

**A METODOLOGIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL: ANOTAÇÕES  
ACERCA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA EM FRIEDRICH MÜLLER  
E A CRÍTICA AO NEOCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL**  
*THE METHODOLOGY OF CONSTITUTIONAL LAW: NOTES ON THE LEGAL  
HERMENEUTICS OF FRIEDRICH MÜLLER AND THE CRITIQUE OF  
NEOCONSTITUTIONALISM IN BRAZIL.*

Cristiano Araújo Luzes<sup>1</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho busca fazer uma análise sobre dois temas centrais. Primeiro, o estado atual do neoconstitucionalismo no cenário brasileiro e os traços gerais da metódica constitucional de Friedrich Müller. Parte-se da ideia de que a primeira corrente de pensamento, no Brasil, trouxe problemas de legitimidade democrática na prática das decisões judiciais, devido à demasiada abertura argumentativa e à ausência de critérios objetivos de decisão. Assim, admite-se a metódica constitucional de Müller como uma possível solução para esse problema, apresentando sistematicamente seus traços gerais.

**Palavras-chave:** Hermenêutica jurídica. Neoconstitucionalismo. Teoria estruturante do direito.

**ABSTRACT:** This paper aims to make an analysis on two central themes. First, the current state of neoconstitucionalism in the Brazilian and the general aspects of Friedrich Müller's constitutional methodology. It starts with the idea that the first school of thought, in Brazil, brought problems of democratic legitimacy in the practice of judicial decisions, because of too much openness argumentative and the absence of objective criteria for decision. Thus, this work takes the Müller's methodology of constitutional law as a possible solution to this problem, systematically presenting its general features.

**Keywords:** Legal Hermeneutics. Neoconstitucionalism. Methods of jurisprudence.

## Introdução

Vive-se no Brasil, tanto nas produções acadêmicas quanto na vida prática institucional, um momento de euforia. Muito se tem dito e discutido sobre o atual paradigma da hermenêutica jurídica, sobretudo em matéria constitucional, porém o discurso simplificador, apegado às verdades evidentes e ao afã pelo novo, tem comprometido as bases do raciocínio e argumentação jurídica.

Assim, o presente trabalho objetiva-se a uma análise crítica da corrente que se tem apresentado como o paradigma dominante da atual hermenêutica jurídica, o *neoconstitucionalismo*, com o propósito final de apresentar os traços gerais da teoria estruturante do direito, elaborada por Friedrich Müller, como proposta teórica sólida para a argumentação jurídica, capaz de equacionar os anseios e expectativas por justiça com a legitimidade e legitimidade dos critérios de decisão judicial. Inicia-se, então, pela

---

<sup>1</sup>Acadêmico do curso de direito da Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste – SEUNE (Maceió-AL). Duas vezes bolsista no programa de iniciação científica (PIBIC-CNPq). Acadêmico-integrante do Núcleo de Pesquisa em Teoria Geral do Direito e Direito Público (SEUNE). Assessor judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas (TJ/AL). *E-mail:* cristiano\_araujo90@hotmail.com

demonstração do problema, doutrinário e jurisprudencial, no cenário brasileiro, para então adentrar na exposição sistemática da metódica de Friedrich Müller.

## **1. O Neoconstitucionalismo no Brasil e o Problema do Decisionismo Judicial**

O pensamento jurídico brasileiro, nos últimos tempos, tem sido contagiado por um novo paradigma, relacionado ao sentimento nacional que exige forte normatividade à Constituição, utilizando-a, inclusive, como ferramenta de transformação social. Esse movimento da teoria jurídica, que no Brasil teve início com a Constituição de 1988, tem sido denominado de “neoconstitucionalismo”, e apresenta, sucintamente, as seguintes características: i) supervalorização dos princípios constitucionais, em detrimento das regras; ii) utilização de argumentação aberta para as decisões judiciais, tais como a retórica, ponderação etc.; iii) constitucionalização do Direito; d) reaproximação entre Direito e Moral; iv) e, por último, a judicialização da política (SARMENTO, 2010a, p. 235).

Amado (2007, p. 239) afirma que o neoconstitucionalismo sustenta-se, basicamente, nas seguintes teses: i) o conteúdo da Constituição não se esgota nos seus termos e enunciados, pelo fato de que a natureza das normas constitucionais é, essencialmente, axiológica; ii) a imprecisão semântica dos enunciados constitucionais pode levar a interpretações precisas, determinadas materialmente, isto é, axiologicamente; iii) os intérpretes da Constituição estão legitimados a realizar materialmente e com o máximo de eficácia os valores constitucionais, em que pese haver limitações semânticas possíveis e imprecisões linguísticas; iv) a jurisdição constitucional tem o dever de anular as normas que não correspondam com esse sentido axiológico, ou seja, com a maximização dos enunciados; v) existe a presunção de que ao legislador é possível garantir esses valores constitucionais maximizados; vi) por trás de tudo há uma grande desconfiança ao legislador, em contraposição a uma crença nas virtudes e poder de correção da judicatura.

Os fundamentos do neoconstitucionalismo são invocados pela doutrina nacional, quase sempre, para combater os postulados do positivismo jurídico, na tentativa de criar uma teoria jurídica aberta aos valores, indo além dos argumentos lógico-formais e das normas positivas e estando atenta à realidade social. Assim, neoconstitucionalismo, no Brasil, está intimamente relacionado ao pós-positivismo<sup>2</sup>(BARROSO, 2009, p. 251).

