se utiliza Müller das contribuições da linguística.

Esses demais elementos seriam, a saber, o histórico, o genético, o sistemático e, por fim, o teleológico, os quais, apenas para fins didáticos, trataremos como aspectos autônomos, conquanto jamais possam ser aplicados (ou tidos, a não ser nesse viés propedêutico) de maneira isolada.

#### **2.4.2 HISTÓRICA E GENÉTICA**

O elemento histórico consubstar-se-ia na averiguação do contexto normativo donde (e para o qual) surgira a disposição legal sub análise.

Seria, assim, o exame da situação, do entorno, do conjunto normativo que antecedeu a “entrada” (SAVIGNY, 1867, p. 172) dessa ou daquela lei escrita, ou, então, o esforço em se conhecer a “intenção reguladora do legislador e as decisões valorativas por ele encontradas para alcançar manifestamente esse desiderato” (LARENZ, 1997, p. 463); esses aspectos são indissociáveis de qualquer texto normativo e, bem por isso, de toda concretização da norma pelo interprete.

Limongi França divide a interpretação histórica em duas subespécies: a remota e a próxima (1999, p. 10), fazendo analogia com a classificação das fontes históricas do direito.

Para aquele autor, a interpretação histórica “remota” seria aquela que busca compreender a *origo legis* (ou origem da lei), a partir da consulta das primeiras manifestações do Poder Legislativo sobre a matéria, ao passo que a “próxima” visaria

conhecer a *occasio legis* (ou ocasião da lei), através do contato do interprete com os documentos que retratam os debates ocorridos no (e ao longo do) processo legislativo, com auxílio de enfoques sociológicos, econômicos, políticos e de outras ciências correlacionadas, que, porventura, pululavam anteriormente e por ocasião da elaboração legislativa (1999, p. 10).

Cabe ao interprete, decerto, na análise de um texto normativo e diante de um caso concreto, analisar, não só as leis a ele anteriores, internas ou estrangeiras, que trataram da questão *sub judice*, mas é preciso, também que se revolva tudo quanto baste para se conhecer o momento histórico-cultural-político-sociológico em que tal texto legal foi editado. É assim que se poderá conhecer, senão a vontade do legislador (*mens legis* e não *mens legislatores*, o que será objeto da análise genética adiante tratada) ao menos os motivos (fáticos e jurídicos) e as situações gerais e específicas que ensejaram a regulamentação normativa em vigor.

É assim que, pelo elemento histórico, consegue o interprete dissecar “a linguagem utilizada na redação do material examinado, buscando, em última análise, o verdadeiro significado do texto legal, eventualmente camuflado nas antigas expressões nele existentes” (FRIED, 2018, p. 330).

Dentro da metódica estruturante do direito, o elemento histórico é capaz de fornecer ao interprete um cabedal de “possíveis variantes de sentido no espaço de ação demarcado pelo teor literal” (MÜLLER, 1999, p. 66); o que também ocorre com o elemento genético.

A interpretação genética lida, à semelhança da histórica, com textos não-normativos (MÜLLER, 1999, p. 67).

O material que leva o juiz à revelação do elemento genético é especificadamente aquele que lhe coloca em contato com o possível objetivo (vontade) do legislador, ao editar essa ou aquela lei, dessa ou daquela forma.

Contudo, trata-se da vontade objetiva, alcançada através da linguagem escolhida e do contexto das colocações linguísticas, em compasso com os fragmentos do processo legislativo.

Pontua Morlok, também, segundo citação de Krell (2014, p. 306), que o elemento genético (ou a interpretação histórico-genética), atualmente, serve mais como método complementar ao intérprete; e, acerca da “vontade” do legislador perquirida, esclarece que seria esta, hoje em dia, aquela passível de ser extraída “do teor linguístico do próprio dispositivo legal e de seu ‘contexto de sentido’” e não mais da “vontade subjetiva dos fatores da lei” (*mens legis*).

Conquanto no elemento histórico há sempre o contato do interprete com os materiais que o levam a situar o texto legal em seu contexto normativo (e, portanto, jurídico, político, econômico, social etc.); na genética o que se busca é saber o que queria o legislador objetivamente com o texto produzido; qual sentido buscava lhe dar etc., a partir do estudo do próprio texto, em cotejo com os materiais produzidos no processo legislativo.

Esses dois elementos, pois, obrigam o juiz a olhar para o passado à caça dos fragmentos históricos e genéticos que lhe abram os olhos para as condições (respectivamente, externas e internas) do processo legislativo, que o situem anteriormente e à época da elaboração do texto legal.

Não é demais trazer como contraponto, a advertência encabeçada por Carlos Maximiliano (1979, p. 150), para quem - recorrendo a Crome -, promulgado um texto normativo, às vezes, “causa e conteúdo não se conciliam de todo”; e que esse contraste alarga-se ao longo do tempo, de modo que “as circunstâncias ambientes, os motivos conhecidos, as relações várias que deram origem às disposições novas, apenas constituem o impulso inicial”; o que culmina, inexoravelmente, com um “alcance maior [do texto da norma] do que pelos seus prolores colimado”, que “progride sem se alterar o texto; adapta-se, pela exegese inteligente, às necessidades econômicas e sociais da vida”. E que assim seja.

Contudo, para Müller os objetos de ambos os métodos (histórico e genético) tornam-se praticamente “postos de vista auxiliares no âmbito do aspecto gramatical” (1999, p. 65); ou, expressando-se doutra forma, tanto o método histórico quanto o genético, constituem meios de interpretação de textos (no caso, não-normativos – 1999, p. 65), que amparam o interprete na realização da interpretação literal.

Noutros termos, significa dizer que, em contato com o texto da norma, deve o juiz, com auxílio de textos não-normativos extrair, daquele, os diversos sentidos possíveis, em compasso com o material produzido pela análise gramatical.

### **2.4.3 SISTEMÁTICA**

A interpretação sistemática é aquela que situa o texto legal interpretando e – ato contínuo, a norma concretizando – no conjunto de textos e normas vigentes que constituem um ordenamento jurídico.

Para Maximiliano, consistiria o “processo sistemático em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto” (1979, p. 128).

Savigny, ao se referir ao elemento sistemático, classificou-o como sendo aquele concernente “à conexão interna por meio da qual todas as instituições e regras de Direito se combinam em uma grande unidade”<sup>18</sup> (1867, p. 172).

Larenz, por seu turno, aponta que “o sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence” (1997, p. 457); e, comentando Savigny, pondera que (1997, p 18):

Desde o começo é característica de SAVIGNY a exigência de uma combinação dos métodos ‘histórico’ e ‘sistemático’, referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante.

É o que Perelman denomina de argumento sistemático, ou seja, aquele que “parte da hipótese de que o direito é ordenado, e que suas diversas formas formam um sistema cujos elementos podem ser interpretados de acordo com o contexto em que estão inseridos” (1998, p. 80).

Dentro da metódica estruturante, não é diferente, “a interpretação histórica e a interpretação genética [esta última não classificada por Savigny] são subcasos da interpretação sistemática” (MÜLLER, 1999, p. 68); ou seja, obedecem à noção de sistema, com a diferença de que a interpretação sistemática, propriamente dita, se ocupa da unidade normativa, da relação entre o texto da norma concretizada e outros textos normativos; ao passo que os outros dois elementos de interpretação mencionados, levam o interprete a trabalhar, como já dito, com textos não-normativos.

Se os elementos histórico e genético auxiliam o interprete, ao lado do teor literal, na interpretação dos possíveis significados e do contexto da disposição normativa, é com o auxílio do topoi sistemático que lhe é possível trabalhar, igualmente, com “as estruturas materiais dos âmbitos de regulamentação” (MÜLLER, 1999, p. 66).

Ao juiz, portanto, cabe examinar o âmbito normativo de prescrições que tenham alguma relação com a norma concretizanda, identificando, assim, o sistema que a envolve.

Isso significa que a análise sistemática, arregimentada pela metódica estruturante do direito, torna mais difícil a tarefa do interprete, que - em vez de buscar um sistema

---

<sup>18</sup> Tradução livre de “is concerned with the innate connexion in which all the institutions and rules of law are bound up into a great unity”.

conjugando apenas de textos que se autorrefiram - passa a indagar e procurar por âmbitos normativos que se assemelhem, completem-se, relacionem-se, formando um sistema.

A ideia de sistema, como bem nos remete Rodrigues, lembra sempre “algo cujas partes de alguma forma estão vinculadas, tocam-se, implicam-se mutuamente, relacionam-se de algum modo” (2008, p. 107); e, mais especificadamente, “a noção de sistema impõe a ideia de que ele não pode operar além dos limites que o constituem como tal, que o designam como unidade” (2008, p. 111).

Essa unidade (que precisa ser entendida aqui, como dinâmica) está associada à concepção de que “um sistema – orgânico, psíquico, lingüístico, discursivo, social – como unidade, pouco informa quando dissecado, analisado, paralisado” (RODRIGUES, 2008, p. 111/112), o que implica perceber que a maior (e devida) importância reside na análise do todo em movimento, em sinergia, e não de suas partes separadas.

Seria interessante refletirmos, no que tange ao propósito acima referido e de forma metafórica, na ideia de uma motocicleta que se examinada estática, em uma garagem, pela análise de cada uma das suas peças, pouco ou quase nada diz (senão hipoteticamente) sobre sua efetiva e real condição em movimento, sobre o atrito que recebe ao funcionar sobre uma faixa de rodagem, a essa ou aquela velocidade, servindo (ou funcionando), *ipso facto*, ao propósito para o qual foi criada.

É nesse aspecto que Eros Grau costuma avocar a ideia de que “não se interpreta o direito em tiras”, ou “aos pedaços”, na medida em que, segundo o autor, “o significado normativo de cada texto [legal] somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema” (2009, p. 132); e, nesse contexto, reproduz as palavras de Geraldo Ataliba (2009, p. 132):

“(…) nenhuma norma jurídica paira avulsa, como que no ar. Nenhum mandamento jurídico existe em si, como que vagando no espaço, sem escoro ou apoio. Não há comando isolado ou ordem avulsa. Porque esses – é propedêutico – ou fazem parte de um sistema, nele encontrando seus fundamentos, ou não existem juridicamente”.

França (1999, ps. 10/11) defende - com o que concordamos -, que a interpretação sistêmica de um texto normativo pode ser vista, ainda, sob dois aspectos, que aqui classificamos como interno e externo.

Num plano interno e *prima facie* é possível se analisar a relação sistêmica do dispositivo legal com a própria lei em que está inserido, avaliando, nesse aspecto, a linguagem empregada, em conexão com a dos artigos que o circundam; é possível, ainda,

aferir o local onde está inserido, no aspecto técnico-legislativo, situando-o em um capítulo, seção, título, livro.

Já no plano que denominamos externo, seria preciso se averiguar a interação do texto normativo com outros diplomas que igualmente tratem da matéria, situando-o não mais dentro da própria lei que o concebe, mas, igualmente, no ordenamento jurídico nacional (quando não internacional) que o abriga.

Larenz, por sua vez, contribui com a ideia de que a análise sistemática de um texto jurídico somente é possível quando o intérprete logra confrontá-lo com outros textos normativos, espalhados pelo ordenamento, buscando identificar, uma “concordância objetiva entre as disposições legais singulares” (1997, p. 458), concordância essa que há de ser materialmente concebida.

Indo um pouco mais longe, encontramos Spencer-Bown, citado por Javier Torres Nafarrete (LUHMANN, 2010, p. 19), para quem o ato de observar constitui-se numa “operação que utiliza uma diferença e a descrição desta diferença”. É justamente essa a essência da análise sistemática, ao nosso ver, i.e., observar no ordenamento jurídico, na lei, no dispositivo sob análise, o que pode servir (e o que não pode) à construção de uma rede estruturada de regulação da matéria *sub judice*; que, por exigência da metódica estruturante, há de ser devidamente documentada, a fim de que seja não só revista, como também, eventualmente, criticada ou superada.

É certo assim que o elemento sistemático, em conjunto com o gramatical, genético, histórico e, como a diante se verá, teleológico, demanda do juiz, para ser empregado, uma análise documentada do programa normativo (derivado do texto legal interpretando); e, também, do âmbito normativo, não só do próprio dispositivo sobre o qual se debruça, mas, igualmente, daqueles outros textos normativos que com este se relacionam.

#### **2.4.4 TELEOLÓGICA**

Por fim, trazemos à compreensão, o elemento teleológico do texto normativo, que indica ao intérprete o possível fim almejado pela norma concretizanda.

Embora não conste dentre os métodos previstos por Savigny, a noção desse elemento está associada, segundo Müller, a “pontos de vistas materiais das mais diversas índoles e que não se desprendem, precisamente, nem do teor literal do preceito, nem de seus antecedentes históricos-jurídicos, nem de sua gênese ou de sua posição sistemática” (2013, p. 7)

A expressão “teleologia” foi cunhada do grego, onde o termo *telos* significa objetivo, final (GARSON, 2011, *apud* MARTINS e BRANDO, 2013, p. 9).

Sócrates, por exemplo, defendia “que as partes dos corpos, por exemplo, eram feitas para determinadas finalidades, planejadas para isso por uma divindade” (JOHNSON *apud* MARTINS e BRANDO, 2013, p. 9).

Perceba-se, assim, que a compreensão teleológica de algo está sempre voltada para o sentido e finalidade pelos (e para os) quais ele existe.

Maximiliano, por sua vez, atribuindo a bandeira da interpretação teleológica à Rudolf von Jhering (1979, p. 150), esparge, a ela relacionando-se, expressões como “escopo” o “objeto” da lei. Veja-se: “toda prescrição legal tem provavelmente um escopo, e presume-se que a este pretenderam corresponder os autores da mesma, isto é, quiseram tornar eficiente, converter em realidade o objetivo idealizado” (1979, p. 150). Para esse autor, “chamam teleológico ao processo que dirige a interpretação conforme o fim colimado pelo dispositivo, ou pelo Direito em geral” (1979, p. 150).

