

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

LANAIRA DA SILVA

**A TEORIA ESTRUTURANTE E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO:
(DES)ENCONTROS ENTRE LENIO STRECK E FRIEDRICH MÜLLER**

São Leopoldo

2015

LANAIRA DA SILVA

A TEORIA ESTRUTURANTE E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO:
(DES)ENCONTROS ENTRE LENIO STRECK E FRIEDRICH MÜLLER

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Orientador: Profº Dr. Lenio Luiz Streck.

São Leopoldo

2015

S586t Silva, Lanaira da.

A teoria estruturante e a crítica hermenêutica do direito :
(des)encontros entre Lenio Streck e Friedrich Müller / por
Lanaira da Silva. – 2015.

124 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do Rio
dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

“Orientação: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.”

Catálogo na Publicação:

Bibliotecária Fabiane Pacheco Martino - CRB 10/1256

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**A TEORIA ESTRUTURANTE E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: (DES)APROXIMAÇÕES ENTRE LENIO STRECK E FRIEDRICH MÜLLER**” foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 14 de dezembro de 2015.


Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

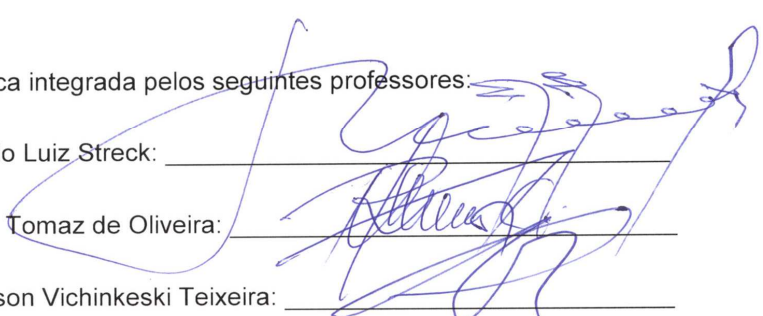
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck: _____

Membro: Dr. Rafael Tomaz de Oliveira: _____

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira: _____



Aos meus pais, Jonas e Maria Ivanilda, por serem amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor Lenio Streck. Com a oportunidade que tive aqui, talvez tenha voltado a aprender a aprender. Coisa que não fazia há alguns anos. Para mim, mais que um jurista, o professor Lenio é um Professor, ou o Professor de uma nova escola onde, ironicamente, realmente se estuda direito Direito. Se, no futuro, perguntarem-me sobre ele (e certamente o farão), irei defini-lo como um homem que não se contentava em comprar pão às 6 da tarde.

Agradeço aos companheiros do *DASEIN* (Núcleo de Estudos Hermenêuticos): a Clarissa Tassinari, por ser uma inspiração a todos nós. Com elegância, inteligência e distinção é, ao mesmo tempo, séria e divertida, por isso no dia-a-dia, esquecemos, e “Clarissa Tassinari” torna-se simplesmente “Clá”, uma amiga. A Danilo Pereira Lima, antes dele, não sabia que Política era algo que pudesse ser levado a sério. A Fabiano Müller (esse agradecimento ele nem vai olhar). Ainda agradeço aos “meninos”: Rafael Giorgio Dalla Barba, Daniel Ortiz, Guilherme, Roger, David e Luís Felipe.

Agradeço a todos da minha turma no mestrado: Agradeço a Ziel Ferreira Lopes (Zyels). Com palavra ainda não-inventada expresse a gratidão de uma sincera amizade. Agradeço a Carlos Eduardo Fortes do Rego (Dudu-Foundation), por me brindar com a riqueza de sua amizade porque, afinal de contas “alguém tem que trabalhar” e, obviamente, como NUNCA poderia faltar, a Barbara Josana Costa por sua amizade e por partilhar comigo sempre diversão, alegria, risos, festas, dramas, enfim. Aos demais colegas: Mateus, Rafael Radke, Felipe, Adriano, Malu, Bianca, André, Pedro, Carlos Eduardo (Dudu do Bem), Raul, Jéssica, Reneé, Gabriel, Ariel, Gilberto, Thais, Fernando, Bruno, Vanessa e Fabrício.

Agradeço à Vera, pela determinação e profissionalismo com que sempre nos atende.

Agradeço, *in memoriam*, a meu avô Antônio Severo da Silva, que era poeta que não sabia escrever, mas sabia dizer, mais do que muitos que escrevem. Ele tinha uma sabedoria de quem nunca pode estudar.

Agradeço as minhas eternas amigas da faculdade: Heloisa, Mariana, Livia e Angélica. Especialmente a Monique Martinelli e Bruna Prado de Novaes, pois quando a elas perguntei “Será que consigo fazer um Mestrado?” Sem nem titubear disseram: “Claro, Lala, você é uma gênio”. Não se pode dar outro nome a isso senão

“amizade”, porque amizade é quando você não mata alguém na raiz. Então, só coloquei isso na mala, e sem muita coisa saber e sem saber ao certo o que esperar, vim para o Rio grande do Sul.

Agradeço a Bruno Starke Buzetti, pela compreensão e por ter estado sempre ao meu lado.

Por último, e com mais relevo, agradeço aos meus pais, Jonas José da Silva e Maria Ivanilda da Silva, pelo indescritível amor com que cresci. Sempre tive de tudo e mais um tanto. Agradeço também, ao meu irmão Everton José da Silva, pelo companheirismo de sempre.

Convite

Poesia é brincar com palavras
como se brinca
com bola, papagaio, pião.
Só que bola, papagaio, pião
de tanto brincar se gastam.
As palavras não:
quanto mais se brinca com elas
mais novas ficam.
Como a água do rio
que é água sempre nova.
Como cada dia
que é sempre um novo dia.
Vamos brincar de poesia?

José Paulo Paes

RESUMO

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), o presente estudo buscou abordar, em uma perspectiva comparativa, aspectos elementares da estruturação normativa na Teoria e Metodica Estruturante do Direito (Friedrich Müller). Nesse sentido, o ponto fundamental na discussão proposta é o modo como se dão as concepções normativas de cada teoria. Tanto a Crítica Hermenêutica do Direito quanto a Teoria Estruturante do Direito distinguem-se de tantas outras teorias (de acepções positivistas) por apresentarem originalmente um tratamento diferenciado a essa questão que se revela como um ponto de partida essencial: a norma. A partir dessa constatação, ao trazer o debate para o interior dos paradigmas filosóficos (com inserção de um teorema fundamental da Filosofia Hermenêutica: a diferença ontológica), foi possível problematizar a amplitude de como esta distinção fundamental é capaz de desvelar, sob um outro viés, a diferença existente entre texto e norma. Dentro de um “chão” comum entre Crítica Hermenêutica, e Teoria Estruturante, em virtude da influente presença da “Hermenêutica Filosófica”, foram levantados alguns pontos de (des)encontros entre os autores, observando um critério fundamental para que uma teoria se designe “Pós-positivista”: o enfrentamento da discricionariedade.

Palavras-Chave: Critica Hermenêutica do Direito; Teoria Estruturante do Direito; Pós-Positivismo.

ABSTRACT

From the “Hermeneutical Critique of law” (Lenio Streck), this study sought to address in a comparative perspective, elementary aspects of the regulatory structure in Theory and Methodical Structuring Law (Friedrich Müller). In this sense, the fundamental point in the proposed discussion is how to give the normative conceptions of each theory. Both Hermeneutical Critique of Law as the Structuring Theory of Law distinguished from many other theories (of positivists meanings) originally presented by different treatment to that question turns out to be an essential starting point: the norm. From this evidence, to bring the debate to the interior of the philosophical paradigms (with insertion of a fundamental theorem of Hermeneutics Philosophy: the ontological difference) it was possible to discuss the scope of how this fundamental distinction is able to reveal, under another, the distinction between text and standard. Within a "commonground" among “Hermeneutical Critique” and “Structuring Theory”, due to the influential presence of the "Philosophical Hermeneutics", some points were raised (un) meetings between authors observing a fundamental criterion for a theory designating of "Post -positivism ": the confrontation of discretion.

Key-Words: Hermeneutical Critique of Law; Structuring Theory of Law ; Post-positivism .

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 SOBRE A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO	15
2.1 ONDE KELSEN PAROU É ONDE DEVEMOS COMEÇAR	15
2.2 A CONCEPÇÃO NORMATIVA NA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO: O PROGRAMA DA NORMA E O ÂMBITO DA NORMA	25
2.2.1 A estruturação do Programa da Norma e Âmbito da Norma: os 11 passos para a concretização	27
2.3.1 O programa normativo	32
2.2.2 O Âmbito normativo	34
2.3 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE AS LEITURAS DA TEORIA E METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO	36
2.3.1 Sobre o termo “Pós-Positivismo”	40
3 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA NA CONCEPÇÃO NORMATIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	45
3.1 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA	45
3.1.1 Uma abertura: O dizer poético da Diferença Ontológica	52
3.2 OS PERIGOS DE UM PENSAR QUE PRÁTICA UM ENTULHAMENTO AO IGNORAR A DIFERENÇA ONTOLÓGICA	57
3.3 A CONCEPÇÃO NORMATIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO ...	66
4 (DES)ENCONTROS POSSÍVEIS ENTRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA E A TEORIA ESTRUTURANTE	76
4.1 ENCONTROS ENTRE A PROPOSTA DE LENIO STRECK E FRIEDRICH MÜLLER	76
4.2 DAS DISSONÂNCIAS ENTRE A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: A LEITURA DA “HERMENÊUTICA FILOSÓFICA”	87
4.2.1 Da Pré-compreensão	89
4.2.2 O Círculo Hermenêutico	95
4.3 APONTAMENTOS FINAIS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA DA TEORIA ESTRUTURANTE NA PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA	98
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	102
REFERÊNCIAS	108

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, importante ressaltar que a presente dissertação é fruto dos estudos e discussões sobre Hermenêutica ocorridos no *Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos*, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio do Sinos –UNISINOS. A pesquisa que aqui se apresenta teve suporte para o seu desenvolvimento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

É próprio do movimento constitucionalista emergente do pós-guerra o papel central(izador) do Judiciário ao ascender às controvérsias relacionadas aos limites e métodos de interpretação constitucional. Tanto na Europa como na América, buscou-se refletir sobre o espaço alcançado pelo movimento “Hermenêutico”, na medida em que as doutrinas constitucionais (pós)modernas se deparam com o surgimento de novos parâmetros e possibilidades de interpretação.

Assim como em outros campos, o Direito padece(u) diante da ausência de uma racionalidade que satisfaça suas contingências, os critérios de uma pretensa cientificidade malograram. Sobrepõem-se caoticamente fragmentos ideológicos. Restos positivistas ecoam, subsistem diante das fissuras teóricas de uma modernidade que insiste em não acabar. Os debates epistemológicos vigiam-se em busca de saídas, respostas, (des)encontros.

Como já dizia Guimarães Rosa ao expor as desilusões da contemporaneidade: “Verdades numerosas tornaram-se mentiras. E vice-versa. Infelizmente os sentidos funcionam: lemos jornais, ouvimos rádio. Poderemos ainda acreditar, admirar?”.¹ Assim, aparentemente há uma abdicação da tradição em prol de uma espécie de “*carpe diem*” de significações, ou mais precisamente: a própria construção do saber, que constitui historicamente o sujeito, resta ameaçada diante da plurivocidade pululante de sentidos. Contudo, não é preciso coadunar com as distorções da pós-modernidade.

Considerando esse cenário, surge inicialmente nas décadas de 1960/70, na Alemanha, a *Teoria Estruturante do Direito* de Friedrich Müller, examinando não apenas a estrutura das normas jurídicas e os limites de sua interpretação, mas também contemplando uma dimensão epistemológica ao apontar novos horizontes acerca de sua metódica. Sua perspectiva “concretista” é notoriamente ruptural, na

¹ RAMOS, Graciliano. *Viventes das Alagoas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 27.

medida em que sistematiza o contexto fragmentado do cenário jurídico alemão da segunda metade do século XX, tentando superá-lo quando pioneiramente propõe o que denominou “Pós-positivismo”.

Desse modo, considerando possíveis des(encontros), sob o aspecto de uma análise comparativa, será estabelecido um diálogo entre a *Teoria Estruturante do Direito* e a *Crítica Hermenêutica do Direito*, utilizando-se, como referencial teórico, Friedrich Müller, quanto à primeira, e Lenio Streck quanto à segunda. Conforme oportunamente se verá, não se trata aqui de implantar os moldes do Direito Constitucional Alemão no Brasil, mas de estabelecer diálogos entre relevantes aportes teóricos emergentes na contemporaneidade. O breve lapso temporal não necessariamente distancia a Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria Estruturante do Direito, pelo contrário, em muitos pontos aproxima-as. No campo da epistemologia jurídica, tanto no Brasil quanto na Alemanha, busca-se a elucidação da construção intersubjetiva dos sentidos em que se dão as normas.

Nesse sentido, coloca-se como o ponto central da discussão uma questão essencial: a norma. Tanto CHD e TED destacam-se por apresentar originalmente um tratamento diferenciado a essa questão. Refutando-se as perspectivas de uma hermenêutica tradicional, compreendida como uma arte da interpretação, a Crítica Hermenêutica e a Teoria Estruturante delineiam novas respostas para os pontos cegos enfrentados cotidianamente pela dogmática.

Levando adiante os possíveis (des)encontros entre a Teoria Estruturante do Direito e a Crítica Hermenêutica do Direito, o tema proposto no presente projeto consistirá em analisar a cisão entre texto e norma proposta inicialmente (1971) por Friedrich Müller, no entanto, aprofundada consideravelmente a partir da Crítica Hermenêutica de Lenio Streck. Serão, nesse aspecto, problematizados alguns pontos de (in)comuns entre os autores.

A partir desse recorte epistemológico sobre como é concebida a relação entre texto e norma, é preciso engendrar uma outra “leitura” sobre o que realmente “é” o texto normativo, essa nova leitura se delimitará por uma nova atenção a esses textos (e/ou normas) que, antes negligenciados, apareciam tão somente como limites meramente formais, como normas “já prontas” para serem tão somente subsumidas. Daí a importância de se estabelecer diálogos entre a Crítica Hermenêutica do Direito e a Teoria (e Metódica) Estruturante do Direito, pois é a partir desses diálogos que novas possibilidades podem surgir.

Dentro desse contexto, como já dito, concentra-se na distinção entre texto e norma adotada pelo professor Lenio Streck. Essa distinção tem origem em um teorema fundamental da Filosofia Hermenêutica: a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). A partir dela, ao trazer a discussão para o interior dos paradigmas filosóficos, é que se discutirá sob a ótica de uma análise comparativa, a amplitude de como essa distinção fundamental é capaz de desvelar, sob um outro viés, a duplicidade existente no conceito de norma.

Dentro desse “chão” comum entre CHD e TED, serão analisados seus desdobramentos, levando em consideração também, a questão da discricionariedade. Nessa perspectiva, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, somente caberá a designação de “Pós-positivista”, uma teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva (exegético-conceitual), quanto na sua forma normativista.

No segundo capítulo, serão levantados pontos estruturais na identificação do contexto de formulação da Teoria Estruturante do Direito, em outras palavras, como Friedrich Müller constrói sua Teoria e Metodica Estruturante tendo como ponto de partida algumas limitações do positivismo normativista (Kelsen). Por conseguinte, será demonstrado um panorama geral da Teoria Estruturante (os 11 passos para a concretização), enfatizando seus principais elementos (Programa da Norma e Âmbito da Norma), ao focar principalmente na centralidade de sua concepção de seu conceito normativo, isto é, na cisão proposta no desenvolvimento da obra de Friedrich Müller. Serão discutidas também algumas leituras que se faz dessa teoria. Ao fechar o capítulo, será explorada a necessidade de se utilizar a expressão “Pós-Positivista”, inicialmente proposta por Fr. Müller, com um viés paradigmático.

No capítulo terceiro, será introduzido didaticamente um dos teoremas fundamentais da Fenomenologia Hermenêutica: a diferença ontológica. Com um “*pensamento poético*” desenvolvido no início do capítulo, busca-se trazer indícios para iluminar o que, afinal, “é” essa distinção revelada no pensamento *Heideggeriano*. Após esse ponto, será demonstrado a importância desse estudo dentro do contexto jurídico, pois é algo que vai muito além do âmbito da relação entre texto e norma aqui estudado. Com isso, ao se estudar a diferença ontológica é possível aperceber-se no mundo, evitando cair na tentação de alguns “perigos” – dado o recorte desse trabalho, “os perigos” expostos serão já colocados em relação ao modo de conceber um

conceito normativo. Obviamente que, esse estudo será orientado pela Crítica Hermenêutica do Direito de Lenio Streck.

No quarto capítulo, a partir do desenvolvimento colocado anteriormente, após as discussões feitas sobre o conceito normativo na Teoria Estruturante do Direito e na Crítica Hermenêutica do Direito, (des)aproximar-se-á Crítica Hermenêutica do Direito e Teoria Estruturante do Direito, evidenciando seus pontos (in)comuns, enfatizando a presença constante da “Hermenêutica Filosófica” como um elo que (des)une os autores.

O método de procedimento de pesquisa será eminentemente bibliográfico, combinando elementos de pesquisa comparativa e monografia. Quanto às técnicas de pesquisa, o trabalho será desenvolvido com base em livros e artigos, sendo consultadas principalmente as obras de Friedrich Müller e Lenio Luiz Streck.

Necessário estabelecer aqui, antes que haja alguma objeção, que após a leitura das obras “Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo” e “Quem é o povo – a questão fundamental da democracia”, notou-se uma impertinência temática direta no trabalho. Desse modo, apesar de contribuírem para um entendimento mais amplo e consistente do pensamento do autor, não serão devidamente adentradas no presente estudo². Nesse sentido, o trabalho se centrará nas questões normativas da obra de Müller, levando em conta outras obras que investigam diretamente a temática proposta no trabalho.

Quanto ao método de abordagem, consistirá no *fenomenológico-hermenêutico*, entendido, a partir da *ontologia fundamental*, como interpretação ou hermenêutica universal. Há, nesse sentido, uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição jurídico-filosófica através da linguagem, numa imediata

² No entanto, o recorte epistemológico aqui feito não significa que não haja outros des(encontros) entre os autores para além da teoria da norma. No que se refere à questão da política, nota-se que no positivismo Kelseniano, a pureza conceitual tem o inconveniente de não colocar os aspectos políticos do Direito explicitamente. Há um ocultamento do papel singular da política no Direito. Enquanto que em um paradigma pós-positivista, o papel da política é colocado sob um outro viés. Exemplo disso, é que tanto Friedrich Müller como Lenio Streck consideram que o Direito Constitucional é o direito do político, sem contudo, cair em uma postura “decisionista”. Sobre o assunto, conferir: MÜLLER, Friedrich. *Entfremdung: Folgeprobleme der anthropologischen Begründung der Staatstheorie bei Rousseau, Hegel, Marx*, 2 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1985. Para aprofundar ainda mais essa questão, no mesmo sentido: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo judicial – Limites da atuação do Poder Judiciário*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2013. Ver também: LIMA, Danilo Pereira. *Constituição e Poder – Limites da política no Estado de Direito*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2014.

aproximação com a práxis humana e social, como existência e facticidade, onde a linguagem é analisada no plano da historicidade. Com esse “método”, o que se busca é revolver o “chão linguístico” que sustenta a tradição, possibilitando a desconstrução e reconstrução da “história institucional” do Direito.

Desse modo, busca-se (des)enviesar, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), algumas perspectivas ao trazer uma nova percepção para a proposta normativa da Teoria e Metódica Estruturante de Friedrich Müller.

2 SOBRE A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

A Teoria e (Metódica)³ Estruturante do Direito de Friedrich Müller desenvolveu-se nos anos 1960/70. Resgata-se como um dos pontos centrais do seu trabalho a teoria da norma de Kelsen, e com o tino de quem se esbarra em uma “obviedade ainda não vista”, Friedrich Müller propõe que texto e norma não são a mesma “coisa”, levando para um outro nível a discussão sobre a teoria da norma. Dialogando com autores como Carl Schmitt, Laband, Gerber, Jellineck, Hans-Georg Gadamer, Savigny, Kantorowicz, Hans Kelsen e Theodor Viehweg, dentre outros, construirá, inserindo a pergunta pela estrutura da norma e sua normatividade, a Teoria e Metódica Estruturante do Direito. Desse modo, não se trata aqui de implantar os moldes do Direito Constitucional Alemão no Brasil⁴, mas de estabelecer diálogos entre relevantes aportes teóricos emergentes na contemporaneidade.

2.1 ONDE KELSEN PAROU É ONDE DEVEMOS COMEÇAR

Friedrich Müller categoricamente anuncia: “Onde Kelsen parou, (é) onde devemos começar o trabalho.”⁵ Nessa linha, propõe suas críticas em face da obra de Hans Kelsen e a sua *teoria pura do direito*⁶ - inserida no presente trabalho já a partir do posicionamento da Teoria e Metódica Estruturante. Parte-se, por sua vez, de Kelsen, pois suas contribuições foram elementares para as análises feitas ao

³ A tradução feita para o português utiliza o termo “Metódica” por possuir maior abrangência com relação ao termo “Metodologia”.

⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 115-145.

⁵ MÜLLER, Friedrich. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996. No original: “Là où Kelsen pensait devoir s’arrêter, là commence le travail.” No mesmo sentido, ver: MÜLLER, Friedrich. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1990.

⁶ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. Nesse sentido, dispõe Fr. Müller que: “Desde os primórdios o novo paradigma deixou clara a distância da Teoria Estruturante do Direito em relação à Teoria Pura do Direito: na expressão Teoria Pura do Direito devem-se enfatizar os termos “teoria” e “pura”, pois a Kelsen interessa não tanto o Direito e sua realidade; importa-lhe, muito mais, a teoria e sua idealidade. Seu interesse situa-se, sobretudo, no âmbito da teoria da ciência (wissenschaftstheoretisch). A teoria do Direito tem de ser “pura” – não para que possa apreender adequadamente o direito efetivo (wirkliche) mas, sim, com a finalidade de atingir o status de ciência.” In: Prefácio. MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 15.

positivismo jurídico (tanto ao reafirmá-lo, quanto ao negá-lo)⁷, sendo sua análise essencial para a compreensão das ideias que tentam superá-lo. Dada a sua extensão e complexidade, obviamente, não se pretende aqui esgotá-la, mas tão somente emergir alguns aspectos delineaes sob a perspectiva de Fr. Müller, com intuito, de estabelecer um ponto de partida para posteriormente, tendo como enfoque a questão interpretativa, aprofundarmos mais apropriadamente na questão normativa.⁸

Nas palavras de Luis Alberto Warat: “Eis-nos diante da Teoria Pura do Direito”,⁹ assim importante, de início, entender que a teoria de Kelsen assenta-se na distinção entre *ser (sein)* e *dever-ser (sollen)*,¹⁰ que por conseguinte, culminará na sua concepção normativa e de ordenamento jurídico, influenciando determinantemente no modo com que contempla “a interpretação jurídica.”¹¹ Com a *Teoria Pura do Direito*,

⁷ “Tradicionalmente sustenta-se que Kelsen sofreu influência de uma dupla fonte de inspiração em suas ideias metodológicas vertebrais: Kant e o positivismo científico, respectivamente redefinidos pelo neokantismo e pelo positivismo lógico”. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 131.

⁸ “Deve-se ao jurista austríaco Hans Kelsen, construção teórica do conceito de norma. Isso porque o uso anteriormente efetuado pelos juristas se dava de maneira aleatória. Kelsen define o conceito de norma, a ponto de apura-lo alçando-o ao centro de sua análise sobre o próprio direito. Daí que Kelsen é classificado como positivista normativista: em sua forma de teorizar o direito, tudo aquilo que é jurídico, necessariamente é norma (normativo). Nessa perspectiva Kelseniana, o conceito de direito é identificado com o próprio conceito de norma. Todavia, o conceito de norma não possa ser equiparado ao de lei. Vale dizer a lei é uma espécie de norma que faz parte da estrutura supra e infraordenada da dinâmica jurídica. O esforço de uma teoria do direito kelseniana é efetivamente demonstrado quando Kelsen cria a divisão do estudo do direito em dois sistemas, o estático e o dinâmico. Kelsen apresenta duas teorias: uma estática, em que o direito é entendido como um sistema de normas em vigor, e uma dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito em seu movimento. Norma jurídica e proposição jurídica”. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gabeilli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 283 e ss.

⁹ WARAT, Luis Alberto. *Pureza do Poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: editora da UFSC, 1983. p. 27.

¹⁰ Sobre essa questão, dentro da perspectiva “hermenêutica”: “A passagem do ‘ser’ para o ‘dever-ser’ é uma passagem lícita, o ‘ser’ sendo valoração e o ‘dever-ser’ sendo prática. [...]. Essa questão é para mostrar que, atualmente, em autores brilhantes da filosofia analítica, há uma retomada dessa questão. Afirma-se: a separação entre teórico e prático é de uma maneira tal que não há passagem entre o ‘ser’ e o ‘dever-ser’. Essa separação é fruto da ideia da ontologia da coisa, de que é preciso falar do universo do conhecimento apenas por meio do universo categorial. No momento em que se introduz o universo existencial ou universo dos existenciais, a partir dos quais ampliam-se as categorias, trazendo-as para dentro do universo humano, desliga-se essa ontologia da coisa. Neste momento, a passagem entre o ‘ser’ e o ‘dever-ser’ não é uma coisa tão séria, porque ela sempre está dada no mundo prático – as ‘formas de vida’ já são o universo em que o ‘ser’ e o ‘dever-ser’ estão juntos, isto é, o significado se projetando sobre o ‘fundo de valor, de sentido’”. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. 2. ed. Ujuí: Unijuí, 2008. p. 55.

¹¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29-32.

Kelsen irá estabelecer um novo paradigma epistemológico para a ciência do direito,¹² com intuito de criticar o conhecimento jurídico-científico produzido à época. O que lhe movia era a pergunta: “como se faz a ciência do direito”?¹³ Explica-se mais claramente:

Kelsen apresenta duas teorias: uma estática, em que o direito é entendido como um sistema de normas em vigor, e uma dinâmica, que tem por objeto o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito em seu movimento. De acordo com a maneira estrita com que Kelsen explora o objeto da ciência jurídica, surgem dois importantes conceitos: o de norma jurídica e o de proposição jurídica. As proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que de conformidade com o sentido da ordem jurídica, nacional ou internacional, dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamentos determinadas.¹⁴

Desse modo, Kelsen não relaciona a ciência do direito com os fatos, com a efetiva conduta humana (ser, *sein*), senão com seu âmbito deôntico (dever-ser, *sollen*).¹⁵ Afasta, assim, a ideia da ciência do direito como uma ciência da natureza, pois nessa há a mera descrição de fatos, enquanto que aquela se estabelecerá em outro plano. Ainda nessa discussão, Kelsen nota as insuficiências na separação que se coloca entre ciências naturais e ciências sociais oriunda do positivismo empírico. Isso porque, em resumo, no seu entender, assim como a sociedade pode estar inserida na natureza, também o “Direito” possui uma parte dentro do domínio da natureza.

Nesse sentido, o que a distingue propriamente como “a ciência do direito” relaciona-se com o nexos de *causalidade* e o nexos de *imputação*. Na ciência da

¹² “A premissa de um dos erros mais fundamentais do positivismo na ciência jurídica, a compreensão e o tratamento da norma jurídica como algo que repousa em si e preexiste, é a separação da norma e dos fatos, do direito e da realidade.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

¹³ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 01.

¹⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gabeirli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 283 e ss; p. 284.

¹⁵ “Na sua transformação radical do direito à imagem da lógica formal, Kelsen levou ao ápice da abstração a separação e contraposição de norma e realidade, ser e dever-ser. A tese de que não se poderia inferir do ser nenhum dever-ser e desse dever-ser nenhum ser, essa separação de fundamento e condição de vigência do direito mostra que Kelsen se interessa no tratamento de problemas jurídicos mais pelo conceito de ciência do que pelo conceito de direito”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

natureza há a lei: “se A é, B é”, ocasião em que há um nexo de causalidade necessário. Enquanto que na ciência do Direito, o que se estabelecer é o nexo de *imputação*. Quando “A é, B deve-ser”, inexistindo uma relação de causa efeito, ou seja, as prescrições não descrevem aquilo que “é”, somente atestam que em determinadas situações ser-lhes-ão imputada uma consequência.¹⁶

Desse modo, a “norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém”¹⁷. Em outras palavras, à norma jurídica é dado um caráter deôntico do qual se pode deduzir proibição/permissão, ou seja, a determinação da ação. Como se nota, essa interpretação (normativa) divide-se em dois níveis: o da ciência e o do direito. Nessa, depara-se com um ato de vontade, naquela há um ato de conhecimento que deve estar coerente com as exigências científicas (objetividade). Na interpretação científica dissolvem-se as questões lógicas do que as autoridades produziram como normas. Todavia, o conteúdo normativo é relevado, pois a pesquisa do cientista deve estar restrita à verificação procedimental de validação das normas, e nesse sentido, os juízos que são feitos no momento da aplicação é fruto da “vontade”, ou seja, não podem ser analisados racionalmente, portanto, não possuem pertinência temática na pesquisa da ciência jurídica.

Assim, o direito se coloca como uma ordem normativa de conduta, um sistema de normas reguladoras das ações humanas. A norma jurídica, em certo sentido, possuirá um sentido específico de uma ação intencional ligada à conduta de alguém. As normas jurídicas não são fatos, mas sim, os seus sentidos, em outras palavras, o sentido de atos de vontade regentes do comportamento humano¹⁸. Dito de outro

¹⁶ “Como kantiano, Kelsen filia-se ao criticismo transcendental da Razão pura teórica e, a partir dos procedimentos críticos da dialética transcendental, determina as condições de possibilidade do fenômeno jurídico operando o processo de especialização daquilo que, no interior do conhecimento efetivo (entendido kantianamente), há de jurídico”. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 285.

¹⁷ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 06.

¹⁸ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 48.

modo, a norma jurídica é materialmente vazia.¹⁹ Daí, para Kelsen, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito.”²⁰ Em suma:

É a norma jurídica, portanto, que confere significado jurídico ao fato/ato que sempre surge a partir de uma operação mental: o ato/ato é recebido pela intuição sensível e da interpretação – produzida no entendimento – que se deduz o conceito jurídico e antijurídico. O conceito de norma assume um colorido “transcendental”, um a priori necessário para o conhecimento jurídico, algo similar ao que Kant já havia feito com conceitos jurídicos tradicionais como posse, propriedade, contrato, matrimônio.²¹

Desse modo, a interpretação,²² para Kelsen, consistirá na determinação do conteúdo, do sentido das normas jurídicas, que posteriormente, serão aplicadas. A interpretação acompanhará o processo de aplicação do direito no seu desenrolar de um modo escalonado, do escalão superior ao escalão inferior²³. A norma “acima” na hierarquia normativa condiciona e determina a criação da norma jurídica “abaixo”. Desse modo a aplicação do direito é concomitante à sua produção, uma vez que na aplicação da norma de escalão superior, se produz uma norma hierarquicamente “inferior”.²⁴ Diante dessas considerações, o que se depreende é que as normas

¹⁹ Nesse sentido: “Kelsen, inspirado no legado do neopositivismo, resiste todas as formas de manifestação de ideologia, reconhecendo no fato ideológico um tipo de obstáculo para a objetividade do conhecimento científico. Como admite Warat, Kelsen ao se negar tematizara significação ideológica contribui para o papel ideológico do próprio conhecimento jurídico.” WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito. Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. I. p. 262.

²⁰ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 221.

²¹ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gabeirli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 296.

²² Necessário reconhecer que Kelsen, ao contrário de muitos autores de sua época, já introduziu a questão da plurivocidade das palavras ao explorar a questão semântica, entretanto, o autor inspirava, com a forma de abordagem desta questão, uma validação da possibilidade de decisionismos arbitrários e voluntarismos. Kelsen, conforme adverte Lenio Streck, não trata a questão da interpretação de forma superficial, a questão da discricionariedade no âmbito da interpretação na perspectiva kelseniana advém diretamente das suas premissas e escolhas teóricas STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto: decido conforme minha consciência?* 4.ed.rev.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*. Segundo Müller: “a teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

²³ Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387.

²⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 92.

possuem diversas possibilidades no seu concretizar, estando sempre presente a discricionariedade do intérprete, a sua vontade. Como resposta a isso, Kelsen proporá a *moldura*,²⁵ admitindo as várias possibilidades de interpretação, desde que estejam enquadradas dentro dessa moldura.

Com isso, a questão acerca de qual dos conteúdos (sentidos) dados pela moldura é o certo, não pertence à teoria do direito, mas à política do direito. Qualquer um dos sentidos adotados dentro da moldura é correto.²⁶ Com isso, Kelsen refuta a ideia de elaborar uma teoria acerca dos métodos de interpretação, pois entende não ser a questão da escolha de uma possibilidade dentre as várias como algo próprio a ser abordado pela ciência do direito, justamente por ser “vontade”.²⁷

Nesse sentido, uma crítica vertebral advinda da Teoria Estruturando do Direito é precisamente tematizar essa omissão no momento da “aplicação” da *teoria pura do direito*, em outras palavras, esse “vácuo interpretativo” que ocorre na aplicação do direito.²⁸ Por isso, como no início se colocou, ele dirá “Onde Kelsen parou é onde

²⁵ Segundo Kelsen, “o direito a aplicar forma, em todas as hipóteses, um moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

²⁶ Em suma: A partir da leitura da Teoria Pura do Direito é possível depreender que, para Kelsen, é a norma jurídica que imprime significado jurídico aos atos da conduta humana sendo que ela própria é produzida por um ato jurídico que, por sua vez, recebe o significado jurídico de outra norma, no interior da estrutura dinâmica da ordem jurídica. Desse modo, a norma jurídica é conceituada por Kelsen como um esquema de interpretação que determina o sentido objetivo dos atos humanos, imprimindo neles o significado de direito. Sendo assim, é por isso que no pensamento de Kelsen, uma vez obedecido o procedimento formal de elaboração de norma, qualquer conteúdo poderia ser direito. Como empirista lógico, Kelsen jamais poderia admitir que a vontade pudesse ser objeto de conhecimento válido, daí que toda a dimensão da chamada filosofia prática ficava excluída de suas preocupações científicas. O positivismo normativista operará uma análise semântico-sintática do direito. Desse modo, o normativismo reconhece o problema dos múltiplos significados que emanam dos conceitos que compõem o direito e problematiza a relação desses conceitos com os objetos que compõem o “mundo jurídico”. Assim, um normativista, como Kelsen, por exemplo, não exclui a possibilidade de, no momento de aplicar a norma, os juízes decidirem de mais de uma maneira (desde ajustados à “moldura” da norma”). ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 300.

²⁷ “A purificação metodológica de Kelsen simula excluir uma série de caracteres para a construção de uma ciência jurídica estrita. Todos eles, não obstante, a simulação, permanecem como gramáticas subsidiárias na produção das verdades jurídicas”. WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral do Direito. Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995. v. I. p. 262.

²⁸ Entretanto importante lembrar aqui que Müller ressignifica esse conceito tradicional de lacuna na TPD, agora não mais como algo que falta e poderia se colocado no Direito, uma vez que “a pergunta pela existência ou não de previsão no ordenamento jurídico para reger

devemos começar o trabalho”. Para Müller, a *Teoria Pura do Direito* recua em seu ponto literalmente decisivo, ponto este que enfrentaria a concretização prática do direito.²⁹

Para Müller, a *Teoria Pura do Direito*, ironicamente, não conseguiu epistemologicamente purificar a atividade jurídica. Quando é necessário escolher uma entre as várias possibilidades dentro da moldura normativa, para Müller, Kelsen não tematiza apropriadamente a introdução dos elementos exógenos ao Direito.³⁰ Em virtude do fato de que, como tais elementos não são direito positivo, são desconsiderados para a ciência do direito, pois esta pesquisa tão somente as normas jurídicas válidas. Aquilo que não diz respeito às normas, nada se pode dizer sobre sua validade ou verificabilidade. Nesse sentido, consciente dessa “influência de fatores externos” relegada tacitamente por Kelsen diante de sua lógica formal, aduzirá Müller:

Abstraindo-se o sincero respeito que a postura política e os esforços científicos de Kelsen merecem e deixando de lado as numerosas diferenças em termos de conteúdo, a Teoria Estruturante do Direito

determinada situação já não pode mais ser dar em abstrato no momento da interpretação dos textos normativos isoladamente, mas pressupõe todo o procedimento de concretização supramencionado. Somente depois de se analisar a relação recíproca entre textos normativos e realidade a partir do caso concreto, ou de uma situação hipotética, e se constatar que não há qualquer respaldo para a construção da norma, é que se pode falar em lacuna. Em vista da estrutura textual, do Estado Democrático, qualquer decisão precisa poder ser reconduzida, ao menos de forma negativa, aos elementos gramatical e sistemático da interpretação”. MIOZZO, Pablo. *Intepretação Jurídica e Criação Judicial do Direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba, Juruá, 2014. p. 262. Em resumo: Friedrich Müller não se preocupará em preencher “lacunas”, pois ao entrar em contato com obras como Investigações Filosóficas de Wittgenstein e Verdade e Método inserirá na concepção de sua metódica esses “avanços linguísticos”, assim, a norma jurídica será construída, com os avanços advindos da Hermenêutica Filosófica na medida em que a interpretação do “objeto” da ciência jurídica, isto é, a norma não será mais compreendida como uma entidade autônoma, ou nas suas próprias palavras, “*ante causum*”. A suas interrogações partirão da estrutura da norma e da normatividade, sendo despiciendas as discussões inseridas no bojo das concepções de positivismo de Kelsen sobre a existência ou não de lacunas, visto que isso não será propriamente uma preocupação direta de sua teoria, uma vez que a norma não é uma representação de algo que já está dado. Em sentido semelhante, em virtude de uma “visão hermenêutica”, sobre a questão da lacunas (guardadas as divergências do desenvolvimento de cada teoria). É também esse o entendimento da Crítica Hermenêutica do Direito. Nesse sentido ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 153-157.

²⁹ 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. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 250.

³⁰ “Normas da moral, normas da justiça, juízos de valor sociais que costumamos signar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.” Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 393.

supera paradigmaticamente, já no seu fundamento, a Teoria Pura do Direito. Ela é inconscientemente “impura”. Por quê? Porque o direito, na realidade, assim o é. A Teoria Estruturante do Direito é uma teoria impura do direito impuro.³¹

Müller questionará a norma jurídica enquanto puro dever-ser extirpado de realidade. A sua teoria da norma propõe, ao revés, o inter-relacionamento estruturado entre ser e dever-ser. A norma jurídica, para o jurista alemão, necessita de ser “preenchida” pela realidade, pelo “ser”, desse modo, ela dependerá do caso concreto. Müller afasta a ideia de norma jurídica como ordem materialmente vazia,³² pois ao reduzir-se a uma “vontade”, coloca-se como uma postura insuficiente em um Estado Democrático de Direito. Com vistas à práxis, radicaliza a ideia de que as normas não surgem como um ato de vontade destituído materialmente. Nesse sentido, Müller traz a noção de norma jurídica como ordem materialmente determinada, admitindo a influência da realidade na norma (normatividade materialmente determinada), ao mesmo tempo em que, esta mesma norma exerce influência sobre esta realidade (normatividade concreta).³³ A realidade influencia a construção da norma, contudo, não prevê todas suas possibilidades, que só serão possibilitadas no âmbito do caso, isto é, na realidade.³⁴

Nesse contexto, é desenvolvido o conceito dinâmico de normatividade,³⁵ fruto de um processo estruturado a partir dos requisitos (construção intersubjetiva dos sentidos) do Estado Democrático de Direito: “os teores materiais da concretização não

³¹ MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15.

³² “A denominação usual da teoria kelsiniana de “normativismo” é excessivamente otimista, ordens isolados sem referência material carecem de acesso à normatividade”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.28.

³³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 15.

³⁴ Nesse sentido: “A norma é produto da interpretação de um texto, a harmonia, não deve ser buscado no ordenamento, mas na própria interpretação. E, aqui é que temos a grande novidade da hermenêutica: não se deve buscar a verdade das coisas nem numa realidade externa ao sujeito, nem na própria consciência, isolada de seu entorno, mas na clivagem que existe entre consciência e mundo, e que a experiência da linguagem retrata de um modo privilegiado”. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 295.

³⁵ Kelsen isolou os problemas referentes ao ordenamento jurídico naquilo que ele chamou de *dinâmica jurídica* (relação da constituição com o resto do ordenamento – relação entre normas de modo hierárquico) enquanto que os estudos sobre a norma foram reservados para uma parte inicial que ele nomeou de *estática jurídica*. Dentro dessa perspectiva, Muller buscou dinamizar a parte estática da *Teoria Pura do Direito*.

são ocultados, mas incluídos de forma controlável e generalizável na concretização”.³⁶ Porém, não é seu intento propor “a” interpretação *correta* da norma, seu trabalho propõe, como ele mesmo diz, alçar uma racionalidade no trabalho prático dos juristas.³⁷

Ademais, para Müller, com a crítica feita à ausência de critérios para o desenvolvimento da decisão, há também uma consideração acerca da ausência de critérios para a constituição dessa “moldura normativa”, isto é, critérios que permitam a racionalização do momento decisório. Em que pese “logicamente” viável (sic),³⁸ a *Teoria Pura do Direito* silencia, para Müller, quanto à necessidade de se estabelecer parâmetros satisfatórios nos dois níveis. Para ele, há uma omissão total acerca dos métodos interpretativos que são condição de possibilidade para constituição da “moldura”.³⁹

Nesse sentido, a crítica de Müller é contundente⁴⁰, em virtude do fato de que se há em Kelsen a pretensão de delimitar uma moldura normativa por meio de um ato cognitivo, é necessário apresentar por quais meios (métodos) chegou-se a essa pretensão, sob pena do que tudo o que foi construído ser considerado inválido.

³⁶ CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 243.

³⁷ Segundo Müller: “a teoria da norma jurídica precisa, de qualquer modo, estar especificamente a serviço da racionalidade jurídica, precisa diferenciar de modo racional as reflexões presentes na decisão, tornando-a com isso passível de controle e de discussão o máximo e o melhor possível”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 161.

³⁸ “a oposição ser/dever-se, base vertebral da Teoria Pura do Direito, não é uma opção teórica com a qual se pode concordar ou discordar. Ela é impossível! É impossível, porque tal oposição origina uma série de dicotomias, hoje, totalmente superadas pela teoria política, Sociologia e Semiologia contemporâneas: forma/matéria, existência/valor, teoria/práxis, etc.” ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 78.

³⁹ Nos dizeres de Müller, “os critérios do ato cognitivo, tanto no quadro da interpretação autêntica como naquele de interpretação não-autêntica são passados em silêncio; a menos que se considere o reenvio global ao procedimento lógico um ponto de apoio suficiente à verdade científica”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

⁴⁰ A questão é que para Müller a concepção positivista da norma não dá conta de abarcar a complexidade do fenômeno constitucional, pois meio de sua análise jurisprudencial, concluiu que apesar do Tribunal Constitucional Alemão se utilizar dos elementos clássicos de interpretação ligados ao positivismo, acabou por fundamentar suas decisões levando em conta outros elementos, estes, por sua vez, incompatíveis com o paradigma da norma proposto. Ademais, para ele, tais fatores exógenos a construção normativa, não estavam “hermeneuticamente” elucidados.

Vale aqui lembrar também, a aproximação que Müller faz de Kelsen ao *decisionismo* de Carl Schmitt.⁴¹ Para ele, há um encontro entre ambos ao se admitir que o quadro normativo reduz-se, ao final, a um ato de vontade. Para Müller, em ambos subsiste a possibilidade de dissolução da construção da normatividade como um mero ato de vontade. Para Müller, tanto Kelsen quanto Schmitt, superam a materialidade da norma de forma voluntarista⁴², isto é, tanto o positivismo, como o seu oposto, o *antipositivismo* ainda remanescem no abismo da dicotomia do *ser* e *dever-ser*.

Com o intuito de avançar nessas questões, Müller proporá a Teoria e Metódica Estruturante como uma técnica de atribuição da ciência prática no âmbito desses processos decisórios: a saber, a técnica de recondução, regular e aceita no caso normal, de normas decisórias a normas jurídicas.⁴³ Nesse sentido, compreenderá, a partir de seu contato com a *Hermenêutica Filosófica* e a *Filosofia Analítica da Linguagem*, que “enunciados sobre o lugar da ciência jurídica e da metódica jurídica estão numa perspectiva que transcende sua própria tematização.”⁴⁴

Em razão disso, tentará ao máximo enfatizar a práxis, evitando tematizar no bojo de sua teoria questões “puramente” filosóficas, ou de quaisquer outras área do conhecimento, que não a jurídica, pois em sua opinião deve-se prevenir ao máximo “*teorizações in abstracto*”, pois mesmo enquanto teoria, a epistemologia é práxis. Desse modo, “a norma não constitui algo que é dado e que seria aplicável sem

⁴¹ “A obra de Friedrich Müller começou a ser desenvolvida no início da década de 60 do século XX e dialoga, sobretudo, mas não somente, com a tradição germânica do Direito Público. Entre os autores deste ramo do Direito por ele abordados estão Gerber, Laband, Jellinek, do período da Alemanha imperial, Hermann Heller, Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hans Kelsen, que escreveram na transição e durante a República de Weimar, bem como juristas do período do 2ª pós-guerra, como Forsthoff, entre outros. Além disso, o autor se ocupa de aspectos centrais das obras de Savigny, Ehrlich, Kantorowicz, Theodor Viehweg, ligados principalmente à metodologia do Direito privado”. MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 211.

⁴²MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

⁴³MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 7.

⁴⁴MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 14.

maiores dificuldades básicas”⁴⁵, por isso, em sua Teoria e Metodica Estruturante a “Concretização da norma é a construção da norma.”⁴⁶

2.2 A CONCEPÇÃO NORMATIVA NA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO: O PROGRAMA DA NORMA E O ÂMBITO DA NORMA

A proposta da Teoria Estruturante do Direito é apreender o que ocorre efetivamente nas estruturas de ordenamento jurídico em funcionamento.⁴⁷ Por isso ao interligar a *práxis*, a dimensão epistêmica e seus aspectos normativos, a TED apontará uma imbricação necessária entre todos esses elementos.⁴⁸

Nesse contexto, para Müller, Kelsen faz uma ciência refratária⁴⁹ às peculiaridades da norma jurídica. Para Müller, a norma jurídica é uma composição, um misto de “*ser*” e “*dever-ser*”. Desse modo, conjugará em sua teoria da norma o que Kelsen julgava incomunicável. É por isso que, para Müller, sua Teoria Estruturante do Direito é uma “teoria impura”.⁵⁰

⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 222-223

⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 223.

⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 55.

⁴⁸ O conceito de norma jurídica, já antes do impulso dado pelo estudos da semiótica, tornou-se central na teoria do direito. Tornou-se praticamente sinônimo de “direito”, entendido como um “conjunto de normas jurídicas”. Esse tipo de definição analítica, no sentido kantiano de que o predicado está contido no sujeito, escamoteia o problema, pois a definição parece válida, por exemplo, entenda-se norma jurídica como um resultado do processo legislativo (lei) ou como conduta efetiva do povo (fato social). Dizer que a norma jurídica é “expressão” do direito ou que o direito “exterioriza-se” por meio da norma jurídica tampouco vai adiante. Para a filosofia do direito, continua necessário compreender e esclarecer o conceito de “norma jurídica”. E mais adiante: “Uma variante desse primeiro sentido entende a norma jurídica como uma prescrição escrita, emanada do Estado legislativo e executivo. Aí estariam incluídos decretos e medidas provisórias, atos e portaria, regimentos e instruções normativas, dentre outras, mas não decisões judiciais. Esse sentido está ligado ao debate sobre se o magistrado cria direito, cria norma jurídica. Essa variante também é devedora da Escola da Exegese e do positivismo, porque está vinculada ao entendimento de que o Estado moderno tem o monopólio do direito, porém não mais identifica a norma jurídica somente com a lei constitucional ou ordinária, produzida pelo legislativo para a comunidade”. ADEODATO, João Maurício. Tese de Livre docência: Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica. Universidade de São Paulo, 2010. p.154.

⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 9.

⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 248.

Na realidade, não somente em Kelsen, mas em todo o positivismo (em suas várias correntes) encontra-se a norma jurídica como instância de puro *dever-ser*. Em todas elas, sem exceção, há a concepção identitária entre norma e texto normativo. Mesmos nas correntes contrárias ao positivismo⁵¹, nota-se latente no desenvolver de seus discursos a norma como instância de puro “*dever-ser*”, a norma identificada com seu texto. De modo contrário, Müller apontará que nenhum dos avanços metodológicos de até então propôs uma verdadeira reestruturação do que ele coloca como o calcanhar de Aquiles do positivismo: *a norma jurídica*.

Para Müller, a separação em “norma” e “fatos”, de direito e realidade, bem como a concepção de que a norma existe em si mesma e preexiste, é um dos erros fundamentais do positivismo⁵² na ciência do Direito. Desse modo, a relação entre norma e realidade, *ser e dever-ser*, sempre foi posta como uma tarefa da filosofia do direito, sendo desconsiderada sua pergunta a partir de uma teoria da norma jurídica. Daí é que Müller recolocará o ponto de partida da questão, por meio da pergunta sobre a estrutura da norma e a sua normatividade.

Em contraste ao modelo *estático* do positivismo jurídico, Fr. Müller propõe um modelo *dinâmico* da norma jurídica uma vez que, além da questão epistemológica, para Müller, a noção do direito como fruto da atividade de uma autoridade competente, não permite, de fato, que este texto de norma seja confundido com uma norma jurídica. A norma, para Müller, surgirá por meio de um processo denominado *concretização*.⁵³

Se a norma não pode ser confundida com o texto, também a *normatividade* não é mero produto direto e simples do texto da norma, muito pelo contrário, ela representa a complexidade do funcionamento do ordenamento, da atualização específica e

⁵¹ Como, por exemplo, a Escola do Direito Livre. Sobre isso ver: MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito*: de Savigny a Fr. Müller. Curitiba: Juruá, 2014, p. 129 e ss.

⁵² Sobre o termo *positivismo jurídico* em Müller: “Com esse termo só se compreende o direito objetivo vigente como sistema perfeito de normas jurídicas, caracteriza-se a decisão jurídica concreta como aplicação lógica de uma norma jurídica abstrata a um tipo concreto ‘a ser subsumido’, iguala-se a relevância jurídica à construtibilidade em termos de lógica jurídica, e a ação comunitária dos homens à ‘aplicação’ e ‘execução’ de normas jurídicas abstratas ou a uma infração das mesmas”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 17.

⁵³ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

efetiva do ordenamento constitucional.⁵⁴ A normatividade não é estanque, não está “dada”, não é uma substância dos textos de normas. A normatividade é *dinâmica*; manifesta-se precisamente na decisão oriunda de um caso concreto (real ou fictício).

Dito de outro modo, a normatividade não se reduz aos textos normativos, porque como o já dito anteriormente, para Müller, a norma jurídica não se traduz apenas em dados linguísticos, mas também por seus dados reais. A norma não se confunde com seu texto, ela advém tão somente no (e do) processo de concretização.⁵⁵

2.2.1 A estruturação do Programa da Norma e Âmbito da Norma: os 11 passos para a concretização

Para expor um panorama mais amplo da Teoria e Metodica Estruturante, apropria-se aqui do poder de síntese de João Maurício Adeodato, que em sua Tese de Livre Docência na Universidade de São Paulo⁵⁶ sintetizou didaticamente⁵⁷ um “passo-a-passo” da Teoria e Metodica Estruturante, sem contudo, perder seus aspectos fundamentais, estruturando-os naquilo que ele dispôs como os 11 passos para a concretização da norma. Tem-se como intuito aqui, elucidar uma visão mais abrangente teoria, para posteriormente expor mais apropriadamente os recursos por elas propostos, quais sejam, o Programa da norma e o Âmbito da norma. Em suas palavras:

⁵⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54. Sobre a concretização: *concretizar* significa: “*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, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 150.

⁵⁵ Importante lembrar aqui os desdobramentos metodológicos, já que a teoria da norma jurídica e a metódica são inseparáveis, pois a norma jurídica é resultado do processo de concretização. A teoria estruturada da norma e a metodologia (ou metódica) estão fundidas, uma vez que o processo de construção da norma jurídica é orientada pela metódica. A norma jurídica é criada sob a linha da metódica, que, por sua vez, elucida a racionalidade esperada em um Estado Democrático de Direito.

⁵⁶ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010.

⁵⁷ Ressalte-se que a forma didática pode parecer dedutiva a descrição da concretização normativa; nada mais inexato, pois pretende partir do caso concreto e da práxis efetiva dos profissionais do direito, uma “teoria sobre a práxis”, descritiva, analítica, como Müller a coloca”. ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 217.

Friedrich Müller, cuja hermenêutica, que chama de metódica jurídica estruturante, vai dividir em onze fases o processo decisório da dogmática jurídica no Estado democrático de direito, defende a tese de que só na norma decisória é que efetivamente se constitui a norma jurídica, isto é, não cabe falar em norma jurídica em abstrato. Esse processo Müller denominou “concretização” da norma jurídica, o qual se insere em um fenômeno mais amplo da linguagem humana, podendo a sua ser considerada uma teoria linguística do direito.⁵⁸

Nesse sentido, seguindo a ordem proposta pro Fr. Müller, seguem didaticamente os critérios da Teoria e Metódica Estruturante:

1º e 2º: A decisão estará constrangida pelos “dados reais” (*Realdaten*), isto é, os impedimentos e percepções do ambiente comum, tais como a impossibilidade de se estar em dois lugares ao mesmo tempo ou observações de causa e efeito (devese, desse modo, identificá-los). Deve-se identificar também os “dados linguísticos” (*Sprachdaten*), uma direção pré-estabelecida entre significantes e significados, que a comunicação jurídica não pode ignorar, tais como a relação entre sujeito e predicado, a combinação das palavras, os constrangimentos da língua, enfim. Dos dados linguísticos também fazem parte e assim denominada pré-compreensão dos participantes e os constrangimentos e atribuições da linguagem específica da instituição na qual os encarregados da decisão se encontram, tais como tribunal, promotoria, órgão executivo, advocacia, etc.⁵⁹

3º: O terceiro parâmetro, já construído a partir da positivação do direito em textos, consiste no “conjunto de textos de norma”, os textos do ordenamento jurídico, proposições linguísticas, frases que não podem ser ignoradas no processo de concretização, tais como o texto das leis, dos artigos da Constituição, das portarias, dos decretos do executivo, das súmulas dos tribunais (*Normtextmenge*). Nesta fase o ordenamento jurídico é levado em consideração como um todo, um sistema de textos interconectados que constituem um léxico particular dentro da linguagem social comum. Não se observa ainda nenhum texto específico, como um artigo ou parágrafo de lei, porque ainda não se está diante de um caso concreto.⁶⁰

⁵⁸ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 217.

⁵⁹ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 217.

⁶⁰ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 218.

4º: O quarto passo é o relato do caso, a via discursiva pela qual um caso é comunicado para ser tratado pela dogmática jurídica (*Fallerzählung*). Os agentes públicos e profissionais do direito são provocados a se manifestar por relatos advindos de testemunhos, queixosos, a agentes policiais, etc., isto é, relatos já lhes permitiu intuir que se trata de um problema dogmaticamente relevantes, porém elas não possuem a formação profissional cuja interferência virá a seguir.⁶¹

5º: Esse passo é o denominado “conjunto de matérias” (*Sachverhalt*), significado a transformação a que o profissional do direito vai submeter os relatos da fase anterior. Com seu conhecimento dos conceitos e procedimentos técnicos da dogmática jurídica, ele selecionada as matérias ou dados fáticos que considera juridicamente relevantes dentre aqueles levantados pelo relato que o leigo fez do caso, pleno de dados irrelevantes.⁶²

6º: Esse passo na descrição da metódica estruturante é o *Sachbereich* ou “âmbito da matéria”, que resulta da intersecção entre o relato do caso e o conjunto de matérias, um filtro que o agente dogmático produz a partir do conhecimento técnico que tem do ordenamento jurídico, aqui entendido como seus significantes, o conjuntos de textos que o compõem (*Normtextmenge*).⁶³

7º: aqui se estabelece o “âmbito do caso” (*Fallbereich*), que consiste no conjunto de fatos selecionados a partir do âmbito da matéria para servir de referência empírica específica para a decisão que se quer constituir. No âmbito dos fatos juridicamente relevantes faz-se agora mais uma especificação (concretização): os fatos escolhidos por aquele determinado profissional para um entendimento específico do problema.⁶⁴

8º: é o passo que ocorre quando o jurista precisa interpretar os textos escolhidos, diante dos fatos também selecionados, e assim construir “programa da norma” (*Normprogramm*), as doutrinas dos juristas, as técnicas dogmáticas, as abordagens hermenêuticas mais bem sucedidas, elementos que não estão necessariamente na lei e na jurisprudência, mas contribuem para sua concretização,

⁶¹ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 218.

⁶² ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 218.

⁶³ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 218.

⁶⁴ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 219.

tais como teorias, exposições de motivos nos preâmbulos dos diplomas legais ou anais de discussões legislativas. Note-se que, quando esses dados linguísticos se contradizem – por exemplo, o método genético leva a um resultado diferente daquele a que conduz o método literal -, Müller procura estabelecer uma lista, na qual devem ser preferidos os elementos que mais perto estão do texto da norma, por ser este um imperativo do Estado democrático de direito, que deve diminuir ao máximo a arbitrariedade (discricionariedade) do decididor no caso concreto.⁶⁵

9º: Constituir-se-á aqui o “âmbito da norma” (*Normbereich*), isto, o resultado da aplicação do programa da norma (*Normprogramm*) ao conjunto de matérias (*Sachverhalt*) obtido no quinto passo, ou seja, o âmbito da norma refere-se a dados empíricos, aos elementos do âmbito do caso que foram por sua vez selecionados pelo programa da norma. O Âmbito da norma se compõe dos fatos que, diante de um caso a ser resolvido e dos textos normativos a ele correspondentes, à luz de toda experiência jurídica acumulada, precisam ser considerados e não podem ser aleatoriamente escolhidos.⁶⁶

10º: Aqui, chega-se ao ponto que Müller denominará como a “norma jurídica” propriamente dita (*Rechtsnorm*), a qual será ainda transformada em “norma (jurídica) decisória” (*Entscheidungsnorm*). Para bem compreender esse passos finais, cabe novamente ressaltar a importância dada pelo autor à diferenciação entre significante e o significado. O texto da norma (Normtext) é o que está no Código Penal, por exemplo, no art. 155: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena – reclusão de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa”. A constituição da norma jurídica está sempre vinculada a um caso concreto específico, como, por exemplo, no relato de que um cidadão utilizou o sinal de uma empresa de televisão a cabo sem autorização contratual. A norma jurídica pode aqui ser expressa como “A respeito do texto do art.155 do Código Penal, enquadra-se no conceito de ‘coisa’ o sinal de televisão por satélite ou a cabo”, definindo o caso como furto e não estelionato (art. 171 do mesmo Código).⁶⁷

⁶⁵ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 219.

⁶⁶ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 219.

⁶⁷ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 220.

11º: Finalmente, chega-se ao último passo, a norma decisão (*Entscheidungsnorm*). Depois de construída a norma jurídica, determina-se que aquele indivíduo concreto fulano, no contexto dos eventos específicos relatados, seja condenado a tanto tempo de reclusão.⁶⁸

Importante destacar aqui que a distinção entre texto “de norma” (*Normtextmenge*) e texto “normativo”⁶⁹ é importante e não apenas uma mera formalidade. Como já dito, essa separação, essa cisão entre texto e norma será fundamental para a constituição de um paradigma pós-positivista na medida em que a identificação do texto/norma⁷⁰ exigirá do aplicador do direito uma postura anacrônica, dissonante dos avanços oriundos da virada ontológico-linguística. Necessário lembrar ainda que a “normatividade” propriamente dita aparecerá tão somente nos dois últimos passos:

Em primeiro lugar; textos normativos, com conteúdos normativos, são apenas a norma jurídica e a norma de decisão, o décimo e o décimo-primeiro passos, pois só neles a normatividade aparece; em segundo lugar, ao atribuir os qualificativos “de norma” e “normativo” a textos, o autor quer ressaltar que ambos são linguisticamente constituídos, os últimos a partir dos primeiros.⁷¹

[...]

⁶⁸ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 220.

⁶⁹ Entende-se norma como um significante já portando de um significado intrínseco, “correto”. Depois de Kelsen vai dizer que o texto é uma moldura que separa as possibilidades de decisões devidas das indevidas, mas que, dentro das duas ou três devidas, não é possível distinguir uma única correta, ou seja, que um mesmo significante pode ter vários significados (*Rahmentheorie*). E hoje autores como Friedrich Müller afirmam que a interpretação de norma jurídica é constitutiva da própria na norma jurídica, ou seja, o texto legal é apenas um “dado de entrada” para a construção do significado normativo diante do caso concreto. ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 82.

⁷⁰ “Quando começa a aparecer na literatura moderna, com o direito já sendo tratado como monopólio do Estado, o conceito de norma é entendido como o produto do Estado, o conceito de norma é entendido como o produto do processo legislativo soberano, seja o sistema monárquico, constitucional ou absoluto, seja o sistema republicano. O conceito de norma é identificado com o de lei. Esse sentido está na Escola da Exegese francesa e permanece até hoje no uso comum da língua, quando se diz que o contrato faz ‘lei’ entre as partes ou que a decisão do magistrado é ‘lei’.” ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 154.

⁷¹ ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 220.

Todo texto é um objeto empírico, faz parte da experiência. A norma propriamente dita, não. O sentido dele parece mais o de norma jurídica decisória (11º passo da concretização de Müller e o terceiro sentido da expressão “norma” exposto aqui no capítulo sétimo) ou mesmo o de “norma jurídica” (10º passo da concretização de Müller), conforme visto no terceiro capítulo. Aqui entende-se que o sentido original de norma é o significado ideal que se determina diante do caso concreto, ainda que o termo seja usado como expressão simbólica e como decisão concreta.⁷²

Müller reestrutura toda sua teoria da norma a partir da pergunta pela normatividade e pela estrutura da norma. A norma não preexiste, não está dada em seu texto, senão terá que ser construída em um caso concreto (real ou hipotético). Para Müller Teoria é práxis, desse modo, focando naquilo que a ciência do Direito tem de peculiar (sua normatividade), busca propor uma Metodica com recursos incisivos, no sentido, de mais “objetivamente” possível estabelecer critérios de racionalidade, um passo-a-passo inequívoco para a construção da norma jurídica, com o intuito de que “na prática” o “direito” seja concreto.

2.3.1 O programa normativo

Com o intuito de findar possíveis obscuridades - em termos mais “Müllerianos” - evidencia-se aqui o programa da norma. Nesse sentido, como visto anteriormente, a solução do caso concreto depende primeiramente da “filtragem” dos dados reais. O operador do direito, munido de seus conhecimentos técnicos, deverá caminhar do “relato do caso” até o “âmbito do caso”. Realizado o prévio trajeto, “com a ajuda de todos os elementos de trabalho que são de natureza linguística, isto é, com a ajuda dos dados linguísticos, ele elabora o programa da norma”⁷³. O programa da norma não será desenvolvido abstratamente, mas em face do caso. É a partir do caso, concreto ou fictício, que o operador do direito escolherá os textos de normas válidos que, após serem interpretados com a ajuda de todos os meios auxiliares disponíveis, consubstanciarão no programa da norma. Sobre a importância do respeito ao seu teor literal, Fr. Müller aponta:

⁷² ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010. p. 186.

⁷³ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metodica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 151.