---

<sup>2</sup>É o que se constata nas lições de Barroso (2009, p. 251): “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas

O neoconstitucionalismo é, sim, subespécie do pós-positivismo, se levar-se em conta que o segundo é a denominação genérica para todas as escolas do pensamento jurídico que se propuseram questionar os postulados do juspositivismo e que surgiram na segunda metade do século XX. Porém, isso não significa que o pós-positivismo se sustenta nas mesmas bases do neoconstitucionalismo. Ocorre que muitas vezes as escolas pós-positivistas europeias são invocadas conjuntamente para sustentar teses tipicamente neoconstitucionais, quando, muitas vezes, as teorias são conflitantes ou não levam, necessariamente, à conclusão que se alcançou<sup>3</sup>.

Essa prática foi denunciada por Silva (2010, p. 137-139), destacando a teoria de estruturante de Friedrich Müller, que vem sendo mencionada e aplicada, pela doutrina e jurisprudência, de forma inadequada aos seus postulados e, não raras vezes, conjuntamente com teorias conflitantes, tal como a teoria da argumentação de Robert Alexy. Segundo o autor, ocorre na doutrina brasileira um sincretismo metodológico, devido a um “anseio por modernidade”, que fragiliza as teses jurídicas e a produção jurídico-científica (SILVA, 2010, p. 120).

Diante desse contexto, preocupa o fato de que essa falta de exatidão na exposição das teorias e métodos do pensamento jurídico pode provocar um baixo rigor, também, na argumentação judicial, que passa a ser demasiadamente livre e sem muitos critérios objetivos de controle da racionalidade das decisões. Essa abertura demasiada do raciocínio jurídico, repugnando as construções lógico-formais e buscando o máximo de justiça por meio dos valores éticos e constitucionais, tem feito surgir o espírito do

---

sem recorrer às categorias metafísicas. [...] Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. [...] O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo é, em parte, produto desse reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito. Na mesma linha, para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando do plano ético para o mundo jurídico, os valores morais compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materialização em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente”.

<sup>3</sup>Isso ocorre, para exemplificar, nas lições de Barroso (2009, p. 278-280), na qual transcorre, no mesmo trecho, acerca dos métodos tópico-problemático, de Theodor Viehweg, e a teoria estruturante, de Friedrich Müller, sem esclarecer, devidamente, o quanto são distintas e conflitantes.

O mesmo pensamento, metodologicamente sincrético, é verificado em Cunha Jr. (2009, p. 220), para quem “[...] não há apenas um método de interpretação constitucional, podendo-se afirmar que, atualmente, a interpretação das normas constitucionais obtém-se a partir de um *conjunto de métodos*, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios ou premissas – filosóficas, metodológicas, epistemológicas – distintas, porém, em geral, reciprocamente complementares. Esse sincretismo metodológico, apesar de criticado por alguns, vem recebendo o aplauso da maioria da doutrina, com o fundamento de que, em face da natureza complexa e aberta da interpretação constitucional, todo pluralismo é recomendável na medida em que amplia o horizonte de compreensão do interprete e lhe facilita no exercício da tarefa de concretizar o direito”.

decisionismo judicial, por via do qual se pode decidir em qualquer sentido com argumentos retóricos e utilizando da teoria que convém na oportunidade<sup>4</sup> (SARMENTO, 2010b, p. 200).

Ely (2010, p. 8), analisando a oposição entre as correntes do pensamento jurídico norte-americano, denominadas de “interpretacionismo” e não “interpretacionismo”<sup>5</sup>, destaca como o problema da jurisdição constitucional está intimamente relacionado com o problema da democracia representativa, enfatizando, também, que a solução desse conflito encontra-se nos princípios de interpretação adotados<sup>6</sup>. Assim, preservar a fundamentação racional das decisões, em conformidade com os textos jurídico-estatais e com a metodologia jurídica, é garantir a instituição do Estado Democrático de Direito, na medida em que prestigia as instâncias representativas da sociedade, porém sob a égide e limitação dos preceitos constitucionais (SARMENTO, 2010b, p. 198-204).

O fato é que por trás de um juízo de constitucionalidade há sempre uma trama que envolve poderes e competências legítimas (AMADO, 2007, p. 242). Quanto mais rigorosa é uma escola hermenêutica, em relação à interpretação do texto, maior é a crença nas instituições representativas, colocando-as em primazia no processo de reprodução normativa, isto é, havendo uma margem considerável de dúvida sobre a interpretação da norma constitucional, prevalece a vontade do legislador. Por outro lado, escolas que vêm na interpretação constitucional uma construção axiológica, material e ideal de sentidos, independentemente das palavras, tal como é o neoconstitucionalismo, estão dando maior

---

<sup>4</sup> “[...] a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’. Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entende por justiça – passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente incorreto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, 2010b, p. 200).

<sup>5</sup> A corrente denominada por Ely de interpretacionista são aqueles que sustentam que a interpretação constitucional se limita ao texto da Constituição e aos seus princípios implícitos mais evidentes (2010, p. 15-16), já o não interpretacionismo defende uma hermenêutica constitucional lastreada não no texto, mas nos valores explícitos e implícitos na ordem jurídica, fazendo cumprir normas que não estão claras no documento (2010, p. 57). Sustenta o autor que ambas as correntes são equivocadas, por serem extremistas e por perder substância em seus próprios argumentos, qual sejam, a legitimidade democrática para o interpretacionismo e a justiça material para o não interpretacionismo, de modo que se torna necessária uma solução hermenêutica que equilibre ambas as demandas. Não é preciso muito esforço para se notar o quanto essas discussões, da doutrina norte-americana, estão próximas do debate que ocorre no Brasil entre o neoconstitucionalismo e as correntes opositoras.

<sup>6</sup> Nas palavras do autor: “Quando uma Corte invalida um ato dos poderes políticos com base na Constituição, no entanto, ela está rejeitando a decisão dos poderes políticos, e em geral o faz de maneira que não esteja sujeita à ‘correção’ pelo processo legislativo ordinário. Assim, *eis a função central, que é ao mesmo tempo o problema central, do controle judicial do controle de constitucionalidade: um órgão que não foi eleito ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo dos princípios em que tal controle se baseia*” (ELY, 2010, p. 8). (Grifo nosso)

prestígio à atividade da magistratura e colocando em descrença as instituições representativas da sociedade (AMADO, 2007, p. 242-243).