Foi buscando em Alipio Silveira (1968, p. 121), que encontramos poética definição do elemento teleológico do texto normativo cunhada por J. A. Nogueira:

Um texto [legal] não pode ser puerilmente colocado dentro de um sino ou campânula de vácuo para aí ser visto como um pássaro agonizante. É uma cousa viva e destinada a viver em comunhão com outras vidas. Em tórno d'ele [sic] giram todas as preocupações sociais, que o produziram para determinados fins – preocupações que devem estar presentes no espírito do aplicador da lei.

É da essência, portanto, do texto normativo – e, a bem da verdade, de qualquer outro fragmento textual –, revelar, quando investigado, o fim para o qual foi produzido.

Diferentemente do elemento genético, contudo, a interpretação teleológica não se debruça sobre textos não-normativos (como materiais legislativos, exposições de motivos etc) - que, porventura, revelem a vontade ou intenção do legislador -; na análise do *telos* normativo, servir-se-á o interprete da contribuição realizada pelos demais elementos de interpretação (MÜLLER, 1999, p. 67), mediando as direções e os sentidos possíveis, a partir e nos limites do teor literal da lei.

Acresça-se que, tradicionalmente, o elemento teleológico é também conhecido como a “*ratio juris*” (MAXIMILIANO, 1979, p. 150), ou a “*ratio legis*” (MIRANDA, 1972, p. 219), simbolizando, em suma, a finalidade da norma.

Foi, justamente, Pontes de Miranda quem refletiu, com absoluta lógica, que “se a norma foi extraída das relações, pois que nessas se contêm as leis que as devem reger, nada mais acertado e natural que lhe procurar o sentido e a direção” (1972, p. 219).

A interpretação teleológica, portanto, é aquela que busca responder à seguinte questão: para qual finalidade esse texto legal foi escrito? Falamos aqui, pois, da finalidade social, econômica, normativa, dentre qualquer outra, legal e legitimamente passível de ser extraída do texto normativo.

A resposta a essa pergunta há de se estar em sintonia, por óbvio, com as respostas alcançadas através dos demais elementos de interpretação (gramatical, genético, histórico e sistemático); como também ao Estado de Democrático de Direito (único em que é possível se cogitar da utilização da metódica estruturante, que para ele foi pensada) donde há de provir o objeto textual.

Do contrário, corre o interprete o certo risco de cair na armadilha de pré-julgar, sem maiores critérios, e, posteriormente, tentar apenas justificar sua decisão, sob as vestes de uma interpretação teleológica (que, como se pode perceber, é hermeneuticamente mais aberta que as demais).

É o que adverte Müller quando proclama que “a suposição de uma ‘ratio’ que não pode ser comprovada sob nenhum outro aspecto da concretização, desqualifica-se enquanto “valoração” ou “ponderação” subjetiva descolada da norma” (1999, p. 67).

Trata-se, como se vê, de elemento que há de ser usado com cautela, em compasso com a mediação de todos os outros elementos da interpretação jurídica.

De tudo, vislumbra-se que o uso consentâneo e dialético das regras de interpretação conduz o interprete, portanto, para uma adequada identificação do programa da norma.

É assim que, diante de si, terá o magistrado o material contingenciado, em termos de conteúdo, sobre o qual haverá de se debruçar para concretizar a norma jurídica pertinente ao caso, privilegiando, em caso de conflito, sempre o sentido que mais se aproximar do teor literal do texto (MÜLLER, 1999, p. 65/66).

Outras ferramentas, contudo, são capazes, dentro da metódica estruturante, de fornecer ao juiz cabedal suficiente à adequada montagem do programa normativo; mormente quando se está diante de textos que reconhecem e positivam direitos fundamentais.

## **2.5 OUTRAS FERRAMENTAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA NORMA E A IMPORTÂNCIA DA POLÍTICA PÚBLICA DE FORMAÇÃO DOS MAGISTRADOS**

Se ao juiz, na elaboração do programa normativo, servem as regras tradicionais da interpretação, acima expostas, também lhe podem auxiliar, no processo de concretização normativa e, especialmente de avaliação dos âmbitos normativos e do caso, os resultados teóricos e práticos produzido por outras ciências.

Relembre-se, antes de tudo, porém, que a metódica estruturante não se presta – ou se arvora na condição de método infalível – a “assegurar decisões corretas nem substituir os recursos metódicos auxiliares tradicionais e mais recentes” (MÜLLER, 1999, p. 76). O que ela encampa, a bem da técnica e da teoria, é um conjunto de “elementos de diferenciação metódica, de um estilo de fundamentação e exposição detalhadas” (MÜLLER, 1999, p. 76).

Não há como não se admitir que ao juiz caiba a difícil tarefa de, no julgamento de um caso concreto, emaranhar-se na vasta selva de conceitos jurídicos, como “justa causa” no aspecto penal, “proporcionalidade e razoabilidade” no direito administrativo, “dignidade da pessoa humana” no direito constitucional, “função social” no direito civil, dentre tantos outros conceitos indeterminados ou de complexa construção dogmática.

A identificação do âmbito da norma e do caso, no cotidiano do jurista, passa, portanto, necessariamente, pelo enfrentamento de dilemas teóricos, embates acadêmicos sobre o significado e a extensão deste ou daquele conceito, dessa ou daquela corrente de pensamento ou filosófica etc., opções que, quando referenciadas a pontos de vista de matiz material, exigem do julgador a adoção duma ou doutra opção teórica.

É nesse sentido que lemos a advertência de Müller de que (1999, p. 76/77):

a ligação a ser feita com o trabalho sociológico no sentido amplo do termo, a utilização de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda, no processo da aplicação do direito, coloca-se primacialmente para os juristas como uma tarefa.

Com isso, se para apreensão do programa da norma deve o juiz lançar mão do ferramental interpretativo, para apuração do âmbito da norma e do caso, deve ele aproveitar as contribuições das demais ciências, de modo que, no ajustamento do processo de concretização, com ele caminhem aspectos associados aos textos normativos e não normativos, mas também os resultados teórico-científicos mais variados.

A demanda de juízes mais preparados para a aplicação da metódica estruturante, inexoravelmente, passa por esse dialogo interdisciplinar.

Isso leva Müller, inclusive, a advertir que sob essa nova concepção da estrutura da norma jurídica e das demandas inerentes a esse metódico processo de concretização normativa, “a exigência da política universitária de um treinamento em disciplinas básicas, que entrevê no horizonte distante uma formação de juristas que mereça esse nome, bem como o desejo da cooperação interdisciplinar são irrecusáveis” (1999, p. 77).

As escolas da magistratura, por sua vez, não passariam ao largo dessa advertência. A formulação de políticas públicas que fomentem essa multidisciplinariedade na formação dos juízes atenderia, a um só tempo, à demanda - metódico-estruturante - de juízes familiarizados com outras ciências e áreas do conhecimento humano e ao pressuposto teórico-conceitual de uma verdadeira política pública (SOUZA, 2006, p. 25).

O jurista, portanto, adaptado ao método estruturante, seria aquele capaz de se informar sociologicamente, cotejando, na análise do programa da norma e da área da norma (e do caso), o avanço parcial de suas indagações e da coleta de dados, num processo circular (associado, na hermenêutica filosófica a todo processo de compreensão, como já visto), capaz de ir proporcionado a correção recíproca (MÜLLER, 2009, p. 230) e o avanço *vis a vis* dos respectivos resultados.

A doutrina e a jurisprudência, decerto, não ficam fora da aplicação metodologicamente raciocinada e estruturada do direito.

Contudo, por trabalharem, em ambos os casos, com dados linguísticos – à semelhança dos textos normativos – demandam do mesmo trabalho de interpretação exigido para apuração do programa da norma (MÜLLER, 1999, p. 78), e, por essa razão, devem igualmente ser documentados e justificados “pela comprovação mentalmente recapitulável [nachvollziehbar] e com isso criticável da orientação segundo a norma” (MÜLLER, 1999, p. 79).

Elementos advindos das chamadas “técnicas de solução de casos”, que propiciam roteiros, manuais, instruções teóricas, dogmático-construtivas e de política jurídica ou constitucional, - e, por vezes, mecanismos tecnológicos - capazes de auxiliar o intérprete no enfrentamento do caso orientado por problemas, podem auxiliar o juiz em seu múnus concretizador; não, porém, como elementos autônomos, mas apenas como instrumentos auxiliares, conquanto associados - e não contrários - à norma (MÜLLER, 1999, p. 80).

Existem elementos outros, trazidos por Müller, contudo, que por dizerem respeito especificadamente à concretização da constituição, serão trabalhados no próximo capítulo.

## 2.6 OS LIMITES DO JUIZ

Müller proclama que, para a ciência jurídica, a “correção jurídico-objetiva da decisão e a discutibilidade racional das suas razões têm um peso máximo” (2009. P 67).

Não por outra razão, a liberdade do magistrado está constricta dentro da metódica estruturante à sua função, ao seu papel dentro da concretização normativa. E essa concretização, necessariamente, há de estar murada dentro dos limites do Estado Democrático de Direito. Assim, toda decisão que fuja aos primados de um Estado de Direito e de um Estado Democrático é inválida.

O Estado de Direito e a Democracia, portanto, dão as balizas, no viés estruturante, a toda e qualquer atuação estatal, e, também, portanto, a judicial.

Não é sem motivo, pois, que interpretar o juiz um texto legal à revelia, por exemplo, do elemento gramatical, dando às palavras significação que destoa frontalmente de seus possíveis e defensáveis sentidos, age o magistrado fora do sistema. Viola, ele, em assim agindo, o processo democrático, transbordando a função para a qual foi nomeado; ele se autoproclama, nessa situação, além de mero concretizador (e interprete autêntico) da norma jurídica, também um criador de textos de leis (uma espécie de juiz-legislador) – não porém sem agredir o sistema legal e, portanto, também investir contra o Estado de Direito.

Por atuar dentro de um Estado de Direito, portanto, o juiz que se utiliza da metódica estruturante, há de ter em mente que o teor literal de uma disposição legal “demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i.é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis” (MÜLLER, 1999, p. 64).

Mas não é só.

Em homenagem ao caráter democrático desse Estado de Direito, no qual está inserida (e somente aí é possível de ser) a metódica estruturante, em caso de qualquer conflito de posicionamentos que possam ser apreendidos e justificados pelo juiz, na resolução do caso concreto, há de prevalecer aquele que mais se aproxime do texto da norma (MÜLLER, 2009, p. 274; 1999, p. 64).

Essa hierarquia, dogmaticamente imbricada na teoria estruturante, visa a um só tempo prestigiar o valor democrático (e a função do legislativo) e limitar a atividade do juiz. É que proclama Müller, quando afirma que “o possível sentido literal circunscreve (...) o espaço de ação de uma concretização normativamente orientada que respeita a correção jusconstitucional das funções”.

É assim que, “decisões que passam por cima [überspielen] do teor literal da constituição não são admissíveis” (MÜLLER, 1999, p. 64).

Compreenda-se, porém, que “a função limitadora do texto da norma não é idêntica à função de concretização do elemento gramatical” (MÜLLER, 1999, p. 64); isso porque a interpretação gramatical não necessariamente há de ter um peso maior no processo de identificação do programa normativo, como já visto.

O balanceamento dos elementos hermenêuticos pode fazer pesar, no processo de concretização normativa, diante de um caso concreto, menos a interpretação gramática do que a interpretação sistemática, teleológica, histórica ou genética, por exemplo. É possível, portanto, que a conclusão do processo se afaste relativamente do teor literal; é vedado, porém, que dele integralmente se descole.

Müller, nesse ponto, sintetiza que “a decisão não se restringe à interpretação de textos, não fica colada ao teor literal não-mediado (...) ela não precisa ‘resultar do teor literal’, mas deve ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma”.

Significa dizer que não cabe ao juiz, na visão da metódica estruturante, criar a norma de decisão a partir somente de sua pré-compreensão, ou de formulações linguísticas encrustadas de valorações subjetivas e que fogem das fronteiras semânticas do texto literal. Existem limites que devem ser observados, atrelados, primordial senão vitalmente, ao Estado de Direito e à Democracia.

E o controle dessas fronteiras, pois, funciona (e só é possível de existir) a partir da (impositiva) justificação racional da decisão, que percorra e identifique documentadamente os elementos estruturais da norma jurídica (programa e âmbito normativos) que levaram à construção da norma de decisão.

É o que conclama Müller (2009, p. 14), quando consigna que todos os titulares de cargos públicos devem prestar um “ótimo trabalho”, com a “máxima precisão” e “racionalidade igualitária”, e ser por isso “cobrados e acompanhados criticamente pela teoria com recursos analíticos, por uma teoria como forma generalizável, verificável, democraticamente discutível da experiência refletida” (2009, p. 14).

Enfim, se, e somente se, o caminho do texto legal der acesso, após o enfrentamento dos elementos normativos, à referida norma de decisão, ter-se-á a concretização da norma jurídica, conferindo-se efetiva normatividade ao trabalho funcional (e jurisdicional) realizado pelo juiz.

### **CAPÍTULO 3: O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A metódica estruturante, é claro, serve para a interpretação de qualquer texto legal e até mesmo da doutrina ou da jurisprudência<sup>19</sup> (MÜLLER, 1999, p. 78).

Contudo, como já dito (quando tratamos do elemento gramatical), a interpretação de um texto legal há de levar em conta a estrutura da norma jurídica (1999, p. 62/63), de forma que, dada essa ou aquela natureza da norma concretizanda, o processo hermenêutico (e metódico) há de conferir maior ou menor peso à interpretação literal de um dispositivo.

É assim que, textos que tratem, por exemplo, de prazos ou da organização judiciária possuem um âmbito normativo (criado pelo próprio direito) relativamente simples, para o qual caberá, inclusive, a utilização, quase que não mediada (uma vez que, ainda assim, será necessária, dentro da metódica estruturante, a definição do programa normativo e do âmbito da norma), do silogismo.