Decisões que passam claramente por cima do teor literal da constituição não são admissíveis. O texto da norma de uma lei constitucional assinala o ponto de referência e obrigatoriedade ao qual cabe precedência hierárquica em caso de conflito.⁷⁴

E mais adiante:

O programa da norma formulado no teor literal orienta o sentido da delimitação e limitação não apenas o processo da seleção de pontos de vista materiais a partir do âmbito genérico de regulamentação da prescrição (âmbito material) e a partir do âmbito do caso (conjuntos de fatos do caso jurídico), mas todo o processo de concretização.⁷⁵

Desde a formulação do programa da norma, é perceptível que não há simplesmente uma “interpretação” do texto normativo, visto que há uma espécie de seleção dos textos normativos relevantes, que, por sua vez, já demanda um caso concreto (ou hipotético). Assim, mediante a análise dos fatos que aquele dispositivo pode abranger (âmbito material) e mais precisamente, das características individuais do caso (âmbito do caso) é que se poderá constituir o programa normativo.

Ademais, como já dito anteriormente, a interiorização de dados reais na estrutura da norma jurídica é algo fundamental na Teoria Estruturante do Direito. Assim, por meio de sua metódica será estabelecido o parâmetro para a seleção dos dados reais componentes da norma. Em um primeiro aspecto, o operador do direito fará uma “peneira” na narrativa que contara aos fatos selecionando somente aqueles que possuam uma repercussão jurídica. Só então será colocada a “filtragem” feita pelo programa da norma. Desse modo, o programa da norma atua como filtro dos dados reais que entrarão no processo de decisão. O programa da norma limitará a seleção dos dados reais que irão delimitar o âmbito da norma. O âmbito normativo deverá se coadunar com o programa da norma. Dentro dessa perspectiva, não há uma normatividade decorrente meramente da facticidade, que possibilita interpretações equivocadas. Dentro desse contexto, ressalta-se, que o programa da norma é o que estabelece limites (semânticos) dentro do processo de concretização em um Estado Democrático de Direito.

⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 64-65.

⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 94.

2.2.2 O Âmbito normativo

Para Friedrich Müller o âmbito normativo expressa o “recorte da realidade social” na sua estrutura básica que o programa da norma “escolheu” para si ou em parte “criou” para si como seu âmbito de regulamentação⁷⁶; é tão relevante na constituição da norma jurídica, quanto o programa da norma. Dentro da perspectiva da TED, deverá ser integrado à norma, não sendo possível concebê-lo como algo exógeno ao Direito, muito pelo contrário, é fator *coconstitutivo* da normatividade. Desse modo, por meio do que é estabelecido pelo “âmbito do material” ou pelo “âmbito do caso”, o programa da norma elencará o respectivo “âmbito normativo”, e com ele irá estruturar a norma jurídica.⁷⁷

Com a formação do âmbito normativo serão expressos os dados da realidade que figuram como fatores elementares na constituição da norma. Entretanto, importante considerar que estes dados não são uma mera aglutinação de fatos, uma vez que o âmbito normativo é filtrado, como dito anteriormente, pelo programa da norma.

Importante esclarecer que Müller destaca que os âmbitos da norma podem advir ou não do ordenamento jurídico. Sobre aqueles gerados por “fontes” jurídicas, ou seja, que são oriundas do ordenamento jurídico, com por exemplos as prescrições referentes a prazos, datas, regras processuais e institucionais disposições com âmbitos normativos gerados.

Contudo, na concretização dos direitos fundamentais poderão surgir casos onde as disposições do âmbito normativo não terão como fonte o direito. Desse modo, âmbitos normativos que advêm do próprio direito possuem uma maior rastreabilidade no texto da norma,⁷⁸ enquanto que âmbitos normativos “mais contaminados pela

⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 57.

⁷⁷ “Não é uma soma de fatos, mas um nexos formulado em termos de possibilidade real de elementos estruturais que são destacados da realidade social na perspectiva seletiva e valorativa do programa da norma e estão via de regra de conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da conformação jurídica do âmbito da norma e em virtude de sua seleção pela perspectiva do programa da norma o âmbito da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 44.

⁷⁸ Como nos diz Müller, “em prescrições referentes à forma, em normas processuais e organizacionais, em prescrições de remissão [Verweisungsvorschriften], definições legais [Legaldefinitionen] e em regulamentações com enunciado jusdogmático-conceitual numérica ou individualmente determinado os âmbitos de normas desaparecem por trás dos

facticidade” necessitam de uma análise mais aprofundada, afim de que haja uma congruência efetiva com os elementos do programa da norma.⁷⁹

Como já visto anteriormente, a norma em Müller é estruturante e estruturada. Nesse aspecto, somente com o desvelar de sentidos em consonância com o texto, naquele instante, naquele caso, naquele momento poderão ser compreendidas os sentidos que o constituem.

Para Müller, apenas no interesse da normatividade jurídica, isto é, tão somente a serviço de uma racionalidade jurídica especial vinculada à norma, podem aspectos da realidade social entrar na dogmática jurídica e na metódica jurídica.⁸⁰ O esclarecimento da problemática fundamental da ciência jurídica é uma tarefa científica. Nessa tarefa, tanto “a” realidade quanto a estrutura da normatividade jurídica devem ser tratadas de forma hermeneuticamente diferenciada.

Somente nesse caminho a compreensão da ciência jurídica como uma ciência normativa autônoma pode ser formulada de forma correta. Müller busca racionalmente coadunar realidade e estrutura normativa percorrendo um caminho que seja “hermeneuticamente” possível. Portanto, trabalha subjacentemente com a “Hermenêutica Filosófica”, mas sem com ela se equiparar. Consciente da fecundidade dos questionamentos por ela levantados, Müller busca seus similares jurídico-epistêmicos com a Teoria e Metódica Estruturante.⁸¹

programas das normas”. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 59-60.

⁷⁹ “Os textos das normas referem-se, por exemplo, a partes do mundo real, como ‘imprensa’, ‘a ciência’, ‘a arte’, ‘a concorrência’, ‘a natureza jurídica do seguro’, ‘o curso de doutorado’; são esses cortes da realidade social visados pelo programa da norma ou por ele construídos que Müller denomina o âmbito da norma”. ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 248.

⁸⁰ Enquanto que para a Teoria Pura do Direito, nas palavras de Warat: “Kelsen elimina do seio [de sua teoria] toda noção metajurídica, e não só a valoração jurídica (a axiológica), senão também a facticidade (os fatos), ficando tão só com a norma e seu enfoque técnico-jurídico, que de reduz a demonstração lógica da validade das normas jurídicas. O conteúdo do direito se identifica com a norma. A realidade jurídica advém da norma, categoria do conhecimento, desvinculada da dinâmica existencial e de seu intento de valorização e justificação. Tradução Livre. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003. p. 61.

⁸¹ Nesse sentido: “Nem a teoria objetiva nem a teoria subjetiva merecem preferência. Ambas partem do enfoque indagativo parcialmente incorreto, parcialmente insuficiente. Devem ser abandonadas em favor das regras diferenciadoras de preferência aqui elaboradas.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.p. 98.

2.3 ASPECTOS PONTUAIS SOBRE AS LEITURAS DA TEORIA E METÓDICA ESTRUTURANTE DO DIREITO

A inovadora proposta da Teoria Estruturante trouxe alguns avanços providenciais na doutrina brasileira, sendo absorvida por vários juristas importantes. Como, por exemplo, Gilmar Mendes: “O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto.”⁸² E ainda, por Nelson Nery: “nem se trata de confundir texto e norma, porque, ainda que esta não se confunda com aquele (teor literal), ainda assim deverá, de qualquer modo, ser compatível com o texto da norma.”⁸³

Como já se viu anteriormente, João Maurício Adeodato, aproximando-se também da Teoria e Metodica Estruturante, assume alguns de seus avanços no desenvolvimento de sua obra “Ética e Retórica”⁸⁴: “Na evolução da exegese para variantes mais sofisticadas de normativismo, a sentença passa a ser vista como norma jurídica individualizada. [...] a generalidade caracteriza apenas o texto e toda norma jurídica é concreta.”⁸⁵ Nota-se também, mais acentuadamente em seu artigo “A construção retórica do ordenamento jurídico – três confusões sobre Ética e Direito”:⁸⁶

A norma jurídica permanece como uma ideia, um significado que se tenta comunicar por meio das fontes, até que se concretize na decisão do caso, a rigor após o trânsito em julgado. Só então os textos normativos adquirem significado definido, ganham sentido e alcance diante do caso concreto. Daí a teoria estruturante de Müller afirmar que o legislador só faz o texto, um dado de entrada para a construção objetiva da norma no caso concreto: o texto da norma não tem ainda

⁸²MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.134.

⁸³NERY JUNIOR, Nelson. O Senado Federal e o controle concreto de constitucionalidade de leis e de atos normativos: separação de poderes, Poder Legislativo e interpretação da CF 52 X. *Revista de Informação Legislativa*, v. 187, p. 193-200, 2010.

⁸⁴ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁸⁵ADEODATO, João Maurício. *Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo*. São Paulo, Noeses. p. 86-87. Também ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional: sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 202.

⁸⁶ADEODATO, João Maurício; CARVALHO, Paulo de Barros. *A construção retórica do ordenamento jurídico - três confusões sobre ética e direito*. In: VI Congresso Nacional de Estudos Tributários, 2009, São Paulo. Sistema tributário brasileiro e a crise atual. São Paulo: Noeses, 2009. v. 1. p. 355-366.

qualquer significado (prévio), mas apenas validade, está validamente posto.

Acerca de eventuais equívocos na recepção da teoria de Müller, é possível citar a leitura de Matthias Jestaedt ao propor que: “El enfoque de la concretización ha sido desarrollado de manera más pronunciada para la interpretación de la Constitución, a saber por Konrad Hesse, Friedrich Müller, Ralph Christensen y Brun-Otto Bryde”.⁸⁷ Nesse ponto, a “interpretación significa siempre concretización, hasta llegar a una unión entre ambas. La interpretación se explica como producción de derecho por medio de la concretización creativa de las normas.”⁸⁸ Para ele o Tribunal Constitucional Alemão estaria fazendo uma “Jurisprudência da Concretização” com bases na Hermenêutica Filosófica, em razão disso, conclui: “la idea de una *lex ante casum* preexistente, que se pueda expresar únicamente descubriendo lo que ha puesto en ella, es una quimera a nivel de teoría del conocimiento.”⁸⁹ Para ele o que deve ser compreendido somente se materializa no processo de aplicação”, equivocando-se, portanto, nas leituras de Fr. Müller e Hans-Georg Gadamer. Nas palavras de Lenio Streck:

Essas conclusões de Jestaedt se dão por uma equivocada leitura de Heidegger e Gadamer, mormente deste último. Com efeito, quando Gadamer afirma que interpretar é aplicar, portanto, superando as *três subtilitas (intelligendi, explicandi e aplicandi)*, não quer dizer que ele tenha substituído a interpretação pela aplicação ou a compreensão pela concretização. O que Gadamer sustenta é que não há como cindir a interpretação da aplicação. Mas sua complexa hermenêutica está sustentada no círculo hermenêutico e na tradição. Fica sem sentido dizer que, na hermenêutica, a lei (*ante casum*, ou seja, o texto da lei) seria uma quimera (sic).⁹⁰

Em nenhum momento a Teoria Estruturante do Direito reclinase a ideia de “concretização” como uma combinação de investigações hermenêuticas apartadas da

⁸⁷ JESTAEDT, Matthias. *La ponderación en el derecho*. In: Montealegre, Eduardo (org). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p.33.

⁸⁸ JESTAEDT, Matthias. *La ponderación en el derecho*. In: Montealegre, Eduardo (org). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p.32.

⁸⁹ JESTAEDT, Matthias. *La ponderación en el derecho*. In: Montealegre, Eduardo (org). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p.33.

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. Superando os Diversos tipos de positivismo: Porque Hermenêutica é Applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, jul./dez. 2014.

sociologia jurídica e técnica da decisão, ou ainda, submetida a elas.⁹¹ Tampouco, é passível de se reduzir em um posicionamento realista irrefletido, localizando-se em uma instância de pragmatismo genérico, pois, em que pese tenha como ponto de partida elementos da práxis, não se reduz metodologicamente a esse nível.⁹²

Eros Graus também acabou por se influenciar com a introdução da TED no Brasil, no entanto, demonstra não apreender a abrangência da totalidade da proposta de Müller, uma vez que, em sua perspectiva, depois de construída a norma - com a constituição do programa normativo e âmbito normativo - será estabelecido um “quadro” com uma gama de possibilidades, igualmente corretas, aplicáveis ao caso concreto.⁹³ A “norma positivada” será tão somente a norma de decisão e a “norma quadro” será denominada apenas “norma” por Eros Grau. Para ele, a interpretação do Direito não diz respeito à ciência do Direito, restringindo-se a uma questão política que, ao final, se manifestará simplesmente como um ato de vontade do magistrado. Isso porque, logo após todo o processo de estruturação, a norma é apresentada como um “quadro” em que há várias possibilidades de interpretação, sendo tão somente uma válida, não porque necessariamente seja a resposta correta, mas sim, porque o magistrado a escolheu. Desse modo, vê-se em seu posicionamento, a existência de vestígios fundamentais do positivismo normativista, posicionamento esse superado e justamente criticado pela Teoria e Metodica Estruturante.

⁹¹ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 22.

⁹² Na Teoria Estruturante do Direito, Friedrich Müller trabalha com uma concepção estruturante da teoria e dos métodos “empírico-pragmática”. Todavia – retomando a questão de Jastaedt, não se trata de um pragmatismo genérico, ideológico, mas de um pragmatismo operacionalizado pelos conceitos e *modi operandi* teórico-metodológicos e operacionalizado nos detalhes desses mesmos conceitos e *modi operandi*. Assim o “direito” e a “realidade” não aparecem mais como categorias opostas abstratas, mas atuam como elementos da ação jurídica, sintetizáveis no trabalho jurídico efetivo de caso para caso – na forma da norma jurídica produzida. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.14.

⁹³ Ainda nesse sentido, Eros Grau dispõe: O intérprete, então, atua segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso, a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito: no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.105-106.

Nessa perspectiva, ainda entende-se equivocadamente, o posicionamento de Thomas da Rosa Bustamante⁹⁴ que ao “ponderar” Robert Alexy e Friedrich Müller,⁹⁵ fica com aquele:

Alexy deu um salto muito maior: manteve um conceito de norma jurídica próximo do de Kelsen, mas foi além no seu projeto de argumentação jurídica, pois permitiu o uso de argumentos extra-normativos (entre os quais os argumentos empíricos são apenas uma pequena parte) que permitem um maior grau de valorações racionalmente controláveis, sem perder-se num decisionismo ou emotivismo. Alexy permite uma prática jurídica cognoscitivista que se orienta pela bem lançada ideia de pretensão de correção, além de um rico catálogo de regras que, caso a caso, se fundamente a racionalidade das decisões.

Müller atribui um caráter autodeclarado como indutivo⁹⁶ em sua teoria, por desenvolver seus esquemas conceituais de forma intrajurídica, isto é, por partir dos problemas do próprio universo jurídico, sem colonizar o direito por visões teóricas alheias a sua realidade. Trabalha-se de “*baixo para cima*: não se começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com o seu entorno social”,⁹⁷ ou seja, a teoria surge a partir das preocupações advindas da rotina no interior da prática jurídica, prescindindo de uma “racionalidade” teórica autossuficiente. Contudo, dentre os motivos que se desvelarão ao longo desse trabalho, será demonstrado mais precisamente os motivos – com relação à “ponderação” de Alexy - pelos quais a Teoria

⁹⁴ BUSTAMANTE, T. R. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 43, p. 89-109, 2003.

⁹⁵ Nesse sentido, comparando Müller e Alexy: TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no estado brasileiro sob a ótica de Müller e Alexy. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 13-19, set./dez. 2014.

⁹⁶ “Esse novo paradigma é indutivo à medida que desenvolve os seus esquemas conceituais de forma intrajurídica: partindo dos problemas do próprio universo jurídico, sem ‘dedução’ filosófica ou ‘transferência’ de cima e sem colonização por visões de mundo advindas de fora. Ele é indutivo por trabalhar de baixo para cima: não começa com a teoria abstrata, mas com as tarefas comuns da práxis jurídica e com seu entorno social. A partir daí ele desenvolve, em contato com essa realidade, gradualmente, esquemas conceituais teóricos.” MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 11.

⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 12.

Estruturante do Direito distancia-se do posicionamento apresentado por Thomas da Rosa Bustamante.⁹⁸

2.3.1 Sobre o termo “Pós-Positivismo”

A expressão “Pós-positivista”⁹⁹ não se constitui como um termo retórico, nem também se deu sob a influência do que posteriormente foi denominado de “pós-modernidade”, senão foi elaborada primordialmente com o sentido aqui exposto por Fr. Müller, ou seja, com o intuito de realmente transpor às limitações do positivismo.¹⁰⁰ Não se trata de uma reação *antipositivista* mas, ao contrário das teorias positivistas, o entendimento teórico que se desenvolve no contexto “Pós-positivista” procura confirmar a radicalidade de uma espécie de “elemento antropológico”, que era totalmente esquecido pelo paradigma positivista.¹⁰¹ Nesse sentido, diante de uma

⁹⁸ Ainda sobre paralelismo entre a Teoria Estruturante do Direito e outras vertentes, ver: MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. O construtivismo de François Geny e a Metodica Estruturante de Friedrich Müller: Há um paralelismo possível entre a escolha da livres investigação científica e a Teoria Estruturante do Direito? *THEMIS – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. p.15-26. v.8, n.2, ago/dez, 2010. Ver também: MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta com o artigo: “Às voltas com a Metodica Estruturante do Direito de Friedrich Müller”. *Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)*, n. 22 (2015), pp. 95-108. Publicação original disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdé>>. Acesso em: 25 set. 2015.

⁹⁹ Sobre o tema ver também: REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y Postpositivismo: Dos paradigmas jurídicos em pocas palabras. Universidad de Alicante. *DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 30 (2007). CALSAMIGLIA, Albert. Post positivismo. *DOXA* 21-I (1998), p. 209-220. MANCEBO, Luis-Quintín Villacorta. *El Derecho de creación judicial, formulado desde El punto de vista de La Teoría Del Derecho*. Ver também: MORALES, Cesar Mecchi. *Tese de Doutorado. “Originalismo e Intepretação Constitucional”*. Universidade Estadual de São Paulo, 2011.

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31-32.

¹⁰¹ Caracterizado o pós-positivismo como uma postura teórica que se ocupa da concretização do direito e não de seu mero entendimento, vale dizer, uma postura teórica que enfrente a radicalidade do elemento interpretativo que atravessa toda a experiência jurídica, procuramos recompor as tradicionais teorias das fontes, da norma e do ordenamento jurídico. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 407. “Importante anotar que, dentre as várias questões que compõe esse universo de problemas, o elemento central desse capítulo diz respeito à passagem do conceito semântico-positivista de norma para um conceito paradigmático-pós-positivista. Ou seja, salta-se do simples entendimento das normas em direção à discussão e enfrentamento dos problemas relativos à sua efetiva concretização. Esse novo conceito de norma – que, como afirma Fr. Müller, representa a pedra de toque do pós-positivismo- não aparece bem trabalhado por alguns setores do pensamento jurídico brasileiro. De fato, há uma certa dificuldade em lidar com a distinção entre texto e norma e os diversos reflexos que isso produz para a instrumentalização concreta do direito”. ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli;

“concretude” interpretativa, busca-se dissolver o espaço da chamada “discricionariedade judicial”, uma vez que perante a dificuldade de lidar com esse “elemento antropológico” - ou ainda “elemento hermenêutico”, o positivismo limita-se à investigação teórica,¹⁰² suprimindo a práxis de sua esfera de análise, isto é, o direito

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 407.

¹⁰² Sobre essas divergências entre positivismo/pós-positivismo, importante dispor: “Quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando. Com efeito, de há muito minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades (ou decisionismos e protagonismos judiciais). Isso porque considero, no âmbito destas reflexões, superado o velho positivismo exegetico. Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei” etc.; enfim, podemos ser poupados, nessa quadra da história, dessas “descobertas polvulares”. Essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da jurisprudência dos valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*) etc. Explicando melhor: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento. No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, um tipo de lei: os Códigos. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno em determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado “formalismo conceitual” que está na raiz da chamada “jurisprudência dos conceitos”). No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seu respectivo direito privado. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” –, mas, sim, em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de “exegetismo” tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Esse texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*. A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos Códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao direito romano. A ideia era simples: aquilo que não poderia ser resolvido pelo direito comum seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o direito romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804, e Alemanha, 1900). A partir de então, a função de complementaridade do direito romano desaparece totalmente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos Códigos, que passam a possuir, desse momento em diante, a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o dado positivo com o qual deverá lidar a ciência do direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”. De algum modo se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo,

é concebido como um sistema de normas e o papel do jurista é ordenar este sistema com coerência e racionalidade.¹⁰³ Dito de outro modo, Lenio Streck:

[...] o pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade. Pós-positivismo será compreendido, neste contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra.¹⁰⁴

Como já dito, essa expressão foi utilizada pela primeira vez (no sentido metodológico) por Fr. Müller em sua obra “Metódica Jurídica” em 1971.¹⁰⁵ Enfatiza-se novamente que esse termo “Pós-positivismo” não define uma escola contrária ao positivismo,¹⁰⁶ mas uma nova postura teórica que, ciente do problema central não enfrentado pelo paradigma positivista – qual seja: a questão interpretativa em sua concretude em que se dá o *locus* da atualmente denominada “discricionariedade judicial”. Com esse intento, busca elucidar novas perspectivas para solucionar o

como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram benquistos pelo modo positivista de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese, na França, e A Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha. Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do “criptograma do positivismo” –, como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista. A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas. Num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de positivismo normativista. Aqui, há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31-32.

¹⁰³ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

¹⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 7.

¹⁰⁵ ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 47.

¹⁰⁶ Müller, Friedrich. Positivismo. *Revista Opinião Jurídica*. Ano VI, n.10, 2008. p. 224.

problema da concretização do direito e não tão somente problemas *in abstracto*,¹⁰⁷ proporcionando uma maior compreensão do momento decisório. Nesse sentido:

[...] a compreensão adequada da Teoria Estruturante de Friedrich Müller permitiria desvanecer diversos equívocos frequentemente encontrados em nossa doutrina e jurisprudência, e.g., confundir *neoconstitucionalismo* com pós-positivismo; que lançar os princípios a condição de valores criaria paradigma pós-positivista; imaginar que a ponderação de Robert Alexy é um método seguro de solução de conflitos; acreditar que a subsunção é ainda um mecanismo de solução de casos jurídicos e que possam existir súmulas ou decisões paradigmas com a decisão pronta a solucionar uma multiplicidade de novos casos; que a norma pode ser encontrada na vontade da lei ou do legislador.¹⁰⁸

Como se viu, indubitavelmente, na doutrina brasileira, o “verdadeiro sentido” do que seja “Pós-positivismo” nem sempre é compreendido¹⁰⁹, senão por apenas alguns juristas cômicos de seu local de fala, uma vez que o uso dessa expressão não pode se configurar um “ornamento” teórico-retórico que revestirá determinada teoria com um “ar” de sofisticação e atualidade. Daí importante verificar em que sentido se tem comumente usado a expressão “Pós-Positivismo”. Em virtude dessa problemática, Rafael Tomaz de Oliveira publicará o texto “*Expressão pós-positivista necessita passar por uma limpeza semântica*”¹¹⁰ em que dispõe:

Assim, nos quadros do chamado *pós-positivismo*, o conceito de direito é determinado a partir do inexorável elemento hermenêutico que acompanha a experiência jurídica. O que unifica as diversas posturas que podem ser chamadas de pós-positivistas é que o direito é analisado na perspectiva da sua interpretação ou da sua concretização. Fora disso, a crítica ao positivismo se perde no fugas. Fora disso, uma eventual oposição ao positivismo pode até ser tida como *antipositivista* ou *não positivista*. Porém, de forma alguma poderá ser nomeada como *pós-positivismo*.

¹⁰⁷ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68.

¹⁰⁸ABBOUD, George. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, v. 53, Jan. 2013. p. 11.

¹⁰⁹ Como, por exemplo, quando se diz que a “ponderação” de Robert Alexy é Pós-positivista.

¹¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Expressão Pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

Tanto na Teoria Estruturante quanto na Crítica Hermenêutica revelam-se um “elemento hermenêutico”, ambas prescindem da distinção entre teoria e práxis ressaltando a relevância de se (re)pensar a ciência do direito em sua concretude, em detrimento da roupagem “sintaxe-semântica” tão característica das posturas anteriores.¹¹¹ E é para investigar esse “elemento hermenêutico” que se inserirá os apontamentos efetuados no capítulo seguinte.

¹¹¹ Sobre estudos mais aprofundados exclusivamente na Teoria e Metodica Estruturante - intermitente na proposta aqui apresentada - sob a influência do que se colheu de obras do próprio Friedrich Müller, lista-se, *data vênia*, informalmente uma breve indicação das seguintes obras: Anabelle Macedo Silva, *Concretizando a Constituição*, Rio de Janeiro 2005; Rodrigo Meyer Bornholdt, *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*, São Paulo 2005; Sérgio Valadão Ferraz, *Ensaio sobre a teoria estruturante do direito em Friedrich Müller (doravante: F.M)*, Ponta Grossa 2006; Idem, *Hermenêutica Constitucional estruturante: concretismo normativo para efetividade da Constituição*, Curitiba 2009; João Fábio Silva da Fountura, *Positivismo jurídico e pos-positivismo a luz da metódica estruturante*, Florianópolis 2009; Nestor Castilho Gomes, *A teoria da norma de F.M.: reflexos na metódica jurídica*, Florianópolis 2009; Rafael nascimento Reis, *Orden Publico del mercosur: un introito*, Publicações acadêmicas UniCeub, Brasília 2007; Fernando Andreoni Vasconcellos, *Os juízes criam tributos*, Curitiba 2003; Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 7.ed 1997 (São Paulo), p.247 ss.; 455 ss.; Alexandre Henrique Tavares Saldanha, *A metódica estruturante no controle das omissões legislativas inconstitucionais pelo mandado de injunção*, Recife 2007; José Maria Arruda de Andrade, *Hermenêutica constitucional e a teoria estruturante do direito*. Belo Horizonte, 2009 (Editora Fórum); Marcelo Paiva dos Santos, *A história não contada do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre, 2009; Idem, *A democracia brasileira no contexto da periferia latino-americana: o problema da jurisdição e o contributo possível da reflexão metodológica. Diálogos com F.M, Castanheira Neves, Niklas Luhman e Miguel Reale*. Rio de Janeiro, 2011-2012. Artigos: Marco Túlio Reis Magalhães, *Hermenêutica Constitucional: Comparação das teorias de Konrad Hesse e F.M.*, *Revista Jurídica da Presidência da República* (2005); Rafael Nascimento Reis. *A reedição de medidas provisórias após a Emenda Constitucional n.32/2001 e a Teoria hermenêutica concretizante de F.M.* *Revista jurídica da Presidência da República* (2005); A.M Godoy, *Métodos de trabalho do direito constitucional de F.M.*, *Revista jurídica da Presidência da República* (2006); José Luis Bolzan de Moraes. *Crise do Estado e democracia. Onde está o povo?* In: Martorio Mont’Averne Barreto Lima e Paulo Antonio de Menezes Albuquerque (orgs.), *Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a F.M.* Florianópolis, 2006. p.113 ss.

3 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA NA CONCEPÇÃO NORMATIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Nesse capítulo, serão expostas as origens de um teorema fundamental para a compreensão da Filosofia Hermenêutica: a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). Esse “recurso” da Filosofia Hermenêutica foi originalmente revelado no pensamento do filósofo alemão Martin Heidegger. Com esse “pensar poético” tenta-se aqui explicar o que “é” a Diferença Ontológica. Nessa perspectiva, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, desenvolve-se a amplitude de como esta distinção fundamental foi capaz de desvelar, sob um outro viés, a duplicidade existente no conceito de norma. Dito mais coloquialmente: como esse “recurso” da Filosofia Hermenêutica foi “parar” na Crítica Hermenêutica do Direito, influenciando fundamentalmente a sua concepção normativa.

3.1 A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

Apesar de assim parecer, “diferença ontológica” não é uma expressão mágica. O mistério e a estranheza por ela provocados, seguem-na desde sua origem. Uma história ilustra bem essa questão: Era mais um dia em Marburgo. Início de 1924, os jovens alunos Hans Georg-Gadamer e seu amigo Gerhard Krüger acompanhavam o professor Heidegger e, curiosos sobre como se fazia a “diferença ontológica”, perguntaram ao professor como precisamente se fazia uma diferenciação tal que fosse ontológica. Ao escutar a pergunta, Heidegger parou por um instante e disse: “Mas não! Essa distinção de modo algum é feita por nós”. Ingenuamente, os alunos buscavam o conceito do que “era” a diferença ontológica, pois ainda, de certo modo, estava encoberto o que, depois da chamada “viragem” (*Kehre*) se desvelou mais apropriadamente: a diferença não é algo feito por um sujeito, por alguém, mas que nela já estamos, a diferença é acontecente, o “ser” mostra-se no “ente” e nisso já reside a questão sobre o que significa o fato de o ente se “dar”.¹¹² Aquilo que lhe é furtivo é justamente aquilo que lhe preserva. “Portanto, a diferença não é algo que se faça, mas algo que apresenta aí, que se abre como um abismo. Algo se afasta. [Onde] Um despontar tem lugar”.¹¹³

¹¹²GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010. p. 70.

¹¹³GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010. p. 70.

Desse modo, desde seu início, a expressão “diferença ontológica” apontava para um pensar algo que era além do habitual, pois quando ansiosamente os alunos tentavam acompanhar o pensamento do professor Heidegger, ele atentamente dizia “Sim, Sim – mas isso é ôntico e não ontológico”. Heidegger não queria, que a palavra “diferença ontológica” acostumassem, fatigassem, desgastassem, enfraquecessem seu verdadeiro sentido, e com esse intuito, buscou sempre preservá-la: “o conceito diretriz ‘diferença ontológica’ atravessa os primeiros momentos iniciais de Heidegger e alcança até suas formulações mais tardias”.¹¹⁴ Assim, a força e o frescor da expressão “diferença ontológica” deixavam transparecer o *unvorderlich* (aquilo que não pode ser pensado pela primeira vez por ninguém), a dimensão do impensado, ao se buscar prescindir da distinção inequívoca entre “ente” e “ser”. Citando Schelling, por Gadamer, “é o impassível de ser previamente descoberto pelo pensamento”.¹¹⁵

Para distanciar da objetificação do “ser” próprio da metafísica, Heidegger procurava “o ente em sua totalidade”. O “ser” enquanto aquilo que não pode ser designado por ninguém, mas que, ao mesmo tempo, é aquilo sobre o que todos podem dizer algo. O rastro do mistério da diferença ontológica reside na relação que todos nós temos com múltiplos entes, sem, no entanto desconsiderar que no fundo, todo ente “é”, isto é, aí o ser sempre se encontra. E é nesse “é”¹¹⁶, nesse espaço onde pode emergir o impensado, é que se coloca a diferença entre ser e ente.

¹¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010. p. 71.

¹¹⁵. “Essa é uma expressão alemã muito bonita. Sua magia repousa no fato de podermos pressentir nela um sopro real desse movimento prévio que sempre quer pensar primeira e antecipadamente e que, porém, sempre se depara com algo que não pode mais ser descoberto por meio da representação e da antecipação pelo pensamento”. GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010. p. 74.