Amado (2007, p. 254) destaca que essa forma de atividade judicial, excessivamente ativista, do neoconstitucionalismo, por dizer mais do que a Constituição diz, com base somente nos valores, acaba por retirar da sociedade todo o espaço de discussão e ação estritamente política<sup>7</sup>.

O problema está nos métodos propostos, que trabalham descomedidamente com juízos morais, a partir de supostos valores constitucionais. O que essas correntes trazem, na realidade, é a ideia de que o Direito pode ser trabalhado por meio de uma filosofia moral, axiológica, e que os juízes estão aptos a emitir juízos adequados e racionais sobre esses valores constitucionais (ELY, 2010, p. 75).

Ninguém duvida que o Poder Judiciário, dentre as instituições estatais, é a mais bem preparada para emitir esses juízos morais sobre o conteúdo das normas e, a partir disso, decidir conflito. Mais bem preparado, inclusive, que o Poder Legislativo. E nesse sentido, sem dúvida, é o argumento da isenção política e ideológica dos magistrados, pois são dotados de garantias constitucionais, com o fim de afastá-los de qualquer influência ou coação (ELY, 2010, p. 75). Porém isso não significa que os juízes são isentos de convicções e interesses pessoais, ao mesmo passo que não significa que eles podem, naturalmente, chegar a respostas adequadas e racionais.

Essa concepção, na verdade, esta muito próxima da ideia dos reis-filósofos de Platão, colocando uns poucos pensadores, os juízes, que vêm, na maioria dos casos, da mesma classe social dos legisladores, com a possibilidade de tomar as decisões mais importantes para a sociedade, porém sem buscar nela qualquer legitimidade ou aceitação por suas escolhas, julgando ser constitucionalmente (ou axiologicamente?) mais adequado (ELY, 2010, p. 79). Além disso, vale dizer que os interesses de classe estão sempre presentes nos processos de decisão, mesmo que revestidos de por uma metodologia<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup>Ensina o autor: *“El derecho, y mui en especial la Constitución, delimita el territorio de la política, acotando límites infranqueables para que todo lo demás sea políticamente posible. Porque si no hay ámbitos de libre configuración y, por tanto, inmunes a la corrección por parte de los órganos judiciales, no que dará espacio para una sociedad que ejerza la política, sino que todos pasaremos a ser súbditos del supremo órgano político y no democrático, la judicatura. Si toda decisión política, absolutamente toda, si puede cuestionar ante los tribunales en nombre de los derechos, la política dejará de ser actividad social autónoma y tres cuartas partes de la Constitución habrán perdido todo sentido y razón de ser (AMADO, 2007, p. 254).*

<sup>8</sup>Mas o problema se torna ainda mais intenso quando se abrem os caminhos para uma argumentação axiológica fundada na razão, pois “o perigo de que os juízes e críticos da classe média alta considerem fundamentais os valores de sua classe está sempre presente, independentemente, da metodologia. Acredito, no entanto, que isso se agrava quando a “razão” se erige em suposta fonte de valores, em parte porque os valores mencionados são os

Kelsen (2003, p. 169), já no começo do século, quando escreveu pioneiramente acerca da jurisdição constitucional, destacava que os conceitos abertos presentes na Constituição, tais como justiça, igualdade, equidade e outros, apesar de inicialmente demonstrarem um campo de discricionariedade dado pelo constituinte ao legislador, para que produza normas que entenda precisamente concretizadoras desses princípios, pode representar um perigo as instituições democráticas, pois podem, igualmente, ensinar a fundamentação de decisões dos juízes com base em suas convicções pessoais. Desse modo, estariam invertidos os valores da democracia, haveria uma troca pela vontade política do legislador pela vontade política do colégio de magistrados.

Apesar disso, parece que no Brasil a desconfiança do povo nos órgãos de representatividade tem motivado o crescimento da corrente neoconstitucionalista, pugnando pela maior intensificação do controle judicial na vida política, interferindo nas políticas públicas e na desconsideração de decisões legislativas<sup>9</sup>. Porém essa crença e idealização descomedida no Poder Judiciário brasileiro são cegas para algumas restrições que a instituição enfrenta. Não difícil perceber que a sobrecarga de trabalho dos magistrados lhes impede de realizar uma apreciação cuidadosa e dedicação necessária para cada processo. Ademais, que a formação do ensino jurídico brasileiro não fornece as ferramentas necessárias para a complexidade das análises exigidas pelas ideias neoconstitucionalistas, e nem mesmo as seleções públicas de candidatos à magistratura corrigem essas deficiências (SARMENTO, 2010a, p. 260-261). Não se pode esquecer, também, conforme destaca Sarmiento (2010a, p. 266), que a cultura brasileira possui singularidades que levam ao não cumprimento impessoal das leis e ao enfraquecimento da lisura das instituições, devido à lógica do “homem cordial” brasileiro, que tende a sobrepor interesses privados aos públicos.

Com isso não se quer rebaixar a importância da atuação do Poder Judiciário para a efetivação da Constituição e da promoção de justiça social. Vale lembrar, no dizer do ilustre Rui Barbosa (*apud* Bonavides, 2004, p. 84), que “quem dá às constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende”. O que deve ser destacado é, por outro lado, a importância de uma metodologia adequada, que compatibilize os anseios por justiça e efetividade constitucional com o equilíbrio das forças institucionais.

---

valores da “classe pensante” e em parte porque a “razão”, sendo uma fonte intrinsecamente vazia, presta-se excepcionalmente bem a ser preenchida com valores de classe” (ELY, 2010, p. 79).