Por outro lado, textos que se refiram a conteúdos materiais – que, por vezes, são extremamente complexos – o teor literal ganhará menos relevância, a exemplo do que se verifica quando, no bojo do âmbito normativo, se está diante de expressões como “função social”, “bem comum”, “duração razoável do processo”, dentre outros, hipóteses em que o processo de concretização normativa será mais trabalhoso (e trabalhado), com vistas a unir os pontos de vista proveniente de inúmeras origens, como aqueles provenientes dos demais elementos de concretização (genético, histórico, sistemático ou teleológico), de construções doutrinárias e jurisprudências, de técnicas de resolução de caso, etc.

A diferença entre âmbitos normativos, nas duas hipóteses acima exemplificadas, reside, sublinhe-se, no maior ou menor protagonismo do instituto da pré-compreensão jurídica; ou, noutras palavras, quanto mais se exige do interprete de conhecimento teórico, prático, comparado, de abertura a outras ciências que se correlacionem com o direito; de socorro a estudos pretéritos, a manuais, ensaios, compêndios, enfim, de reflexões que fujam da lógica formal e demandem do juiz (ou de qualquer outro pensador ou operador do direito) uma bagagem maior de tempo e esforço interpretativo-compreensivo-criativo, mais amplo e complexo será o trabalho de concretização normativa, valendo o mesmo raciocínio para a hipótese inversa (em que a exigência teórico-metódica seja menor). .

---

<sup>19</sup> Nesse sentido, proclama Müller: “Essas fontes do conhecimento jurídico são estruturadas lingüisticamente. Por isso elas, por sua vez, também carecem da e são acessíveis à interpretação, carecem de e são acessíveis a todas as possibilidades da interpretação lingüística. Compartilham assim o destino do programa da norma, do âmbito da norma e do teor literal da norma, de materiais legais, de modelos históricos de normas e do caso solucionando: inexistem como orientações prévias, não estão prontas e acabadas, disponíveis para a aplicação” (1999, p. 78).

É assim, por fim, que as normas que prescindem de simples silogismos, como é o caso dos direitos fundamentais – e de grande parte das normas de direito constitucional – necessitam ser circunscritas, nomeadas, e incluídas – de modo controlável e, portanto, minimamente racional – no processo de concretização normativa (MÜLLER, 2009, p. 71).

### **3.1 A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO**

Em que pese ser a metódica estruturante meio (e não fim) hábil a levar o juiz a uma maior (ou, ao menos, mais transparente) concretização de qualquer espécie normativa, alguns cuidados suplementares precisam ser tomados quando se está diante de um texto constitucional.

Para esse ramo do direito, Müller reserva elementos de concretização adicionais, que podem auxiliar o interprete na árdua tarefa de concretizar as normas jurídicas derivadas de textos basilares.

Antes, porém, revela-se oportuno – senão salutar – reproduzir a visão do criador da metódica estruturante. Para Müller, “o Direito Constitucional é campo de trabalho de uma disciplina jovem, relativamente pouco fundamentada, dependente da política em grau relativamente forte e relativamente pouco diferenciada em termos técnicos e formais” (1999, p. 40).

A dificuldade de lida com a constituição deriva, de mais a mais, do fato de abrigar ela a “fundamentação da sociedade estatalmente organizada e de todo o ordenamento jurídico” (MÜLLER, 1999, p. 57).

É por isso e por outras, que Canotilho dirá que “a investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma operação de determinação (...) particularmente difícil no direito constitucional” (2003, p. 1217), mormente porque o objeto textual (a nosso ver, relacionado a esses fundamentos da sociedade e do ordenamento) constitui-se de elementos linguísticos polissémicos ou plurissignificativos, tais como “Estado, povo, lei, trabalho” (2003, p. 1217).

É por essa razão que, para Müller, a construção de uma “metódica do direito constitucional que não extrai[a] os seus enunciados de conteúdos teóricos ou ideológicos, mas das possibilidades da concretização prática, exige um novo enfoque”. (1999, p. 40).

Em função da alta carga valorativa e política, veiculada pelos textos da Constituição, bem como da grande peculiaridade dessa espécie normativa – afinal de contas “seus âmbitos de regulamentação são como rendas, malhas com pontos largos,

fundamentais, ‘políticos’, expostos em grau mais elevado à transformação histórica” (MÜLLER, 1999, p. 57) - certos pontos de vista adicionais hão de metódica e teoricamente estruturá-la, guiando, assim, o juiz em sua tarefa concretizante.

Acerca da distinção estrutural das normas constitucionais (pelo que representam e carregam) também leciona Paulo Bonavides (2004, p. 130):

A interpretação das normas constitucionais, pelo caráter político de que se revestem em razão de seu conteúdo, se aparta, em importantíssimo ponto, da metodologia empregada para a fixação do sentido e alcance das outras normas jurídicas, cuja interpretação se move num círculo menos sujeito a incertezas e dificuldades como aquelas que aparecem tocante à norma constitucional.

Para a metódica estruturante a ideia de uma constituição efetiva é o ponto alto do fenômeno por ela denominada concretização (MÜLLER, 2009, p. 144).

Nesse viés, para Müller, o que se nomeia “constituição” é, no fundo e sempre, um dado de linguagem; o termo “concretização”, por semelhante dedução, sempre é intermediado por um processo de linguagem (MÜLLER, 2009, p. 145).

Sobrepensando o fato de que não existe um conceito unânime sobre o que denominamos “constituição” (MÜLLER, 2009, p. 145), o criador da metódica estruturante cita, como exemplo, no Brasil, as concepções contrastantes de Paulo Bonavides e de José Afonso da Silva: para o primeiro, há uma distinção entre a concepção formal (jurídica) da constituição e aquela de cunho material (política e social), revelando-se como salutar a textualização (ou elaboração expressa) desta última (BONAVIDES, 2004, p. 80 e ss.), conquanto para o segundo a constituição é, em síntese, “o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado” (SILVA, 2005, p. 38).

Na falta de justificação para a escolha duma ou doutra definição – dentre, outrossim, todas as outras existentes -, aponta Müller que todos os conceitos existentes são vagos e “estão longe de ser tão nitidamente distintivos como parecem querer alegar” (2009, p. 146), mormente, quando refere-se à constituição como um conjunto de normas (2009, p. 146).

Bem por isso, fugindo do paradigma positivista (ou superando-o) não se esgueira o criador da metódica em atestar que não é possível se firmar, primeiramente, um conceito de “constituição” para que, aí então, a ela se atrele uma concepção de “concretização” (MÜLLER, 2009, p. 146). Pelo contrário, na visão da metódica estruturante a constituição

e o processo de concretização desta funcionam num mesmo compasso, integradamente, desde o início (MÜLLER, 2009, p. 146).

Para se conceber – e, também, para se compreender – o quanto exposto, é preciso se atentar ao fato de que Müller constrói sua teoria partindo sempre do plano prático de trabalho do jurista, através da observação do que, efetivamente, segundo ele, costumeiramente ocorre (ou não) *in concreto* no universo jurídico.

E nessa realidade, segundo o autor, “as sequencias de trabalho estão integradas” (MÜLLER, 2009, p. 146), de modo que “quando se institui uma codificação, ‘pensa’-se necessariamente na sua concretização posterior, também nos seus aspectos individuais – pois a função da construção de um corpo de leis tem precisamente isso em mente” (MÜLLER, 2009, p. 146).

Essa quebra de paradigma (que supera o positivismo) afasta (ou busca afastar) a construção mental de que a constituição seria algo posto (pelo constituinte originário ou derivado) e de que concretizá-la seria extrair o conteúdo constitucional do plano das ideias para aplicá-lo no plano fático.

Sob o viés estruturante, portanto, a constituição não está dissociada do processo de concretização, uma vez que, como já visto, o texto da norma (constitucional, no caso) carrega apenas um impulso inicial; mira um norte; ou, até mesmo, limita o juiz, na atividade concretizadora da norma jurídica (construída sempre a partir de um caso, seja ele concreto ou hipoteticamente imaginado).

Sem buscar definir um conceito de “constituição”, portanto, a metódica estruturante propõe uma mera explicitação: a “totalidade de textos da codificação que se apresenta em nível intra-estatal como a fonte hierarquicamente suprema do direito” (MÜLLER, 2009, p. 151); seria essa, portanto, não uma definição do termo, mas sim um elemento inicial de trabalho para lidar com a concretização das normas constitucionais.

A esse propósito, aliás, complementa Canotilho, inspirado na visão estruturante de Müller: “a norma jurídico-constitucional é um modelo de ordenação orientado para uma concretização material, constituído por uma medida de ordenação, expressa através de enunciados linguísticos, e por um ‘campo’ e dados reais (factos jurídicos, factos materiais) (2003, p. 1216).

E concretizar, no contexto da metódica, é “produzir diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma Democracia e de um Estado de Direito” (MÜLLER, 2009, p. 152).

O passo a passo da concretização de uma norma constitucional começa, portanto, à semelhança do que ocorre com qualquer outra norma, pela identificação do fato e do problema que haverá de ser resolvido pelo interprete.

Ao ter contato com as circunstâncias do fato, assim, o juiz, por primeiro, há sempre de formular o tipo legal que está diante de si (MÜLLER, 2009, p. 152).

A segunda etapa rumo à concretização normativo-constitucional, parte da pré-compreensão do magistrado sobre a Constituição, donde retirará ele hipóteses sobre os textos que serão pertinentes ao caso.

Dessas hipóteses desdobrar-se-ão, naturalmente, “fatos genéricos empiricamente vinculados a elas (ao lado dos fatos individuais do caso)” (MÜLLER, 2009, p. 152), ou seja, terá o juiz em sua mente tantos os fatos gerais que entende dizerem respeito, de forma *lato sensu*, aos textos escolhidos, quanto àqueles específicos, relacionados, de maneira *stricto sensu*, ao caso concreto sobre o qual se debruça.

Os fatos genéricos concebidos e estruturados pelo juiz revelam o âmbito material (*Sachbereich*), que, uma vez reduzido, por economia de trabalho, dá a luz ao âmbito do caso (*Fallbereich*) (MÜLLER, 2009, p. 152)

Utilizando-se, então, dos “elementos de trabalho” (MÜLLER, 2009, p. 152), i.e., as regras de interpretação (gramática, genética, histórica, sistemática e teleológica) e, no caso específico do direito constitucional, a chamada interpretação conforme a Constituição<sup>20</sup>, elabora o intérprete autêntico o programa da norma (MÜLLER, 2009, p. 152).

Ter-se-á, então, num momento seguinte, a correlação entre os dados reais (espelhados pelo âmbito material ou pelo âmbito do caso) com o programa da norma; encontrada relevância e compatibilidade entre alguns dos dados capturados e o programa normativo, surgirá, daí, o âmbito da norma (*Normbereich*) (MÜLLER, 2009, p. 152).

Somente a partir desse momento, da correlação entre o programa da norma e do âmbito normativo, formula o juiz a norma jurídica.

A norma jurídica deve ser concebida, num primeiro momento, de maneira genérica (MÜLLER, 2009, p. 152), v.g., “em hipóteses assim, quando o fato ‘x’ se relaciona com o texto ‘y’ e não com o texto ‘z’”; “uma vez que a interpretação mais adequada, no caso, é esta e não aquela” etc., elaborada, como se vê, na forma de “argumentos determinantes”

---

<sup>20</sup> Princípio que, dentro da metódica estruturante, é “caracterizado como argumentativamente defensável - com reservas diante de determinadas tendências da jurisprudência e com a restrição de tratá-lo em princípio somente como um elemento da interpretação, ao lado de outros” (MÜLLER, 1999, p. 69).

(MÜLLER, 2009, p. 152) que haverão de estar estampados, de forma clara, na fundamentação da decisão.

Dessa norma (jurídica) extrairá, então, o magistrado a norma de decisão (MÜLLER, 2009, p. 152), ou seja, a conclusão aplicável ao caso concreto, v.g., “a restrição ‘w’ não viola o direito fundamental ‘x’”; “não se pode exigir a conduta ‘z’, sob pena de infração ao direito fundamental ‘β’”; “é inconstitucional a intervenção federal ocorrida” etc., a ser consignada na parte dispositiva da sentença (MÜLLER, 2009, p. 152).

### **3.2 A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos humanos não podem ser estudados ou interpretados sem que se tenha em mente o aspecto histórico-ideológico de seu surgimento.

Conta-nos José Afonso da Silva, descrevendo a doutrina francesa (com base nos escritos de Jacques Robert, Jean Rivero, Georges Burdeau, José Castán Tobeñas e João Oliveira Filho), que o surgimento dos direitos humanos (tal como o conhecemos), no seu aspecto ideológico, deve-se, em grande parte, aos ideais cristãos e à acepção jusnaturalista do direito (2005, p. 172/173); sua feição material, noutra mão, adveio de um leque, não pontualmente definido, de lutas e reivindicações históricas, principalmente, aquelas associadas à luta contra a monarquia absoluta (2005, p. 173).

Por consequência dessa última gênese (material) que os direitos humanos sempre poderão ser vistos como uma expressão de limite ao poder estatal.

Por outro lado, com o desenvolvimento da sociedade industrial e o desamparo de grande parte do proletariado, não bastavam mais direitos que impusessem ao Poder Estatal uma abstenção, era preciso mais do que isso. Na verdade, era preciso que se pudesse também exigir do Estado ações que garantissem a todos um mínimo existencial, ou, noutro enfoque, condições de efetivamente se fazer valer os direitos assegurados, até então, formalmente. Essa nova base material, assim, deu origem aos denominados direitos sociais e econômicos (SILVA J., 2005, p. 174/175).

Sem adentrar aqui, nas tantas gerações ou dimensões dos direitos humanos (SILVA V., 2005, p. 546), que até hoje se multiplicam e variam de acordo com esse ou aquele pensador, o que nos releva é demonstrar que, em essência, os direitos humanos podem consistir na exigência de uma omissão ou ação estatal.

Não abordaremos, ademais, para fins de recorte metodológico, as discussões dogmáticas sobre a possível incidência desses direitos nas relações entre particulares (eficácia horizontal dos direitos humanos).