¹¹⁶ “O sentido de “é” Aristóteles de vez em quando expressa como onhosaletés (o ser no sentido verdadeiro). Isto faz parte da forma de qualquer enunciado assertivo negável e é o significado nuclear do “é” na medida em que com ele não se junta uma expressão de sujeito e uma expressão de predicado, mas na medida em que com esse “é” se apresenta antes de tudo uma pretensão de verdade. É impossível nos relacionarmos com um estado de coisas como um fato, sem ligar, como o “é” do enunciado assertórico, uma pretensão de verdade. Se entendermos com “ser” o ato da afirmação no sentido de apresentar uma pretensão de validade, então vemos que e porque ser não é ente. Aristóteles, que ainda subsume o ser, contudo, sob a categoria de ente, fazendo uma ontologia, não percebeu a diferença ôntico-ontológica e, com isto, levou a Filosofia para um beco sem saída do qual nos tentam tirar, ao mesmo tempo, a Filosofia analítico-linguística e a ontologia fundamental de Heidegger”. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 279.

Assim, por isso permanece difícil o entendimento do que “seja” diferença ontológica, pois, na medida em que a hermenêutica não persegue um pensar da *Theoria*, uma pensar que calcula, ela se distancia do pensar como correspondência, e um outro modo de compreender¹¹⁷ surge, isto é, um compreender que é um deixar ser. Desse modo, a Filosofia Hermenêutica¹¹⁸ e a Hermenêutica da facticidade defrontam-se com o ser-aí jogado no aí, “condenado” a interpretar a si mesmo.

No parágrafo 42 de *Ser e Tempo*, Heidegger encontra, ludicamente, o modo mais apropriado de dizer o como se deu essa dimensão do “pré-ontológico”:

Um dia em que ‘Preocupação’ atravessa um rio, vê um lodo argiloso: pensativa, pega um tanto e começa a modelá-lo. Enquanto reflete sobre o que fizera, Júpiter intervém. ‘Preocupação’ lhe pede que empreste espírito ao modelo, no que Júpiter consente de bom grado. Mas, quando ‘Preocupação’ quis impor-lhe seu próprio nome, Júpiter a proíbe e exige que seu nome lhe deveria ser dado. Enquanto ‘Preocupação’ e Júpiter discutiam sobre o nome, a Terra (Tellus) surge também a pedir que seu nome fosse dado a quem ela dera seu corpo. Os querelantes tomam, então, Saturno para juiz, o qual profere a seguinte decisão equitativa: “Tu Júpiter, porque deste o espírito, deves recebê-lo na sua morte; tu; Terra, porque o presenteaste com o corpo, deves receber o corpo. Mas porque ‘Preocupação’ foi quem primeiro o formou, que ela então o possua enquanto ele viver. Mas, porque persiste a controvérsia sobre o nome, ele pode se chamar *homo*, pois é feito de *húmus* (terra).¹¹⁹

Como se vê, a compreensão de ser que se expressa no homem é pré-ontológica, ou seja, é anterior a qualquer enunciação sobre si mesmo ou sobre o mundo. Esse ente privilegiado que esta fatalmente condicionado a compreender ser

¹¹⁷“A compreensão é uma estrutura que articulamos antes de um processo consciente, que articulamos entre nós mesmos, com nosso modo de nos relacionar com o mundo e com as pessoas. Estrutura que não conseguimos explicar; mas sem a qual não se daria outro processo de conhecimento.” STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. 2. ed. Ujuí: Unijuí, 2008. p. 67.

¹¹⁸ Heidegger, radicalizando a fenomenologia, supera-a na medida em que se pergunta pela própria condição de possibilidade de qualquer dar-se, ou seja, trata-se de explicitar a esfera de possibilitação do próprio encontro entre subjetividade e o mundo. [...]Então, se a fenomenologia tinha feito da filosofia uma teoria do sentido, trata-se, agora de tematizar o sentido dos sentidos, pois “sentido-fundamento” de qualquer sentido. A filosofia faz-se, assim, uma ontologia hermenêutica, isto é, interpretação do sentido de ser, enquanto sentido, que subjaz a toda e qualquer atividade do homem no mundo. A fenomenologia é a pesquisa daquilo que se mostra a partir de si mesmo. Ora, o que se revela, em última análise, o que se mostra como fonte última de todo mostrar-se é o ser. OLIVEIRA, Manfredo Araujo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p 207- 208.

¹¹⁹ “Fausto e Preocupação” Apud HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2012.

tem origem na ‘Preocupação’ (Cura). Entretanto, a fábula não desvenda somente essa questão, ela aponta também que além da precedência da “Preocupação”, há também sua ligação com a comum concepção do homem como a união de corpo (Terra-Tellus) e espírito. “*Cura prima finxit*: esse ente tem ‘origem’ de seu ser na preocupação. *Cura teneat quamdiu vixerit*: o ente não é abandonado por sua origem, mas retido por ela e submetido a seu domínio “enquanto esse ente ‘é no mundo”.¹²⁰ A sua “existência” se conformará com a “Preocupação”, sendo seu nome uma referência àquilo de que foi feito (*húmus*). Importante lembrar que fica bem claro aqui que ‘Preocupação’ (Cura) não retrata exclusivamente o sentido ôntico de “aflição”, “angústia”, mas sim, um papel determinante no modo de ser do homem, pois é ele por ela constituído.¹²¹

Desse modo, pode-se questionar em que medida a metafísica pertence à natureza do homem. Segundo Heidegger, a metafísica coloca, desde seu início, o homem como um ente dotado de propriedades e capacidades especiais (espírito, razão, consciência), como um *compositum* de animal e racional. “A essência, qualificada desta ou daquela maneira, a natureza, o teor (o quê) e a modalidade (o como) de seu ser, é em si metafísica: animal (sensibilidade) e rationale (não-sensível)”.¹²² Encerrado nessa concepção, e conseqüentemente, em um pensar metafísico, o homem permanece cego à diferença entre ser e ente, equiparando ente e ser, uma vez que “toda determinação da Essência do homem, que já pressupõe, em si mesma, uma interpretação do ente sem investigar – quer o saiba quer não – a questão sobre a verdade do ser, é metafísica”.¹²³ Assim:

É certo que a metafísica representa o ente em seu ser e pensa assim o ser do ente. Todavia ela não pensa a diferença entre eles. A metafísica não questiona a Verdade do Ser em si mesmo. Daí também nunca colocar a questão, de que modo a Essência do homem pertence à Verdade do Ser. Essa questão a metafísica não apenas não colocou.

¹²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 553.

¹²¹ Em idioma original (latim), a história da Cura (Preocupação): *Cura cum fluvium transiret, videt cretosum lutum; Sustulitque cogitabunda atqie coepit fingere; Dum deliberat quid iam fecisset, Jovis intervenit; Rogat eum Cura ut det illi spiritum, et facile impetrat; Cui cum vellet Cura nomen ex sese ipsa imponere, Jovis prohibuit suumque nomen ei dandum esse dicitat. Dum Cura et Jovis disceptant, Tellus surrexit simul; Suumque nomen esse volt cui corpus praebuerit suum. Sumpserunt Saturnum iudicem, is sic aecus iudicat: ‘tu Jovis quia spiritum dedisti, in morte spiritum, Tuque Tellus, quia dedisti corpus, corpus recipito, Cura enim quia prima finxit, teneat quamdiu viexerit. Sed quae nunc de nomine eius vobis constroversia est, Homo vocetur, quia videtur esse factus ex humo.’*

¹²² Heidegger, Martin. *A Superação da Metafísica: Ensaio e Conferências*. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 62.

¹²³ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 37.

Ela é inacessível a metafísica, enquanto metafísica. O Ser continua a esperar, que Ele mesmo se torne, para o homem, digno de ser pensado.¹²⁴

Em virtude disso, compreender o que é diferença ontológica é compreender o homem como eterno vir-a-ser, compreender sua multiplicidade de possibilidades como realização da 'Preocupação' (Cura). Para Heidegger, a proveniência da "Essência" do homem permanecerá sempre como seu porvir Essencial. No entanto, o pensar metafísico autocentrado em si mesmo se fecha ao dado Essencial mais simples, isto é, de que o homem só vive em sua Essência, enquanto é interpelado pelo Ser. Exclusivamente, dessa interpelação ele "encontra" onde mora sua Essência. Somente a partir desse morar, "tem" ele "linguagem", como a morada, que preserva o ec-stático para sua Essência.¹²⁵ Daí, "enquanto ec-sistente, o homem suporta o Dasein, assumindo na "Cura" o lugar (da), como a clareira do Ser."¹²⁶

Entretanto, caso o homem ainda queira encontrar o caminho da proximidade do Ser, terá primeiramente que aprender a existir também no inefável. Terá que aprender que antes de falar, o homem terá sempre que deixar-se apelar pelo Ser mesmo com o risco de sob tal apelo, raramente ter algo a dizer. Somente assim, restituir-se-á à palavra a sua Essência e ao homem, a habitação para morar na Verdade do Ser.¹²⁷ Mas o que afinal, nesse ponto, pode-se dizer sobre o Ser? :

O que é o Ser? É ele mesmo. O pensamento vindouro terá de aprender a fazer essa experiência e a dizê-la. O "Ser" não é nem Deus nem um fundamento do mundo. O Ser está mais distante do que todo ente e, não obstante, está mais próximo do homem do que qualquer ente, seja um rochedo, um animal, uma obra d'arte, uma máquina, seja um anjo ou Deus. O ser é o mais próximo. E, todavia, para o homem é a proximidade o que lhe é mais distante. Em primeira aproximação, o homem se atém sempre, e somente, ao ente.¹²⁸

Desse modo, quando Heidegger questiona o que é a Filosofia, prontamente se depara com a questão da diferença ontológica, sendo a questão do Ser central em

¹²⁴ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 39.

¹²⁵ "Chamo ec-sistenciado homem o estar na clareira do Ser. Esse modo de ser só é próprio do homem. Assim entendida, a ec-sistência não é apenas o fundamento de possibilidade da razão, ratio. É também onde a Essência do homem con-serva a pro-veniência de sua determinação". HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 41.

¹²⁶ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 46.

¹²⁷ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 34.

¹²⁸ HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967. p. 51.

toda sua obra: “A revelação, a compreensão do ser que distingue ser de ente sustenta todas as nossas expressões linguísticas e, portanto, todo nosso conhecimento, isto é, todo vir ao encontro dos entes”.¹²⁹ Assim, diante do esquecimento do ser ao longo da história, ocultou-se essa maneira de se pensar, e a tradição metafísica entificou o ser, criando um embaraço ao tentar pensar as condições de conhecimento do ente.¹³⁰

Percebe-se, então, que é a partir da diferença que a questão do pensamento se coloca. “Não é apenas o pensamento que se torna objeto – faríamos assim uma ontologia da diferença. O pensamento, porém, nos questiona e assim quem nos determina é a diferença ontológica”.¹³¹ Ao se questionar se a distinção entre ser e ente “vem” do homem, ou se a natureza humana é que “vem” da distinção entre ser e ente, o filósofo erige um esboço de uma perspectiva mais originária de um pensar para além da metafísica. “Tentamos penetrar no fundamento da metafísica para, desta maneira, experimentarmos a distinção entre ser e ente, ou mais exatamente, aquilo que sustenta a própria diferença como tal: relação do ser humano com o ser”.¹³² Desse modo, “as consequências da diferença ontológica são tão radicais que passam a nos oferecer a possibilidade de repensar os modelos de fundamentação de toda a tradição.”¹³³

O ser¹³⁴ torna-se o conceito operativo por meio do qual se dá o acesso aos entes, ele é sua condição de possibilidade. Como essa condição só se opera mediante a compreensão pelo Dasein, pelo ser humano que se compreende, a fundamentação

¹²⁹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 77.

¹³⁰ “Não entificar o ser, identificando-o com o ente ou um ente, significa para Heidegger superar a metafísica”. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 77

¹³¹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 87

¹³² HOLZWEGE e HEIDEGGER Apud STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 96.

¹³³ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 116.

¹³⁴ A analítica existencial, que parte da compreensão do ser, liga os dois teoremas, círculo hermenêutico e diferença ontológica, ao contexto da justificação do conhecimento humano. E, Heidegger procura mostrar que este conhecimento se situa no nível de condição de possibilidade. A analítica existencial como compreensão do ser não elaboro constructos a partir da consciência, da representação, da vontade, para então se afirmar que somente dados tais constructos temos uma explicação das condições de possibilidade do conhecimento. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p.127.

(condição de possibilidade) sempre se dá pelo círculo hermenêutico.¹³⁵ “A relação com o ser e com o modo de ser do Dasein não é uma relação com um objeto ou por intermédio de um sujeito, mas é uma relação que possibilita algo, o acesso aos entes”¹³⁶. Nesse sentido:

Só se é capaz de não confundir o ser com algum ente quando ele é pensando a partir da compreensão do ser. Então o espaço do acesso aos entes é aberto a partir do horizonte do ser.”¹³⁷ É por isso que homem é Dasein, sendo esta expressão constructo para definir a transcendentalidade primeiro, e, depois, o acontecer da história do ser. Na relação entre ser e ente se estabelece assim não apenas uma diferença, mas uma diferença absoluta (que não provem do ente). É essa diferença que aparece em Heidegger como o núcleo de sua fenomenologia e nela se decide a possibilidade do surgimento do significado e sua relação com o objeto. O ente somente pode ser descoberto, seja pelo caminho da percepção ou seja por qualquer outro caminho de acesso quando o ser do ente já está revelado.¹³⁸

Foi assim introduzida não apenas uma hermenêutica da facticidade que poderia servir de caminho para a investigação do sentido do ser, mas também, o caminho colocou-se como o próprio caminhar, isto é, a própria filosofia passou a ser hermenêutica, ou seja, analisar o problema do ser é mover-se na diferença e essa diferença é a que resulta de uma atividade essencial do Dasein que é a compreensão do ser.¹³⁹

Desse modo a hermenêutica coloca-se na tarefa de desvelar o incompreendido e o incompreensível, e, por meio daí, ela é trazida para o caminho em que se obriga a compreensão. Nisso, entretanto, não se coloca de maneira alguma um assenhoramento prévio sobre tudo aquilo que é dotado de sentido. Ao contrário, reside aí a resposta ao desafio que sempre se renova de não se compreender algo que se mostra como algo que é outro, algo mais profundo que precisamos

¹³⁵ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 116.

¹³⁶ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 117.

¹³⁷ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 77.

¹³⁸ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 77.

¹³⁹ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica*: ensaios sobre a desconstrução. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 134.

compreender.¹⁴⁰ Não se trata disso ou daquilo especificamente que não foi compreendido, mas o puramente incompreensível, o fato de estar aí, e, ainda, a incompreensibilidade de não ser: é isso que se projeta no buscar de sentido. Nesse sentido:

O reencontro com Aristóteles e com todo o pensamento grego que dominou por século a história ocidental não altera nada quanto ao fato de termos sido marcados irrevogavelmente por nossa própria herança ocidental. Com certeza, vem à luz agora que essas tradições de pensamento se mostrem como encobrimento em relação esses primórdios originários. Mas mesmo todo encobrimento possui sua função vital. Todos nós sabemos disso. O que seria a vida sem esquecimento? E, contudo, nós nos encontramos diante da tarefa de afastar encobrimientos em nosso pensamento, de retornar a experiências originárias e elevá-las a nível de conceito.¹⁴¹

3.1.1 Uma abertura: O dizer poético da Diferença Ontológica

Para traduzir melhor a peculiaridade daquilo que acompanhou Heidegger durante toda sua trajetória, inevitavelmente, traz-se aqui, poemas sobre a diferença ontológica. A introdução da poesia no presente trabalho não é retórica, como se pode vir a pensar, mas indica em si mesma o respeito ao pensamento ‘a-conceitual’ do autor. Em um trabalho acadêmico, o afã de um rigor científico de máxima explicação, de uma perfeita lapidação de sentidos, de uma exatidão do falar acaba esfacelando ainda mais o sentido do “ser”, ou seja, a possibilidade do dizer. Assim, para que haja um afastamento de um congelar de sentidos, já que estamos fadados a compreender ser, a lucidez do pensamento Heideggeriano talvez possa ser melhor explicitada pelos seus poemas. Os ‘conceitos’ são etéreos, assim, onde há a pretensão da última palavra escapa o Ser. Desse modo, nada melhor que se despojar instantaneamente da linguagem técnica enrijecida,¹⁴² esquecida, e possibilitar um novo horizonte de compreensão. Nas palavras de Heidegger:

¹⁴⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010. p. 73.

¹⁴¹ GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010. p. 79.

¹⁴² Sobre essa questão ver também Heidegger, Martin. *Língua da tradição e língua técnica*. Lisboa: Veja Passagens, 1995.

Jamás em el pensar anterior se osó el passo de pensar la verdade de la diferencia del ser, ni de llega a conocerel ser-ahí em la diferencia como la estancia em la verdade. Por todas partes nos hemos quedado em um cálculo metafísico. Por miedo a tener que assumir um lenguaje inusual, uno se desembaraza deles fuerzo de adentrar-se en esse nuevo ámbito de experiêncía que há acontecido em el mencionado cambio de la referencia de la diferencia del ser al ser humano.¹⁴³

É possível com a introdução dos poemas evitar proposições enunciativas, afastando-se da solidez conceitual. Com a aparência externa de versos e rimas, os textos oferecem exteriormente o aspecto de poemas, mas não são somente poemas. “La superación de la proposición em la abnegación a decir el dictado: algo totalmente distinto a la ‘proposición especulativa’ hegeliana em relación com el juicio usual. El passo atrás, hallará aún alguna vez esta vía del decir?”¹⁴⁴ É pois, na linguagem que ocorre o desvelamento do ser. “A linguagem é, então, essa unidade da diferença, porque guarda os diferentes – pensamento e poesia – em sua unidade”.¹⁴⁵ Dito de outro modo, é por isso que a poesia é antes um ouvir do que um dizer, um ouvir do não-falado, mas que é condição de todo falar. “Justamente aí, onde a linguagem comum se sente incapaz de abrir caminho para o ser, aí a palavra do poeta é decisiva”.¹⁴⁶ Para tanto, com um silêncio do “pensar poético”,¹⁴⁷ elencou-se aqui algumas palavras que dizem, isto é, que também apontam para as questões colocadas no presente trabalho em que se perpassa a “*Diferença Ontológica*”:

Comienzo y Conmemorar y Pensar

Pensar es poetizar la diferencia del ser;
 Poetizar em el comienzo la diferencia del ser
 Es el pensar
 El pensar, em cuanto hecho próprio del comienzo,
 Es conmemorar;
 Y el puro conmemorar

¹⁴³ HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p.287.

¹⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p. 400.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.218.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.219

¹⁴⁷ Sobre o “pensamento poético” desenvolvido na Filosofia Hermenêutica: NUNES, Benedito. *Hermenêutica e Poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: editora UFMG, 1999. No mesmo sentido: NUNES, Benedito. *Heidegger e Ser e Tempo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002 e também, do mesmo autor, *Passagem para o poético*. São Paulo: Ed. Atica, 1992.

El el pensar como
 Pensar de la diferencia del ser
 Este pensar único es
 La esencia del agradecimiento.¹⁴⁸

Irradiación de ser

Siempre andamos a la zaga de la respuesta,
 Por ser sólo los cautivos de um comienzo
 Que nos hace apropiados para la usanza de la diferencia del
 ser,
 Em cuya irradiación de ser somos usados como los suyos,
 Siendo por uma vez así: el ente diferenciado.¹⁴⁹
 Señas
 Todo este pensar la diferencia del ser
 Se queda em mera incitación para indicar el caminho
 Hacia la senã única: la de la verdade
 De la diferencia del ser.
 Volve os más indicadores vosotros, a quienes
 Antes se os indicó el caminho; y que a aquellos que uma vez
 Hiciero senãs, la senã les lleve con cuidado
 A la custodia de la libertad desasida
 Que redime reservando.¹⁵⁰

¹⁴⁸ HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p. 186.

¹⁴⁹ HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p.221.

¹⁵⁰ Para Heidegger, "senãs son rastros del comienzo que hace próprio, dejadas em lo abierto por la diferencia del ser, convocando al hombre a la esencia, al pensar/indicando el caminho a lo próprio de la diferencia del ser. Senãs desde la diferencia del ser para pensar, hacia la diferencia del ser, el acontecimiento mismo de hacer apropiado: la diferencia del ser." HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Editora Herder, 2010. p.183-185. Para se ter uma ideia de como Heidegger comprendia a linguagem, basta ver primeiro capítulo do seu livro *A caminho da linguagem*. Para Heidegger, a "língua fala", e essa dimensão é mostrada na escuta do que é dito no poema, por exemplo, de Georg Trakl "Uma noite de inverno": "Na janela a neve cai; prolongado soa o sino da tarde; para muitos a mesa está posta; E a casa bem servida; Alguns viandantes Errância; Chegam até a porta por veredas escuras; Da selva fria da terra; Surge dourada a árvore dos dons; O viandante chega quieto; A dor petrificou a soleira; Aí brilha em pura claridade; Pão e vinho sobre a mesa". Nesse sentido, Sobre a influência do poeta Höderlin no pensamento de Heidegger: "1."Poetizar: a mais inocente de todas as ocupações." ["*Dichten: Die unschuldigste aller Geschäfte*".] 2. "Eis porque o mais perigoso dos bens, a linguagem, foi doado ao homem [...]: para que testemunhe sobre aquilo que ele é [...]." ["*Darum ist der Güter Gefährlichstes, die Sprache den Menschen gegeben [...] damit er zeuge, was, er sei [...]*".] 3. "Do momento em que somos um diálogo e que podemos ouvir-nos uns aos outros." ["*Seit ein Gespräch wir sind Und hören können voneinander*".] 4. "Mas o que permanece, fundam-no os poetas." ("*Was bleibt aber, stiften die Dichter*".) 5. "Rico em méritos, é, no entanto, poeticamente que o homem habita esta terra". ("*Voll Verdienst, doch dichterisch wohnt Der Mensch auf dieser Erde*". NUNES, Benedito. Heidegger e a Poesia. *Nat. hum.* v.2 n.1 São Paulo jun. 2000.

Muerte

La muerte es el resguardo ~~de la diferencia del ser~~
 Em el poema del mundo.
 La muerte nos salva a ti ya mí, sacándonos
 Por el peso que cae...
 Hacia las alturas de una quietude
 Puramente em dirección a la estrela de la tierra. ¹⁵¹

Caminos y Puestos

Mantén separados:
 Los caminhos del pensar
 De todo procedimiento del posicionar
 Entre procedimiento y caminho
 Se abre um abismo
 Que rehúsa todo puente.
 Lo próprio del ser
 Ni siquiera desigual a lo ente.¹⁵²

Assim, “o chamado da linguagem recomenda e entrega o que nela é chamado para o chamado da diferença. A diferença deixa o fazer-se coisa das coisas repousar no fazer-se mundo do mundo”¹⁵³. A desapropriação não retira nada das coisas. É essa desapropriação que libera as coisas para o seu próprio: resguardar o mundo.¹⁵⁴ A quietude acontece quando coisa e mundo estão quietos no seu próprio, a diferença convoca mundo e coisa para o seu interior, quando ao se apossar de algo deixa-se por ele ser apossado. Nesse sentido, coloca-se uma das inspirações de Heidegger que se manifestou como um rastro fundamental para o desdobramento dessa questão da diferença, uma poesia de Parménides:

El anillo de la diferencia del ser

Quiene sel dios desde la noche de su divindade?
 Y quiénes somos nosotros? Los llevados a uma vía de passo
 Donde toda palavra sobrenombra al decir
 Sin que, empero, jamás nombre alguno advierta

¹⁵¹ HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p. 330.

¹⁵² HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p. 434.

¹⁵³ HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: vozes, 2003. p. 22- 23.

¹⁵⁴ “A diferença aquietada ao mesmo tempo de dois modos: deixa quietas as coisas no seu fazer-se coisa, deixa quieto o mundo no seu fazer-se mundo. Assim quietos, coisa e mundo nunca recusam a diferença. Ao contrário. Eles a salvam na quietude e, assim fazendo, a diferença é ela mesma quietude.” HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 23.

Lo que desde hace largo tempo crepita em la palabra de las
 palabras
 Que una vez la diferencia del ser se dispuso el ser
 Porque el ser ya es
 Como se juntan *Es* y ser en uno?
 Quién forjaría el anillo de la diferencia del ser,
 Esse que sólo pugnando conquistara aliando lo que le es próprio,
 Desprendiendo se sin embargo a la vez del anillo?
 Oh, enigmático anillo! Eres tu legado
 Que em um tempo antiguo asumió em la salvaguarda al ser
 reserva?
 Cómo aquello que pugnó por aliar al ser
 Se encomendo al anillo?
 Aquí, lo que ocultamente hace senãs
 Tiene que volver a toma em lo próprio lo que le es próprio
 Permaneciendo sin embargo una despedida de sí mesmo
 Recorriendo em su trazo circular el enigmático anillo,
 Que sólo pugna por alias
 Mediante um asir haciendo propio
 Que, siempre soltando, se lanza
 Hacia la consecución
 De lo libre y desasido de aquel silencio
 Cuyo resguardo custodia radiante,
 Para que em ningún lugar cercado alguno se mova.
 Qué curva el enigmático anillo,
 Que una vez fue cosa?
 Llamalo el acontecimiento de hacer apropiado
 Éste traspasa el apropiamiento para su legado
 Desapropiándose para la pura escisión
 Hacia aquella memoria a la que ninguna experiência alcanza.¹⁵⁵

Por isso será dito: “talvez seja melhor permanecermos silentes e praticar a arte da escuta/leitura.”¹⁵⁶ A Filosofia Hermenêutica é capaz de diluir a certeza das “verdades” que se estabelecem logicamente e que desconsideram as dimensões de como ali se enraizaram. A verdade se enraíza no nosso modo de ser. Não conseguimos usar a palavarar “é” tão somente “identitariamente”, mas o “é” possui uma dimensão veritativa¹⁵⁷ que ultrapassa a dimensão puramente de um enunciado lógico,

¹⁵⁵ HEIDEGGER, Martin. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010. p.98.

¹⁵⁶ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gaberlli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 408.

¹⁵⁷ Em suma, a superação decisiva da filosofia da consciência e da representação, isto é, da filosofia moderna na subjetividade, está aqui: não podemos escolher arbitrariamente o sentido histórico de nosso mundo e de nós mesmos, mas antes esse sentido se nos dá, nos interpela, nos desafia, nos chama. Nossa escolha consiste em acolher ou rejeitar o chamado. O ser emerge, assim, como instância que possibilita nossa liberdade e nossa verdade. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.220.

esse “é” leva consigo uma verdade Hermenêutica¹⁵⁸. Esse campo Hermenêutico, tem a possibilidade, de um certo modo, de trazer um modo de ser nosso em que nós nos autocompreendemos, isto é, em que sempre movimentamos em uma circularidade, ou seja, enquanto nos autocompreendemos compreendemos o ser, enquanto compreendemos o ser nos autocompreendemos. Portanto a verdade não é absoluta, nem uma espécie de progresso ao infinito, mas uma verdade que aceita a circularidade que se reestabelece em cada nível do pensar. Dito de outro modo, é “um” dizer não-metafísico (em um pensar-poético) que possibilita essa abertura da verdade como o desvelamento daquilo que “é”, daí que dizia Luis Alberto Warat:

Não sei quanto tempo demorará a entender que, em nome do respeito à lei e às verdades científicas, se esconde a certeza de que poucos juristas terão ‘peito’ para propor outra versão do mundo. Como a Cortázar, essa sangria de vida, produzida pela mentalidade legalóide, provoca-me um tremendo desespero. Detesto tudo o que é feito em nome da máxima seriedade, da fé na ciência e das certezas semânticas do direito. Por isso, o poético.¹⁵⁹

3.2 OS PERIGOS DE UM PENSAR QUE PRATICA UM ENTULHAMENTO¹⁶⁰ AO IGNORAR A DIFERENÇA ONTOLÓGICA

¹⁵⁸A análise existencial é o caminho, mediação indispensável para interpretação do sentido do ser, uma vez que a característica ôntica do eis-aí-ser consiste no fato de ser ontológico, isto é, de ser fundamentalmente compreensão de ser. Porque o eis-aí-ser é, em si mesmo, hermenêutico, isto é, compreendedor de ser, a ontologia hermenêutica passa pela hermenêutica do eis-aí-ser, isto é, do homem enquanto revelador de ser. O se do eis-aí-ser é fundamentalmente EXISTÊNCIA, isto é, compreensão prévia do sentido do ser, presença do ser. O conjunto das estruturas constitutivas do eis-aí-ser é, então, existencialidade. A analítica dessas estruturas vai explicitar as dimensões constitutivas do ser-no-mundo superando, assim, tanto a ontologia da coisa como a filosofia da subjetividade. A análise existencial radica no caráter ontológico do eis-aí-ser antes de qualquer teorização; o homem possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida e dos entes de seu mundo. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.209.

¹⁵⁹WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 200. p. 53.

¹⁶⁰ A expressão “entulhamento” é aqui colocada no sentido encontrado no contexto da obra Heideggeriana. Em outras palavras, uma das possibilidades de encobrimento do fenômeno é o “entulhamento”, ou seja, um fenômeno é descoberto porém volta a ficar encoberto. E é justamente aí que reside a preocupação de Heidegger com os seus perigos, pois a partir dessa constatação, é possível que um determinado conceito sobre o fenômeno já estabelecido se afigure como algo já dado, evidente, sendo despicienda uma investigação.

Nas palavras de Clarice Lispector:

Não entendo. Isso é tão vasto que ultrapassa qualquer entender. Entender é sempre limitado. Mas não entender pode não ter fronteiras. Sinto que sou muito mais completa quando não entendo. Não entender, do modo como falo, é um dom. Não entender, mas não como um simples de espírito. O bom é ser inteligente e não entender. É uma benção estranha, como ter loucura sem ser doida. É um desinteresse manso, é uma doçura de burrice. Só que de vez em quando vem a inquietação: quero entender um pouco. Não demais: mas pelo menos entender que não entendo.¹⁶¹

Nesse sentido, para entender as limitações do entender,¹⁶² ou averiguar essa ilusão da autotransparência que se pauta em uma ideia de “racionalidade”¹⁶³ oriunda de uma noção de separação ontológica entre realidade e linguagem,¹⁶⁴ importante

Daí, com essa “obviedade”, pode-se haver a ilusão de que há um ponto de partida em que se é possível instaurar deduções, sem que, no entanto, o “verdadeiro” fenômeno tenha sido explicitado a partir de si mesmo. Essa questão ocorre quando a “razão” esquece que se esqueceu, deixando de fazer um retorno as coisas mesmas. Assim, o seu maior perigo, é considerar que o pensamento que calcula possa vir a ser o único pensamento pensado. HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Partes I e II. Trad. de Márcia de Sá Cavalcanti. Petrópolis: Vozes, 2005, p.67

¹⁶¹ LISPECTOR, Clarice. *A Descoberta do Mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

¹⁶²“Trata-se de perceber o vínculo entre a filosofia e o conhecimento empírico a partir de uma espécie de modelo de discurso subterrâneo que acompanha qualquer discurso científico proposicional. Na tradição metafísica, tanto a filosofia como a ciência recebiam sua determinação a partir da ontologia da substância”. Ainda nesse sentido: “A relação entre filosofia e conhecimento empírico, descoberta pela fenomenologia hermenêutica irá mostra que o processo de compreensão que, desde sempre, acompanha a e estrutura do ser-aí é condição de possibilidade de qualquer acesso do conhecimento científico a seus objetos. Isso tem como consequência a fixação de um princípio de organização com efeitos constantes sobre os procedimentos da racionalidade científica discursiva. A consequência fundamental será a introdução de um vínculo constante entre o modo de pensar científico e o modo de pensar que é sustentado pela diferença ontológica”. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí, Rio Grande do Sul, 2002. p.16 e 18.