<sup>9</sup>Sobre esse evento social, ensina Amado (2007, p. 240): “*Este entramado doctrinal neoconstitucionalista tiene como transfondo político la creciente desconfianza frente al legislador parlamentario y la correlativa fe en virtudes taumatúrgicas de la judicatura*”.

Portanto, nessa conjuntura “*panconstitucional*”, onde são cada vez mais comuns os discursos por demais retóricos, a fim de fundamentar decisões judiciais tecnicamente inadequadas e, por isso mesmo, democraticamente ilegítimas, é cada vez mais importante o aprofundamento no estudo da metodologia do pensamento jurídico-constitucional. Somente assim será possível conceber uma hermenêutica constitucional que seja “intersubjetivamente controlável” (SARMENTO, 2010b, p. 194).

Aí é que entra a importância de melhor compreender a metodologia constitucional em Friedrich Müller, cuja contribuição consiste numa rigorosa teoria da aplicação da Constituição, inovadora em relação ao positivismo, superando diversos fundamentos da dessa doutrina clássica. Nas linhas que se seguem serão abordados alguns aspectos da metodologia do direito constitucional do professor de Heidelberg e, em seguida, serão feitos comentários e análises sobre a sua teoria.

## **2. A Metodologia do Direito Constitucional de Friedrich Müller**

A metódica constitucional de Friedrich Müller não se destina, somente, a descrever o processo de concretização normativo-constitucional realizada pela ciência jurídica ou por aqueles dotados de competência de decisão (magistrados). Isso porque a concretização constitucional ocorre num âmbito muito mais amplo de aplicação, envolvendo as discussões legislativas, as atividades administrativas do Estado, as políticas de governo e, até mesmo, a observância, ou não, dos destinatários finais da norma, a sociedade civil (MÜLLER, 2010, p. 52).

Sendo assim, vale dizer, a metódica constitucional é uma metodologia dos titulares de funções, o que significa que tal teoria se estrutura com o fim de criar as condições, possibilidades, limitações e técnicas para os atos de concretização constitucional dos diversos âmbitos funcionais da sociedade<sup>10</sup>. Nessa perspectiva, a metodologia constitucional consiste em construir alternativas de decisão (jurisdicional, legislativas ou administrativas) a partir de critérios objetivamente verificáveis de conformidade com a Constituição e que permitam o controle seguro dessas decisões pelos titulares das funções<sup>11</sup> (MÜLLER, 2010, p. 53).

---

<sup>10</sup>Essa concepção do Direito, orientada pela função que desempenha na realidade social, já vem sendo defendida pela doutrina, pondo objeção ao positivismo clássico, inaugurando um chamado “funcionalismo jurídico”, em que são expoentes Bobbio e Scarpelli (FARALLI, 2006, p. 9).

<sup>11</sup>Nas palavras do autor: “O texto da norma não ‘contém’ a normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem ‘sentido’ segundo a concepção de um dado orientador acabado. Muito pelo contrário, o olhar se dirige

Não obstante a existência de uma pluralidade de agentes concretizadores da Constituição, a metodologia construída por Müller está concentrada, especificamente, nos membros que exercem a função jurisdicional do Estado, isto é, os magistrados. Assim, elabora os critérios de fundamentação e os limites objetivos de controle das decisões judiciais<sup>12</sup> (ADEODATO, 2009, p. 258).

Para chegar a essa conclusão, de que a teoria jurídica deve criar uma metódica dos atos de concretização, que é, também, premissa essencial de sua teoria, Müller traz a ideia de que a norma constitucional não se confunde com o texto da constituição. Afirma que nem mesmo o teor literal de qualquer texto jurídico-estatal (leis, decretos, resoluções) se refere à norma jurídica propriamente dita, muitas vezes demandando, para sua construção, um processo hermenêutico mais elaborado. De conseguinte, a normatividade jurídica não deriva do próprio texto, ou melhor, do ato de positivação abstrata. A normatividade deriva, aí sim, dos atos de concretização, realizados com a intermediação entre o texto e o sujeito, diante de um caso específico de aplicação (MÜLLER, 2010, p. 57).

Assim, os dados normativos, ou o conteúdo da norma, não são deduzidos a partir da análise, somente, do texto. O conteúdo da prescrição se completa no momento mesmo em que ocorre a aplicação da norma, onde se realiza a concretização num conflito específico da vida social, levando-se em conta critérios outros além dos textuais e lógico-formais, conforme será mais adiante exposto. Para exemplificar o fenômeno, vale mencionar o caso do direito consuetudinário, que nem mesmo nas sociedades modernas foi extinto, é aplicado e

---

ao trabalho *concretizador ativo* do “destinatário” e com isso à *distribuição funcional dos papéis* que, graças à ordem jurídico-positiva do ordenamento jurídico e constitucional, foi instituída para a tarefa de concretização da constituição e do direito” (MÜLLER, 2010, p. 57). (Destaques do autor)

Sarmento (2010a, p. 225), a fim de chegar à conclusão análoga, defende a mesma ideia: “Nessa perspectiva, uma boa teoria não é aquela que parta da idealização da figura do intérprete, mas a que se baseie numa visão realista sobre as suas capacidades institucionais. [...] E o mesmo vale para os legisladores, dirigentes de agências reguladoras, e todos os demais intérpretes da Constituição, embora o meu foco central neste texto esteja no Judiciário”.