Focaremos, a bem da verdade, na ideia de transmitir o pensamento de que os direitos humanos, tal como concebidos em sua origem e função, hão de representar sempre uma prerrogativa exercida contra o poder constituído; seja para dele se proteger ou para dele se exigir uma ação (“direitos de defesa” ou de “prestação” – MENDES *et al.*, p. 140); ou, para alguns autores, ainda, para dele exigir um direito de participação (MENDES, *et al.* p. 140 e ss).

Sendo esse “poder constituído” um Estado nacional e estando esses direitos positivados em seu ordenamento, chamamo-los, por conseguinte, de direitos fundamentais (ALEXY, 1999, p. 62; SARLET, p. 27 e ss., 2012a). Quando falamos em direitos fundamentais, portanto, queremos nos referir sempre àqueles direitos humanos positivados dentro de um dado ordenamento jurídico nacional.

Acerca da função desses direitos, complementa Müller que há uma nítida “diferenciação” (2009, p. 166) entre os direitos (fundamentais) de defesa e os de prestação/participação.

Para o autor, pelo fato de serem os primeiros (de defesa) dirigidos contra (e para coibir) possíveis ações estatais, pode o seu portador dirigir-se diretamente ao judiciário para exigir-lhes o respeito (ex. direito à vida, à liberdade religiosa, à igualdade, à dignidade humana, à liberdade de ir e vir etc); por outro lado, os direitos prestacionais e de participação, por demandarem do Estado uma ação positiva, não poderiam, por via de regra – com pontuais exceções –, ser exigidos diretamente do judiciário (MÜLLER, 2009, p. 166). Nesse segundo espectro, refletimos que acaso diferente fosse, haveria verdadeira usurpação de competência constitucional, uma vez que é ao Parlamento e ao Executivo, com a alocação de recursos públicos e criação de políticas públicas, que cabe a prestação desses direitos (*v.g.*, como pode o judiciário garantir concreta e efetivamente o direito de educação, de segurança ou de moradia aos jurisdicionados?<sup>21</sup>).

Assim, classificar os direitos fundamentais como de defesa, prestação ou participação, é investigar-lhes, essencialmente, a função.

---

<sup>21</sup> Nesse aspecto, acreditamos que até mesmo quando ocorre a judicialização dos direitos fundamentais prestacionais (ou de participação) serve esta, via de regra, para coagir/incentivar o Executivo (ou até mesmo o Legislativo) a prestarem-nos (ou garanti-los); tal é que ocorre, por exemplo, em âmbito nacional, ao nosso sentir, em demandas que visam obrigar a criação de vagas em creche ou a fornecer medicamentos.

Seguindo o caminhar, ponto comum atualmente referenciado pela doutrina internacional é que a concepção dos direitos fundamentais pode abranger, segundo Böckenförde, ao mesmo tempo os “direitos subjetivos de liberdade para o particular [que os possui]” e, num aspecto objetivo, “princípios constitucionais ou decisões de valor” (2017, p. 235).

Sob o primeiro aspecto (subjetivo), acrescenta Müller que eles (direitos fundamentais) “constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia” (2009, p. 162/163).

Já no que se refere ao escopo objetivo dessa espécie normativa, importa trazer um esclarecimento.

Para a metódica estruturante os direitos fundamentais não são meros valores (o que, segundo Müller, “é irracional e leva a decisões baseadas em preconceitos pessoais do juiz sobre [esses] ‘valores’” (2009, p. 163), também não são meros privilégios institucionais<sup>22</sup> (2009, p. 163); em verdade, os direitos fundamentais são normas a serem concretizadas pelo juiz.

Não se ignora, certamente, que em toda norma que trabalha com direitos fundamentais há uma certa – e necessária – carga axiológica. Porém, esse pano de fundo não lhes desnatura a natureza normativa. Digno de reprodução, nesse aspecto, a reflexão do próprio criador da metódica estruturante acerca desse propósito:

Por trás deles [direitos fundamentais] encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas a partir do momento em que uma Constituição os tenha *positivado* em seu texto, tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como “valores”, paradoxalmente os desvaloriza.

A natureza normativa desses direitos, para Müller, é suficiente para afastar a ideia jusnaturalista (antiga teoria liberal) de que seriam desdobramentos de uma liberdade pré-estatal (MÜLLER, 2009, p. 163). Levá-los a sério significaria, ainda segundo o autor, “respeitá-los e cumpri-los como direito positivo” (MÜLLER, 2009, p. 163).

Não é por outra razão que a interpretação desses direitos (e da Constituição) ganha dentro da metódica estruturante, como já se pôde aperceber, um tratamento especial.

Partindo da visão já anteposta, de se analisar os direitos fundamentais sob a ótica de uma relação Estado-indivíduo/indivíduo-Estado, onde há a limitação/regulação da

---

<sup>22</sup> Concepção teórica que considera os direitos fundamentais como “princípios organizacionais objetivos para as esferas da vida que protegem” (BÖCKENFÖRDE, 2017, p. 273/274 – do original: “*objective organizational principles for the spheres of life they protect*”).

liberdade (seja do Estado, que é obrigado em certas ocasiões a agir ou se abster; ou do indivíduo, que pode ou não fazer/ou ter para si, isso ou aquilo, nessa ou naquela circunstância) surge a definição metódica desses direitos: “os direitos fundamentais são garantias materiais, determinadas de maneira positiva mediante seu conteúdo e sua eficácia” (MÜLLER, 2009, p. 163), e, ainda, que “todo direito possui limites” (MÜLLER, 2009, p. 162).<sup>23</sup>

Disso resulta a conclusão de que interpretar um direito fundamental importa, sempre, na descoberta/delimitação de seu âmbito normativo; ou seja, na identificação do que está ou não abarcado pela norma que o tutela ou define. Essa é a principal contribuição da metódica estruturante para o direito constitucional e para a doutrina dos direitos fundamentais, que, inclusive, passou a ser utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir de 1971, no julgamento do caso *Mephisto* (MÜLLER, 2009, p. 162; 2003a, p. 316).

A criação de normas jurídicas atreladas a direitos fundamentais, precisam, em regra, passar por um processo de maior afinamento (ou individualização) de seu teor material, a cada caso particular, por se referirem, com maior frequência, a dados reais. É assim, pois, quando se trata de analisar fato alcançado, v.g., pela liberdade de culto, de associação, de ir e vir, de expressão, dentre outras, em que a definição do âmbito normativo passa, necessariamente, pela análise metodologicamente mediada de cada um desses termos (associados a dados da realidade) (MÜLLER, 2008, p. 272).

Diferente seria, pois, concretizar norma jurídica que trate de prazos, ou qualquer outro âmbito material criado pelo direito, em que a análise do âmbito normativo dispensa tal mediação.

Por essa razão, alvitra Müller – partindo sempre da concepção dos direitos fundamentais como garantias materiais positivadas pelo legislador -, que dentro da metódica estruturante “a análise dos âmbitos normativos fornece pontos de vista ligados aos dados reais, bem como critérios que funcionam como pressuposto para querer ‘aplicar’ sem erro os direitos fundamentais como normas legais de esferas do direito tecnizadas” (2008, p. 274).

A aplicação dos direitos fundamentais dentro da metódica estruturante implica, por conseguinte, na análise racional e documentada dos dados reais atrelados ao âmbito normativo, de forma que possam ser claramente identificados. Tal inserção de meios-

---

<sup>23</sup> Em igual sentir, v. Thiago RODOVALHO. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44/45.

termos metódicos, torna o processo de concretização normativa de direitos fundamentais não só mais preciso, mas igualmente transparente e revisável, ou em uma só expressão: adequado aos pilares de um Estado Democrático de Direito.

Voltando-se à interpretação do direito constitucional proporcionada pela metódica estruturante - denominada por Böckenförde de “método hermenêutico-concretizador” – (apud SILVA, 2007, p. 134), há que se esclarecer um efeito colateral significativo da adoção dessa teoria é o de que jamais haverá conflito entre direitos fundamentais e, portanto, necessidade de sopesamento (SILVA, 2007, p. 137/138).

A razão dessa conclusão é simples: após o trabalho de concretização normativa (e, por pressuposto, de definição do âmbito da norma de direito fundamental) “não há espaço para colisões, porque a norma simplesmente se revela como não-aplicável ao caso concreto” (SILVA, 2007, p. 137). Ora, se a norma não existe antes do processo de concretização - e este, para a metódica estruturante só é possível a partir da análise do programa e do âmbito normativos, diante do caso concreto -, defrontar-se-á o jurista, após esse trabalho, com o direito fundamental relacionado na espécie, afastando-se, por princípio lógico, todos os outros que não se coadunam, metodicamente, com os dados correlacionados ao âmbito do caso.

É o que explica Virgílio Afonso da Silva quando proclama que (2007, p. 138):

A concretização da norma, seguindo os procedimentos da teoria estruturante, restringe o conteúdo de dever-ser de cada direito fundamental, porque delimita de antemão seu âmbito normativo. Assim, se alguém escreve um livro considerado ofensivo à honra ou à privacidade de alguém e, por essa razão, o livro é proibido por decisão judicial, não haveria que se falar em colisão entre honra e privacidade, de um lado, e liberdade de expressão, do outro. Isso porque a publicação de um livro ofensivo á honra e á privacidade não faz parte do suporte fático da liberdade de expressão. O suporte fático de cada direito fundamental é bastante restrito.

Esse afastamento (ou exílio) da teoria de colisão de direitos fundamentais ficará talvez mais claro no estudo de caso, a seguir apresentado.

Não se perca de vista, por fim, que os âmbitos materiais/normativos dos direitos fundamentais são “especialmente ricos, saturados em seus conteúdos” (MÜLLER, 2003a, p. 323), condições que, certamente, hão de ampliar a envergadura e a necessidade de justificação racional das conclusões adotadas pelo juiz diante de um caso concreto.

### 3.2.1 ESTUDO DE CASOS

A fim de se facilitar a compreensão do que foi até agora exposto, e introduzir, ao final, a ideia de um âmbito de proteção dos direitos fundamentais, levamos a atenção à análise estruturada de dois casos concretos, julgados por Cortes distintas.

Esse exame mira – por força da necessidade de limitação do objeto de pesquisa e, ao mesmo tempo, com vistas a enriquecer o presente texto -, duas decisões prolatadas em diferentes contextos jurisdicionais, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal (ADI nº 4.439) e pela Corte Europeia de Direitos Humanos (Caso *Lautsi v Italy*), em casos que tratam do mesmo direito fundamental (direito à liberdade religiosa).

Ao julgar improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.439 (Distrito Federal), enfrentou o Supremo Tribunal Federal brasileiro um dos temas mais polêmicos da atualidade: o papel e os limites do sentimento religioso dentro do Estado Secular nacional.

O termo secularização - em linhas gerais-, segundo Casanova, pode ser concebido, dentre outras acepções, como “o declínio das crenças e práticas religiosas nas sociedades modernas, postulado como um processo universal de desenvolvimento humano” (CASANOVA, 2006, p. 7 -8), sendo este sentido da expressão, segundo aquele autor, o mais difundido em debates acadêmicos contemporâneos sobre o tema.

Ao enfrentar o tema, não deixou a Suprema Corte brasileira, no julgamento da ADI 4439, de se debruçar sobre essa pontual questão – como não poderia deixar de sê-lo -, fixando as bases para um entendimento sobre o alcance e os contornos do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa no caso *sub judice*.

Noutro lado do atlântico, no exercício de sua competência supranacional, a Corte Europeia de Direitos Humanos, dentre as diversas vezes que tratou da temática, acabou no caso *Lautsi v. Italy*, por conceber conflitantes perspectivas sobre o âmbito de proteção desse mesmo Direito Humano, que trazem importantes reflexões.

A presença da temática, assim, dentro e fora do cenário acadêmico, por conseguinte, acabar por levar ao Estado-Juiz o desafio de enfrentá-la, sob os mais variados ângulos e dentro dos mais distintos contextos.

Buscaremos identificar, portanto, os argumentos determinantes de que se utilizaram os respectivos julgadores, para tentarmos estabelecer, em cada contexto, a forma como foi estruturado e trabalhado o âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade religiosa.

Teceremos, inobstante, algumas reflexões acerca do direito fundamental em questão, compreendendo algumas das diversas situações fáticas, jurídicas e temporais em que este se apresenta; sem perder, contudo, o foco de situar, ou ao menos tatear, alguns caixilhos já estabelecidos, para casos específicos – reitere-se -, de seu âmbito de proteção.

### **3.2.1.1 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A ADI 4439**

Em 27 de setembro de 2017, ao julgar a Ação Direta de Constitucionalidade nº 4.439 (Distrito Federal), o Supremo Tribunal Federal reconheceu existir no sistema jurídico brasileiro o que talvez represente uma das pedras angulares na defesa do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa no âmbito nacional.

No exercício do controle concentrado de constitucionalidade, fora a Suprema Corte brasileira instada, em mencionada ADI, pela Procuradoria-Geral da República, a se manifestar sobre as disposições contidas no artigo 33, *caput*, e §§1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”), e no artigo 11, §1º, do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (Acordo Brasil-Santa-Sé), aprovado pelo Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado por meio do Decreto nº 7.107/2010.

No primeiro, caso, consta do artigo 33 da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – e de seus parágrafos, o seguinte texto legal:

O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

(Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997).

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (Incluído pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

No segundo, lê-se, do §1º, do art. 11, do Decreto nº 7.107/2010 (Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé):

O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do

Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.

A provocação da Corte Constitucional Brasileira deu-se a pretexto de uma suposta necessidade de interpretação de tais dispositivos conforme a Constituição, no sentido de se “compatibilizar” a laicidade do Estado brasileiro (art. 19, inciso I, CF/88) com o ensino religioso em escolas públicas previsto pelo §1º, do art. 210, da mesma Carta Magna.