¹⁶³ O importante é perceber que a racionalidade produzida por meio da Filosofia é uma racionalidade que nunca esquece os limites de sua condição histórica. A racionalidade é, de alguma maneira, condição de possibilidade de uma racionalidade cognitiva, mas não é um fundamento. [...]. Heidegger adverte que a unidade entre intuição e entendimento, entre tempo e ser, vai se dar como racionalidade, uma espécie de pano de fundo sobre o qual se procede quando se investiga, quando se produz cognitivamente o saber das ciências, mas é apenas um pano de fundo. Não há separação, o pano de fundo é o ser, enquanto o que aparece sobre ele é o ente. A diferença ontológica surge aqui e se dá sob a condição de superar o dualismo: inteligibilidade-sensibilidade. Essa diferença ontológica é fundamental enquanto está ligado a ideia de ser-no-mundo, ele é ser, mas se compreende também enquanto ente. A diferença ontológica é uma característica importante para a superação da tradição metafísica de racionalidade. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. 2. ed. Ujuí: Unijuí, 2008. p. 84.

¹⁶⁴ A fenomenologia se volta criticamente para a história da metafísica, descobrindo nela, tanto na filosofia quanto na ciência, em suas diferenças de objeto, apenas modos de tratamento

trazer os esclarecimentos da obra “*Pensar é Pensar a Diferença*”, em que o filósofo Ernildo Stein, obviamente inspirado por Martin Heidegger, explora os três níveis em que se pensa diante de uma descoberta, diante de um “novo filosofar”:

Um filosofia, que se constrói numa autonomia com relação a qualquer juiz exterior, deve introduzir uma diferença para poder sustentar-se como um pensamento que pretende ser distinto do pensamento científico ou da simples argumentação lógica. É por isso que Heidegger inaugura um paradigma que apresenta características radicalmente diferentes do modo de proceder da metafísica. Se, nesse paradigma, se fala em velamento e desvelamento, naquilo que se mostra e se esconde, em fenômeno no sentido vulgar e fenômeno no sentido fenomenológico, é justamente para salvar uma dimensão do pensar que não permaneça na simples objetivação. Justamente no próprio discurso, que trata de objetos, já se anuncia aquilo que constitui o fundo a partir de onde a objetivação toma forma. E esse fundo só se mostra velado no discurso. Uma filosofia que quisesse afirmar-se como filosofia da finitude, mas que não dispusesse outra face, introduzida por Heidegger, como a dimensão do ser no sentido fenomenológico cairia numa espécie de monologismo estéril. É justamente a diferença ontológica que o filósofo introduz, através do axioma da distinção entre ser e ente, da diferença ontológica, que abre um espaço de jogo para o desenvolvimento de um novo universo conceitual de caráter não-metafísico e, contudo, não reduzido ao simples espaço do discurso apofântico.¹⁶⁵

Nesse intuito, resumidamente, expõe-se os três níveis em que se pensa: No pensar nº 1 se constitui a nossa estrutura psicológica. No pensar nº 2, opera-se com a lógica, “do qual somos capazes, mesmo com todas as fragilidades do primeiro pensar”. E, além desses dois modos de pensar, acrescenta-se o pensar nº 3, mas faz depender desse a possibilidade dos primeiros dois modos de pensar.¹⁶⁶ “Há apenas um privilégio para o pensar III que Heidegger estabelece: é a condição ontologicamente ôntica do Dasein, porque, através dele, ou melhor nele, o ser possui

dos entes. A fenomenologia hermenêutica descobre, atrás desse comportamento marcado por um princípio objetificado, o encobrimento de uma diferença essencial. Esse consiste, de acordo com a fenomenologia hermenêutica, numa situação incontornável na qual reside a unidade entre o ser humano e a compreensão do ser. Somente a exposição a exposição dessa unidade nos permite descobrir o que, no texto, será designado diferença ontológica. Diferença que não é apenas uma separação entre ser e ente, mas uma relação entre ser e ente que se dá através de um determinado ente que é designado por Heidegger o ser-aí, Dasein. Assim, a diferença ontológica se constitui no contexto da compreensão de ser, mas, ao mesmo tempo, dá a essa o espaço de seu acontecer. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.17.

¹⁶⁵ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p. 57-58.

¹⁶⁶ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí:Unijui, 2002. p. 63.

o lugar de sua emergência, através da compreensão do ser.”¹⁶⁷ Por conseguinte, sobre o pensar nº2:¹⁶⁸

Pensar com aquilo de que a metafísica declarou ser o instrumento do ser humano por excelência, com a razão, leva-nos, tendencialmente a encobrir o pensar que sustenta a diferença entre o ser e o ente. É assim que o ser humano se instala diante do inacessível que, no entanto é, incontornável. Esse instalar-se se compõe pela multiplicação dos objetos do pensar nº2, enquanto não conseguimos chegar ao inacessível, dividimos o pensar, ocupando-nos com os entes: fazemos ciência. Nesse sentido, o filósofo pode implantar uma admoestação que mais ameaça que afirma: a ciência não pensa.

Entretanto, isso não significa que e o pensar 2º é “errado”, que se deve pensar destituído de razão, o acontecer (do ser) advém como modo de se evitar a objetivação¹⁶⁹, pois quando se objetiva torna-se tudo comum. Desse modo, o que importa é preservar cada modo de ser no seu acontecer.¹⁷⁰ Comparativamente:¹⁷¹

O pensar III de Heidegger, diante do pensar I (psicologia) e do pensar II (lógica), que é o pensar não-metafísico e, como consequência, um pensar não-metafórico, é propriamente, para Heidegger, o pensar filosófico para pensar o começo, o pensar originário, no sentido de que é condição de possibilidade do pensar como re-presentar (psicologia) e julgar (lógica).

O pensar III¹⁷² é aquele pensar em que se desvela a diferença entre ser e ente, uma vez que o apelo do pensar filosófico nunca pode mover-se na imitação, repetição,

¹⁶⁷ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí:Unijui, 2002. p. 73.

¹⁶⁸ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí:Unijui, 2002. p. 63-64

¹⁶⁹“Toda consciência é consciência de algo, isto é, constituição de objetividade”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.207.

¹⁷⁰ “Trata-se de um respeito que o filósofo pede ao pensar nº2 diante das coisas que se apresentam, que não sejam simplesmente representadas, o que lhes daria uma generalidade supressora da singularidade. É essa singularidade que se preserva no modo de pensar não-metafísico: Nela pensamos certamente o ente, mas sempre posto no espaço que é ser: “[...] uma medida sempre se mantém, a todos comum, mas a cada um também uma própria lhe é dada” STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí:Unijui, 2002. p.68]

¹⁷¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p. 78.

¹⁷² Com esse terceiro nível o filósofo inaugura duas questões centrais na Filosofia – o círculo hermenêutico e a diferença ontológica. A compreensão do ser nos leva um caminho de duas mãos: o ser é, pela compreensão, a possibilidade de acesso ao ente, pois sem compreensão não há ente. Nosso acesso aos entes só nos é possível porque o Dasein compreende o ser e não porque temos um outro fundamento para o conhecimento dos entes. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijui, 2008. p.116.

representação daquilo que é o comum”. Daí em busca desse estranho e incomum pensar, um pensar não-metafísico, Heidegger busca nos pré-socráticos a possibilidade de um novo pensar¹⁷³:

“[um pensar]” em que fosse possível encontrar uma primeira manifestação entre ser e ente, e onde o ente não está ligado pela via da causa eficiente ao ser. O ser era apresentado como uma emergência, antes da relação sujeito objeto, antes do dualismo que passa a imperar, no momento em que o ser é identificado com algum ente, até mesmo o ente supremo.¹⁷⁴

Justamente a diferença ontológica representa o teorema que precede qualquer distinção entre sujeito e objeto e, onde esta distinção for usada, ela já sempre repousa sobre um acontecer e um vir-ao-encontro.¹⁷⁵ Mais sinteticamente:

¹⁷³ “É entre filósofos que Heidegger identifica um pensar principal, no qual está preservada a clareira em que se realiza o jogo de luz e sombra onde os entes podem aparecer. Esse pensar originário não é evocado, nas interpretações, como sendo a filosofia, para a qual hoje teríamos que retornar para sair do dualismo da metafísica ocidental. É nesse pensar principal, que o filósofo observa um estágio anterior a entificação do ser. Heidegger II aproxima esse acontecer do encobrimento como uma história do ser que ele mesmo não é mais pensado. As diversas etapas que, então, são percorridas, e que Heidegger chama de momentos decisivos na história da metafísica, são marcadas por princípios epocais em que o ser é identificado com um ente determinado. A partir desse momento, é abandonado no impensado o pensar III, passando então a identificar-se o pensar da metafísica com o pensar de um ente. Temo assim, assim, um pensar que é guiado, nos diversos filósofos da metafísica, entificando-o, como podemos observar nos principais filósofos ocidentais. Assim se constitui uma história do encobrimento do ser pela ideia de Platão, pela substância em Aristóteles, pelo *esse subsitens* no pensamento medieval, pelo cogito cartesiano, pelo Ichdenke de Kant, pelo absoluto de Hegel, pela vontade de poder de Nietzsche e, afinal, pelo império do dispositivo da era da técnica, em que o ser desaparece no pensamento que calcula. Tal sucessão de princípios epocais pode ser lida como a história do esquecimento do ser em favor de um ente, mas, no mesmo momento em que essa história é apresentada, ela já remete a uma outra história em que o ser acontece como velado e que teve uma primeira manifestação de um desvelamento do ser ente os pré-socráticos. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p. 81.

¹⁷⁴ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí, Rio Grande do Sul, 2002. p. 80.

¹⁷⁵ “Quem se ocupa com a questão do conhecimento, mesmo que trata dela de modo implícito, mesmo que trate dela de modo implícito, trabalha necessariamente com a diferença. A função organizadora da diferença é tão central que nós poderíamos dizer que ela exerce o papel de um primeiro elemento estruturante com a força da transcendentalidade. É por isso que o filósofo inicia o seu trabalho teórico, procurando uma distinção fundamental que não é produto do Dasein, antes por ela este é instaurado, podendo o filósofo apenas descrever as condições do fato da diferença que se dá no aí do ser-aí. Como vimos, Heidegger descobre, em toda a metafísica ocidental, um modo falso de introduzir o discurso da diferença. Isso é representado particularmente pela entificação do ser, desaparecendo assim aquilo a partir de cuja compreensão o discurso da diferença se torna possível, que é a questão do ser em seu sentido. O sentido do ser já é uma afirmação da diferença, à medida que ele aposta para a relação clássica entre ser e pensar, para substituí-la com um outro ser e pensar pensado através de ser e tempo. Senão há um centramento

Heidegger expressa o caráter central da diferença quando fala que o pensamento enfrentar “o inacessível como incontornável”. Não podemos aceder apofanticamente ao ser para expô-lo num discurso e, contudo, não podemos dar uma volta naquilo que não pode ser exposto no discurso. É velado, no discurso que se abre, o espaço hermenêutico. [...] Dessa maneira é preciso desenvolver um modo de pensar que não simplesmente o pensar da ciência. Trata-se de um pensar irredutível ao pensar do qual trata a psicologia ou do pensar que trata a lógica. É um pensar que se mantém diante do inacessível, sem perder-se em manobras de objetificação. É um pensar que é movido por aquilo que se vela no ente. É o pensar da diferença ontológica.¹⁷⁶

A metafísica constrói-se sobre um inconfessado esquecimento do ser que, terá como consequência, a solidão do ente. Nesse sentido, esse “novo pensar” apresenta-se como a distinção do ente e do ser. É com Heidegger, em que essa distinção é questionada como algo que sempre esteve presente num saber que dela não sabia, daí se verá que não se trata de uma distinção arbitrária, feita por “alguém”. Essa distinção “ontológica” que é aparentemente inocente, esconde justamente o que não se pensa, por isso, daí advém os perigos de se ignorá-la, as tentações ilusórias do subjetivismo e objetivismo, que revelam-se com o perigo de ser-se homem, em última

epistemológico na filosofia heideggeriana, isso acontece de modo particular porque para ele, no nível da teoria do conhecimento, já está reconhecida uma diferença. Ora, uma vez conhecida essa diferença, nós teríamos duas alternativas para explicitá-la: de um lado, nós podemos conduzi-la a uma unidade onde a diferença seria pensada em sua condição de possibilidade e, de outro lado, seria possível perguntar qual é o elemento unitário do qual emerge a diferença. Heidegger, na sua maneira de introduzir o elemento organizador do pensamento, procura expor aquilo desde onde ela se instaura. Nesse sentido, o filósofo é fiel à fenomenologia, à medida que ela representa um movimento filosófico que põe em dúvida um elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos na modernidade numa separação entre consciência e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto entre sentido e percepção. Heidegger, na sua maneira de introduzir o elemento organizador do pensamento, procura expor aquilo desde onde ela se instaura. Nesse sentido, o filósofo é fiel à fenomenologia, à medida que ela representa um movimento filosófico que põe em dúvida um elemento central da tradição kantiana: o dualismo. É por ele que fomos introduzidos na modernidade numa separação entre consciência e mundo, entre palavras e coisas, entre linguagem objeto, entre sentido e percepção. Há, certamente, já no ponto de partida de Heidegger, no movimento fenomenológico, uma crença firme de que esse dualismo somente pôde ser instaurado através do esquecimento do ser, através da introdução de um universo de fundamentação filosófica conduzida apenas pelo esquema da relação sujeito-objeto. Uma vez afirmada essa diferença ôntica na modernidade, não como leva-la a uma síntese de caráter organizador, já que dela não se chega até aquilo que é sua condição de possibilidade, mas somente a uma instância em que se constrói uma unidade que sempre se dá ex post”.

STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.88-89.

¹⁷⁶ STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 58.

análise, de se reduzir tão somente a um animal que pensa¹⁷⁷. “A distinção é o superficial e prévio velamento do espaço da suprema ousadia do pensar que é dada ao homem como tarefa”:¹⁷⁸

A preocupação de Heidegger em partir de uma instância organizadora, a pergunta pelo sentido de ser, no espaço da diferença, senso esta sustentada pela compreensão do ser que se dá no ser-aí, pode parecer um ingênuo retorno a um realismo de determinado tipo. Entretanto, todo realismo sofre de um inevitável caráter ôntico e, já por essa razão, uma posição realista seria impossível na analítica existencial. A presença da compreensão do ser, como o lugar a partir de onde se estabelece a diferença, já remete a um certo ‘idealismo’, mas que não tem nenhum caráter de subjetividade. Trata-se simplesmente de partir de condições em que qualquer realismo ou idealismo objetivo são impossíveis, não apenas no sentido clássico, mas simplesmente porque a questão do Dasein e a questão do ser surgem do contexto que Heidegger chama ser-no-mundo. Mundo, portanto, tem a função organizadora que está presente em qualquer enunciado verdadeiro ou falso, mas ele mesmo não aceitaria nenhum tipo de enunciado sobre ele que pudesse ser chamado verdadeiro ou falso.¹⁷⁹

Não temos relações causais com esse mundo, ele por nós é constituído e nos constitui, ao mesmo tempo, num contexto significativo. É dessa maneira que nos movimentamos num universo que precede a clássica distinção entre idealismo e realismo, porque, desde sempre, ser e pensar se dão numa unidade em que sentido e percepção, linguagem e objeto, palavras e coisas não estão separadas. É por isso que se afirma, de um modo peremptório, a unidade do fenômeno, a face que se vela e a face que se mostra, sendo a face que se mostra de modo algum aquela que depende causalmente daquela que se vela. O que existe é apenas um jogo entre a atividade enunciativa, mostradora, apofântica e um comportar-se operativo, já sempre em movimento, que constitui sempre outra face.¹⁸⁰

Desse modo, “o cuidado fundamental será, então, sempre evitar as armadilhas da objetificação, tanto pela filosofia, quanto pelo conhecimento científico, diante do acontecer de seu objeto.”¹⁸¹ Para que haja um (ex)sugir de um novo modo de ser na

¹⁷⁷ Subjetivamente, o homem é compreendido como inteligência, por meio da qual ele capta as formas das coisas pela abstração a partir da sensibilidade que lhe fornece a matéria. Esse esquema permanece intocado na reviravolta antropocêntrica da filosofia moderna: o que muda é a compreensão da forma, que agora não é mais ontológica, mas uma dimensão da subjetividade constituinte do mundo dos objetos. OLIVEIRA, Manfredo Araujo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.202.

¹⁷⁸ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí:Unijui, 2002. p.83

¹⁷⁹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.89.

¹⁸⁰ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.89.

¹⁸¹ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.18.

filosofia e na ciência, exige-se o deslocamento de foco do ser para o ente, ou então, do ente para o ser. Desse modo se irá impedir os perigos do objetivismo/subjetivismo:¹⁸²

Ao fazermos referência aos dois teoremas da finitude que se estabelecem aqui como relação entre ser e pensar enquanto ser e tempo: o círculo hermenêutico e a diferença ontológica, apontamos os elementos centrais da analítica existencial pelos quais se abre o caminho para o sentido do ser, onde é possível distinguir as diferenças ônticas das diversas ontologias regionais que são sustentadas pela diferença ontológica. Está, assim, suprimido o dualismo, no nível estruturante, como função organizadora, como uma espécie de possibilidade natural de conhecimento, já que nele preserva a divisão entre sensível e inteligível como realidades naturais, procurando-se, então, realizar manobras para encontrar, através do apelo a elementos ônticos, um elemento que exerça a função organizadora em lugar da diferença ontológica, apresentando Heidegger um princípio ativo de organização que podemos chamar de transcendental não-clássico ou existencial, a partir do qual a filosofia passa a trabalhar com uma racionalidade que nasce da condição de ser-no-mundo do ser-aí como cuidado cujo sentido é temporalidade e que é condição de possibilidade do ser em geral que se dá no horizonte do tempo como temporalidade. Assim, toda a tarefa de falar daquilo que é objeto do conhecimento e que a metafísica, sobretudo na sua forma moderna de manifestação, situa como problema entre inteligibilidade e sensibilidade, entre sentido e estado de coisas, entre palavras e objetos, entre categorias e intuição, passa a apresentar-se como uma nova forma de discurso, que parte do princípio organizador tempo, como sentido do ser, e elimina, na filosofia, enquanto teoria do conhecimento, a relação entre conhecimento e mundo exterior, entre nossas crenças e o domínio da causalidade.

As experiências não se reduzem somente a causalidade¹⁸³. Tudo que é passível de ser conhecido empiricamente já sempre está mergulhado numa dimensão de compreensão que não se dá logicamente, senão resulta do nosso próprio modo de ser no mundo. “A existência sempre se dá produzindo essa rede de sentido dentro da

¹⁸² STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.83-84.

¹⁸³ Então o ser-aí, o Dasein, baseado na estrutura do ser-no-mundo, passa a ser o vetor de racionalidade. Mas não mais um vetor que explica a natureza, ou mesmo deus. Denominamos isso encurtamento hermenêutico: nem natureza, nem deus. Nele resta apenas a própria condição humana, o modo próprio de ser do ser-aí. Em lugar de descrever a essência do ser humano, descreve-se o ser (a existência) do ser humano. O aí (Da) será essência do ser-aí, mas esse, modalizado pela compreensão do ser, passa acentuar a diferença ontológica e com ela a questão do ser. Enquanto compreensão do ser, a compreensão do Dasein, enquanto compreende o ser, passa a ser o suporte, o organizador, o vetor de racionalidade para uma possível teoria do conhecimento. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí:Unijui, 2002.p.180.

qual toda a causalidade pode ser pensada”.¹⁸⁴ Ainda, “o Da-sein ocupa, enquanto marca da finitude, esse lugar incômodo, pelo seu aí, em que o sentido emerge e, contudo, não é produzido pelo ser-aí”.¹⁸⁵ Nesse contexto, é que emergirá o “verdadeiro” pensar.¹⁸⁶

O pensar III de Heidegger pode, então, ser compreendido como um saber entregar-se a esse modo prático e operativo de ser, sabendo que conhecer primeiro significa deixar-ser. Mas esse deixar-se pode parecer como que dando primazia a algo organizador, a algo transcendental, quando, na verdade, é no jogo existência entre existir e deixar-ser que se dá no âmbito que podemos chamar transcendental, naturalmente não no sentido clássico da filosofia moderna.¹⁸⁷

Todo o pensar lógico por mais sofisticado e elaborado que seja encerra-se nos limites da lógica. Compreender que essa lógica de fixação identitária, de representação não dá conta de tudo, dito de outro modo, que algo não exclusivamente é aquilo que “é”, mas é aquilo que enquanto “é”, ou seja, que esse “algo” está se mostrando desse modo mas pode se mostrar de outro é fundamental para se poder repensar as condições em que esse próprio pensar ‘lógico’ se deu. Não se contém algo “intrínseco” nas coisas, esse obscurecimento cultivado ao longo da história está ainda tão profundamente arraigado que sempre ainda parece pairar como uma sombra. Todavia, por mais tenaz e permanente que seja o pensar (nº2), ignorar a diferença ontológica é o fechar-se para a abertura de possibilidades, é acreditar que manifestações efêmeras são essências imutáveis.

Quando, portanto afirma-se que o “verdadeiro” pensar é o pensar da diferença, retoma-se um chamado fundamental. É um convite para o despojar do pensamento

¹⁸⁴ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.104.

¹⁸⁵ STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.106.

¹⁸⁶ “O pensar III de Heidegger pressupõe todo o trabalho de campo de desconstrução da metafísica, já realizado, mas sempre tarefa nova a ser empreendida. Porque as marcas da metafísica, como operando através do processo entificador, nos aproximam de nós mesmos, dos outros e das coisas, pela atividade do conhecer objetificante. É justamente na aplicação da nova gramática do ser que o pensar III pode revelar um novo acesso às realidades de nosso tempo. É assim que Heidegger pensa o fazer, a técnica, a arte, a linguagem, a morte, os deuses, os habitantes do planeta, situando toda essa realidade num acontecer organizador, historial-transcendental. Então o pensar III pode ser apresentado como convite para pensar o mais digno de ser pensado, isto é, aquilo que, em toda manifestação da história e da cultura humana, nos preserva, sem que tenhamos o cuidado de percebê-lo”. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p. 96-97.

¹⁸⁷ STEIN, Ernildo. *Pensar é Pensar a Diferença*. Ijuí: Unijuí, 2002. p. 95.

identitário com o intuito de apercebe-se nesse espaço da diferença ontológica, e com isso, “verdadeiramente pensar”. Com isso, filosofia e conhecimento empírico sempre se conectaram com a questão da diferença ontológica, guardar o incontornável como o inacessível mostra-se não como uma opção,¹⁸⁸ senão, como uma tarefa.¹⁸⁹

3.3 A CONCEPÇÃO NORMATIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

Dentro da perspectiva jurídica da Crítica Hermenêutica do Direito quanto a Teoria Estruturante do Direito, tanto uma resposta constitucionalmente adequada, quanto uma decisão estruturalmente formada só vem após a interpretação/concretização de seu texto normativo – porém normalmente, imersos dentro da “cotidianidade” jurídica, desconsidera-se a densidade de tais questões e apela-se para um sentido já dado, “subsumindo” aquilo que está posto. Presente essa postura, ainda é comum o remanescer dos conceitos normativos positivistas cientificados no nosso imaginário jurídico, ainda nas palavras de Fr. Müller:

Noutras palavras, a diferença pós-positivista fundamental entre texto da norma e norma jurídica não foi ainda compreendida pela doutrina dominante brasileira, e tampouco o papel construtivo do caso prático para a produção concretizadora da norma jurídica [...] No Brasil, o velho positivismo não mais é representado, permanecem os

¹⁸⁸ Guardar o incontornável como o inacessível esta é a primeira experiência da essencial limitação das ciências. As ciências têm sua limitação por não poder converter o incontornável em objeto, isto é, ele lhes permanece inacessível. A impossibilidade de objetificarem seu limite leva as ciências à especialização. A especialização, que reconhecer seu limite como resultado da sua essencial limitação – ter que “guardar o incontornável como inacessível” -, aceita que sua vontade de objetivação já está sempre frustrada. A limitação, a impossibilidade de objetificar a diferença ontológica abre as ciências para a Filosofia, no diálogo com ela e no diálogo entre ambas. [...] Aprender a guardar (proteger) essa diferença é o que o preserva a ciência da total objetivação, o que somente resulta da destruição, desconstrução e superação da metafísica, que entificou o ser e assim, encobriu a diferença, sobretudo na modernidade. STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008. p.108.

¹⁸⁹STEIN, E. J. O incontornável como inacessível - uma carta inédita a M. Heidegger. *Natureza Humana*, São Paulo, v. 1, p. 231-250, 2000. E também: STEIN, E. J. E também: O incontornável como o inacessível - a diferença ontológica numa carta inédita de Heidegger. In: Ricardo Timm de Souza; Nythamar Fernandes de Oliveira. (Org.). *Fenomenologia Hoje: Existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI*. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001, v. I, p. 415-427

inconvincentes, indeterminados, meros *antipositivismos* da primeira metade do século XX.¹⁹⁰

Como se pode ver, ainda na doutrina dominante brasileira a cisão, ou seja, a não identificação entre a norma e seu texto ainda, por vezes, é incompreendida. Por isso, importante retomá-la também a partir da perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. Desse modo, extremamente oportuna a recolocação do professor Lenio Streck ao demonstrar que operar com conceitos filosóficos no direito é importante para se esclarecer o universo onde nós nos movemos. Não significa, no entanto, colonizar o direito com a filosofia, mas de perceber como se construirá um caminho em que o direito seja também pensado e não meramente reproduzido.

É necessário aprofundarmos o contexto em que subjaz o conceito de “norma” proveniente da concretização ou aplicação/interpretação do texto. Para a Crítica Hermenêutica do Direito, a inserção da Filosofia no Direito, não é meramente ornamental,¹⁹¹ mas sim condição de possibilidade para um avançar, ainda que tardio – no âmbito da teoria e na Filosofia do Direito - acerca de suas concepções.¹⁹² Em outras palavras, não se trata de “*heideggerizar*” o direito, a partir de um ingênuo acoplamento teórico, dito de outro modo, não se trata de nivelar vulgarmente o *ser* como norma,¹⁹³ e o *ente* como texto, ou vice-versa.¹⁹⁴

Muito pelo contrário, trata-se de implementar as categorias hermenêuticas no pensar filosófico-jurídico, pois sem isso, o Direito se reduz a alienação, acreditando

¹⁹⁰ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20.

¹⁹¹ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 135-157.

¹⁹²“Nesse sentido, cabe aqui uma advertência: a matriz heideggeriana-gadameriana não deve ser entendida como uma “*adaptação*” de teorias filosóficas ao direito, como se a filosofia fosse uma “*capa de sentido*” de um conhecimento jurídico desprovido de capacidade crítica” STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a Cegueira Positivista*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Nova Fase – 1962. Belo Horizonte, jan./jun. 2008.

¹⁹³ O ser do ente não ‘é’ ele mesmo um ente. Com essa afirmação, já era dado o primeiro indício formal para o teorema da diferença ontológica. A existência não é ela mesma um ente existente, mas nela é visado o ser, assim como o ser do ente disponível não é ele mesmo um ente. A direção para onde se voltava a compreensão era diferente e distinta do ente existente. Ela visava a compreensão do ser como abertura enquanto revelação do ser. Essa revelação era o modo próprio de o ser dar-se. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.184.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a Cegueira Positivista*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. jan./jun. 2008.

ser uma linguagem privada e privilegiada destituída da possibilidade de dizer. A “neutralidade” aparente em meio à pretensão moderna de se fazer ciência acaba por retroalimentar um sistema viciado de sentidos pré-prontos viciantes que não se pensam enquanto condição de possibilidade.

Na confluência de um pensar que não se queda estéril pela lógica, introduz-se, na Crítica Hermenêutica do Direito, a questão do “ser” não como um termo abstrato, mas como um modo de como nós nos aproximamos dos entes, desde-já-sempre compreendidos em seu ser. É justamente com o ser que se chega aos entes. O ser dá sentido aos entes, o ser é aquilo que é necessário para que algo seja.

É pela fenomenologia hermenêutica,¹⁹⁵ que Heidegger emergirá, como se viu, a partir da pergunta pelo “ser”, as estruturas da *Diferença Ontológica*, que posteriormente, fagocitada¹⁹⁶ pela Crítica Hermenêutica do Direito¹⁹⁷ trará profundas contribuições no âmbito epistêmico-jurídico. Nesse sentido, a importância desse estudo inserido no contexto jurídico, nas palavras de Georges Abboud:

Ignorar a diferença ontológica e todos seus desdobramentos é condição essencial para diversos equívocos que ainda permeiam nossa dogmática jurídica, merecendo destaque alguns: não

¹⁹⁵ “[...] é importante termos consciência de que a leitura heideggeriana se faz a partir do método fenomenológico, no qual a compreensão do ser introduz um conceito finito de ser que se revela na diferença ontológica (que é a diferença entre ser e ente - um dos teoremas fundamentais da proposta de Heidegger). Nesse caminho Heidegger procura estabelecer o sentido do ser ou o ser como sentido, separando-o da compreensão do ser por intermédio do ente. (...)”. STEIN, Ernildo. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004. p.141.

¹⁹⁶ ORTIZ, Daniel. GUIMARÃES FILHO, Gilberto. *Antropofagia na Crítica Hermenêutica do Direito: a apropriação de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2871d86ea442b249>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

¹⁹⁷ Nesse sentido “A tarefa da Crítica Hermenêutica do Direito – CHD – é a de “desenraizar aquilo que tendencialmente encobrimos” (Heidegger-Stein). Fincada na matriz teórica originária da ontologia fundamental, busca, através de uma análise fenomenológica, o desvelamento (Unverborgenheit) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (Dasein) e somos aquilo que nos tornamos através da tradição (pré-juízos que abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, “o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado”. STRECK, Lenio. Lições sobre a Crítica Hermenêutica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.10-11. Ainda sobre a Crítica Hermenêutica do direito ver: TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

compreensão da distinção entre vigência e validade; crença equivocada na possibilidade de se descobrir vontade na lei ou no legislador; ingênua crença de que ainda há silogismo; falsa suposição de que é possível decidir depois buscar o fundamento; cisão pura entre questão de fato e questão de direito; ato de decidir ato de vontade etc.¹⁹⁸

No estado da arte em que o Direito se encontra, onde tanto a aleatoriedade de sentidos quanto sua determinação entificante são aceitos, deixa-se de guardar inacessível como incontornável. O fato de assumir categoricamente uma ou outra posição (Subjetivista/Objetivista), dentro do paradigma positivista, buscando moderar a radicalização de seus efeitos ao assumir as possibilidades de uma discricionariedade “forte” ou “fraca”¹⁹⁹ não nos livrará do fato de que a cada decisão, a cada momento, hão de vir (novos) sentidos.

O processo de interpretar não se esgota ao dizer que “superamos Kelsen” e o “positivismo exegético”, não há como resolver o problema dos “sentidos jurídicos” colocando-os em uma “caixa”, em um molde *ante casum* que destilará todas as possíveis tessituras e possibilidade. Não adianta “ignorar” o giro linguístico-ontológico. O “interpretar/aplicar” e/ou “concretizar” sempre exigirão Compreensão a cada nova circunstância de produção normativa que se apresenta. Essa é, pois, a responsabilidade política daqueles que operam com o Direito.

Dito de outro modo, não basta estar ali, inerte, faz-se necessário aperceber-se ser-no-mundo, ou seja, aperceber-se como um participante inserido nesse conjunto de possibilidades. Há que se superar a rigidez das verdades que possibilitam a separação entre homem e mundo, a fratura entre sujeito e objeto.

Com a Crítica Hermenêutica do direito, a “concepção do sentidos” do texto estão além das posturas dualistas que visam manter a diferença apenas como oposição.²⁰⁰ Nota-se, com isso, a possibilidade de se pensar a diferença em um nível

¹⁹⁸ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.61.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.51.