<sup>12</sup>Adeodato (2009, p. 258-259) avalia negativamente essa restrição da teoria de Müller, no que concerne aos métodos de decisão judicial, entendendo que a concretização constitucional ocorre em diversas instâncias da vida social, inclusive pelos cidadãos, e não somente no plano da vida estatal ou, especificamente, da função jurisdicional do Estado. Porém, conforme foi dito acima, Müller não nega esse fato, pelo contrário, destaca o pluralismo na concretização constitucional. Nas palavras do autor: “Uma metódica do direito constitucional diz respeito à concretização da constituição pelo governo, administração pública e legislação em medida não inferior da concretização da constituição pela jurisprudência e pela ciência do direito. [...] Onde as normas constitucionais estão em jogo, a legislação, a administração pública e o governo trabalho, em termo de ‘metódica constitucional’, em princípio do mesmo modo como o Poder Judiciário e a pesquisa da ciência jurídica” (MÜLLER, 2010, p. 28). Também, em outra obra, o autor afirma a existência de atos de concretização constitucional realizados pelo povo, quando observa o texto da Constituição, garantindo sua vigência e normatividade. É possível dizer simploriamente que, na sua visão, o povo é a instância mais importante de concretização das normas constitucionais (MÜLLER, 2004, p. 53). Ocorre que Müller se propôs a elaborar uma metodologia especificamente jurídica e, assim, destinada às argumentações que ocorrem no plano judicial da reprodução da vida constitucional. Afinal, é nessa instância que ocorre o verdadeiro raciocínio jurídico, isto é, normativamente orientado e sistematizado a dar vigência aos enunciados constitucionais.

observado, realizando e complementando as prescrições do texto positivo (e.g. mutação constitucional) e, ainda assim, sem prejuízos pode se considerar ato de concretização constitucional (MÜLLER, 2010, p. 55). Refere-se, aqui, à mudança do sentido das normas constitucionais sem a alteração do respectivo dispositivo do texto positivo, que ocorre por conta da generalidade dos enunciados e das variações semânticas que eles sofrem com o passar dos anos.

Por outro lado, isso tudo não significa que ocorre, com Müller, a perda da importância do texto jurídico-positivo, ao contrário, os enunciados textuais traduzem os limites e possibilidades semânticas para os atos de concretização, especialmente no que se refere à função jurisdicional, cuja incumbência, no Estado de Direito, lhe faz reter-se nesses limites (MÜLLER, 2010, p. 71 e 74).

Em síntese, na metódica constitucional, o eixo de análise se desloca do texto abstrato para os atos de concretização, e suas possibilidades e limites, de acordo com o âmbito funcional aplicador. Porém, tais limites de decisão são definidos justamente pelos textos abstratos e pela objetividade numa fundamentação metodologicamente orientada (MÜLLER, 2010, p. 65), sendo a interpretação literal o elemento metodológico preponderante na definição do conteúdo da norma (MÜLLER, 2010, p. 97). Sobre isso, destaca Adeodato (2009, p. 240-241):

[...] Müller ainda concebe que os elementos imediatamente ligados ao texto da lei, como o gramatical e o sistemático, são privilegiados na interpretação da norma diante do caso concreto e que o texto de toda norma é importante em sua concretização, pois assume a função de fixar os limites (*grenzfunktion*) a partir dos quais a norma será concretizada. Nesse sentido, aproxima-se da ‘moldura Kelseniana’<sup>13</sup>, pois o texto limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo. Essa proeminência sobre o aspecto formal e, conseqüentemente, da validade, constitui-se um elemento estabilizador de primeiro nível e um pressuposto insubstituível de sociedades complexas do tipo da sociedade industrial.

---

<sup>13</sup>Na realidade, entendemos que a verdadeira contribuição de Müller, e o objetivo genericamente almejado pela maioria das escolas pós-positivistas, foi explorar a método jurídico para além do raciocínio lógico-formal de Kelsen, construindo elementos de argumentação jurídica, objetivamente verificáveis (ADEODATO, 2009, p. 239). O fato é que quando Kelsen construiu a sua tese da moldura o fez tendo como pressuposto o fato de que o sistema jurídico é uma estrutura lógica em que as normas estão relacionadas por fundamentação formal de validade. Assim, tudo o que fosse além da forma, ou seja, sendo a interpretação formalmente pertinente ao sistema, a norma individual produzida pelo ato de decisão do juiz seria válida, não importando o seu conteúdo. Estando dentro do campo da validade formal, o conteúdo da norma individual da decisão judicial seria discricionariedade do magistrado, ato puramente político (KELSEN, 2006, p. 388 e 390-391). Müller, ao inserir novos elementos no raciocínio jurídico (e.g. elementos do caso concreto, de política e teoria constitucional etc.) vai além dos limites do normativismo kelseniano, de modo que não existiria uma absoluta discricionariedade quando a decisão está formalmente conforme o texto jurídico, cumprindo ao magistrado argumentar e fundamentar com base em outros critérios mais sofisticados e esses aspectos serão levados em conta para a retidão, validade e juridicidade da decisão.

Essa concepção, de que a norma é construção do interprete, se contrapõe ao positivismo legalista, que identifica a solução, ou a decisão, pré-definida no texto positivo, de modo que ao aplicador ficaria a tarefa de verificar no ordenamento qual a “norma” que se destina ao caso, mediante um processo de simples dedução. De forma contrária, a metódica constitucional, partindo das avançadas e atuais discussões da semiologia jurídica, propõe uma perspectiva pós-positivista do direito, em especial, do direito constitucional, defendendo a impossibilidade de pré-definição do conteúdo normativo, sendo imprescindível que se esteja diante de um conflito específico a ser solucionado pela ação de um sujeito, o juiz (MÜLLER, 2010, p. 44-51).

Para Müller (2010, p. 63), “a ‘subsunção’ é apenas aparentemente um procedimento lógico formal; na verdade, é um procedimento determinado no seu conteúdo pela respectiva pré-compreensão de dogmática jurídica”, isto é, o apego às estruturas lógico-formais do texto, postura tipicamente positivista, é, antes de tudo, apenas uma fase do raciocínio jurídico, trata-se de uma opção metodológica.

Depois do que foi exposto, Müller reconhece a necessidade da formulação de uma nova teoria da estrutura da norma.