Segundo o *Parquet* federal, a única forma de se harmonizar os dois preceitos (laicidade e ensino religioso em escolas públicas) seria o Estado brasileiro adotar o modelo não confessional, de modo a se conceber a didática religiosa de forma “isenta” (sem a “tomada de partido por parte dos educadores” – expressão utilizada pelo autor da ação - para essa ou aquela denominação religiosa) limitando-se o conteúdo programático da disciplina à exposição de “doutrinas, práticas, histórias e dimensões sociais das diferentes religiões, incluindo posições não-religiosa”, a ser lecionada por professores regulares da rede pública de ensino e não por “pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas”.

Subsidiariamente, na hipótese de indeferimento do pedido principal, defendeu a PGR a necessidade da declaração de inconstitucionalidade do trecho contido no §1º, do art. 210, do Acordo Brasil-Santa Sé, na parte em que se consigna “católico e de outras confissões religiosas”.

A resolução da controvérsia constitucional se deu por maioria de votos, culminando com a declaração de improcedência da ação e consequente reconhecimento da constitucionalidade das disposições legais em pauta. Do acórdão do *decisum*, relatado pelo Min. Alexandre de Moraes, constaram as seguintes e relevantes fundamentações, relevantes à temática do presente trabalho:

- a) primeiramente, argumentou-se que “a relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado”;
- b) depois que a “inviolabilidade de crença e cultos religiosos”, na acepção ampla de liberdade religiosa, consagrada em nosso ordenamento, possui dupla acepção, pois tanto protege “o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais”, quanto assegura “a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos”;
- c) e, ainda, que “a interdependência e complementariedade das noções de Estado Laico e Liberdade de Crença e de Culto são premissas básicas para a

interpretação do ensino religioso de matrícula facultativa previsto na Constituição Federal”, mormente porque a matéria estaria atrelada até mesmo à “liberdade de expressão de pensamento sob a luz da tolerância e diversidade de opiniões” que constitui “um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática”, compreendendo “não somente as informações consideradas como inofensivas, indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas”, em consagração ao primado democrático de “consagração do pluralismo de ideias e pensamentos políticos, filosóficos, religiosos e da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo (...)”;

- d) que aos alunos que queiram se matricular voluntariamente, seria garantido pela Constituição Federal o direito subjetivo ao ensino religioso, dentro da rotina normal da escola pública e em paridade com as outras matérias, não se confundindo tal espécie de ensino com aqueles atinentes a “outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões”, principalmente por ser pautado em princípios de confissão religiosa baseados nos “dogmas da fé”;
- e) e, por fim, que o binômio “Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa” não estaria violado, *in casu*, “na medida em que o texto constitucional” garante, expressamente, “a voluntariedade da matrícula para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus”, ao mesmo tempo em que, implicitamente, “impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina” além de proibir “o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais”.

### **3.2.1.2 A CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH) E O CASO LAUTSI V. ITALY**

Noutro contexto, jurídico e fático, submetido à apreciação da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), debateu-se, naquele âmbito de jurisdição internacional, a legalidade da previsão contida no ordenamento jurídico italiano de obrigatoriedade de

instituições de ensino público daquele país manterem crucifixos nas paredes das salas de aula.

A título de contextualização, na oportunidade, a mãe de duas crianças italianas, Soile Lautsi, insurgiu-se contra a colocação de crucifixos nas salas de aula da escola pública em que seus filhos estudavam, em Abano Terme na Itália. Primeiramente, contra a direção da instituição, que não atendeu ao seu protesto, e, em um segundo momento, respectivamente, à Corte Administrativa de Veneto e à Suprema Corte Administrativa da Itália que negaram provimento aos seus apelos.

A alegação da mãe era de que a presença do crucifixo em sala de aula interferiria em seu direito de educar seus filhos de acordo com suas próprias convicções tanto religiosas quanto filosóficas. Entretanto, a Corte Administrativa regional considerou que a presença de crucifixos nas salas de aulas das escolas do Estado não ofenderia a laicidade ou, até mesmo, o (princípio do) secularismo, protegidos constitucionalmente, tendo em vista que o crucifixo reputar-se-ia uma espécie de símbolo de cunho histórico e cultural, portador dos valores de identidade do povo italiano e que representaria, de certa maneira, o próprio desenvolvimento histórico-cultural característico da Itália e, grosso modo, de toda Europa.

A Suprema Corte Administrativa italiana, confirmando a decisão regional, consagrou o entendimento de que o crucifixo possui uma alta função simbólica educativa, independentemente de qual seja a religião professada pelos alunos.

Nesse contexto, Lautsi apresentou queixa (que recebeu a numeração 30814/06) perante à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando violação aos artigos 9 e 14 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, bem como do art. 2 do protocolo adicional nº 1, que proclamam, respetivamente, que:

(Artigo 9º)

Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. (...)

(Artigo 14º)

Proibição de discriminação

O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

(Artigo 2º, do Protocolo nº 1)

Direito à instrução

A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas.”

Uma das Câmaras que compõe Segunda Seção da CEDH, ao julgar o caso em 3 de novembro de 2009, entendendo ter havido, na ocasião, violação aos dispositivos normativos indicados, decidiu que o Estado italiano deveria adotar, com relação ao ensino público, uma espécie de postura neutra e observar que a exposição de um símbolo associado a uma religião majoritária não contribuiria para a promoção do pluralismo educativo, característica primordial de uma sociedade democrática.

Sustentou a Câmara que haveria “a obrigação para o Estado de abster-se de impor, ainda que indiretamente, algumas crenças, nos locais em que as pessoas dependam dele ou em lugares onde estas [pessoas] são particularmente vulneráveis”<sup>24</sup>, mormente, porque a escolarização de crianças “seria um setor particularmente sensível”, pontuando que “dentre a pluralidade de significados que o crucifixo pode ter, o significado religioso”<sup>25</sup> predominaria, de modo que “a presença obrigatória e ostentação do crucifixo nas salas de aula não só poderia ferir as convicções seculares da requerente”<sup>26</sup> mas também as de outros alunos que professem religião distinta da cristão, ou, ainda, que não tenham nenhuma religião.

O caráter negativo da liberdade religiosa (atrelado ao dever de abstenção Estatal), segundo a Câmara, não se limitaria “à ausência de serviços religiosos ou de ensino religioso”<sup>27</sup>, mas se estenderia “às práticas e aos símbolos que expressam, em particular ou em geral, uma crença, uma religião ou o ateísmo”<sup>28</sup> que mereceria uma espécie de proteção especial se for o Estado que “uma crença, e dissidentes são colocados em uma situação da

<sup>24</sup> No original: “An obligation on the State to refrain from imposing beliefs, even indirectly, in places where persons were dependent on it or in places where they were particularly vulnerable, emphasising that the schooling of children was a particularly sensitive area in that respect”.

<sup>25</sup> No original: “Among the plurality of meanings the crucifix might have the religious meaning was predominant”.

<sup>26</sup> No original: “The compulsory and highly visible presence of crucifixes in classrooms was capable not only of clashing with the secular conviction”.

<sup>27</sup> No original: “The ‘negative’ freedom of religion was not limited to the absence of religious services or religious education”.

<sup>28</sup> No original: It extended to practices and symbols expressing, in particular or in general, a belief, a religion or atheism”

qual não possam se esquivar, ou que somente o possam mediante um esforço ou sacrifício desproporcionais”<sup>29</sup>.

A Câmara entendeu, assim, que a exposição de um símbolo religioso em um espaço público representaria uma clara violação do direito dos pais de educar seus filhos segundo suas convicções e do direito das crianças de crer ou não crer. Ademais, tal exposição seria também incoerente com o dever do Estado de respeitar a neutralidade no exercício do serviço público, em especial, no que se refere à educação.

Por derradeira, a condenação da República Italiana, se deu nos seguintes termos<sup>30</sup>:

A exposição compulsória do símbolo de uma religião particular no exercício da autoridade pública em relação a situações sujeitas à supervisão estatal, particularmente em salas de aula, restringe o direito de parentes de educarem seus filhos em conformidade com suas próprias convicções e o direito dos alunos de crerem ou não crerem (...) as restrições [são] incompatíveis com o dever do Estado de respeitar a neutralidade no exercício da autoridade pública, particularmente no campo da educação.

Diante da sentença de procedência da queixa, apelou o governo italiano, em 28 de janeiro de 2010, para a Grande Câmara da CEDH.

Apreciando a questão, a Grande Câmara, reformando a decisão do órgão fracionário originário, firmou entendimento no sentido de que o crucifixo fixado em uma parede é uma espécie de símbolo basicamente passivo e que a maior visibilidade dada a uma religião específica, em um ambiente escolar, não violaria o respeito à educação religiosa fornecida pelos pais dos estudantes, nem implicaria em uma doutrinação religiosa por parte da escola.

A fundamentação da Corte se lastreia na ideia de que ao Estado compete o dever de assegurar – de maneira imparcial e neutra – o exercício das mais variadas religiões e expressões de fé, tendo como papel “ajudar a manter a ordem pública, a harmonia religiosa e a tolerância em uma sociedade democrática, particularmente entre grupos opostos”<sup>31</sup>.

Sob esse aspecto, invocando precedente igualmente paradigmático da Corte sobre a matéria, relembra a Grande Câmara a posição adotada pelo Tribunal no caso *Leyla Şahin v.*

<sup>29</sup> No original: “It added that this “negative right” deserved special protection if it was the State which expressed a belief and dissenters were placed in a situation from which they could not extract themselves if not by making disproportionate efforts and sacrifices”.

<sup>30</sup> No original: “the compulsory display of a symbol of a particular faith in the exercise of public authority in relation to specific situations subject to governmental supervision, particularly in classrooms, restrict the right of parents to educate their children in conformity with their convictions and the right of schoolchildren to believe or not believe” (...) “the restrictions [were] incompatible with the State’s duty to respect neutrality in the exercise of public authority, particularly in the field of education”.

<sup>31</sup> No original: “help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups”.

*Turkey* (44774/98) (caso em que a estudante de medicina, Leyla Sahin, se viu impedida de finalizar seu curso, em razão de ser proibida, por meio de uma circular interna expedida pela Universidade de Istambul, de usar o véu islâmico, vestimenta típica da religião muçumana).

Não obstante, enfatiza a Grande Câmara que a expressão “respeito” contida no Art. 2º, do Protocolo 1, supratranscrito, não pode ser acolhida meramente em sua acepção de “reconhecer” ou “levar em consideração”- que representam um caráter essencialmente negativo do compromisso Estatal – mas que dela haveria de extrair, igualmente, uma obrigação positiva atribuída a esse mesmo Estado.

E nesse aspecto, não seria, portanto, obstada ao Estado a possibilidade de transmitir ensinamentos ou conhecimentos, quer direta ou indiretamente, de um tipo religioso ou filosófico. Tampouco poderiam os pais se opor à integração desse tipo de ensino no currículo escolar.

A preocupação da legislação em comento seria, em verdade, atribuir ao Estado a obrigação de, segundo a Corte, zelar pela existência de um pluralismo na educação, de modo que as informações e conhecimentos transmitidos no currículo escolar, deem-se de forma “objetiva, crítica e pluralista, permitindo aos alunos desenvolver uma mentalidade crítica, especialmente no que toca à religião, em um ambiente calmo e livre de qualquer proselitismo”<sup>32</sup> e, ainda, que “o Estado é proibido de perseguir um objetivo de doutrinação que se possa considerar como desrespeitoso às convicções religiosas e filosóficas dos pais”<sup>33</sup>, consignando-se que esse seria o limite que não deveria ser ultrapassado pelos Estados.

### **3.2.1.3 REFLEXÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA**

Já de início é preciso contextualizar que, no Brasil, desde a promulgação da primeira Constituição da República, aos 24 de fevereiro de 1891, a temática (religião dentro do Estado Secular) era objeto de grande preocupação, de modo que o constituinte originário, já àquela época, previa, nos §§ 3º a 6º, do art. 72 (Seção II – Declaração de Direitos), que: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as

---

<sup>32</sup> No original: “objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind particularly with regard to religion in a calm atmosphere free of any proselytism”.

<sup>33</sup> The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions.”

disposições do direito comum” (§3º); que a República somente reconhecia o casamento civil (§4º); que os cemitérios teriam “caráter secular”, ficando “livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis” (§5º), e, por fim, que o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos seria “leigo” (§6º).

O termo secularização, como já previamente trazido, pode ser encarado, *prima facie*, como “o declínio das crenças e práticas religiosas nas sociedades modernas, postulado como um processo universal de desenvolvimento humano” (CASANOVA, 2006, p. 7 -8), sentido este, tido como o mais aceito, hodiernamente, no campo acadêmico.

Com o avançar do tempo, e com a promulgação de sucessivas cartas constitucionais, buscando equilibrar o binômio secular x religioso, cuida a Constituição Federal de 1988 de trazer as seguintes previsões: a garantia da inviolabilidade da liberdade de consciência e crença, com a proteção ao “livre exercício dos cultos religiosos” e aos “locais de culto e a suas liturgias” (art. 5º, VI); a vedação de estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, “de *subvencioná-los, embarçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público*” (art. 19, I); a imunidade de impostos de templo de qualquer culto (art. 150, VI, *b*); o efeito civil do casamento religioso, (art. 210, § 1º); a prestação de assistência religiosa em locais de internação coletiva, mantidos por entidades civis e militares (art. 5º, VIII, CF); a destinação de recursos financeiros a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei (art. 213); e, por fim, a admissão do ensino religioso em escolas públicas, de cunho facultativo (art. 210, §1º).

### 3.2.1.3.1 CONCEITO DE RELIGIÃO

Assume-se que, no nascedouro do termo “religião” (termo ocidental), tal palavra, oriunda do vocábulo latino *religio*, designava um determinado conjunto de regramentos, observâncias, advertências e interdições adotados por uma comunidade, e que, apenas com o transcurso do tempo, passou a ser utilizado como referência a questões ligadas mitos, divindades, rituais etc (SILVA, 2004, p. 4).