²⁰⁰ “Não se “atinge” a realidade: quando falo em cadeira, falo em uma estruturação, que aparece na palavra, de uma realidade que é construída na linguagem. Não adianta buscar nada “por trás” da cadeira. A verdade não aparece aí simplesmente como adequação, talvez como coerência de proposições entre si, sobretudo na teoria semântica. STEIN, Ernildo. *Racionalidade e Existência*. 2. ed. Ujuí: Unijuí, 2008. p. 31. A fenomenologia torna-se um método que nos leva a ver os fenômenos, a ver os fenômenos, a ver as coisas mesmas, assim como elas se mostram. Mas não mais volta às coisas mesmas como coisa em si. A fenomenologia não mais volta às coisas mesmas como coisa em si. A fenomenologia deve ir às coisas mesmas. Assim, se descobrem os fenômenos que podem

ontológico na ciência do Direito. Exceto pela teoria do professor Lenio Streck, sequer essa possibilidade havia sido pensada. A Crítica Hermenêutica do Direito preocupou-se ao invés de ocupar-se com os conceitos filosóficos advindo das teorias antecessoras, levando a discussão para outro nível.

Contudo, ainda assim, denota-se na dogmática jurídica brasileira a poluição semântica impregnada nas novas concepções (como, por exemplo, “pós-positivismo”)²⁰¹. Tenta-se em vão, na sede de sentidos da era da técnica, esgotar “ser”, aproximando-se, contudo, cada vez mais daquilo que é ôntico.

Uma espécie de “Mal-estar na civilização jurídica”²⁰² tão bem denunciado pelo professor Lenio Streck é a comprovação de que há algo de errado na forma com que se tem pensado o Direito. Invariavelmente, a insistência em não assumir os avanços do campo linguístico e filosófico cobra seu preço. Como bem aponta Rafael Tomaz de Oliveira:

A diferença ontológica é determinante para que se possa perceber os dogmatismos da tradição, abrindo caminho para a construção de novos rumos, não só para a Filosofia, mas também para ciências humanas e um saber crítico, consciente e não comprometido com uma determinada verdade; uma verdade que se esquece de seu lugar mais próprio que é a dimensão do ser a qual o pensamento não pode jamais renunciar.²⁰³

Nesse sentido, é nesse “espaço” impensado entre texto e norma que se resguarda a diferença. Deste modo, a partir desse teorema fundamental é que se torna

ser descritos como fenômenos, com sentido novo, através da teoria dos indícios formais. Qual será o vetor de racionalidade, nessa outra vertente, que está na base da teoria do conhecimento? O vetor da racionalidade será muito pouco formal. Carrega em si os indícios formais. O vetor serão as condições do modo de ser-no-mundo: a compreensão do ser e a diferença ontológica. Esse vetor é a base de qualquer teoria do conhecimento. STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002. p.180.

²⁰¹ Como já se viu, quando se denomina, por exemplo, de “Pós-Positivista” a “ponderação” de Robert Alexy: STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013

²⁰² Sobre o assunto ver: WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia*. Trad. E Org. Vivian de Assis, Julio Cesar Marcellino Jr e Alexandre Moraes da Rosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. E também: WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.

²⁰³ TOMAZ, Rafael de Oliveira. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006. p. 139.

possível se (re)pensar a relação entre texto e norma para além de um abismo ou identificação (colagem).²⁰⁴

Tendo como ponto de partida os avanços de Friedrich Müller, é indispensável superar as posturas dualistas na ciência do Direito, pois “no centro dessa superação está a viragem linguístico-ontológica, no interior da qual a linguagem²⁰⁵ deixa de ser uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, para tornar-se condição de possibilidade”.²⁰⁶

Se Direito é linguagem²⁰⁷, a partir dessa perspectiva, é possível analisar, em que medida cada autor, Lenio Streck e Fr, Müller, deixou-se influenciar mais “hermeneuticamente” em suas constituições teórico-normativas, ou ainda, dito de outro modo, qual a “profundidade hermenêutica” da não identificação entre texto e norma em cada uma das teorias expostas, e por conseguinte, quais são suas repercussões “prático-epistêmicas”. Nesse sentido, nos dizeres de Streck:²⁰⁸

Quando trabalho a diferença entre texto e norma, não estou me referindo a um texto a um texto (enunciado linguístico-assertórico) ao qual o intérprete atribui uma norma (baseada na “realidade”), ou um ato de subjetividade do intérprete dando sentido a um texto (texto de lei, etc). Nos pressupostos aqui tratados, texto e norma não são coisas separadas (cindidas estruturalmente). Texto e norma não podem ser visto/compreendidos isoladamente um do outro. E não é tarefa do intérprete “extrair um sentido oculto do texto”.

E ainda, mais adiante:

Texto e norma são diferentes em face da diferença ontológica – e esta é talvez a diferença fundamental entre o que sustento e outras

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz; Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, p. 158-173, 2010

²⁰⁵ Todo o pensar já se movimenta no seio da linguagem, ou seja, se articula numa abertura, num espaço linguisticamente mediado, no qual se abrem para nós perspectivas para a experiência do mundo e das coisas. Quando falamos da linguagem, diz Heidegger, nunca abandonamos a linguagem, mas sempre falamos a partir dela. Nosso ser-no-mundo é, portanto, sempre linguisticamente mediado, de tal maneira que é por meio da linguagem que ocorre a manifestação dos entes a nós. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.206

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

²⁰⁷ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 90.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 345.

concepções hermenêuticas -, porque o texto só será compreendido na sua norma, e a norma só será compreendida a partir do seu texto.

Em virtude disso, o modo como se dá a relação entre texto e norma confluirá substancialmente no modo de se dar a aplicação no Direito, ao se entificar o texto (ex)surgem problemas aos quais a dogmática, obnubilada pelo Senso Comum Teórico²⁰⁹, não é capaz de alcançar. Indispensável, portanto, enfrentar essa questão, buscando superar os dualismos próprios do pensar metafísico que, “ingenuamente”, obstam a concretização de direitos.

Por entre os dilemas metafísicos essência-aparência, teoria-prática, palavra-coisa, questão de fato-questão de direito, ser-ente, verifica-se a necessidade de avançar para além do transcendental (sentido clássico). Assim, ao vislumbrar novas possibilidades diante da cisão proposta por Friedrich Muller, é possível perceber novos parâmetros/implicações para a diferença entre texto e norma com Crítica Hermenêutica do Direito:

A Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) sustenta-se na noção de “método” formulado por Heidegger, pelo qual a linguagem é comandada pela coisa mesma, torna-se absolutamente relevante sua inserção no direito, exatamente pelo fato de que o pensamento dogmático do direito, por ser objetificador e pensar o direito metafisicamente, esconde a coisa mesma, obnubilando o processo de interpretação jurídica. É nesse contexto que exsurge a diferença ontológica, ponto fulcral para o desenvolvimento de uma teoria crítica que ultrapasse o esquema sujeito-objeto.²¹⁰

Dentro dessa discussão, em outro contexto, a Teoria Estruturante do Direito também identifica essas dicotomias (“teoria e prática”, “interpretação e aplicação”, “subjetividade e objetividade”). E a partir daí, também se coloca com intento de se estabelecer nessa fenda aberta, propondo, com a originalidade/peculiaridade da interrogação do conceito de norma, a superação de um posicionamento que aposta em uma “*autossuficiência lógica*” possibilitadora dessas visões dualistas com a inserção do “elemento hermenêutico”. Nesse ponto, “a necessária distinção entre

²⁰⁹ WARAT, L. A. Savoir Critique Et Sens Comun Theorique Des Juristes. *Revista Proces*, v. 10, n.2, p. 14-29, 1982. Na Crítica Hermenêutica: STRECK, Lenio Luiz. Dogmática jurídica, senso comum e a reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar (UNIFOR)*, v. 16, p. 626-660, 2012.

²¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Lições sobre a Crítica hermenêutica do Direito*. p. 12.

texto normativo e norma configura premissa fundamental para a compreensão da teoria estruturante do direito e uma consequente análise pós-positivista do direito”.²¹¹

Por outro lado, a diferença proposta pela Crítica Hermenêutica do Direito também contempla a dimensão da distinção entre ser e ente. Ao recepcionar paradigmaticamente esse teorema fundamental, ela certamente se colocará além de quaisquer posturas objetivistas e subjetivistas.²¹² Ainda, metaforicamente, as palavras de Guimarães Rosa:²¹³

Eu atravesso as coisas — e no meio da travessia não vejo! — só estava era entretido na idéia dos lugares de saída e de chegada. Assaz o senhor sabe: agente quer passar um rio a nado, e passa; mas vai dar na outra banda é num ponto mais embaixo, bem diverso do que em primeiro se pensou [...] o real não está na saída nem na chegada: ele se dispõe para a gente é no meio da travessia[...]

A Crítica Hermenêutica do Direito, diante da inserção paradigmática da Filosofia Hermenêutica e da Hermenêutica Filosófica coloca-se como o caminho do meio, libertando sua concepção normativa das prisões ilusórias do subjetivismo/objetivismo:²¹⁴

Para explicar melhor: a partir da hermenêutica (CHD), é possível perceber que – quando se defende limites semânticos ou algo do gênero- não se está a afirmar uma volta ao exegetismo literalista... O sentido se dá em um *a priori* compartilhado. Esse processo não é arbitrário (e tampouco refém do “mito do dado”). E, ao mesmo tempo, não representa um processo de representação de um objeto (nem é a sua “fotografia”...). A questão se coloca a partir de um acontecer, que transcende o “sujeito” e o atira no mundo. Daí que diante dos extremos positivistas de um lado, literalidade, de outro, discricionariedade ou

²¹¹ ABOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63.

²¹² STEIN, Ernildo. *Uma breve introdução à filosofia*. 2. ed. Ijuí, Rio Grande do Sul, 2005.p.86.

²¹³ ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.26-52. Sobre Direito e Literatura, ver: STRECK, Lenio Luiz. KARAM, André. *Direito e Literatura: Da realidade da Ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

²¹⁴ “Nesses termos, como o fator determinante da interpretação do direito acaba por ser a Lei, objetivistas são as posturas que entendem a lei como um dado jurídico pronto e acabado tendo o intérprete a tarefa de simples revelação do sentido, nela alocado por alguma autoridade externa a ele, intérprete, que pode ser a vontade divina, o sentido cosmológico das coisas ou, simplesmente, a ação de um legislador Racional. Já as posturas subjetivistas são aquelas que desprendem o intérprete desse invólucro legal e o apresenta como um verdadeiro criador de sentidos. Nesse caso, o sentido originário da lei e a autoridade de quem a emite cede lugar para a sensibilidade do intérprete que deverá interpretá-la segundo, por exemplo, as finalidades para as quais ela fora criada; os interesse sociais que levaram à sua edição dentre outras coisas”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 144.

livre convencimento, estamos situados no meio, ou seja, no sentido que se constitui no ser humano enquanto ser-no-mundo.²¹⁵[...] Em resumo: tendo em conta os paradigmas filosóficos que dirigem a interpretação, é possível dizer que objetivista é a postura hermenêutico-interpretativa que organiza o seu processo de determinação do sentido a partir de um aprisionamento do sujeito que conhece ao objeto que é conhecido; ao passo que subjetivista é a postura hermenêutico-interpretativa que espelha o paradigma da filosofia da consciência, no interior do qual o intérprete é o dono dos sentidos.²¹⁶

Diante das (im)possibilidades que se desvelam no positivismo, nota-se que o texto e seu sentido (norma) não se encontra propriamente uma cisão – no sentido de abrir um espaço para o subjetivismo – e tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem).²¹⁷ Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. Negar essa diferença implica negar a temporalidade, porque os sentidos são temporais (Ser é tempo)²¹⁸. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo.²¹⁹ Norma e texto são podem ser distintos em razão puramente de uma distinção num sentido de oposição, pois não se pode conceber sua existência separadamente, isso significaria dar um passo para trás. “O ser é sempre o ser de um ente.”²²⁰ Para tanto, é preciso distinguir o “pensar” desta diferença:

Deixamos de lado opiniões e esclarecimentos; em vez disso, fixemos nossa atenção no seguinte: em toda parte e sempre encontramos aquilo que é chamado diferença: no objeto do pensamento, no ente enquanto tal, e isto é tão despojado de dúvidas, que primeiro tomamos conhecimento desta constatação, enquanto tal. Nada nos obriga a

²¹⁵ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.138.

²¹⁶ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 153-157.

²¹⁷ Aprofundando na questão da objetividade/subjetividade ver também: LOPARIC, Zeljko. *A linguagem objetificante de kant e a linguagem não-objetificante de Heidegger*. *Natureza Humana*, v.6 (1): p. 9-27, jan-jun, 2004 e também LOPARIC, Zeljko. *A metafísica e o processo de objetificação*. *Natureza Humana*, v.10 (2): p.9-44, jul./dez. 2008.

²¹⁸ STRECK, Lenio. O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em *terra brasilis*. *Jurispoiesis (Rio de Janeiro)*, v. 1, p. 337-354, 2012.

²¹⁹ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 345.

²²⁰ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 35.

fazer isto. Nosso pensamento está livre para deixar impensada a diferença ou para considerá-la propriamente enquanto tal.²²¹

²²¹ HEIDEGGER, Martin. *A Constituição Onto-teo-lógica da Metafísica: Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005. p. 1997.

4 (DES)ENCONTROS POSSÍVEIS ENTRE A CRÍTICA HERMENÊUTICA E A TEORIA ESTRUTURANTE

Após adentrar nas concepções normativas de Friedrich Müller e Lenio Streck, a partir dos pressupostos que se estabeleceram ao se explicar as concepções normativas da Teoria Estruturante do Direito e Da Crítica Hermenêutica do Direito, busca-se - nesse capítulo, tendo como ponto de partida a evidente distinção no trato da relação entre texto e norma em ambas teorias - problematizar alguns pontos de (des)encontros entre os autores estudados, em virtude, de um elo de ligação fundamental entre a Teoria Estruturante e a Crítica Hermenêutica: a Hermenêutica Filosófica.

4.1 ENCONTROS ENTRE A PROPOSTA DE LENIO STRECK E FRIEDRICH MÜLLER

A Teoria Estruturante do Direito consolidou-se com o papel de “conceitualizar” aquilo que no cotidiano jurídico, de qualquer modo, já vêm sendo feito. Ao colocar-se como ponto inicial de um novo paradigma, ofereceu condições de, por ter sido “conceitualizado”, existir a possibilidade de melhor ser feito. Tanto TED, quanto num momento posterior a Crítica Hermenêutica do Direito, envolvem-se em uma determinada posição linguística no qual a linguagem é o espaço de ação para o agir jurídico, não mero instrumental passivo²²². A derrocada do uso unicamente instrumental da linguagem trará aberturas nesse novo modo de se pensar o Direito. Entretanto, como poderá ser pensado, os des(encontros) do presente texto não são meramente ocasionais, fruto de perspectivas fortuitas, mas de um autêntico fundo comum entre os autores. O próprio jurista alemão no prefácio da obra “Discrecionalidade Administrativa e Judicial”,²²³ de Georges Abboud, reconhecerá

²²² “O esquema insuficiente de sujeito e objeto não está à altura de uma hermenêutica geral orientada conforme o problema da linguagem.” MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência*: Elementos de uma teoria constitucional. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p.60.

²²³ ABOUD, Georges. *Discrecionalidade administrativa e judicial*: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

seus indícios ao tratar da (im)possibilidade de estabelecer de antemão as múltiplas soluções possíveis frente a um determinado caso:

Trata-se da situação linguística (e, assim, também jurídica) fundamental a partir do todo. Considerada a partir do juiz singular ou tribunal, a situação apresenta-se do seguinte modo: ou se oferece apenas uma única solução (questão numérica, meramente formal), ou se apresentam duas fundamentações “defensáveis”: quando todos os textos de norma atinentes e todos os fatos do caso sejam abrangidos, e quando a fundamentação pode conduzir o resultado, de forma metodicamente racional e transparente, a textos de norma vigentes, sem infringir a Constituição. *In praxi*, uma das duas soluções se apresentará sempre mais plausível do que a outra, fundamentada mais concludentemente e mais compatível com a Constituição. Essa variante, deve o juiz, deve o tribunal escolher – sem lugar para discricionariedade arbitrária, fundada apenas irracionalmente. A parte no processo tem um direito a essa decisão – posicionamento esse que eu sempre havia sustentado e, no Brasil, é defendido pelo Prof. Lenio Streck [...]. No âmbito da Metodica e da Teoria do direito estruturantes, essa posição foi elaborada até mesmo como *direito à igualdade de métodos*. Todos os envolvidos tem um direito a decisões que não são arbitrárias, precisamente também no âmbito dos métodos de trabalho empregados pelos juristas.²²⁴

Como se viu, Fr. Müller e Lenio Streck serão críticos dessas várias versões do positivismo, primando pela necessidade do Direito de buscar por um outro caminho. Em virtude de ambos entrarem em contato com a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, como se viu, dissolveram em suas teorias os frequentes dualismos próprios das posturas positivistas: norma/caso”, “direito/realidade”, “ser/dever-ser”, “questão de fato/questão de direito.

A partir do contato com a “Hermenêutica”, o entendimento de que é possível existir um observador alheio à realidade se esvai. Por conseguinte, Streck e Müller serão críticos às posturas axiologistas, psicologizantes²²⁵ ou meramente sociológicas,²²⁶ justamente por reduzirem a complexidade dos fenômenos jurídicos à

²²⁴ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 22.

²²⁵ Como se pode ver: A possibilidade de abuso de um enfoque cresce à medida que gradações material-normativas do ordenamento jurídico são niveladas em benefício de uma compreensão fundamental, não importa quão pertinente esta seja. [...] Podemos constatar elementos do psicologismo a expensas de delimitações formais imprescindíveis e podemos constatar simplificações a-históricas também na doutrina do direito histórico como quintessência de projetos provisórios de comportamento. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

²²⁶ Muller também não se mostra afeito com a sociologização do direito. [p.100]. No mesmo sentido, “Âmbito normativo e programa normativo não são meios para encontrar, à maneira

uma espécie de apenas uma “instância de sentido”, em que se é possível abarcar totalmente a realidade, desconsiderando, por sua vez, a complexidade e a necessidade de preservação de sua autonomia.

Do mesmo modo, desconsideram a possibilidade de existir “easy cases” e “hard cases”²²⁷ e, obviamente, a compreensão de sentença como um ato silogístico²²⁸. A norma só é no seu caso, assim, independente da complexidade com que esse se apresenta, o estranhamento inicial ocorre devido à pré-compreensão do intérprete que ainda não compreendeu, e não da existência de um caso difícil “em si”. Desse modo, a construção teórica de Streck e Müller prescindiram dessa cisão, que dentro de um contexto hermenêutico, não faz sentido.

Na mesma linha, ambos também irão tecer duras críticas a “ponderação”²²⁹ defendida, dentre outros, por Robert Alexy. Nas palavras de Müller “A falta de esforço com a qual se procede, principalmente na mencionada jurisprudência, de acordo com o modelo linguístico de ‘ponderação’, adverte que se tenha grande reserva”,²³⁰ ou

do direito natural, verdadeiros enunciados ônticos de validade geral; tampouco ajudam a averiguar o “verdadeiro sentido” dos textos normativos em termos o tipo definido e juridicamente “correto” do uso da língua no respectivo contexto normativo. A função de escolha e de delimitação do programa normativo ligada a isso faz com que a análise do âmbito normativo, como parte integrante da concretização jurídica, fortaleça a normatividade da disposição legal como uma normatividade marcada pelos dados reais, em vez de deixa-la de lado em prol de um sociologismo avesso à norma”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 238.

²²⁷ “Também a metódica com as suas inferências a partir de aspectos individuais a teoria da norma precisa espelhar o fato de que no direito a interpretação não pode ser entendida apenas ocasionalmente como artifício em casos especialmente difíceis”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 58. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. Las consecuencias hermenéuticas de la (indebida) separación entre casos faciles ("easy cases") y casos difíciles ("hard cases") en el derecho penal. *Iuris Omnes*, v. 1, p. 66-84, 2008.

²²⁸ ABOUD, G.; CAVALCANTI, M. A. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma pós-positivismo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 351-378, 2015. Ver também: ABOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes de Friedrich Müller. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impreso), v. 929, p. 1333-1340, 2013.

²²⁹ “Tão certo e também que essa compreensão não tem relação com o direito ou a necessidade de um procedimento metódico de “ponderação de bens”, como isso e proposto em uma série de decisões do Tribunal Constitucional Federal. Tal procedimento não satisfaz as exigências, imperativas no Estado de Direito e nele efetivamente satisfativas, a uma formação da decisão e representação da fundamentação, controlável em termos de objetividade da ciência jurídica no quadro da concretização da constituição e do ordenamento jurídico infraconstitucional.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 18.

²³⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

ainda, “A ponderação de diferentes pontos de vista da concretização da norma não pode substituir o esforço da interpretação.”²³¹ Em seguida:

Até agora, a teoria não forneceu à prática quase nenhuma indicação útil de como as entidades a serem ponderadas poderiam ser racionalmente circunscritas e avaliadas em seu “peso” de uma forma comprovável e realmente passível de ser discutida entre indivíduos. Isso é algo que somente seria possível por meio de enunciado metodicamente questionados.²³² [...] A ponderação de bens não pode querer substituir a concretização racional. Concretizar, porém, dá provas de que a ponderação de bens frequentemente é algo dispensável. Nos casos de necessidade urgente de uma ponderação, o racionalizar deve de qualquer modo conseguir separar, também na exposição de razões, os fatores valorativos racionais dos fatores valorativos irracionais da decisão.²³³

Desse modo, Müller conclui que enquanto a ponderação de bens contribuir para contornar distinções estruturais em vez de finalmente conciliá-las e de atualizá-las, ela não estará, com esse procedimento, servindo nem à metódica jurídica nem à clareza da concretização da norma, exigida pelo Estado de Direito.²³⁴ Assim, em suas palavras,²³⁵ “a ponderação frequentemente desemboca num Decisionismo (*Dezision*)

²³¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 270. Dando continuidade à crítica: “O fato de que, na prática, por falta do desenvolvimento satisfatório da metódica constitucional, frequentemente se possa observar ponderação irracional dos elementos da decisão, não oferece mais nenhuma razão suficiente para encarar a ponderação de bens como panaceia da concretização da norma, enquanto a problemática relativa a política legislativa não investigada aqui reside em outro lugar. A precariedade dos juízes não deveria ser interpretada como precariedade jurídica ou precariedade da teoria do direito. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 278.

²³² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 272.

²³³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 278. Apesar de uma grande crítico da Ponderação, Müller não exclui a possibilidade de sua utilização, admite-se sua utilização como recurso auxiliar interpretativo desde que justificada racionalmente em um contexto metódico-estruturante.

²³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 273.

²³⁵ A interpretação harmonizadora dos direitos fundamentais procura reunir os teores normativos e materiais dos princípios dos direitos fundamentais em um ordenamento racional; e não pressupô-los como sistema de valores, a partir do qual se pudesse proceder deduções. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 275. Daí que se divergirá do entendimento de Thomas da Rosa Bustamante: BUSTAMANTE, T. R. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 43, p. 89-109, 2003.

irracional por falta de recursos metódicos auxiliares mais precisos”.²³⁶ Müller ressaltar que a ponderação, ao final, reduz-se em um juízo axiológico.

No mesmo sentido, é possível ainda, em razão da necessidade de se aprofundar no assunto, tangenciar sutilmente essa temática²³⁷, ao aproximar as críticas dos autores com relação à questão dos princípios: “É correto afirmar que para o direito continental o princípio jurídico distingue-se da norma jurídica não por meio de seu “caráter abstrato”, mas por meio do caráter definidor dos casos de aplicação, caráter esse que é próprio da norma.”²³⁸ Nesse sentido:

Diante do *deus ex machina* de uma ponderação não elucidada na sua estrutura metodológica, a peculiaridade dos tipos legais da vida nem pode se colocar como pergunta. Em consequência falta também a tentativa de interpretar o alcance normativo dos direitos fundamentais individuais, materialmente diferentes [...]. Uma norma de direito fundamental não indica apenas o que deve vigor numa determinada situação da vida; muito além do raciocínio individualizante limitado ao caso, ele é sempre também um princípio fundamental objetivo – e como tal um princípio “vigente” – da constituição, que coconstitui a ordem constitucional não apenas com vistas ao seu âmbito normativo, em virtude do significado, da peculiaridade e da função do seu efeito normativo.²³⁹

Müller demonstra, por sua vez, uma concepção mais abrangente que se coaduna com sua pretensão teórica pós-positivista, na medida em que não se restringe apenas ao nível sintático-semântico, ao criticar uma representação *abstrata e ante casum* na abordagem da questão dos princípios. O modelo abstrato semântico exposto na ponderação faz com que todo o desenvolvimento da argumentação jurídica se dê no âmbito de uma estrutura formal *a priori*. E esse modelo só se desenvolve, porque se crê dentro de uma lógica capaz de abarcar todos os sentidos

²³⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76.

²³⁷ Para aprofundar esse tema ver: OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e da discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica. Dissertação de Mestrado. Unisinos. São Leopoldo, 2007. E também: STRECK, Lenio. A hermenêutica diante da relação 'regra-princípio' e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 241-266, 2012. STRECK, Lenio. Do Pan-principiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 194, p. 7-21, 2012.

²³⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 260.

²³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 76.

em uma totalidade objetivante. Entretanto, todo esse desenvolvimento ocorrerá em um nível estritamente teórico que não atinge as dimensões práticas necessárias para a interpretação do direito. Para a Crítica Hermenêutica do Direito, a diferença entre regras e princípios deve ser articulada na estrutura prática da interpretação do direito, e aparentemente, no mesmo sentido se coloca a Teoria Estruturante:

A constatação de que os princípios jurídicos não poderiam ter validade *in abstracto*, mas apenas na referência com o estado real de coisas bem definido, faz vista grossa para o caráter irrenunciável assim como para a autonomia do tratamento normativo metódico entre os polos teórico-jurídicos do texto normativo e do caso particular a ser regulado, bem como restringe a validade jurídica e, especialmente, a validade da Constituição à ponderação de bens e interesses, em última escala frequentemente desprovida de critério e não suficientemente passível de ser racionalizada.²⁴⁰

Streck não buscará “autonomizar”²⁴¹ os conceitos da Hermenêutica Filosófica com neologismos equivalentes na ciência jurídica, todavia claramente preserva a “intepretação” como “aplicação”, o que na TED, também se preservará, entretanto, de um modo “mais analítico”, já que a “intepretação” e “aplicação” de uma norma jurídica darão lugar à ao que Müller denomina como concretização desta.²⁴² Diante desses avanços, ambos enfatizarão a responsabilidade política dos operadores do direito,²⁴³

²⁴⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 235.

²⁴¹ Nesse sentido: “Quanto aos pressupostos, à abrangência e aos limites da aplicabilidade às regras da sua execução e à sua relação com os pontos de vista convencionais da concretização da norma, esses recursos à facticidade normatizada ou não normatizada na jurisprudência não estão hermeneuticamente elucidados. Tanto mais eles se expõem – abstraindo da defensibilidade dos seus resultados individuais – à censura de estrangeirar metajuridicamente questões da ciência jurídica com ponderações genericamente filosóficas, históricas, juspolíticas, de abandonar a pureza metódica da ciência do direito, de colocar valorações subjetivas no lugar da delimitação racional”. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 27.

²⁴² No mesmo sentido: “Concretização (*“Konkretisierung”*) é termo por ele utilizado que substitui e supera a dicotomia clássica “intepretação” (*“Auslegung”*, *“Interpretation”*) e “aplicação” (*“Anwedung”*). Trata-se, como o próprio autor refere, de uma mudança paradigmática e não meramente terminológica. Pressupõe a impossibilidade de cindir abstratamente interpretação e aplicação jurídica, o que torna necessário tratar a questão “norma-fato” de forma totalmente nova. Nesta perspectiva, não só a norma é “aplicada” ao caso, mas o caso é “aplicado” à norma.” MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 228.

²⁴³ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75.

pois apesar de ser impossível abarcar toda a realidade²⁴⁴, isso não significa que se deva prescindir de uma racionalidade no momento da decisão. Para Müller:

A racionalidade máxima elucida o seu próprio procedimento com a máxima probidade possível; por sua vez, a probidade, ótima no tocante ao método, provoca o menor número possível de valorações genéricas na consciência jurídica verificadora. Tudo isso não via um perfeccionista utópico, mas uma exposição de processos de concretização do direito, que torna transparente, também nas suas próprias limitações, o esforço de compreensão subjacente a tais processos e que mantém a ascese diante de postulados retoricamente persuasivos e enganadores.²⁴⁵

A racionalidade visada por Müller busca apreciar especificamente a inserção das “matérias”, de cada caso, evitando as polaridades de enunciados abstratos em que os elementos possuem uma natureza “em si”.²⁴⁶ Para ele “justamente uma metódica crítica emancipada da autocomplacência da cogência absoluta, que se relativiza a si mesma, não consegue operar sem apreender as questões materiais normatizadas”.²⁴⁷ Desse modo, Müller tentará, com sua metódica estruturante, alcançar na ciência jurídica o máximo de especificidade possível²⁴⁸ no concernente a explicitação metódica do operador ao esmiuçar as particularidades do caso, pois, como já dito, a norma só “é” no seu caso:

A norma não é simplesmente aplicável; mas a sua concretização também não pode ser levada a termo como jogo planejado de atos individuais meramente valorativos e atos individuais apenas racionalmente excludentes. Justamente por isso se faz necessárias, à guisa de pontos de vista auxiliares, uma pluralidade de “métodos” relativos, limitadamente racionalizadores, mas em contrapartida sempre verificáveis em espaço reduzido; justamente a objetividade [...]

²⁴⁴ A necessidade da racionalidade “máxima” da aplicação do direito segue da impossibilidade da sua racionalidade integral; supor esta significaria desconhecer o caráter decisório e valorativo, coconstitutivo do direito. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 87.

²⁴⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

²⁴⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

²⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 89.

²⁴⁸ Entendida aqui não de uma maneira ingênua: “A exigência de objetividade não diz respeito à eliminação, mas à revelação de valorações necessárias”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91.

como clareza de métodos, deve produzir o que é possível à ciência jurídica sem que ela sucumba a uma autoilusão.²⁴⁹

Assim, preocupado com as “autoilusões” que a pretensão de uma “lógica” que possa dar conta de tudo possa trazer, em certa altura da obra *Teoria Estruturante do Direito*, Müller faz uma análise jurisprudencial em que revela claramente a arbitrariedade das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, e de como, ela não pode existir por si mesma, isto é, de como os juristas não podem se isentar diante da responsabilidade de assumir uma postura (inclusive) metodológica comprometida com as exigências de um Estado Democrático de Direito:

Não se pode, por assim dizer, temer que a arbitrariedade no sentido do art.3º, inc. 1, da CF, surja por si (!) no ponto em que o legislador apenas expressa aquilo que decorre das circunstâncias reais do caso, dadas de antemão, circunstâncias essas que claramente se inter-relacionam e nitidamente se distinguem de outras atividades.²⁵⁰

Müller sempre enfatizará a necessidade de existir uma vinculação necessária entre o texto e a norma. O texto será o ponto de partida e o limite máximo da interpretação. Para ele, o Estado Democrático de Direito poderia ser chamado de Estado textual, porque toda a sua atividade está vinculada a textos normativos.²⁵¹ Desse modo, visa com uma precisão cirúrgica exaurir ao máximo como a decisão construiu-se de determinado modo, visando esclarecer os pontos a partir de sua normatividade e estrutura da norma.

Não existirá espaço - na tradução de sua expressão do alemão para o português, para a “arbitrariedade” - todos os elementos constituintes da decisão não poderão prescindir de uma justificação metódica. Se não há suporte em um texto normativo para tomada de decisão, ela não é uma decisão jurídica. Não haverá interpretação *praeter* ou *contra legem* para ele²⁵².

²⁴⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 91-92.

²⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.171.

²⁵¹ Nesse mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 173, 2014.

²⁵² MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 216.

Abstraindo-se de possíveis discussões terminológicas, diante de todo o contexto exposto, é possível - desapegando-se de um rigor “filológico” - pedir licença para equiparar, nesse trabalho, a expressão “*arbitrariedad*” com “*discricionariedad*”.²⁵³ Tanto a TED de Müller como a CHD de Streck, como se pode ver no primeiro capítulo, colocam-se justamente na tentativa de superar o vácuo interpretativo deixado pela *Teoria Pura do Direito*. Na visão da Teoria Estruturante do Direito, em Kelsen, a questão da “interpretação” é uma questão política, restando aberta a possibilidade de estabelecer seus parâmetros, nesse sentido, é essa também a leitura que vai ao encontro da Crítica Hermenêutica, na medida em que esse relegado espaço aberto torna-se o *locus* da *discricionariedad/arbitrariedad*.