A norma jurídica, na perspectiva do autor, possui dois elementos estruturais: o *programa da norma* e o *âmbito de norma*. O primeiro diz respeito ao conteúdo prescritivo da norma, é o comando jurídico abstrato. Já o segundo se refere ao contexto fático, recortado da realidade social, que representa o espaço de aplicação da norma, verificado no momento mesmo de aplicação. Isto é, o âmbito da norma são os elementos materiais da vida social que delimitam o campo de incidência (MÜLLER, 2010, p. 57-58). Nas palavras de Adeodato (2009, p. 250), “[...] compreende aquelas características fáticas trazidas ao processo de concretização, a partir do conjunto de matérias e já trabalhadas à luz do programa da norma”.

Assim, pode-se dizer, com Adeodato (2009, p. 250), que “o programa da norma indica os dados lingüísticos (também técnicos) normativamente relevantes, enquanto o âmbito da norma aponta os dados reais normativamente relevantes”.

É preciso esclarecer que o âmbito da norma, aqui, não significa o mesmo que o elemento da realidade *material*, físico, que se tem como objeto para a aplicação da norma. O contexto fático que compreende o âmbito da norma é um dado lingüístico, que compõe a estrutura da norma, e não um dado ontológico<sup>14</sup>. Esclarece Müller (2010, p. 59):

---

<sup>14</sup>Portanto, é um conceito mais amplo do que aquele que se vê, por exemplo, em Marcos Mello (2008, p. 43), para quem “suporte fático é um conceito do mundo dos fatos e não do mundo jurídico, porque somente depois

O âmbito da norma não é idêntico aos pormenores materiais do conjunto dos fatos. Ele é parte integrante material da própria prescrição jurídica. Da totalidade dos dados afetados por uma prescrição, do “âmbito material”, o programa da norma destaca o âmbito da norma como componente da hipótese legal normativa. O domínio da norma é um fator coconstitutivo da normatividade. Ele não é uma soma de fatos, mas um nexos de 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, em regra, conformados de modo ao menos parcialmente jurídico. Em virtude da sua conformação jurídica e da sua seleção pela perspectiva do programa da norma, o domínio da norma transcende a mera facticidade de um recorte da realidade extrajurídica. Ele não é interpretável no sentido de uma “força normativa do fático”.

Nesse desiderato, texto constitucional e realidade social não são figuras polarizadas e autônomas, diferentemente do que pensava o positivismo clássico. Texto positivo e sociedade são interdependentes, na medida em que colaboram mutuamente na formação do sentido normativo no ato de concretização constitucional. Porém, vale dizer, o âmbito da norma não é, em si mesmo, realidade, mas, sim, dado normativo que busca seu conteúdo nos fatos materiais. Dito de forma diferente, não é porque o âmbito de norma se verifica com o conjunto de fatos da realidade social que deixará de ser conceito jurídico, pois não se deve olvidar que o âmbito de norma ainda é um programa normativo, isto é, elemento desse programa que delimita seu espaço de aplicação. Por isso, pode-se dizer que não se cuida, aqui, de reduzir a estrutura da norma a um “sociologismo do direito”<sup>15</sup>.

Destaca Bonavides (2009, p. 500) que, levando essa concepção da estrutura da norma para o Direito Constitucional, Müller traz uma aproximação entre as noções de Constituição Formal, enquanto conjunto de enunciados prescritivos de maior hierarquia no sistema jurídico, e Constituição Material, como ordem de organização política que se realiza

---

que se concretizam (= ocorram) no mundo os seus elementos é que, pela incidência da norma, surgirá o fato jurídico e, portanto, poder-se-á falar em conceitos jurídicos”. Esse autor, com lastro na doutrina de Pontes de Miranda, tem sobre o antecedente da norma uma concepção ontológico-realista (ADEODATO, 2009, p. 247), como um dado fático que se opera antes mesmo da concretização normativa.

O âmbito da norma de Müller é, também, mais amplo do que a noção de hipótese fática que se encontra, para ilustrar, em English (2008, p. 29), que vê no antecedente da norma um fato hipotético, e não concreto, que tem previsão na norma. Evidentemente, essa última concepção está muito mais próxima do conceito de âmbito da norma do que a primeira, vez que não se utiliza de conceitos naturalísticos, porém as diferenças se mantêm porque English se liga ao plano abstrato da composição normativa, enquanto Müller entende que o âmbito da norma só se configura no momento da concretização. Noção semelhante à de English é encontrada, ainda, no conceito de hipótese de incidência da norma jurídica em Gabriel Ivo (2006, p. 43)

<sup>15</sup>Segundo Adeodato (2009, p. 241), “a tese de Müller é que o texto e a realidade estão em constante inter-relação e que esta inter-relação, seja mais ou menos eventualmente discrepante, é que vai constituir a norma jurídica”. Parece, então, que Müller vai além do reducionismo sociológico, concebendo uma teoria do Direito aberto aos fatos e, ao mesmo tempo, metodologicamente orientada para a vigência e efetividade das normas, não perdendo de vista o caráter deontológico a que se destina a realização do Direito e ciência jurídica.

materialmente na vida social. Ele traz, pela primeira vez, uma teoria jurídica que metodologicamente segura que liga os dois âmbitos do fenômeno constitucional, tornando-os intercambiáveis no momento da concretização constitucional. A estrutura da norma, assim concebida, permite que se corrijam interpretações constitucionais completamente estranhas e descompassadas com a realidade social, ao mesmo passo que confere ao interprete elementos que não descaracterizam a natureza normativa, deontológica, de qualquer interpretação jurídica, especialmente judicial, permitindo que a Constituição *transforme* a sociedade, mas sem *oprimir* a realidade social estabelecida.