Nesse norte, o constitucionalista americano, Laurence Tribe, ao tratar do tema, ainda nos idos de 1998, já lecionava que se até o século XIX o conceito da religião, no âmbito jurídico, era concebido, ao menos no ocidente, de forma restrita, teísta, e vinculado

apenas a assuntos como “divindade”, “moralidade” e adoração”, foi a partir do século XX, diante da catalogação de centenas de arranjos religiosos, que o respectivo conceito passou a ser mais amplo e pluralista. Passou-se, enfim, a se analisar o aspecto religioso sob a ótica do crente e não mais de uma sistematização meramente teológica (TRIBE, 1988, p. 1179 a 1181).

Para fins metodológicos, utilizar-se-á no presente trabalho a concepção, embora remissiva ao ano de 2004, coletada pela historiadora Eliana Moura da Silva, que, dentre tantas disponíveis, ainda se revela como de fundamental importância, segunda a qual “religião é [seria] um sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobre-humanos dentro de universos históricos e culturais específicos” (SILVA, 2004, p. 4).

Logo, dentro dessa concepção cientificamente aberta e ainda atual do tema, exsurge, no contexto jurídico, como fundamental a distinção entre os conceitos de crença e consciência (ambos adotados em nossa Constituição como objetos de proteção fundamental).

### **3.2.1.3.2 DIFERENÇA ENTRE CRENÇA E CONSCIÊNCIA**

Embora o senso comum leve a se deduzir, por vezes, que crença e consciência seriam, em verdade, duas expressões distintas para um mesmo objeto, há que se notar que, para fins constitucionais e, por conseguinte, jurídicos, a diferença entre ambos não se limita a uma mera etimologia.

Deflui do art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal brasileira, ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A liberdade de consciência, em verdade, de um lado, encerra um conceito aberto que é capaz de abranger, dentre outros planos, inclusive, o da crença; porém, desta se distingue, num aspecto conceitualmente fechado, por ser possível ao indivíduo exercer a primeira liberdade (de consciência), justamente para não ter crença alguma (BASTOS, p. 190).

Compile-se a definição de Pieroth e Schlink (PIEROTH e SCHLINK, 2011, p. 250):

*A consciência é uma atitude moral que ajuda a constituir a identidade pessoal de uma pessoa e lhe prescreve, de maneira subjetivamente vinculativa, que, numa situação concreta, pratique como “boas” ou “justas” certas ações ou as omita*

como “más” ou “injustas”. De acordo com este entendimento, não se verifica uma decisão de consciência numa avaliação segundo as categorias “bonito/feio” ou “verdadeiro/falso”. O Tribunal Constitucional Federal definiu corretamente: “como decisão de consciência, deve, por conseguinte, ser considerada toda a decisão séria e moral, isto é, orientada pelas categorias do ‘bem’ e do ‘mal’, que o particular sente intimamente, numa determinada situação, como sendo para si vinculativa e absolutamente compromissiva, de tal maneira que não poderia agir contra ela sem um sério peso de consciência.

Sob esse prisma, a consciência abarcaria todo o conteúdo íntimo e moral que orienta o indivíduo. A ela se relacionam as condutas (comissivas ou omissivas) marcadas intimamente pela dualidade “bem” e “mal”, de tal modo que o ditado popular “cada cabeça, uma sentença” bem se adequa a esse conceito; seria, em suma, a ideia de um autojulgamento ou uma autovigilância, capazes de propiciarem segurança e bem-estar, insegurança e culpa, em cada circunstância, a depender da fidelidade ou não da pessoa aos seus valores e propósitos existenciais

Já a crença situar-se-ia dentro desse amplo espectro da consciência, como apenas uma das diversas orientações morais e existenciais possíveis.

### **3.2.1.3.3 LIBERDADE RELIGIOSA**

Dentre as possíveis definições do direito à liberdade religiosa, trazemos, para o presente debate, aquela arquitetada por Vicente Prieto, segundo o qual constituir-se-ia este “[n]o direito a [se] praticar livremente a religião, tanto individualmente como em associação com outras pessoas, sem que o Estado, outras instâncias sociais ou mesmo os indivíduos, possam impor convicções religiosas ou discriminar a alguém em razão de suas crenças” (PRIETO, apud RUBIO, 2018, p. 48).

Há quem defenda que a proteção desse direito compreenderia um nível básico, consubstanciado no direito de se crer ou não crer, um nível médio, atrelado ao direitos individuais e sociais assegurados pelo Estado e, por fim, um nível superior, que inclui a participação no debate público (e inclusive no cenário político) dos indivíduos e coletividades (FARR, apud RUBIO, 2018, p. 48) tutelados por essa liberdade básica.

Ingo Wolfgang Sarlet retrata que, por sua importância, foi a liberdade religiosa uma das primeiras a ser garantida pelas declarações de direitos humanos, consagrada não apenas no plano do direito internacional, mas, igualmente, nos “catálogos constitucionais de direitos” (SARLET, 2012b, p. 337).

Em nossa Constituição Federal podemos encontrar emanções de tal tutela fundamental no art. 5º, inciso VI, primeira parte, que estabelece a liberdade de crença; art. 5º inciso VI, parte final, que trata da liberdade de culto; art. 5º, incisos XVII e XX, que cuidam da liberdade de associação religiosa; e art. 5º, inciso IX e art. 220, que, em suma protegem a liberdade de comunicação das ideais religiosas.

E dentro da concepção e amplitude dessa liberdade fundamental, deflui com nítida clareza que o alcance da proteção que lhe é conferida não pode ser medida pela força numérica, ou pela importância social dessa ou daquela associação religiosa, ou, ainda, ser reduzida ou aumentada de acordo com o reconhecimento de que certa religião é praticada por pequenas comunidades religiosas, ou por grande igrejas, ou, por fim, por “seitas exóticas ao círculo cultural” (PIEROTH e SCHLINK, 2011, p. 244).

#### **3.2.1.3.4 DA SUPERAÇÃO DO RADICALISMO SECULAR X RELIGIOSO**

John Rawls, já na década de 90, ao tratar da interpenetração do discurso religioso (por ele enquadrado dentro do que nomeou como doutrinas razoáveis abrangentes) no espaço de debate político, igualmente não ignorava a necessidade de superação do radicalismo agregado a determinadas concepções de secularização estatal. São dele as seguintes palavras: “E também é um grave erro pensar que a separação de Igreja e Estado é primariamente para a proteção da cultura secular; naturalmente, ela protege essa cultura, mas não mais do que todas as religiões” (RAWLS, 2001, p, 218).

Para Rawls, a coexistência de um pluralismo de doutrinas razoáveis abrangentes (tais como filosóficas, religiosas ou morais) é natural em uma democracia e a sobrevivência dessas doutrinas dependeria, em certa medida, da capacidade que elas carregariam de ser razoáveis: o que significa dizer, capazes de coexistir umas com as outras em um clima de tolerância e liberdade de pensamento (RAWLS, 1999).

Ao se buscar a neutralidade estatal na condução de assuntos religiosos (ideal do Estado Laico), se protege, em verdade, a própria liberdade religiosa.

Entretanto, quando a religião acaba sendo tida como irrelevante para o contexto e o contorno político de uma sociedade, ambicionando-se a criação de um muro entre o religioso e o secular (ou aquilo que não é religioso), em que, do lado de fora (do âmbito de interferência democrática), estaria a religião, ao passo que do lado de dentro o Estado, deflagra-se, então, o agigantamento do Estado Secular (secularização).

Da análise, assim, das decisões escolhidas como objeto de estudo, no presente trabalho, buscar-se-á, no tópico abaixo, delinear contornos de possíveis abordagens contemporâneas do âmbito de proteção do direito (humano) fundamental à liberdade religiosa.

### **3.2.1.4 ÂMBITO DE PROTEÇÃO, CONCEITO E APLICAÇÃO**

Adentremos, agora, ao conceito de âmbito de proteção dos direitos fundamentais, que, sob nossa visão, muito pode agregar na lida com essa espécie normativa, ao menos, dentro do viés estruturante do direito.

Analisar o âmbito de proteção seria definir o conteúdo (jurídico – uma vez que, segundo Müller, não há como se falar em liberdades pré-estatais, porquanto “desde a sua positivação os direitos adquirem caráter estatal-normativo” – 2009, p. 163) protegido por uma garantia fundamental.

Tal análise, em verdade, revolve, ao menos parcialmente, técnica atrelada à função “clássica” dos direitos fundamentais (atrelada à existência de liberdades subjetivas pré-estatais que só podem ser restringidas excepcionalmente pelo Estado - vide Müller, 2009, p. 163); contudo, admitimos a possibilidade de sua utilização, no presente trabalho, desde que associada à concepção de que essas liberdades são, em verdade, normativas, na forma como concebidas por Müller, quando as considera “garantias materiais, determinadas de maneira positiva mediante seu conteúdo e sua eficácia” (2009, p. 163).

Dentre tantos possíveis de ser imaginados e justificados, perquiriremos sobre um possível suporte fático de incidência do direito fundamental à liberdade religiosa, escorando-se, de um lado, em trabalho elaborado por Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2006). Nos socorremos, nesse caso, de duas, das quatro perguntas formuladas pelo autor, que bem contextualizam a tarefa de se identificar o fenômeno da incidência (ou reconhecimento) dos direitos fundamentais: “(1) o que é protegido? (2) contra o quê? (SILVA, 2006, p. 28).

A resposta ao primeiro questionamento revela, assim, o âmbito de proteção - que não se confunde com o âmbito material, normativo ou do caso, trazidos por Müller, já visto -; situa-se esse novo conceito, em verdade, sob nossa visão, mais próximo da análise do programa da norma e, por corolário, da interpretação do direito fundamental em questão (SILVA, 2006, p. 28).

Uma vez determinado o âmbito de determinado direito fundamental (por meio da investigação dos elementos linguísticos contidos no programa da norma), passa-se, então, pela justificação de eventual restrição a esse direito, identificando-se a atuação interventiva do Estado (como o fez) e o fundamento que a justifica (porque o fez).

Aclare-se, por necessário, antes de prosseguirmos, que um dos pressupostos da utilização dessa técnica (âmbito de proteção) é a admissão de que os direitos humanos – e, por corolário, fundamentais – existem como forma de proteção do particular contra a atuação (comissiva ou omissiva) do Estado (excluindo-se, assim, qualquer discussão relativa ao que se convencionou chamar de eficácia horizontal dessa espécie de direitos).

A exemplificar a necessidade de uma atuação Estatal para se invocar essa proteção, exemplifica Virgílio Afonso da Silva que, ao orar a Deus antes de dormir, exerço meu direito fundamental à liberdade religiosa; contudo, somente haverá consequência jurídica dessa garantia fundamental quando for ela ameaçada por uma intervenção Estatal (SILVA, 2006, p. 30).

A restrição (Estatal) a esse direito fundamental, segundo Schlink, para ocorrer, há de respeitar a denominada reserva legal proporcional. Segundo esse autor, inicialmente, toda e qualquer ação administrativa que limite direitos fundamentais deve retirar seu fundamento de lei (reserva de lei), e, num segundo momento, essa própria lei, ao intervir ou limitar direitos fundamentais, deve fazê-lo proporcionalmente (SCHLINK, 2017, p. 6-7).

Indigitada proporcionalidade, nas palavras de Schlink, determina, por sua vez, “em primeiro lugar, que uma regulamentação ou atribuição de competência legal, que intervenha nos direitos fundamentais ou nos limites, seja adequada e necessária para a consecução do objeto respectivamente almejado”, ou, ainda, que “em face dos direitos fundamentais, rechaça-se a intervenção estatal, quando existir uma alternativa a ela, com a qual o objetivo estatal possa ser alcançado da mesma forma, mas que poupe mais a liberdade do cidadão (2017, p. 7-8).

Entretanto, num primeiro momento e sob a perspectiva dessa técnica, há um ônus diferenciado, que imputa ao sujeito que julga ter tido seu direito violado de comprovar a existência desse direito (no âmbito normativo).

Por outro lado, ao Estado compete demonstrar como e porque restringiu o direito tido como violado pelo sujeito acima indicado, comprovando, acaso adotada a tese da reserva legal proporcional, que a restrição não só obedeceu a ditames legais, mas, que tais ditames estariam permeados de concreta proporcionalidade (a demonstrar que a restrição

fora adequada e necessária) – ou, em outros termos – que sua intervenção fora fundamentada.

Do exame, assim, dos casos paradigmas que constituem o objeto do presente trabalho, vislumbra-se que contornos diferentes foram dados pelas Cortes (STF e CEDH) ao direito fundamental à liberdade religiosa, a depender das circunstâncias fáticas e normativas que circundavam as denunciadas violações.

No primeiro caso, ao se defrontar com a suposta violação ao princípio da laicidade e ao próprio princípio da liberdade religiosa, alegada pela Procuradoria-Geral da República, fora o Supremo Tribunal Federal instado a se manifestar sobre as disposições contidas no artigo 33, *caput*, e §§1º e 2º, da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – “LDB”), e no artigo 11, §1º, do “Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (Acordo Brasil-Santa-Sé), aprovado pelo Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado por meio do Decreto nº 7.107/2010.

As previsões legais atacadas, que disciplinam a obrigação do Estado de disponibilizar ensino religioso ao estudante de escolas públicas, segundo o *Parquet*, deveriam ser interpretadas segundo o modelo não confessional, de modo a se conceber a didática religiosa de forma “isenta” (sem a “tomada de partido por parte dos educadores” – expressão utilizada pelo autor da ação - para essa ou aquela denominação religiosa) limitando-se o conteúdo programático da disciplina à exposição de “doutrinas, práticas, histórias e dimensões sociais das diferentes religiões, incluindo posições não-religiosas”, a ser lecionada por professores regulares da rede pública de ensino e não por “pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas”.

O âmbito de proteção do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa, *in casu*, definido pelo Supremo Tribunal Federal, contudo, açambarcou a possibilidade do indivíduo (aluno de escolar pública) que assim o quiser, ter tutelado “seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, [modelo confessional] inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões”.

A intervenção estatal (previsão da possibilidade de ensino religioso no modelo confessional), portanto, foi tida pelo STF como não restritiva do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa.