Nessa linha, ambos concordarão também com a impossibilidade da cisão entre vigência e validade,²⁵⁴ ao considerar que cisões estruturais que revelem a insistência representativa da “natureza das coisas”, ou seja, de que há “algo em si” não terão proveito direto para a teoria da norma, ao contrário, contribuirão para a continuidade de vácuos (metodológico/interpretativo²⁵⁵) propulsores da *arbitrariedad/discricionariedad*.²⁵⁶ Nesse aspecto:

Com meio auxiliar da concretização da proibição de arbitrariedad, a natureza das coisas não possui nenhuma função metódica própria. Como critério para a consequência lógica do sistema, no que fiz respeito às regras jurídicas específicas, no âmbito de regulamentações globais que podem ser interpretadas como conexas, a natureza das coisas deve igualmente averiguar não o instrumento metódico, o sentido e o objetivo da regulamentação geral, mas a metáfora de uma relação apreciada de um modo variável. A concretização propriamente dita precede a introdução do termo “natureza das coisas”. Assim, formalmente, a “arbitrariedad” objetivada e concretizada supostamente por meio do aspecto da

²⁵³ Na Crítica Hermenêutica do Direito, desconsidera-se a “diferença” entre arbitrariedad e discricionariedad. “O Direito livremente formado [isto é, sem base em textos de normas], é um ato de arbitrariedad”. MULLER Apud MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 216.

²⁵⁴ “Tais critérios [imbricados com uma uma noção de “externalidade do direito”] estão também ligados à necessidade de não apreender de modo excessivamente atualista o conceito de “viger” [Gelten] justamente de norma constitucionais fundamentais. Assim uma compreensão do direito, para a qual cada norma jurídica “vige” apenas em relação ao caso individual concreta, não pode fazer justiça à vigência especial. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 75.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, v. 1, p. 577-601, 2013.

²⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.132.

natureza das coisas apresenta-se como inadequação objetivamente evidente de uma medida em relação à situação por ela regulamentada.²⁵⁷

A Teoria Estruturante, bem como a Crítica Hermenêutica, como já dito antes, ressaltarão inevitavelmente a importância da *applicatio*²⁵⁸ no contexto jurídico, em outras palavras, da “aplicação compreensiva como parte integrante do processo hermenêutico.”²⁵⁹ Nesse ponto, ambas possuem, com essa apreensão, basicamente as mesmas matizes:

A condição humana não nos é dada em forma de evidente univocidade. Mesmo supondo-se uma constituição básica do mundo social invariável, na forma como, porém, até hoje não pode ser documentada, não obstante tal constituição dependeria do modo com as pessoas se entendessem e se interpretassem dentro dela. O que significam “casamento”, “Estado”, “ação” e “culpa” é algo que sempre depende de como o ser humano interpreta a si próprio e a seu mundo.²⁶⁰

Müller prioriza um novo enfoque da Hermenêutica Jurídica, alinhado com a Hermenêutica Filosófica, em que, há a compreensão como processo de “atualidade”, ou seja, há uma inseparabilidade do reconhecimento de sentido e aplicação num processo unitário, que inclui necessariamente o sujeito compreendente e concretiza e

²⁵⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.131.

²⁵⁸ “*Aplicatio*” (na CHD), pode ser compreendida como o termo “atualidade” na TED: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.41. Nesse sentido, dada a normatividade da ciência jurídica, nas palavras de Müller: “o “caráter modelar” enquanto marca essencial da “atualidade” [*applicatio*] do contexto de tradição ou de compreensão é aqui, por sua vez, o caráter modelar de uma “validade” com caráter vinculativo, isto é, o caráter modelar de uma pretensão a um determinado comportamento, exigida em última instância com a ajuda de violência”. MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 42.

²⁵⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 45. No mesmo sentido: Ainda que a aplicação seja parte constitutiva de toda a compreensão nas ciências humanas, conforme explanou Gadamer, a ciência jurídica seguramente não lida com configurações de linguagem que são também compreensíveis “em si mesmas”, mas com normas que pretendem ‘ter vigência’ em combinação com sanções concretas no universo social, cuja normatividade está portanto, assestada sem mediações na direção de áreas, conteúdo, reações sociais determinadas em cada caso. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 45.

²⁶⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.124.

leva a termo em primeira instância esse sentido a ser entendido, não obstante a simultânea vinculação integral ao sentido do texto.²⁶¹

Em virtude desses avanços, tanto na Teoria Estruturante quanto na Crítica Hermenêutica há o resgate da discussão do ato decisório como responsabilidade política e, respectivamente a crítica com relação às dificuldades/limitações enfrentadas na (e pela) ciência jurídica:

A responsabilização metódica e política para a utilização da perspectiva orientadora do programa da norma de uma prescrição legal, junto aos complexos resultados parciais de estudos empíricos, continua com o jurista concretizador da norma.²⁶²

O trabalho decisório, na sua totalidade, não se torna tarefa de outros cientistas sociais. Ele se torna a tarefa de juristas de um novo tipo, profissionalizados como especialista em ciências jurídicas e sociais. No entanto, a tendência previsível da política universitária de exorcizar do estudo tradicional do direito os restos remanescentes de sua cientificidade em prol de uma “eficiência” economizadora de custos, deixa pouca margem à esperança de uma cientificização considerável da práxis jurídica para o futuro próximo.²⁶³

Em uma última palavra: “Toda teoria é geral e toda decisão é individual. Pode parecer então contraditória uma “teoria da decisão”, que procura unir o geral e o específico”²⁶⁴. Nesse sentido, no século XIX a proposta eram as normas gerais (as respostas estavam na lei, “nas coisas”, ou seja, na “objetividade”), no Sec. XX. (Hans-Kelsen), a norma tornou-se geral e individual (porém, num sentido sintático-semântico, em que o sujeito coloca os sentidos, ou seja, no “subjetivismo”). E daí, nessa quadra da história, no pós-moderno Sec. XXI, Friedrich Müller e Lenio Streck colocam-se diante do mesmo desafio: uma teoria da decisão que una geral e particular em seu momento decisório. Tanto a Crítica Hermenêutica do Direito, quanto a Teoria e

²⁶¹MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 58.

²⁶²MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 46.

²⁶³MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 46.

²⁶⁴ADEODATO, João Maurício. Tese de Livre docência: Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica. Universidade de São Paulo, 2010. p. 213.

Metódica Estruturante, diante da especificidade normativa da ciência do direito, percorrendo o caminho do meio buscam a norma onde ela “é” a norma.

4.2 DAS DISSONÂNCIAS ENTRE A TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO E A CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO: A LEITURA DA “HERMENÊUTICA FILOSÓFICA”

Sobre as dissonâncias entre os autores, sem dúvidas, a questão elementar é o modo como cada um “recepcionou” a “Hermenêutica Filosófica” em sua teoria. Assim, a questão gira em torno de como identificar o modo com que a Crítica Hermenêutica do Direito trabalha com a Hermenêutica, “inserindo-a”, nas palavras de Stein, como um Standard de Racionalidade ou vetor de racionalidade²⁶⁵, isto é, é pensa-la (ao lado da filosofia hermenêutica) como um lastro filosófico sobre o qual uma teoria jurídica pode se assentar. Desse modo, a radicalização de um pensamento “integralmente” hermenêutico não se faz presente na Teoria Estruturante do Direito:

A compreensão como “aplicação” [*Applikation*] ou, dito em outros termos, a “atualidade” de toda a compreensão constitui um ponto de vista central da “hermenêutica filosófica” mais recente. De acordo com essa escola, a compreensão é um acontecimento atual [*aktuellesGeschehen*]. A descoberta do sentido a aplicação estão inseparavelmente reunidas num processo unitário – num processo, que inclui necessariamente o “sujeito compreendente” [*denVerstehenden*] e sem o qual sentido do texto a ser compreendido nem poderia ser concretizado e nessa medida completado, embora esse sujeito compreendente esteja vinculado a esse sentido do texto. Também aqui não há nenhuma razão para que a teoria do direito “assuma” a hermenêutica filosófica, mas para que ela constate a confirmação da sua experiência imanente do trabalhar o ordenamento jurídico.²⁶⁶

Nesse trecho, claramente se percebe que a aproximação com a Hermenêutica Filosófica se constitui como uma opção teórica, sendo despiciendo, para o jurista alemão, “assumi-la” enquanto uma “nascente” de todo o seu pensar teórico. Nesse sentido o papel da Hermenêutica cinge-se tão somente como uma experiência

²⁶⁵ STEIN, Ernildo. Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 135-157.

²⁶⁶ MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência*: Elementos de uma teoria constitucional. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 40.

imamente quando se trabalha com o ordenamento jurídico. Para Müller, a Hermenêutica Filosófica, como uma corrente da filosofia, não terá a normatividade que requer o fenômeno jurídico²⁶⁷. Assim, diante da falta da normatividade da hermenêutica (e até nesse ponto, há a convergência com a CHD), Müller a considerará insuficiente por não trazer respostas para o direito. Como daqui se depreende:

A referência à práxis, que precede toda e qualquer compreensão, a pré-compreensão, a inserção do intérprete num contexto de tradição a ser atualizado – esses conceitos centrais de uma hermenêutica “filosófica” ou “orientada para as ciências humanas” são deixados gradualmente para trás pelos achados análogos da metódica jurídica.²⁶⁸

Desse modo, a discordância da CHD com ele é que, o fato de não operacionalizar dessa forma (como opção teórica) não significa que ela não possa ser útil para se pensar o fenômeno jurídico, e essa utilidade se dá para a Crítica Hermenêutica do Direito como paradigma de base.²⁶⁹ Uma coisa é você pensar uma teoria do direito que se assenta em linhas básicas de uma concepção hermenêutica do que seja o processo compreensivo e, a partir delas, buscar trabalhar com categorias específicas do direito, considerando que essas categorias só farão sentido diante dessa leitura filosófica do mundo. Outra coisa é fazer uma opção teórica²⁷⁰ que não abrange todo o contexto que a Hermenêutica Filosófica antes traz

²⁶⁷Nesse sentido, importante lembrar o posicionamento de Castanheira Neves: embora as aproximações que possam ser feitas as teses do jurista português com a *Hermenêutica Filosófica* – e a importância que ele dá às obras de Gadamer e Heidegger –, este tem deixado claras as suas discordâncias com relação à ausência de “normatividade” na Hermenêutica Filosófica. A questão é aprofundada no Posfácio de *Verdade e Consenso*: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. cit., p. 415-416 e 433-434.

²⁶⁸ MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência*: Elementos de uma teoria constitucional. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 41.

²⁶⁹ Nesse sentido: “A noção de paradigma filosófico funciona como um transcendental não clássico, ou seja, não ligado às amarras da subjetividade. Exerce ele uma função de fundamentação, no sentido de ser um elemento organizador, estruturante e abrangente”. STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 143. Sobre o assunto ver dessa mesma obra o ponto 5.3.2.12: “O que são paradigmas Filosóficos? De que modo eles condicionam a interpretação?”

²⁷⁰ Sobre essa opção teórica em favor de uma “autonomização” do Direito com relação à Hermenêutica Filosófica e Filosofia Hermenêutica, ou qualquer posição filosófica, Müller assim dispõe: “Da dogmática até a política jurídica, as áreas de trabalho jurídico são funcionalmente tão independentes, são gradualmente tão nitidamente separadas das observações paralelas mais difusas da hermenêutica “filosófica caudatárias das ciências humanas” [*philosophisch-geisteswissenschaftlichen Hermeneutik*], que elas podem ser

consigo, uma vez que não se trata apenas de “constatar a confirmação da sua experiência imanente do trabalhar o ordenamento jurídico”, mas de compreender que é desvelado um modo de ser e de interpretar o mundo em sua totalidade, que, em última análise, por mais que “aparentemente” esteja mais latente no momento da aplicação no direito, não pode se fechar para o fato de que o verbo “ser” sempre está aí presente, enquanto se vive, estamos “condenados” a interpreta-lo. Expondo mais “filosoficamente” a questão: sempre quando se fala em algum ente apontamos para o ser, guardar o incontornável como inacessível constitui-se, nesse sentido, como uma tarefa.

4.2.1 Da Pré-compreensão

Como já dito, Müller ter entrado em contato com a Hermenêutica Filosófica não significou assumi-la como uma diretriz total, como se pode ver, não houve uma imersão total no paradigma hermenêutico. Assim, o modo como Müller se apropria da “Pré-compreensão” dá continuidade em seu intento de “juridicizar” os recursos fornecidos pela Hermenêutica Filosófica com a proposta de autonomizar a ciência do direito, com vistas, como ele mesmo diz, à práxis. Na sua visão “toda práxis jurídica é uma técnica decisória”,²⁷¹ portanto, desenvolve sua teoria com os recursos hermenêuticos, entretanto, estando estes remodelados pela exigência “heteronômina” de uma ciência normativa decisória: a normatividade (ocasião em que colocará seus questionamentos a partir da norma e da estrutura da normatividade).

Não se vislumbra aqui a possibilidade de se considerar que houve instrumentalização da Hermenêutica Filosófica no Direito na medida em que na TED não

tratadas sem revinculação metódica à “ciência humana” [Geisteswissenschaft]. A partir da realidade social, as coisas tendem a ser diferentes; as “ciências humanas” são, portanto, ciências sociais não-redimidas. Com isso não pretendemos recomendar que elas sejam conformados à mesma bitola, nem pretendemos recomendar um pot-pourri de métodos. Recomendamos, isso sim, que os campos de trabalho das “ciências humanas” e da sua hermenêutica – da filosofia, da ciência histórica, da linguística e da análise científica da literatura etc. – sejam visto mais fortemente como processos de exercícios de influência e processos de comunicação interpessoais, i.e, sociais, socialmente condicionados e profissionalizados. MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência*: Elementos de uma teoria constitucional. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 48.

²⁷¹MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência*: Elementos de uma teoria constitucional. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 7.

há aplicação direta desses recursos filosóficos no Direito. Para Müller “o processo real da concretização aqui discutida, levado a cabo pela Corte, não é motivado nem política nem juridicamente. Ele segue uma necessidade teórico-normativa que ainda não tomou consciência de si mesma.”²⁷²

Desse modo, Fr. Müller não se preocupa tanto em articular com profundidade filosófica os teoremas da hermenêutica, mas sim, em enfatizar a articulação lógico-discursiva dos sentidos no momento de sua aplicação, em outras palavras, como e porque essas explicitações devem ser colocadas coerentemente com o texto no momento da decisão.

Müller coloca a pré-compreensão “como fator metodologicamente diferenciador”²⁷³ na medida que a ela pertence “o enfoque indagativo pelo qual a interpretação é guiada.”²⁷⁴ Em suas palavras: “não existe nenhuma compreensão sem pressupostos. Compreensão e decisão, compreensão e sua efetuação como ato próprio do sujeito compreendente se interligam na historicidade da existência”.²⁷⁵ Nesse sentido, assim dispõe:

A pré-compreensão se manifesta em princípio como a relação vital do sujeito compreendente com a coisa a ser entendida, sem a qual a possibilidade da compreensão sequer poderia ser fundamentada. A interpretação no caso individual não coincide com a autointerpretação do homem e a sua interpretação de mundo, mas não pode ser descolada delas, ao menos nas ciências humanas.²⁷⁶

Para ele “a opinião prévia [*Vormeinung*] geral do uso da linguagem, bem como pré-compreensões conteudísticas devem ser vistas na sua função produtiva como pressuposto e condição da compreensão”. Coloca, dessa maneira, que:

“[...] o conceito de círculo hermenêutico, herdado da tradição recebe aqui uma fundamentação que transcende em muito a mera relação de

²⁷² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 151.

²⁷³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

²⁷⁴ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

²⁷⁵ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

²⁷⁶ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 60.

sujeito-objeto entre o intérprete e o texto. Com isso se designa tudo menos a gratuidade da pré-compreensão.”²⁷⁷

Em sua concepção: “a reflexão e racionalização dos preconceitos tanto produtivos quanto destrutivos – vistos do ângulo da norma – se torna igualmente uma tarefa da teoria estruturante da norma”.²⁷⁸ Com isso, Müller revela a necessidade dos elementos oriundos da pré-compreensão serem introduzidos de “forma racionalizada e controlável no nexos da fundamentação jurídica”²⁷⁹, pois, caso contrário, permanecerão como “fontes de erros sem responsabilização, posto que irracionais; com isso não se daria nenhum passo além do positivismo, que os ignorou ou silenciou sobre eles”.²⁸⁰ Em seu entendimento:

A pré-compreensão carece de categorias e conceitos jurídicos, devendo ser formulada e fundamentada de modo a construir o direito, caso deva ser aproveitável para a aplicação do direito. Isso inclui, porém, o pressuposto de que genericamente os elementos juridicamente construíveis sejam delimitados e escolhidos no campo da respectiva pré-compreensão. Até que ponto isso é possível com os meios mencionados, permanece por enquanto uma questão em aberto que até o momento não foi colocada.²⁸¹

E mais adiante:

É certo que também e muitas vezes justamente a pré-compreensão não elucidada é o pressuposto da concretização; mas só a racionalizada e diferenciada no âmbito do possível é o pressuposto de uma concretização controlável.²⁸²

Portanto, posta a “carência jurídica” da categoria filosófica²⁸³ “Pre-compreensão”, Müller ao mesmo tempo que compreende o caráter omni-abrangente,

²⁷⁷ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

²⁷⁸ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

²⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

²⁸⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 61.

²⁸¹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63.

²⁸² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 65.

²⁸³ “No que toca ao problema da pré-compreensão [...] percebe-se de forma clara a posição de Müller. Simultaneamente vislumbra-se a influência da hermenêutica filosófica e a crítica

complexo e profundo da Hermenêutica (em certo sentido) o releva, em virtude das exigências de uma ciência normativa decisória, uma vez que investirá teleologicamente regionalizando a pré-compreensão em uma esfera eminentemente “jurídica”. Isso fica claro, pois obviamente é notório que o autor compreende o significado da Pré-compreensão, mas ao mesmo tempo o desconsidera quando o adjetiva, na ciência do direito, com a palavra “Jurídica”.²⁸⁴

à sua transposição ao fenômeno jurídico sem levar em consideração o que lhe é peculiar, a saber, justamente o problema do trabalho com textos normativos e suas transformações em normas num dado contexto. É distinta a produtividade da pré-compreensão, ou ausência dela, quando está em questão a autocompreensão do ser humano, a compreensão de fatos históricos, ou mesmo, o manuseio de uma obra literária, que pressupõe as duas anteriores e ainda a alteridade. Em caso de uma pré-compreensão equivocada, ou da ausência de consciência acerca dela e de seus efeitos, o resultado será apenas o malogro da compreensão.” MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 226. Nesse sentido, Como se pode assim aduzir dos seguintes trechos: “A pré-compreensão fundamentada em termos de teoria constitucional condiciona a compreensão do problema, bem como a compreensão da norma concretizanda; e ela condiciona ambas com uma compreensão genérica, que veicula, coletiva e psicologicamente, o projeto fundamental do mundo, condicionando quase sempre também ambas com a variante mais restrita da pré-compreensão, a pré-compreensão jurídica ou referida ao direito, que ocupou até agora quase que privativamente a hermenêutica constitucional.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67. “Também o papel da pré-compreensão não deve se irrestritamente generalizado; ele será diferente de acordo com a peculiaridade do caso a ser solucionado e, com isso, será introduzido como componente na tipologia a ser elaborada da norma e do caso. A explicação crítica da pré-compreensão deve decorrer do processo da concretização em si se uma formação de conceito abstratamente generalizante e, com isso, apócrifa, não dever substituir os pressupostos de avaliação de problemas jurídicos, pressupostos esses deixados em aberto”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 257. “Os conteúdos da pré-compreensão a serem distinguidos de acordo com o programa normativo, o âmbito normativo e a estrutura do caso aumentam o número dos pontos de vista que necessitam de fundamentação e tornam possível nomear claramente que tradicionalmente permaneceriam tacitamente sob o pretexto da metódica puramente jurídica, fazendo com que se possa distinguir de modo mais preciso quais razões da solução do caso foram desenvolvidas de modo racional e quais, de modo inevitável, foram obtidas a partir da avaliação mais imprecisa”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 258. Sobre o tema também verificar o ponto 3.3 - Direito, Linguagem e Violência: “Atualidade”, referência à vida, Pré-compreensão.

²⁸⁴ Como se pode ver nos seguintes trechos: “Já que a pré-compreensão (tanto pré-jurídica quanto jurídica) pode abrir ou barrar o acesso à estrutura da norma e a estrutura do problema.” (MÜLLER, p. 67). “Ambos os tipos de pré-compreensão são alimentados a partir de dados reais dos âmbitos normativos.” (MÜLLER, p.257). Também regionaliza uma espécie de pré-compreensão teórico constitucional: A pré-compreensão como um conjunto de atitudes, opiniões e antecipações de conteúdos que não passaram por uma reflexão e que em grande parte são intermediadas pela língua, assim como a pré-compreensão teórico-constitucional a ser desenvolvida pelo intérprete dizem respeito à concretização da norma jurídica e, ao mesmo tempo, à concretização do caso jurídico a ser solucionado e que está em inseparável conexão com ela. Por essa razão é também a análise dos âmbitos normativos que trata as questões materiais do problema como questões jurídicas e, sob o

Não se pretende aqui estabelecer uma “ditadura do conhecimento da Filosofia hermenêutica e da Hermenêutica Filosófica” com relação à Teoria e Metodica Estruturante do Direito, mas estabelecer alguns indícios de como cada autor (Fr. Müller e Lenio Streck) “absorveu” a Hermenêutica Filosófica, e em razão disso o porquê se despontam as divergências apresentadas.

Influenciado por Gadamer, Fr. Müller não se preocupará tanto em articular com profundidade filosófica os teoremas da Hermenêutica Filosófica, mas sim, em enfatizar a articulação lógico-discursiva dos sentidos no momento de sua aplicação, em outras palavras, como e porque essas explicitações devem ser colocadas coerentemente com o texto no momento da decisão.

Como contraponto, no entanto, dentro de uma inserção paradigmática (CHD), não é possível existir uma Pré-compreensão propriamente “jurídica”²⁸⁵, uma vez que isso poderia se configurar como uma redução da fecundidade categorial desse pensamento, na medida em que a Pré-compreensão não pode ser “jurídica”, pois até mesmo naquilo que é estritamente “jurídico” (se é que assim pode ser posto) interpela-se todo um universo não-dito até que o “jurídico” pudesse ser dito.

Obviamente que a compreensão do que seja “direitos fundamentais” (por exemplo, se é uma concessão “gratuita” do Estado ou uma conquista advinda dos movimentos sociais) influenciarão determinadamente no momento da concretização do texto, no entanto, ainda que Müller tenha compreendido a profundidade do que significa essa categoria, ele procurou, em prol de uma “objetividade” jurídica, limitar sua abrangência restringindo-a à um “espaço jurídico”, desconsiderando certos aspectos subjacentes da Hermenêutica Filosófica.

Nesse ponto, importante contextualizar as raízes teóricas em que se emergiu a Teoria e Metodica Estruturante. Não se pode dizer aqui precisamente (uma vez que a totalidade das obras do jurista alemão ainda não foram traduzidas para o português) quais são todas as obras da Hermenêutica Filosófica e Filosofia Hermenêutica²⁸⁶ que

ponto de vista material e estrutural, as coloca em discussão, no intuito da construção da pré-compreensão teórico-constitucional, ao lado sobretudo de dados linguisticamente eficazes. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 258.

²⁸⁵STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, Pré-compreensão e Decisão Jurídica: respondendo a algumas críticas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 7, p. 99-126, 2009.

²⁸⁶De suas leituras, sobre Heidegger, apreende-se vagamente: O ponto de vista nele incluído de “situação” [sobre situação comunicativa] do intérprete, da “atualidade” do trabalho interpretativo e metódico, encontra-se matizado de outra forma, tanto nos enfoques da teoria da comunicação quanto numa “hermenêutica filosófica” baseada no pensamento

influenciaram sua teoria, entretanto, a partir do que se pode estudar, denota-se claramente uma influência maior (com suas constantes referências à *Verdade e Método*) da Hermenêutica Filosófica, de Hans-Georg Gadamer.²⁸⁷

Nesse ponto, importante dispor aqui, ainda que superficialmente, alguns pontos de diferença entre a Hermenêutica Filosófica e a Filosofia Hermenêutica para compreender um dos motivos pelo qual surgem divergências nas leituras e na compreensão desses “recursos da hermenêutica” (Pré- compreensão, e como se verá mais adiante, Círculo Hermenêutico) em Lenio Streck e Friedrich Müller. Nas palavras de Ernildo Stein:

O pensamento de Gadamer não se propunha à tarefa de acompanhar Heidegger no seu modo de usar a fenomenologia hermenêutica para pensar a compreensão do ser. Em *Verdade e Método*, Gadamer afirma que acolheu o conceito de facticidade, mas, deixado de lado a questão transcendental, o aplicaria ao todo da cultura e da História. Portanto, se o conceito de compreensão de Heidegger visava chegar ao problema do ser, no nível da transcendentalidade como a compreendia a analítica existencial, a compreensão em Gadamer é desenvolvida no contexto de um projeto que procura recuperar a historicidade da cultura e do mundo vivido.

Daí decorre um dos aspectos fundamentais da diferença na compreensão do que seja “hermenêutica” para Lenio Streck e Fr. Müller. Enquanto que Müller, mais próximo de Gadamer, enfatizará a questão da articulação lógico-discursiva dos sentidos ligado à compreensão da historicidade, Lenio Streck, com Ernildo Stein,

da primeira fase de Martin Heidegger. MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 38.

²⁸⁷ Sobre isso ver o Prefácio: MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. Na Hermenêutica Filosófica, a interpretação “começa sempre com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados. Justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento de sentido do compreender e do interpretar, é que constitui o processo que Heidegger descreve.” GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 42. No entanto, “face a qualquer texto, nossa tarefa é não introduzir, direta e acriticamente, nossos próprios hábitos linguísticos” · GADAMER, Hans-Georg *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 403. Mas “o que se exige é simplesmente a abertura à opinião do outro ou à do texto”. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 404. A receptividade do texto com relação ao interprete não pressupõe uma neutralidade com relação, mas parte das opiniões prévias, de seus pre-conceito. Assim, em outras palavras, quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Desse modo, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o início, para a alteridade do texto. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 405.

aproximando-se de Heidegger, imergirá também na questão do ser como um conceito, com que se opera a compreensão. Daí, com isso, justifica-se também, o “porque” da distinção entre texto e norma de Fr. Müller apenas apontar para a diferença ontológica e não propriamente tematiza-la.

Em virtude das leituras de Gadamer feitas por Fr. Müller, notoriamente se percebe o desligamento fundamental da questão do sentido do ser própria da Filosofia Hermenêutica (Heidegger), nesse sentido, tão somente com a Hermenêutica Filosófica (Gadamer) não haveria como iluminar a relação entre texto e norma sob o viés da diferença ontológica (CHD). A diferença ontológica insere-se com a questão transcendental, desligada na Hermenêutica Filosófica. E é nessa questão da transcendentalidade ligada à compreensão do ser que possibilitará a Filosofia Hermenêutica de Heidegger pensar em 3 níveis: do ente enquanto ente, do ser e do ser-aí que compreende ser, que deságua como se viu no capítulo anterior, em última análise, na questão da diferença ontológica.

4.2.2 O Círculo Hermenêutico

Outro “recurso da Hermenêutica”, que Friedrich Müller encampa na metódica estruturante, trata-se do Círculo Hermenêutico. No entanto, ao recepciona-lo em sua teoria, novamente com vistas às peculiaridades de uma ciência jurídica normativa, figurativamente,²⁸⁸ tentará compô-lo na imagem de uma elipse:

O círculo hermenêutico corresponde melhor ao problema das ciências humanas em geral, sobretudo ao problema filológico ao entendimento, ao processo da “intepretação” do que ao desdobramento do texto ligado à configuração linguística. A elipse é, para nos mantermos no plano figurativo, reduzida a um círculo, ou seja, a uma figura geométrica com apenas um foco (o ponto central do círculo), somente porque o entendimento da interpretação serve de base ao círculo

²⁸⁸“Para os pontos de vista elaborados a partir de recursos racionalmente estruturantes, bem como para os questionamentos e resultados parciais, a noção metafórica de elipse é analisada com os focos do programa normativo e âmbito normativo. Tais noções metafóricas são admissíveis na ciência jurídica como recursos para auxiliar e abreviar a compreensão, se forem utilizadas na consciência de sua relatividade, e sem emergirem como coisa ontológica dada de antemão, como figura lógica obrigatória ou como achado ontológico.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 251.

hermenêutico como uma questão textual. A ciência normativa da ciência jurídica não pode se contentar com um tal estreitamento de seu campo de problemas, em nome da normatividade materialmente determinada de disposições legais a serem efetivadas.²⁸⁹

Ainda em suas palavras:

A imagem de uma elipse que não transmite circunstâncias reais do ser, mas dados da teoria da norma, volta-se contra metáforas dualistas e lineares que substituem os modos de visão de “direito e realidade”, insuficientemente avaliados aqui como teóricos. Além disso, ela substitui, nesse contexto particular, a ideia geralmente discutível de relação objetiva entre métodos e dependência dos métodos em relação ao objeto. “Objeto” e “método”, no sentido de realidades isoladas e interligadas apenas posteriormente, não são problematizados pela visão estruturante da norma. Com sua associação a um campo de ação, a ideia de elipse corresponde melhor ao processo prático na concretização de normas jurídicas do que ao “círculo hermenêutico”, que embora indique com propriedade uma realidade básica de toda metódica, é pouco elucidativo no que diz respeito à metódica verdadeiramente jurídica.²⁹⁰

Ao transpor a ideia de Círculo Hermenêutico na ciência jurídica, Fr. Müller o ilustrará como uma elipse. Buscará compor dessa forma em razão da imagem oblíqua dessa figura, uma vez que a elipse trata-se de uma curva acentuada, fruto de um corte da superfície de um cone com um eixo inclinado de simetria, sendo maior do que a geratriz sobre o eixo de revolução ângulo plano. Em contraponto, na geometria, o círculo pode ser considerado uma elipse com os dois focos no mesmo lugar. Assim, desenvolverá ilustrativamente a ideia de que a compreensão textual na ciência jurídica orbitará em volta dos textos normativos, tendo como parâmetro dois focos (Programa da Norma e Âmbito da Norma) e não apenas um foco (como no Círculo Hermenêutico).²⁹¹ Nesse sentido:

²⁸⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 252.

²⁹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 252.

²⁹¹ Sobre isso, Müller ainda inter-relaciona: A ligação elíptica e racional de âmbito normativo e programa normativo pode, com a visão da transparência relativamente maior do que a que possível na interpretação linguística, contribuir para o esclarecimento e para o desenvolvimento da pré-compreensão da teoria constitucional e da teoria do Estado que deve ser pressuposta de um modo geral, bem como que deve passar por um processo de reflexão. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 257.

A intermediação elíptica de dados admissíveis e as tônicas do programa normativo e do âmbito normativo devem aumentar, sem um esforço fictício pela apreensão de sentido perfeita e determinante, os pontos de vista que metodicamente precisam de fundamentação, auxiliando, assim, a esfera de ordenamento da disposição a ser concretizada a se torna racionalmente mais transparente do que seria possível com argumentos no âmbito linguístico ou apenas subjetivamente valorativo e ponderativo. A elipse aponta para a movimentação de critérios que se “inserem entre” a norma textual abstrata da norma jurídica e a norma concretizada da decisão. No sentido de um meio-termo teórico, a norma jurídica aparece como modelo de um ordenamento parcial materialmente determinado, modelo esse que se divide entre os motivos condutores do programa normativo e âmbito normativo e que constitui para as normas de decisão a serem concretamente desenvolvidas uma esfera formulada de modo mais ou menos sólido sob o ponto de vista material e mais ou menos completa em termos linguísticos²⁹².