Importa destacar que os elementos do âmbito da norma podem ter origem absolutamente jurídica, quando referidos de forma estrita pelo texto (e.g. prazo prescricional, formas processuais etc.), ou podem ter origem parcialmente jurídica, quando decorrem da própria realidade social, a partir de dados extrajurídicos, portanto (e.g. a morte de alguém e costume *praeter constitutionens*) (MÜLLER, 2010, p. 58). Com essa distinção, Müller chega a afirmar que no primeiro caso, em algumas vezes, basta a interpretação do texto da norma, prescindindo da análise de outros elementos (ADEODATO, 2009, p. 251).

A partir dessas considerações acerca da estrutura da norma jurídica, pode-se entender melhor o que se quer dizer com concretização constitucional. É que, tendo essas premissas, não se pode admitir que a norma seja interpretada, na busca de um conteúdo normativo evidente no texto positivo ou na vontade do legislador, no caso, do constituinte, como ensinava a teoria positivista<sup>16</sup>. A tarefa de realização do direito, apesar de estar vinculada pelo texto, não é busca da decisão já formulada, mas, sim, a construção de uma decisão atual para o caso concreto. Assim, o ato de aplicação do direito não é meramente cognitivo, mas construtivo (MÜLLER, 2010, p. 61 e 66).

Não raras vezes, o texto positivo se apresenta claro e de fácil aplicação, quando se está no plano da especulação hipotética (e.g. ciência jurídica), mas, diante do caso concreto, aquele mesmo texto pode demandar um esforço hermenêutico e argumentativo muito maior do que previsto. Da mesma forma, um dispositivo que aparentemente se mostre muito aberto

---

<sup>16</sup>Assim como na metódica de Müller, a doutrina ligada a nova retórica igualmente defende que o procedimento silogístico de aplicação da norma, típico do positivismo, continua sendo útil, porém com uma importância reduzida, sendo suficiente apenas em poucos casos (*easy cases*). Segundo Faralli (2006, p. 63), “em geral, a lógica não pode encarregar-se do conteúdo de cada decisão jurídica, mas ainda assim deve ser considerado um instrumento indispensável e necessário, embora não suficiente, para o controle e a justificação de tais decisões. O espaço remanescente, do qual a lógica formal não pode tratar, deixa o campo aberto para outras formas de raciocínio. Contudo, a explicitação de possíveis argumentos alternativos em relação ao caso por decidir configura soluções inconsistentes entre si e, portanto, perceptíveis como contradições lógicas. Também nesses casos a lógica mostra-se um instrumento indispensável para poder para poder aceitar as consequências de toda decisão judicial”.

e de difícil conformação de sentido, diante de determinado caso concreto pode não restar dúvidas sobre sua aplicação, sendo fácil e simples o processo de identificação do sentido no momento da concretização (MÜLLER, 2010, p. 62). Isso tudo só corrobora com o fato de que o conteúdo da norma se configura na solução do caso, sendo um processo construtivo, e não revelador da decisão pré-definida pelo legislador, ou constituinte.

A discussão, realizada pelas escolas positivistas, sobre se o sentido da norma se encontrava na evidência do texto positivo ou na vontade histórica do legislador, ou constituinte, está no plano meramente ideológico. Cuidava-se de uma irradiação de concepções ideológicas sobre as práticas jurídicas, com a destinação de satisfazer interesses da contingência histórica e social, enquanto que o real processo de aplicação normativa nunca deixou de ter natureza construtivista, apenas não se percebia isso (MÜLLER, 2010, p. 62-63).

Deve ser destacado, que a metódica constitucional e a estrutura da norma, propostas por Müller, não prejudicam que possa existir conteúdo normativo extraído da análise, tão só, do texto positivo, porém isso ocorre no plano da pré-compreensão. É que o processo de concretização, de normatividade, dá-se mediante gradual delimitação do sentido, na medida em que se aproxima dos elementos específicos do caso concreto. As interpretações, em abstrato, que se fazem das normas são meras pré-compreensões das possibilidades de configuração normativa e, na medida em que adentra nas especificidades do caso concreto, essa margem vai diminuindo e se conformando na decisão individual do caso (norma individual), por meio do âmbito de norma. Veja-se que as pré-compreensões normativas é tarefa, essencial, da ciência jurídica, que busca trazer à luz as possibilidades de decisão tecnicamente sustentáveis para o caso, embora num plano abstrato. Assim, essas pré-compreensões nada mais são do que sugestões de conteúdo normativo, que só se confirmará no processo decisório<sup>17</sup> (MÜLLER, 2010, p. 64-65).

Tal atividade da ciência jurídica, na medida em que se tem claro os pressupostos acima, não pode se pretender a uma objetividade que é típica das ciências empíricas, tal como propugnada o positivismo jurídico. A metódica constitucional, lastreada na noção de concretização, deve ter claro os pressupostos políticos e filosóficos em que parte e se fundamenta, para, então, formular suas pré-compreensões normativas, dentro de um discurso técnica e racionalmente sustentável e em conformidade com seus próprios pressupostos<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup>Para maior aprofundamento sobre o conceito de pré-compreensão, e a relação entre aplicação normativa e realidade, consultar Müller (2011, p. 57-82).

<sup>18</sup>A função para a dogmática jurídica visualizada por Müller assemelha-se muita ao que entendeu Viehweg, ao conceber o método tópico-problemático de argumentação jurídica. Segundo esse autor, a ciência jurídica nada

Destarte, os elementos da teoria do estado, da teoria constitucional, da ciência jurídica, além de outros fatores, podem contribuir como forças motivadoras e condicionantes preexistentes a concretização individual, influenciando no plano científico. No entanto, tais pressupostos basilares da ciência devem ser fielmente expostos, sem obscurecimentos, de forma a garantir o amplo debate sobre o próprio método, sem limitação a argumentos axiomáticos<sup>19</sup> (MÜLLER, 2010, p. 65).