A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), por sua vez, no âmbito de jurisdição internacional em que atua, analisou a legalidade da previsão contida no ordenamento jurídico italiano de obrigatoriedade de instituições de ensino público daquele país, manterem crucifixos nas paredes das salas de aula (*Lautsi v. Italy*).

Em dinâmica peculiar, a Câmara da CEDH, ao enfrentar a questão, entendeu que o âmbito de proteção do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa haveria de ser o direito da reclamante (Lautsi) de educar seus filhos de acordo com suas convicções religiosas e filosóficas (ateísmo).

Com base nessa definição, entendeu a Câmara que a presença de símbolo religioso em sala de aula feriria o dever de neutralidade estatal, ponderando que a exposição de um símbolo associado a uma religião majoritária não contribuiria para a promoção do “pluralismo educativo, essencial à preservação de uma sociedade democrática”.

Assim, a intervenção estatal (obrigatoriedade de crucifixos em salas de aula) restringiria, para o órgão julgador, o Direito Fundamental à Liberdade Religiosa de forma inadequada e desnecessária.

Em revisão deste julgado, contudo, a Grande Câmara da CEDH, redefinindo o âmbito de proteção do Direito Fundamental à Liberdade Religiosa desenhado em primeira instância, entendeu que a proteção desse direito englobaria a possibilidade da presença de símbolo religioso em salas de aula.

A intervenção estatal (obrigatoriedade de crucifixos em salas de aula), assim, segundo a Grande Câmara, não restringiria o Direito Fundamental à Liberdade Religiosa dos filhos da reclamante, porquanto, tal item em uma parede seria um “símbolo essencialmente passivo”, além do que, a maior visibilidade dada a uma religião específica, em um ambiente escolar, não violaria o respeito à educação religiosa fornecida pelos pais dos estudantes, nem implicaria em uma doutrinação religiosa por parte da escola.

De maneira semelhante à decisão do Supremo Tribunal Federal, no caso em apreço, a CEDH advogou a ideia de que ao Estado compete o dever de assegurar – de maneira imparcial e neutra – o exercício das mais variadas religiões e expressões de fé, tendo como papel “ajudar a manter a ordem pública, a harmonia religiosa e a tolerância em uma sociedade democrática, particularmente entre grupos opostos”<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> No original: “help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups”

### **3.2.1.5 CONCLUSÃO**

Aqui, resta determo-nos nas visões apresentadas pelas duas Cortes (de estrutura e funções) distintas, acerca de um mesmo direito fundamental.

Em ambas as situações, a resolução da divergência instaurada (pelos elementos extraídos dos programas e dos âmbitos normativos, bem como dos âmbitos dos casos) levaram à conclusão de que o direito fundamental à liberdade religiosa não foi violado.

Perceba-se, assim, que não foi necessária a invocação de conflitos entre princípios ou normas de direitos fundamentais, uso da ponderação, ou de qualquer outra ferramenta concebida pelas teorias axiológicas.

A análise do direito fundamental (à liberdade religiosa) partiu, primeiramente, da definição do programa e do âmbito da norma (sendo desnecessário apurar-se se feita consciente ou inconscientemente pelos julgadores) que garante esse direito, identificando-se o âmbito de proteção eleito por ela, para, diante dos elementos do caso concreto (âmbito do caso), definir se houve ou não, violação da garantia constitucional.

Buscou-se nesse estudo de caso, dessarte, demonstrar que mesmo entre Cortes que ostentam competências jurisdicionais distintas, a relevância da definição do âmbito de proteção do Direito Fundamental ganha destaque, mormente, ao se propiciar uma análise racional dos critérios e conceitos invocados na tutela desse direito, em compasso, ao nosso sentir, com os predicados da metódica estruturante.

Não obstante, contempla-se, dos casos avaliados, que o Direito Fundamental à Liberdade Religiosa pode ser concebido, a depender do texto normativo e do ordenamento em questão, não somente no viés estreito da secularização, em que se preza, sob o pretexto de uma suposta neutralidade, a separação completa entre o secular e o religioso, mormente no campo educacional. Dos precedentes em tela, conjectura-se que, mais do que um aspecto negativo, a Liberdade Religiosa pode ser compreendida com o direito de se obter uma atuação estatal que assegure a divulgação do religioso, obviamente, de maneira a não se desrespeitar os que não valorizem tal aspecto da vida humana.

### **3.3 O JUIZ E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Do início da presente dissertação até o momento, trabalhamos os elementos principais da metódica estruturante, as características e fundamentos para que o juiz dela se sirva, bem como, as especificidades da concretização de normas constitucionais e, em

especial, daquelas que versem sobre direitos fundamentais. Agora, resta refletir sobre o papel do juiz na concretização dessas específicas normas, que, segundo Müller “constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia” (2009 p. 162/163).

Ao lidar com uma possível violação a um direito fundamental, deve o juiz, num primeiro momento, avaliar quais os textos legais (e até mesmo não normativos, a exemplo de materiais legislativos, exposições de motivos de leis etc.) tratam da matéria e os elementos do caso que podem (e devem) ser transformados em linguagem escrita. Nessa tarefa, deve utilizar o magistrado não somente sua pré-compreensão jurídica sobre o tema, mas também buscar o auxílio de outras ciências (em especial, da sociologia, da economia, da ciência política - MÜLLER, 1999, p. 76/77), além das contribuições da doutrina, da jurisprudência, de técnicas de resolução de casos etc. A todos esses subsídios, agora linguisticamente postos, aplicará o operador do direito as regras da interpretação (literal, histórica, genética, sistemática e teleológica). Uma vez tratados, esses dados constituirão o programa da norma concretizanda (num resultado intermediário e provisório – MÜLLER, 2009, p. 165).

Consentaneamente, debruçar-se-á o juiz sobre retrato (espelhamento) dos dados reais (relacionados ao caso e ao conteúdo da norma) acenados por esse programa normativo, montando o âmbito da norma concretizanda. Com o resultado, volverá o julgador a atenção àqueles resultados preliminares que compõem o programa normativo, buscando harmonizá-lo com o âmbito normativo alcançado, em um trabalho de mútua referenciabilidade e correção, a fim de que possam ser retificadas possíveis distorções de olhar ou inadequadas interpretações.

Antes de se prosseguir, vale apenas lembrar que a teoria estruturante do direito diz superar a antiga dicotomia ser (*Sein*)/dever ser (*Sollen*), de modo que fatos e direito se contaminam e se misturam, “compreendendo-se por ‘normativo’ (...) tudo aquilo que determina o caso que deve solucionado, tudo aquilo que fornece direcionamento a sua solução” (JOUANJAN, 2009, p. 261). É nesse aspecto, que diz Jouanjan (2009, p. 261):

A norma deve, portanto, ser formulada pra o caso concreto a partir de dados linguísticos (*Spranchdaten*), e de um trabalho sobre os dados fáticos, os dados reais (*Realdaten*). Deste duplo trabalho resulta a estrutura da norma em um programa normativo (resultado do trabalho de interpretação) e de um campo [âmbito] normativo (resultado do trabalho de análise do segmento da realidade referida).

Por via dos efeitos, é possível prever que será sempre a partir de um texto jurídico (lei constitucional) que o juiz iniciará o processo de concretização normativa, angariando, como vimos, elementos linguísticos que comporão o programa normativo (onde caberá precipuamente a utilização dos cânones tradicionais da hermenêutica); do resultado desse processo, destacará o julgador aqueles que lhe revelem o âmbito da norma (parcela da realidade captada pelo programa normativo), formulando, nesse momento, o problema que se lhe apresenta para a ser resolvido, a partir, e sempre a partir, da orientação que lhe é dada pelos dados coletados do caso concreto. Em havendo conflito entre as varias interpretações possivelmente alcançadas, prevalecerá, dentro da visão estruturante, aquela cujo conteúdo mais se aproximar do texto (cru) da norma; essa, enfim, é a única hierarquia existente no processo de concretização normativa (CHRISTENSEN, 2009, p. 245) e visa, como já vimos, fazer prevalecer, em caso de dissenso hermenêutico, a conclusão que mais se aproximar do conteúdo literal da lei (relembre-se: democraticamente concebida).

À luz da visão proporcionada pela metódica estruturante – onde os dados linguísticos e reais habitam o raciocínio do jurista, num processo dialético de compreensão e autoreferenciamento, buscando-se extrair o programa e o âmbito normativos, a partir e em função das peculiaridades do âmbito do caso – a norma é construída (e reconstruída) a cada julgamento, que passa a ser efetivamente único, assim como toda expressão ou relação do espírito humano.

É por isso que, dentro da metódica estruturante, os juristas são vistos como seres humanos e não como “autômatos lógicos (a ‘subsunção’, o ‘silogismo’ do positivismo)” (MÜLLER, 2009, p. 279), pelo que haveremos de nos aprofundar, sob esse olhar, nas decisões dos problemas jurídicos por eles dadas, vistas, agora, como ações responsáveis, uma vez que “a lógica do puro ‘dever-ser’ não cria responsabilidades, mas a ação do operador do direito, sim!” (MÜLLER, 2009, p. 279).

Se uma das principais funções do Estado é o exercício da jurisdição (e a legitimação da violência praticada), na resolução de conflitos de interesses que se lhe apresentam, partindo, no Estado moderno, das diretrizes democráticas estabelecidas pelo povo<sup>35</sup>, um dos papeis do magistrado, dentro da metódica estruturante, há de ser conferir,

---

<sup>35</sup> Expressão que pode ser usada linguisticamente para mascarar diversas relações de poder; porém que, para Müller é questão (e não uma mera palavra) essencial à formação de uma verdadeira democracia, podendo significar esta como o “direito positivo – o direito de cada pessoa” (MÜLLER, 2003b, p. 115). O conceito de “povo” para Müller compreende quatro aspectos: o povo ativo (que possui o direito de voto); o povo legitimante (que representa a nação, ou seja, que detém nacionalidade); o povo destinatário (a quem são dirigidas materialmente, segundo compreendemos, as ações do Estado); e, por fim, a noção do povo como ator político, “baseada sobre os direitos humanos e [dos] cidadãos” (MÜLLER, 2009, p. 300), direitos esses compreendidos como aqueles que “tomam parte ativamente na formulação e realização do política” (MÜLLER, 2009, p. 300).

ao que concebemos, maior clareza, transparência e racionalidade ao exercício desse dever funcional.

Daí a se compreender que o processo de concretização normativa, para essa mesma teoria, quer significar o passo a passo de construção da norma (i.e, a partir da identificação e fixação do programa normativo, do âmbito normativo e, posteriormente, do âmbito de decisão) sempre diante de um caso concreto (imaginado ou real).

Textos de lei que tratam de direitos fundamentais costumam, como já é certo crer, albergar expressões plurissêmicas e abertas, a demandar um trabalho mais extenso e documentado pelo julgador, na fundamentação e justificação racional de suas conclusões.

Nesse trabalho argumentativo, não vislumbramos prejuízo à metódica estruturante na hipótese de emprego de ideias como a do âmbito de proteção dos direitos fundamentais ou, até mesmo, de necessidade de restrição proporcional a esse direito (conceitos já trabalhados nos itens antecedentes). A bem da verdade, a teoria estruturante do direito, a nosso ver, não é capaz de abarcar – e nem possui essa pretensão – todas as ferramentas que se encontram à disposição do magistrado para bem justificar seus posicionamentos e decisões, mormente, quando estamos diante do enfrentamento de questões atinentes a direitos fundamentais. O que ela fornece, em método e conteúdo, são elementos claros e pragmáticos a respeito da estrutura normativa e dos fenômenos da normatividade e da concretização (que ao mesmo tempo se apresentam como objetivos dinâmicos a serem alcançados pelo jurista); em ambos os casos, ela fornece esteios sólidos para um controle racional e um aperfeiçoamento técnico das decisões.

Dessarte, ao deparar-se, v.g., com uma possível violação a um direito fundamental, como o da liberdade artística, impende ao juiz encontrar o programa da norma que a protege, bem como o âmbito normativo e do caso, a fim de vislumbrar qual é o alcance e, assim, o limite dessa proteção jurídica.

Müller, ao trabalhar o tema, avalia que, no direito alemão, o texto constitucional que prevê essa garantia (de liberdade artística), não abrange, por certo, ações como pintar em um cruzamento entre ruas movimentadas, ou, ainda, fazer improvisações de trombone de madrugada no meio da rua (*apud* SILVA, 2006, p. 34).

Ao delimitar, portanto, diante do caso concreto, racionalmente, o alcance de uma norma garantidora de um dado direito fundamental, fazendo-o, pois, com respeito a etapas de concretização normativa previstas pela metódica estruturante, contribui o magistrado para um maior controle de suas decisões, a fim de que qualquer do povo possa aferi-las,

ainda que para delas discordá-las, conferindo à sua atuação o respeito aos primados de um Estado Democráticos de Direito.

Daí, pois, a importância, ao juiz que pretenda dar azo à efetiva concretização – na acepção metódica do termo – das normas que tratam de direitos fundamentais, da esmerada fundamentação de suas decisões.

Sem uma adequada atenção à parte argumentativa, na qual se enfrente todos os estágios metódicos – i.e., da fixação do programa e do âmbito normativos à elaboração da norma jurídica, para se chegar à correlata norma de decisão – não será possível ao magistrado justificar racionalmente sua decisão, não ao menos, dentro da metódica estruturante do direito.

A consequência de uma decisão não fundamentada – e considerá-la-emos assim, quando dela não se puder extrair material argumentativo suficiente para o exercício do controle, revisão e crítica racional, por parte de seus destinatários, pelas instâncias revisoras, ou por qualquer outro indivíduo, coletividade ou instituição – é o esvaziamento não só de seu conteúdo, mas igualmente de sua validade e legitimação.

Num espaço democrático (jurisdicional) o juiz, como servidor público, deve saber bem ouvir as partes (destinatários da jurisdição e, portanto, legítimos protagonistas do processo), para, com prudência, sabedoria e bom senso, saber construir a norma jurídica adequada ao caso, produzindo uma norma de decisão tão bem fundamentada quanto gestada.