Assim, mediante essa nova concepção, Müller concluirá que:

[...] dependendo da amplitude, da possibilidade de ser objetivo e da densidade material do âmbito normativo e, ainda, dependendo da fundamentação do programa normativo, ambos são em maior ou menor escala completamente passíveis de serem formulados pelo texto normativo. Quanto mais inteiramente isso é possível, tanto mais o movimento teórico-normativo da “elipse” em favor de um processo que se aproxima da “subsunção” surge no segundo plano.²⁹³

Novamente, denota-se - com essa nova roupagem do Círculo Hermenêutico na Teoria Estruturante - reminiscências da Hermenêutica Filosófica, diante da necessidade da explicitação lógico-discursiva, e uma preocupação com a demonstração e manipulação dos sentidos no nível apofântico, o que por sua vez, não é desconsiderado na Crítica Hermenêutica do Direito, todavia, não se mostra tão latente, dada a uma espécie de “auto-compreensão” de se estar em um Estado Democrático de Direito, sendo desnecessário um “apego metódico” na descrição do caminho percorrido para se alcançar a decisão.²⁹⁴

²⁹² MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*, p.253.

²⁹³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 255.

²⁹⁴ Muller mostra-se mais interessado com a articulação lógico-discursiva dos sentidos o que se evidencia com o desenvolvimento, como o próprio nome diz, de sua “Metódica”. Na Crítica Hermenêutica, obviamente que essa sombra se fará presente, todavia menos aparente, pois em seu desdobramento um “método” (ainda que “mais hermenêutico) talvez encubra mais do que revele. Aqui, novamente, desponta uma maior aparição da Filosofia Hermenêutica na CHD.

4.3 APONTAMENTOS FINAIS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA DA TEORIA ESTRUTURANTE NA PERSPECTIVA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA

É certo que a aparente opacidade da questão da identificação entre a norma e seu texto obscurecida pela “pureza” de uma racionalidade instrumental desfaz-se com os frescos avanços de teorias do direito como as de Streck e Müller. A própria palavra “norma” carrega uma potencialidade de interpretações que pode ser epistemologicamente (com)promissora, pois aqui também vale o apelo da frase Heideggeriana “onde mora o perigo, há também a salvação”. Muito do que se mostra ofuscado ao final sua diferença, pois, e diante disso, há a constituição do “objeto” da ciência jurídica: a norma.²⁹⁵

Em outras palavras, teremos que nos haver com o conceito de norma e compreender em que medida o modo como esta concepção colocou-se, por vezes, erroneamente. Nessa interrogação, tornou-se importante compreender o arcabouço teórico da Teoria Estruturante do Direito e o lugar a partir do qual tal problematização adquiriu sentido, ou seja, o âmbito do cenário teórico em que as ideias foram colocadas. Dito de outro modo, o paradigma filosófico que subjaz uma determinada postura. A partir do giro linguístico-ontológico, as apostas da era da “linguagem-metafísica” começam a ruir.²⁹⁶ Há a partir daí o questionamento acerca do quão importante é o papel da teoria do Direito em refletir de forma coerente e a partir de seus fundamentos qual é o tratamento efetivamente dado ao conceito normativo. Obscurecida pela “cotidianidade” de seu operar, também há na norma (e no texto) algo de impensado.

Nesse caminho, obviamente, ao permanecer na teoria do direito, Müller faz avanços significativos ao romper com a noção positivista identitária de norma-texto. Como se viu, o filósofo alemão preocupou-se umbilicalmente com a práxis, e assim, em um pensamento guiado “pragmáticamente”, ronda aí a tentação de se ter critérios, diante de um “modo-de-agir” que seja orientador.

²⁹⁵ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2005. p. 10.

²⁹⁶ “Na metafísica cumpre-se a meditação sobre a essência do ente e uma decisão sobre a essência da verdade. A metafísica funda uma era, na medida em que, através de uma determinada interpretação do ente e através de uma concepção da verdade, lhe dá o fundamento da sua figura essencial. Este fundamento domina por completo todos os fenômenos que distinguem essa era.” HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012. p. 97.

Portanto, importante lembrar que a inserção da *Hermenêutica Filosófica* na Teoria e Metodica Estruturante não é paradigmática. Um dos desafios do processo de concretização, ou seja, da construção normativa é justamente colocar de um modo ôntico com um “máximo de elucidação” (em termos Müllarianos: visando a “racionalidade” máxima possível) cada passo de seu pensar na construção da decisão, como se vê, por exemplo, na preocupação do jurista alemão em analisar o que da pré-compreensão pode ser ou não jurídica, ou ainda, como o Círculo Hermenêutico na Ciência do Direito torna-se uma elipse.

Por conseguinte, a Teoria e Metodica Estruturante do direito faz uma construção normativa pautada naquilo que é ôntico, mas que aparentemente sem sabê-lo (ou se sabendo, ocultando-o), aponta para algo que é ontológico - há certas coisas que são pré-ontológicas, que ao se dizer não são mais o que são. Afinal, não se pode dizer o “ser”, não se pode dizer o caminho, o passo-a-passo para dizer o ser.

Ao virar-se para à práxis²⁹⁷, com vistas a uma maior funcionalidade, na Teoria Estruturante do Direito encobriu-se um modo de pensar ainda não pensado. Por mais que, indubitavelmente, sua teoria seja um avanço notório com relação à postura engessada do positivismo normativista de Kelsen e que consiga transpor o abismo entre direito e realidade (entre ser/dever-ser) por introduzir funcionalmente os recursos da *Hermenêutica Filosófica* no Direito, ao mesmo tempo, por permanecer no nível de ciência de Direito desconsiderando filosoficamente, isto é, da onde primitivamente advém esse modo de pensar, que é um modo de ser, Fr. Müller, paradoxalmente, calcula hermeneuticamente.

Enquanto Ciência do Direito (TED), a sua intenção de construir algo que não esteja mais obstruído pelas limitações do positivismo é concluída, em outras palavras, a sua teoria é pós-positivista tanto quanto assim pretende. Müller faz uma teoria que consegue superar as pedras do sapato positivismo, pois cirurgicamente analisa seus “nós” e os desfaz (como por exemplo, o momento do “vazio” no momento da

²⁹⁷ “A peculiaridade da concretização jurídica de normas se reveste de um caráter exemplar para essa tentativa da hermenêutica filosófica geral; seu autor, cujo material de trabalho não é da ciência jurídica, enfatizou o caráter modelar da hermenêutica jurídica sob esse aspecto. A referência da metodica e da interpretação, são substantivamente agudizadas no trabalho jurídico, em virtude de sua referência social, da sua formalização específica, do seu grau decisivamente elevado de obrigatoriedade e da sua relevância para a decisão “válida” e, nesse sentido, sensível no campo do que é efetivo”. MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem e Violência: Elementos de uma teoria constitucional*. Sergio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1995. p. 40.

aplicação). No entanto, isso não significa em sua totalidade que a Teoria e Metodologia Estruturante do Direito seja Hermenêutica, em outras palavras, dentro do rigor de um pensar em que se considera a diferença ontológica (a Filosofia Hermenêutica), a tradução analítico-jurídica dos conceitos hermenêuticos por meio de uma metodologia em que se constrói uma norma, ainda que não propriamente antecipe seus sentidos, em algum nível, já os entifica. Já é apontado para onde se quer olhar, ou seja, de alguma forma, já esbarra-se no ôntico, limitando a emergência de todas as possibilidades do “ser”.²⁹⁸

Contudo, ainda que ônticamente, a diferença de Müller aponta para algo não-dito, não explicitado, e esse “algo-não-dito” é o “como” o texto ganha novos sentidos por meio do processo de concretização.²⁹⁹ Essa questão, ligada à temporalidade do Ser, é claramente iluminada com a introdução do teorema da Diferença Ontológica pela Crítica Hermenêutica do Direito. Em outras palavras, o texto só “é” na sua norma e a norma só “é” no seu texto. Com a diferença ontológica é que se abre possibilidade “total” do vir-ao-encontro da multiplicidade de sentidos.

Nesse sentido, a distinção feita epistemologicamente pela Teoria Estrutura do Direito aponta para uma outra, em outro nível, que é ontológica, e é aí onde reside a possibilidade para que o “ser” seja, dito em um nível epistêmico-jurídico, para que a norma tenha sentido.

²⁹⁸ Como já visto, isso se deu, além da não recepção paradigmática, do alinhamento da Teoria Estruturante do Direito com a Hermenêutica Filosófica e, em consequência, seu desligamento da questão transcendental. Nesse sentido, “a ciência é pesquisa dos entes; à filosofia cabe a explicitação do universo do sentido, não a partir de uma construção semântica, que é uma instância derivada, mas do ser-no-mundo, do ser engajado numa práxis determinada”. OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1997, p.216.

²⁹⁹ Nesse sentido, Muller diz: “Querer descobrir diferenças absolutas não faz sentido mesmo na teoria da norma”. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 213. MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Fr. Müller*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 228 APUD Müller, Friedrich. Normstruktur und Normativität, p.147. “A diferença assim fundamental de texto normativo e norma não significa apenas aquela diferença mais genérica entre letra e espírito; ela também não se depara com uma distinção entre direito e lei, baseada na ideia concreta de direito natural, que não apenas vai além do texto normativo, mas que vai além da norma legal positivada no âmbito do “direito concreto”. No mesmo intento: Mesmo a concepção de norma, na forma como foi aqui desenvolvida, não é um fato evidente, uma realidade materializada, mas um modo de ver possível e exigido pela teoria da norma. Com isso também a distinção entre âmbito normativo e programa normativo, como diferenciação teórica desse modo de ver, não implica uma estruturação material, mas apenas a abreviação conceitual e a especificação da estrutura da normatividade jurídica apreendida a partir de sua concretização prática. MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 221.

A preocupação de Müller é ligar o direito a realidade, é fazer com que o direito se torne “concreto”, mas essa preocupação que não prescinde de um raciocínio teleológico permanece em uma pensar que faz parte de um pensar lógico (o pensar nº2). Desse modo, a Teoria e Metódica Estruturante do Direito, obviamente é juridicamente viável, provando que sua distinção permite superar a noção identitária do positivismo kelseiano. No entanto, até em razão da distância temporal das teorias e do contexto em que cada uma foi desenvolvida, a distinção entre texto e norma oriunda da TED ganha na Crítica Hermenêutica do Direito um pluscontextual com a elucidação de que entre texto é norma há sim uma diferença, que não reside apenas no nível ôntico (da epistemologia), é uma distinção, que aponta para um outro nível, uma diferença, que em última análise, é ontológica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da Crítica Hermenêutica do Direito (Lenio Streck), o presente estudo buscou abordar, em uma perspectiva comparativa, aspectos elementares da estruturação normativa na Teoria e Metódica Estruturante do Direito (Friedrich Müller). Nesse sentido, o ponto fundamental na discussão proposta é o modo como se dão as concepções normativas de cada teoria. Tanto a Crítica Hermenêutica do Direito quanto a Teoria Estruturante do Direito distinguem-se de tantas outras teorias (de acepções positivistas) por apresentarem originalmente um tratamento diferenciado a essa questão que se revela como um ponto de partida essencial: a norma. Assim, recusando dar continuidade irrefletidamente às perspectivas de uma hermenêutica tradicional, a CHD e a TED trouxeram novas respostas às questões que se colocaram a partir do advento do paradigma positivista.

Dentro desse contexto, a questão discutida no presente projeto concentrou-se na distinção entre texto e norma adotada por Lenio Streck. Tal distinção deita raiz em um teorema fundamental da Filosofia Hermenêutica: a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). É a partir dessa constatação, ao trazer o debate para o interior dos paradigmas filosóficos, que se problematizou a amplitude de como esta distinção fundamental é capaz de desvelar, sob um outro viés, a duplicidade existente no conceito de norma.

Assim, com base na centralidade da questão normativa em Friedrich Müller, o objetivo da dissertação foi realizar um diálogo entre teorias, partindo-se da perspectiva da Crítica Hermenêutica do Direito. Dentro desse “chão” comum entre CHD e TED, foram analisados seus desdobramentos, dando ênfase também à questão da discricionariedade, uma vez que, sob os aportes da Crítica Hermenêutica do Direito, somente caberá a designação de “Pós-positivista” uma teoria do Direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo, tanto na sua forma primitiva (exegético-conceitual), quanto na sua forma normativista.

No capítulo 1, levantaram-se alguns aspectos da Teoria Pura do Direito para analisar o contexto em que emergiu a Teoria e Metódica Estruturante do Direito. Friedrich Müller buscou superar a omissão no momento da “aplicação” da *teoria pura do direito*, dito de outro modo, o “vácuo interpretativo” que ocorre na aplicação do direito. Daí é que Müller disse: “Onde Kelsen parou é onde devemos começar o trabalho”. Ele conclui que as normas não surgem como um ato de vontade destituído

materialmente, ocasião em que trará a noção de norma jurídica como ordem materialmente determinada, admitindo a influência da realidade na norma (normatividade materialmente determinada), ao mesmo tempo em que, esta mesma norma exerce influência sobre esta realidade (normatividade concreta). A realidade influencia a construção da norma, contudo, não prevê todas suas possibilidades, que só serão “possibilitadas” no âmbito do caso, isto é, na realidade, o que será decisivo na sua proposta de cindir a noção identitária de texto e norma. Nesse sentido, foram abordados também, os critérios necessários para se estabelecer o processo de concretização que, resumidamente, consistiram na construção do Programa da Norma e Âmbito da Norma. Por fim, fez-se um levantamento prévio das leituras sobre a Teoria e Metodica Estruturante para se analisar sua repercussão. Ainda, como último ponto, foi explorada a expressão “Pós-Positivismo”, inicialmente proposta pelo jurista alemão, não como um recurso teórico-retórico, mas sim com o intuito de trazer algo ruptural que efetivamente superasse as limitações dos *positivismo* e dos *antipositivismos*. A leitura da Crítica Hermenêutica do Direito sobre essa expressão é convergente com a da Teoria e Metodica Estruturante do Direito, na medida em que a designação de “Pós-Positivista” deve revestir uma teoria que trate uma limitação fundamental no positivismo normativista: a discricionariedade.

No capítulo 2, foram expostas as origens de um teorema fundamental para a compreensão da Filosofia Hermenêutica: a diferença ontológica (*ontologische Differenz*). Com esse intuito, resumidamente, colocaram-se os três níveis em que se pensa: o pensar nº 1 em que se constitui a nossa estrutura psicológica. O pensar nº 2, onde se opera com a lógica. E, o pensar nº 3, resumidamente aqui exposto, como “o pensar da diferença ontológica”. Como se viu, o homem é onticamente mais próximo e ontologicamente o mais distante, em virtude disso, há um grande perigo em se ignorar a emergência do ser no pensar, praticando um entulhamento ao se ignorar a diferença ontológica. Trazendo essa temática para o interior das discussões jurídicas, a Crítica Hermenêutica do Direito facilmente identifica as posturas que se comprazem em um subjetivismo (onde o sujeito é aquele que coloca os sentidos) ou das posturas objetivistas (onde os sentidos estão nas coisas – “na lei”). Nesse sentido, a *Crítica Hermenêutica do Direito* se estabelece como o caminho do meio, onde os sentidos se dão intersubjetivamente: não estão nem com o sujeito, nem com o objeto. Daí apreende-se que o texto e seu sentido (norma) não se encontram propriamente uma cisão – no sentido de abrir um espaço para o subjetivismo – e

tampouco existe, entre texto e norma, uma identificação (colagem) - objetivismo. Entre texto e sentido do texto há, portanto, uma diferença. A diferença (que é ontológica) entre texto e norma (sentido enunciativo do texto, ou seja, o modo como o podemos descrever fenomenologicamente) ocorre na incidência do tempo, não está sempre “dada” de antemão e é a condição de possibilidade para a “dação” de sentidos.

No capítulo 3, resumidamente, foram problematizados os encontros e desencontros entre a Crítica Hermenêutica do Direito (Streck) e a Teoria Estruturante do Direito (Müller). Como se viu, apesar de toda “Teoria” ser geral e toda “Decisão ser individual”, com o giro-ontológico linguístico (ex)surgiram novas possibilidades. E daí, nessa quadra da história, no pós-moderno Sec. XXI, Friedrich Müller e Lenio Streck, em caminhos semelhantes, porém com diferenças fundamentais, colocam-se diante do mesmo desafio: uma teoria da decisão que una geral e particular em seu momento decisório, em outras palavras, onde a norma é norma (e não texto)

Assim, como forma de síntese final, considerando comparativamente a proposta teórica da CHD (Lenio Streck) e da TED (Friedrich Müller), é possível estabelecer alguns apontamentos conclusivos referentes à problematização que teve como início a relação entre texto e norma, sendo eles:

a) Por ambos (Streck e Müller) entrarem em contato com a Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, dissolveram em suas teorias os frequentes dualismos próprios das posturas positivistas: “norma/caso”, “direito/realidade”, “ser/dever-ser”, “questão de fato/questão de direito”. Do mesmo modo, desconsideraram também a possibilidade da existência de “*easy cases*” e “*hard cases*”.

b) Na mesma linha, ambos também tecem duras críticas à “ponderação” defendida, dentre outros, por Robert Alexy. Tema esse não devidamente aprofundado no presente trabalho, em virtude da delimitação temática. Contudo, é evidente a existência de uma aproximação das críticas dos autores (Streck e Müller) com relação à questão dos princípios, uma vez que em ambos o princípio jurídico distingue-se da “norma jurídica”, isto é, da regra não por meio de seu “caráter abstrato”, mas por meio do caráter definidor nos casos de aplicação.

c) A racionalidade visada por Müller busca apreciar especificamente a inserção das “matérias”, de cada caso, evitando as polaridades de enunciados abstratos em que os elementos possuam uma natureza “em si”, nesse sentido, centra-se propriamente a discussão da *Métodica Estruturante*. Obviamente que, a *Crítica Hermenêutica* não prescinde de uma racionalidade (pensar nº2) no momento de elucidação do caminho da decisão, contudo esta não necessariamente aposta em uma “*Métodica*”, devido fundamentalmente a sua recepção paradigmática da *Filosofia Hermenêutica* e da *Hermenêutica Filosófica*.

d) Embora ambas as posturas teóricas claramente preservem a “interpretação” como “aplicação”, na TED, isso ocorre de um modo “mais analítico”, uma vez que “interpretação” e “aplicação” de uma norma jurídica darão lugar à ao que Müller denomina como concretização desta.

f) Tanto a *Crítica Hermenêutica* quanto a *Teoria Estruturante* enfatizam a necessidade de existir uma vinculação entre texto e norma. Para ambas, o texto será, ao mesmo tempo, o ponto de partida e o limite máximo da interpretação. O Estado é um Estado Textual, sendo desconsiderada uma decisão que não se pautar nos limites semânticos do texto (sem que isso represente uma queda em direção ao paradigma positivista legalista). Como consequência, em grande parte devido à absorção da *Hermenêutica Filosófica* (ainda que isso ocorra de modo distinto por essas duas correntes), pode-se afirmar que, ao menos no momento da constituição propriamente normativa, na CHD e na TED houve a dissolução dos dualismos oriundos da perspectiva positivista (objetivismo e subjetivismo), não existindo espaço para a arbitrariedade/arbitrariedade, destacando-se a importância dos limites semânticos do texto, o que providencialmente será decisivo no posicionamento do intérprete perante o caso concreto.

g) Sobre as dissonâncias entre os autores (Lenio Streck e Friedrich Müller), sem dúvidas, a questão elementar é o modo como cada um recebeu a *Hermenêutica Filosófica* em sua teoria. É possível afirmar que a CHD considera os pressupostos da proposta Gadameriana como um Standard de Racionalidade (ou vetor de racionalidade), isto é, como um lastro filosófico sobre o qual uma teoria

jurídica pode se assentar (junto com a filosofia hermenêutica). Streck não buscou “autonomizar” os conceitos da Hermenêutica Filosófica com neologismos equivalentes na ciência jurídica (tal como ocorre com a proposta de Müller). Desse modo, a diferença entre a CHD e a TED é que a primeira encontra na Hermenêutica Filosófica um modo constitutivo de pensar o fenômeno jurídico, ao passo que a TED pretende, adotando apenas alguns elementos da Hermenêutica Filosófica, criar conceitos jurídicos normativos a partir de uma transposição (ou adaptação) de categorias filosóficas. Isso fica claro, por exemplo, no modo como são tratados temas como a pré-compreensão e o círculo hermenêutico (que na Teoria Estruturante do Direito é “concebido” como elipse). Na verdade, desligado da questão transcendental (*Heidegger*), Müller busca operacionalizar categorias da hermenêutica filosófica em um âmbito epistêmico-jurídico, sem que isso represente uma instrumentalização, mas uma opção teórica.

h) A Teoria e Metodica Estruturante do direito faz uma construção normativa pautada naquilo que é ôntico, mas que aparentemente sem sabê-lo (ou se sabendo, ocultando-o) aponta para o ontológico. Por mais que, indubitavelmente, a TED seja um avanço notório com relação à postura engessada do positivismo normativista de Kelsen e que consiga transpor o abismo entre direito e realidade (entre ser/dever-ser) por introduzir funcionalmente os recursos da Hermenêutica Filosófica no Direito, ao mesmo tempo, por permanecer no nível de ciência de Direito desconsiderando filosoficamente, isto é, da onde primitivamente advém esse modo de pensar, que é um modo de ser, Müller, em razão de sua não “recepção paradigmática da hermenêutica”, paradoxalmente, calcula hermeneuticamente.

i) Enquanto Ciência do Direito, a intenção da Teoria e Metodica Estruturante foi de construir algo que não estivesse mais obstruído pelas limitações do positivismo (como por exemplo o “vácuo” metodológico no momento da aplicação”), em outras palavras, superá-las, estabelecendo o paradigma pós-positivista. O jurista alemão faz uma teoria que consegue estabelecer parâmetros “superadores” do positivismo, pois cirurgicamente os transpõe ao colocar “a norma” sob uma nova perspectiva: a estrutura da norma e a sua normatividade. Entretanto, isso não significa em sua totalidade que a Teoria e Metodica Estruturante do Direito seja hermenêutica, isto é,

dentro do rigor de um pensar em que se considera a diferença ontológica (CHD), a tradução analítico-jurídica dos conceitos hermenêuticos por meio de uma metódica com que se constrói uma norma, ainda que não propriamente antecipe seus sentidos, em algum nível, já os entifica. Ainda que se pautando em uma “metodologia-hermenêutica” (Metódica Estruturante), já se aponta para onde se quer olhar, ou seja, em alguma medida, já esbarra-se no ôntico, limitando a emergência de todas as possibilidades do ser.

h) A preocupação de Müller é ligar o direito à realidade, é fazer com que o direito se torne “concreto”, mas essa preocupação que não prescinde de um raciocínio teleológico permanece em uma pensar que faz parte de um pensar lógico (o pensar n. 2). Desse modo, a Teoria e Metódica Estruturante do Direito, obviamente, é juridicamente viável, provando que sua distinção permite superar a noção identitária do positivismo kelseiano. No entanto, até em razão da distância temporal das teorias e do contexto em que cada uma foi desenvolvida, a distinção entre texto e norma oriunda da TED ganha na Crítica Hermenêutica do Direito um plus contextual, com a elucidação de que entre texto e norma há sim uma diferença, que não reside apenas no nível ôntico (da epistemologia), é uma distinção, que aponta para um outro nível, uma diferença, que em última análise, é ontológica.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes de Friedrich Müller. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 929, p. 1333-1340, 2013.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, M. A. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma pós-positivismo. *Revista de Processo*, v. 245, p. 351-378, 2015.
- ABBOUD, Georges. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e direito. *Revista de Direito Privado*, ano 14, v. 53, Jan. 2013.
- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Gabeilli; OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes de Friedrich Müller. *Revista dos Tribunais* (São Paulo. Impresso), v. 929, p. 1333-1340, 2013.
- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ADEODATO, João Maurício. Tese de Livre docência: *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010.
- ADEODATO, João Maurício. *Uma Teoria da Norma e do Direito Subjetivo numa filosofia retórica da dogmática jurídica*. Universidade de São Paulo, 2010.
- ADEODATO, João Maurício; CARVALHO, Paulo de Barros. *A construção retórica do ordenamento jurídico - três confusões sobre ética e direito*. In: VI Congresso Nacional de Estudos Tributários, 2009, São Paulo. Sistema tributário brasileiro e a crise atual. São Paulo: Noeses, 2009. v. 1.
- BUSTAMANTE, Tomas da Rosa. Sobre o conceito de norma e a função dos enunciados empíricos na argumentação jurídica segundo Friedrich Müller e Robert Alexy. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 43, p. 89-109, 2003.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica*. Problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editores, 1993,

CHRISTENSEN, Ralph. Teoria estruturante do direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Hermenêutica em retrospectiva*. Rio de Janeiro. Vozes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

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

HEIDEGGER, Martin. *A caminho da linguagem*. Petrópolis: Vozes, 2003.

_____. *A Constituição Onto-teo-lógica da Metafísica: Conferências e Escritos Filosóficos*. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

_____. *A Superação da Metafísica: Ensaio e Conferências*. Petrópolis: Vozes, 2002.

HEIDEGGER, Martin. *Caminhos de Floresta*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2012.

_____. *Língua da tradição e língua técnica*. Lisboa: Veja Passagens, 1995.

_____. *Pensamentos Poéticos*. Barcelona: Herder, 2010.

_____. *Ser e Tempo*. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. *Ser e Tempo*. Partes I e II. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. *Sobre o Humanismo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

HOLZWEGE e HEIDEGGER Apud STEIN, Ernildo. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008.

JESTAEDT, Matthias. *La ponderación en el derecho*. In: Montealegre, Eduardo (org). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

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. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LISPECTOR, Clarice. *A Descoberta do Mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1984.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIOZZO, Pablo. *Interpretação Jurídica e Criação judicial do direito: de Savigny a Friedrich Müller*. Curitiba: Juruá, 2014.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência*. Elementos de uma teoria constitucional, I. Porto Alegre: SAFE, 1995.

_____. *Discours de la Méthode Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 1996.

_____. *Entfremdung: Folgeprobleme der anthropologischen Begründung der Staatstheorie bei Rousseau, Hegel, Marx*, 2 ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1985

_____. *Essais zur Theorie von Recht und Verfassung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1990.

_____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e à metódica estruturantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Positivismo. *Revista Opinião Jurídica*. Ano VI, n.10, 2008.

_____. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Benedito. Heidegger e a Poesia. *Natureza humana*. v.2 n.1 São Paulo jun. 2000.

NUNES, Benedito. *Hermenêutica e Poesia: o pensamento poético*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. A Linguagem e a problemática da fundamentação. *Revista Síntese*. v. 1, n.63, p. 745-768, 1993.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo. *A reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996.

ORTIZ, Daniel. FILHO, Gilberto Guimarães. *Antropofagia na Crítica Hermenêutica do Direito: a apropriação de Ronald Dworkin e Hans-Georg Gadamer*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2871d86ea442b249>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

RAMOS, Graciliano. *Viventes das Alagoas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

ROSA, João Guimarães. *Grande Sertão: Veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p.26-52.

STEIN, Ernildo J. O incontornável como inacessível - uma carta inédita a M. Heidegger. *Natureza Humana*, SÃO PAULO, v. 1, p. 231-250, 2000.

_____. *Às voltas com a Metafísica e a Fenomenologia*. 1. ed. Ijuí: UNIJUÍ, 2014.

_____. O incontornável como o inacessível - a diferença ontológica numa carta inédita de Heidegger. In: Ricardo Timm de Souza; Nythamar Fernandes de Oliveira. (Org.). *Fenomenologia Hoje: Existência, ser e sentido no alvorecer do século XXI*. 1ed. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2001, v. I, p. 415-427

_____. *Uma breve introdução à filosofia*. 1. ed. Ijuí: Unijuí, 2002

_____. *A questão do método na filosofia*. Um estudo do modelo heideggeriano. Porto Alegre: Movimento, 1983.

_____. *Diferença e metafísica: ensaios sobre a desconstrução*. Ijuí: Unijuí, 2008.

_____. *Exercícios de Fenomenologia: Limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença*. Ijuí: Unijui, 2002.

_____. *Racionalidade e Existência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica diante da relação 'regra-princípio' e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 98, p. 241-266, 2012.

_____. Do Pan-principiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do Direito. *Revista de Informação Legislativa*, v. 194, p. 7-21, 2012.

_____. Dogmática jurídica, senso comum e a reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. *Pensar (UNIFOR)*, v. 16, p. 626-660, 2012.

_____. Ensino Jurídico e Pós-Graduação no Brasil: Das razões pelas quais o direito não é uma racionalidade instrumental. *Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)* (Cessou em 2007. Cont. ISSN 2175-0491 *Novos Estudos Jurídicos (Online)*), v. 16, p. 5-19, 2011.

_____. Hermenêutica, Pré-compreensão e Decisão Jurídica: respondendo a algumas críticas. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 7, p. 99-126, 2009.

_____. Jurisdição e ausência de uma teoria da decisão. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, v. 1, p. 577-601, 2013.

_____. O panprincipiologismo e o problema da fragilidade da discussão da teoria da norma em *terra brasilis*. *Jurispoiesis (Rio de Janeiro)*, v. 1, p. 337-354, 2012.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013.

_____. SALDANHA, J. M. L. Los diferentes positivimos y el problema de la interpretación: El nuevo paradigma constitucional y la necesidad de garantizar la autonomía del derecho. *Revista Jurídica del Perú*, v. 138, p. 37-50, 2011

_____. Aplicar a "Letra da Lei" é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 15, p. 158-173, 2010.

_____. Las consecuencias hermenéuticas de la (indebida) separación entre casos faciles ("easy cases") y casos difíciles ("hard cases") en el derecho penal. *Iuris Omnes*, v. 1, p. 66-84, 2008.

_____. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. *Novos Estudos Jurídicos (Online)*, v. 14, p. 03-26, 2009.

_____. Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 173, 2014.

_____. (orgs.). *Epistemologia e hermenêutica: os 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. KARAM, André. *Direito e Literatura: Da realidade da Ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Lições sobre a Crítica Hermenêutica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Barueri: Manole, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a Cegueira Positivista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte. jan./jun. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Superando os Diversos tipos de positivismo: Porque Hermenêutica é Applicatio? *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 34.2, jul./dez. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do poder judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOMAZ, Rafael de Oliveira. *O conceito de princípio entre a otimização e a resposta correta: aproximações sobre o problema da fundamentação e discricionariedade das decisões judiciais a partir da fenomenologia hermenêutica*. 264 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -- Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio do Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2006.

_____. Rafael de Oliveira. Expressão Pós-positivismo necessita passar por uma limpeza semântica. *Conjur*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-09/diario-classe-expressao-pos-positivismo-necessita-passar-limpeza-semantica>>. Acesso em: 20 ago. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TORRES, Claudia Vechi; SILVA, Maria dos Remédios Fontes. Estudo da concretização da norma jurídica de direito social no estado brasileiro sob a ótica de Müller e Alexy. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XVIII, n. 64, p. 13-19, set./dez. 2014.

WARAT, Luis Alberto. *Pureza do Poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: editora da UFSC, 1983.

_____. *Introdução Geral ao Direito - Vol 1*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. I.

_____. *Introdução Geral ao Direito - Vol 1*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995. v. II.

_____. *O Direito e sua Linguagem*. 2. ed. PORTO ALEGRE: SERGIO FABRIS, 1995.

_____. *Introdução Geral ao Direito - Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

_____. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.

_____. *Introdução Geral do Direito. Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995. v. I.

_____. *Savoir Critique Et Sens Comun Theorique Des Juristes*. *Revista Proces*, v. 10, n.2, p. 14-29, 1982.