A partir da metódica estruturante, deve o magistrado passar por todas as etapas de identificação do programa normativo (com a utilização das ferramentas da hermenêutica e das ciências auxiliares do direito) e de descoberta do âmbito normativo (com o apontamento dos dados reais refletidos na norma), para formar a norma jurídica apropriada aos fatos apurados. Dela, pois, extrairá o juiz a norma de decisão (o deferimento ou não da pretensão jurídica), encerrando, ali, sua função. O juiz, em suma, deixar de ser o dono do processo, para ser um servo fiel, criativo e capacitado, da Democracia e do Estado de Direito.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pretendemos, com as poucas linhas que compõem o presente estudo, esgotar o tema ou realizar um tratado sobre a metódica, consideramos essa pesquisa um pequeno e discreto passo em direção a uma investigação mais detalhada da atividade cotidiana do juiz, do seu papel na concretização das normas de direitos fundamentais e na compreensão de elementos necessários à implementação desse novo paradigma do direito.

Buscamos situar a metódica estruturante dentro do contexto filosófico temporal em que foi concebida (a partir dos anos 60, do século XX), identificando-a como uma teoria pós-positivista criada a partir e em razão da prática judiciária. Relembramos, nesse aspecto, o esforço de Friedrich Müller em teorizar a metódica dos tribunais (principalmente superiores) alemães, organizando, no plano científico, o que muitas vezes já ocorre na prática, principalmente quando precisa lidar o juiz com casos complexos e desafiadores.

Como fruto do empenho desse jurista alemão, ainda em atividade, surgiram conceitos como programa e âmbito da norma, âmbito material, concretização normativa, normatividade, dentre outros, que visam orientar o operador do direito na atividade de criação da norma jurídica; esta, pois, vista não mais como sinônimo do texto normativo, mas agora, descolando-se deste, que passa a ser apenas um ponto referencial e limitador da atividade do intérprete.

Revelou-se, ademais, que para a metódica estruturante não existem normas anteriores ao processo criativo do juiz diante do caso concreto, uma vez que toda norma jurídica passa a existir, segundo essa nova teoria, somente após o processo de concretização normativa; concretização que aqui não é sinônimo, como costumeiramente se entende, de efetividade, mas sim do processo de construção da norma em função e na direção do caso concreto.

Compreendemos, ademais, que a metódica estruturante oferece – e se utiliza -, outrossim, de uma cadeia hermenêutica, inspirada nos elementos clássicos da interpretação, idealizados por Savigny, agora metodicamente atualizados e complementados. A utilização desses cânones – e de outras ferramentas – revela-se essencial ao interprete no momento de identificação do programa da norma e na lida com qualquer outro texto (normativo ou não).

Identificamos, ainda, a importância das demais ciências (jurídicas ou não) na construção da norma, uma vez que são elas que, no mais das vezes, fornecem e subsídios

ao operador do direito para a catalogação e compreensão dos dados de realidade refletidos no âmbito normativo.

Debatemos as especificidades encontradas pelo juiz quando se está diante da análise e julgamento de um caso que envolva o direito constitucional e, especialmente, os direitos humanos e fundamentais, trazendo à reflexão um esboço de utilização da metódica estruturante no enfrentamento de casos concretos (por meio de singelo estudo de casos).

Intentamos ilustrar, ao longo do trabalho, dentro de nossas limitações, esquemas visuais que complementem o conteúdo escrito, auxiliando o leitor na compreensão dos intrincados conceitos trazidos por Müller.

Por fim, descortinamos quão importante é para a consagração de um Estado Democrático de Direito e, por certo, para a metódica estruturante, a documentação do raciocínio feito pelo juiz, quando da fundamentação de suas decisões, especialmente, quando se está a concretizar normas que versem sobre direitos fundamentais.

Em que pese a modesta pretensão do presente trabalho, esperamos ter logrado estabelecer linhas seguras sobre a Teoria Estruturante do Direito, principalmente em sua linha metodológica, provendo, ainda que timidamente, ao operador do direito, elementos claros e objetivos que o ajudem em sua atividade cotidiana a fundamentar suas decisões e conclusões, de modo a torná-las realmente revisáveis, claras e sustentáveis - adequadas, enfim, aos paradigmas de um Estado de Direito -, especialmente, quando versem sobre direitos fundamentais.

Não esperamos menos, noutro passo, ter contribuído com o incentivo à valorização e efetiva implementação do dever de fundamentar, a ser didaticamente estimulado e apreendido pelos operadores do direito, e, principalmente, pelos juízes, na prática cotidiana de suas atividades.

Acreditamos, por fim, que pode ser a partir da introdução da teoria estruturante do direito nos bancos acadêmicos, nas escolas de formação dos magistrados e, enfim, na cultura jurídica brasileira, que conseguiremos extrair do judiciário sua melhor versão, compatível com as exigências sociais de acesso a uma jurisdição clara, inteligível, estruturada e revisável.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel a Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis** - 4 ed. Coimbra: Armênio Armado. Coleção Studium, 1987.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Tradução de Luís Afonso Heck. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 217, pp. 55-67, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. **Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica**; tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**; tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. – 3ª. ed. São Paulo: Landy, 2003.

\_\_\_\_\_. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**; tradução Maria Cristina Guimarães Cupertino. – 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

BAPTISTA, Francisco de Paula. **Compendio de Theoria e Pratica do Processo Civil comparado com o Commercial e de Hermeneutica Jurídica para uso das Faculdades de Direito do Brazil**. Sexta edição melhorada com um appendice. Rio de Janeiro/Paris: H. Garnier, 1901. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ObrasSelecionadas/5227/pdf/5227.pdf>>. Acesso em 08.03.2020.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de hermenêutica jurídica**; apresentação Alfredo Buzaid in **Hermenêutica Jurídica (Clássicos do direito brasileiro, v. 3)**, edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984.

BASTOS, Celso. **Curso de direito constitucional**. 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 1998.

BÖCKENFÖRDE, Ernst- Wolfgang. **Constitutional and Political Theory - Selected Writings**. Edited by Mirjam Künkler and Tine Stein. Translation by Thomas Dunlap. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BONAVIDES, Paulo. O direito constitucional e o momento político. **Revista de informação legislativa**, v. 21, n. 81, p. 217-230, jan./mar. 1984. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181508>. Acesso em 27 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Apresentação in MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**, volume 1. Petrópolis: Vozes, 1986

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª edição revista. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CASANOVA, José. Rethinking Secularization: a global comparative perspective. **The Hedgehog Review**, Charlottesville, v. 8, n. 1-2, p. 7-22, 2006. Disponível em [https://www.uef.fi/documents/661547/931509/03\\_Casanova\\_Secularization.pdf/c30fd487-a56c-4478-9eb3-5d336626bc0b](https://www.uef.fi/documents/661547/931509/03_Casanova_Secularization.pdf/c30fd487-a56c-4478-9eb3-5d336626bc0b). Acesso em: 03 jun. 2019.

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito. In MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes – 2ª ed. ver., atual. e ampl.**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

CÍCERO, Marcus Tullius. **Tusculan disputations**. Translated by Andrew P. Peabody. Boston : Little, Brown and Company, 1886.

ESSER, Josef. **Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial Del Derecho Privado**. Tradução de Eduardo valenti Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica – 7. ed. rev. e aum.** São Paulo: Saraiva, 1999.

FRIED, Reis. **Da importância de uma teoria da interpretação jurídica**. Revista Interdisciplinar de Direito, v. 16, n. 1, Faculdade de Direito de Valença, Rio de Janeiro, pp.315-333, jan./jun. 2018.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**; tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.

GALISSET, C. M. **Corpus Juris Civilis – Academicum Parisiense**, 10.<sup>a</sup> ed., Paris: Lutetiae Parisiorum, 1878.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Ensaio sobre Teoria da Argumentação sob os Crivos da racionalidade Pragmática, da Guinada Linguística e do Discurso do Estado Democrático de Direito. **Teorias da Argumentação Jurídica e Estado Democrático de Direito**. Vol. 4. p. 75–101. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito** - 5<sup>a</sup> edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRONDIN, Jean. **Hermenêutica**; tradutor Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

HERZOG, Benjamin; PINTER, João Carlos Mettlach; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. A recepção da metodologia de Savigny no Brasil e em Portugal. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 7, ano 3, p. 279-294. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun de 2016. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RDCivCont\\_n.7.12.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDCivCont_n.7.12.PDF)>. Acesso em 18.03.2020.

JOUANJAN, Olivier. De Hans Kelsen a Friedrich Müller – método jurídico sob o paradigma pós-positivista. In MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes – 2<sup>a</sup> ed. ver., atual. e ampl.**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** – 3<sup>a</sup> edição. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

KRELL, Andreas J. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In. **Revista Direito GV**. São Paulo, p. 295-320, jan-jun 2014.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito** - 6<sup>a</sup> edição, reformulada – tradução do original alemão intitulado “Methodenlehre Der Rechtswissenschaft”, 1991, por José Lamago – 3<sup>a</sup> edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**, 2<sup>a</sup> ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

MARTINS, Giselle Alves e BRANDO, Fernanda da Rocha. A linguagem teleológica nas Ciências Biológicas: uma proposta de intervenção didática sobre o tema polinização. **Conexão Ciência (online)**, vol. 14, nº 2, p.8-17. Formiga: UNIFOR-MG, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito** – 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MELLO, Baptista de. Interpretação e humanização da lei. In. **Revista de Direito Civil** – RT 95/308 – maio/1935 – edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais Direito Civil Parte Geral, organizadores Gilmar Ferreira Mendes e Rui Stoco - Volume 1 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo IV. 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**. v. 07, p. 315-327. Madrid: Centro de Estudios Politicos y Constitucionales, 2003a

\_\_\_\_\_. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução Peter Naumann, revisão Paulo Bonavides. São Paulo: Max Limonad, 2003.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida a Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Gilberto Bercovici. **Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 9-30, 2006a.

\_\_\_\_\_. Democracia e República. **Revista Jurídica da Presidência da República**. v. 7, n. 77, p. 01-07. Brasília: Presidência da República/Casa Civil/Subchefia para Assuntos Jurídico, 2006b.

\_\_\_\_\_. **Teoria Estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes** – 2ª ed. ver., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. Teses sobre a estrutura das normas jurídicas. **Revista dos Tribunais** (Online), vol. 929/2013, p. 193-209 (1 a 11). São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2013.

NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. In: GRAU, Eros Roberto, e GUERRA FILHO, Wiliss Santiago (orgs.). **Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 356-376, 2003.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica (O saber da filosofia)**. Lisboa: Edições 70, 1969.

PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**; - tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

\_\_\_\_\_. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMALHO, Joaquim Inácio Ramalho, Barão de. Cinco lições de hermenêutica jurídica. in **Hermenêutica Jurídica (Clássicos do direito brasileiro, v. 3)**, edição cuidada por Alcides Tomasetti Jr. São Paulo: Saraiva, 1984.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 1999.

\_\_\_\_\_. **O direito dos povos, seguido de A ideia de razão pública revista**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

REALE, Miguel. **O direito como experiência – introdução à epistemologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1968.

RODOVALHO, Thiago. **Abuso de direito e direitos subjetivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Das Rechtsstaatsprinzip (*O Princípio do Estado Democrático de Direito*) e a *Segurança Jurídica*, in José Manoel de Arruda Alvim Netto *et alii* (dirs.). **Revista Forense**. ano 108, v. 415, jan./jun. de 2012. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. Ação declaratória de constitucionalidade, mutação constitucional e modulação dos efeitos. In: Clèmerson Merlin Clève. (Org.). v. X t.II, p. 989-1020. **Doutrinas Essenciais - Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Léo Peixoto. **Sistema auto-referentes, autopoieticos: noções-chave para a compreensão de Niklas Luhmann**. Pensamento Plural | Pelotas [03]: 105 – 120, julho/dezembro 2008.

RUBIO, Jorge Del Picó. Estado y religión: tendencias conceptuales incidentes en la apreciación pública del fenómeno religioso. In **Revista de Estudios Sociales**, p. 42-54. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2018.

RUZON, Bruno Ponich. As origens da teoria da argumentação no pensamento de Chaïm Perelman. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15107>. Acesso em: 5 jun. 2020.

SANTOS, Washington dos. **Dicionário jurídico brasileiro**. Belo horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11<sup>a</sup> ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012a.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012b.

SAVIGNY, Friedrich Carl. **System of the moder roman law. Vol. 01**. Translated from the german by William Holloway. Madras: J. Higginbotham, 1867.

SCHLINK, Bernhard. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais traduzido por Leonardo Martins. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 4, n. 11, abr./jun. 2017.

SILVA, Eliana Moura. Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a Cidadania. **REVER - Revista de Estudos da Religião** nº 2, pp. 1-14. São Paulo: PUC-SP, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Kelly Susane Alflen da Silva. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, nº 6, p. 541-558, 2005.

\_\_\_\_\_. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, **Revista de Direito do Estado**, n. 4, p. 23-51, 2006.

\_\_\_\_\_. (org.). **Interpretação constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no direito brasileiro**. 1º volume. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. In **Sociologias**, ano 8, nº 16, p. 20-45. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

TRIBE, Laurence. **American Constitutional law**. 2ª edition. New York: The foundation press INC, 1988.

USA. **Kimble et al. V. Marvel entertainment, llc.** 576 U.S. \_\_ (2015) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/13-720/>>. Acesso em 18.03.2020.

VOLTAIRE. **Dicionário Filosófico**. Ed. Ridendo Castigat Mores. Disponível em <[https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Filosofia/Dicionario\\_Filosofico\\_Voltaire.pdf](https://www.cairu.br/biblioteca/arquivos/Filosofia/Dicionario_Filosofico_Voltaire.pdf)>. Acesso em 08.03.2020.

WALD, Arnold. **Os métodos modernos de interpretação**. Revista de Direito Civil – RDCiv 31/07 – jan-mar/1985 – edições especiais Revista dos Tribunais 100 anos – Doutrinas Essenciais Direito Civil Parte Geral, organizadores Gilmar Ferreira Mendes e Rui Stoco. Volume 1 – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.