Por fim, deve-se destacar que na metódica constitucional e na estrutura da norma de Müller, os postulados clássicos da interpretação positivista não são irrestritamente utilizados, embora continuem sendo úteis. Tais postulados, atribuídos à teorização de Savigny, são a interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica. Com Müller, eles são também denominados de *elementos metodológicos* da concretização da norma. Na medida em que a conformação do conteúdo normativo deixa de ser um ato cognitivo, os critérios referidos não podem mais ser tidos como etapas da busca do sentido evidente no texto, passam a ser elementos que contribuem, reciprocamente, para a construção do sentido normativo diante do caso concreto<sup>20</sup> (MÜLLER, 2010, p. 79).

Nessa virada conceitual, cada um dos critérios recebe conotação e utilidade diferentes. A interpretação gramatical se torna o limite objetivo das possibilidades de concretização, na medida das possibilidades semânticas que os enunciados utilizados podem ter dentro da comunidade (MÜLLER, 2010, p. 73). Nas palavras de Müller (2010, p. 75), “à medida que o texto expressa de forma linguisticamente confiável o espaço de ação para os enunciados normativos, o resultado não pode contrariar as possibilidades de solução remanescentes nesse espaço de ação”. Além disso, o critério gramatical de interpretação é cronologicamente anterior a todos os outros, porém não hierarquicamente superior (MÜLLER, 2010, p. 75).

---

mais faz do que construir um catálogo de *topoi*, com base na argumentação tópica, que depois será utilizado como premissa para aplicar dedutivamente e resolver problemas concretos (VIEHWEG, 2008, p. 82).

<sup>19</sup>Não é por outro motivo que Müller, para justificar a preponderância da argumentação baseada na interpretação gramatical e sistemática e a vinculação do julgador ao texto, invoca a teoria do Estado de Direito e da separação dos poderes, evitando argumentos axiomáticos (MÜLLER, 2010, p. 74). Da mesma forma, para defender a inutilidade prática da discussão sobre a interpretação subjetivista e objetivista do texto, isto é, se a norma é ou não a vontade subjetiva do legislador, traz o argumento de que não é um dado metodológico absoluto que irá definir, mas, sim, os aspectos específicos do caso que poderão, ou não, tornar relevante a intenção histórica do legislador, como critério de decisão (MÜLLER, 2010, p. 99).

<sup>20</sup>Nas palavras do autor: “As regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como métodos autônomos para si. No processo de concretização elas não somente se revelam complementar e reforçam-se reciprocamente, mas estão entrelaçadas materialmente a partir de seu enfoque. Não formam procedimentos autonomamente circunscritíveis e fundamentáveis, mas aparecem como *facetadas distintas de uma norma concretizanda no caso*” (MÜLLER, 2010, p. 79). (Destques do autor)

Não é ocioso destacar, mais uma vez, que isso não decorre da auto-evidência do texto, decorre do regime do Estado de Direito, que limita funcionalmente a atividade jurisdicional ao texto positivo (e já foi dito que elementos da teoria política e constitucional influenciam nos métodos científicos) (MÜLLER, 2010, p. 71).

Já a interpretação sistemática é uma derivação da própria interpretação gramatical, na medida em que amplia para a análise de outros dispositivos do sistema, confrontando os respectivos âmbitos de norma, em busca dos limites objetivos de decisão do caso concreto (MÜLLER, 2010, p. 77).

Os critérios histórico e genético servem para o mesmo fim: delimitar possibilidades de decisão, na medida em que restringe as possibilidades semânticas do texto positivo. O primeiro está ligado à origem e antecedentes dos institutos e conceitos jurídicos, enquanto o segundo está relacionado à realidade política e social que permearam o surgimento do texto normativo, isto é, consiste na investigação dos fatores que motivaram a decisão do legislador. Por isso, são métodos de interpretação baseados em textos não jurídicos, tais como os anais das sessões parlamentares, a exposição de motivos das leis e códigos, o preâmbulo da Constituição, os dados históricos de como eram aplicados os institutos, de origem romana, na era clássica *etc.* (MÜLLER, 2010, p. 76).

Diferentemente, a interpretação teleológica não existe para análise dos limites propriamente dos enunciados jurídicos, é, na verdade, método que permite a argumentação a partir de valorações subjetivas, racionalmente estruturadas e em conformidade com a política e teoria constitucional, com o fim de definir os horizontes do âmbito da norma (MÜLLER, 2010, p. 76). Müller destaca que o método teleológico não pode se operar autonomamente, pois prescinde de elementos que só são obtidos por meio de outros métodos, tais como o genético e os argumentos de teoria política e constitucional. Porém, trata-se de um critério valioso no momento de concretização da norma, pelo fato de que abre o raciocínio para outras possibilidades, a partir do argumento do *telos* normativo (MÜLLER, 2010, p. 77).

Para além desses métodos clássicos, ou elementos metodológicos da concretização, Müller enumera outros elementos adicionais e complementares aos primeiros, e que permitem a abertura do raciocínio jurídico, transcendendo o positivismo clássico (BONAVIDES, 2009, p. 508).

Em outras palavras, os elementos da hermenêutica clássica são complementados por outros elementos que, no momento da concretização, deverão ser igualmente avaliados. São eles: i) os elementos do âmbito da norma; ii) os elementos dogmáticos, que são enunciados teóricos da ciência; iii) elementos de teoria, que são as lições da teoria da

constituição e do Estado; iv) os elementos de técnica de solução, contidos em manuais de orientação prática; e v) os elementos de política de direito e política constitucional, que se referem à argumentação fundada nos efeitos e finalidades práticas da norma (MÜLLER, 2010, p. 87-94).

Com esses novos elementos, o raciocínio jurídico transcende a argumentação lógico-formal, baseada exclusivamente no texto, abrindo espaço para a utilização de dados, por exemplo, da economia, ciência política, sociologia, teoria constitucional, política criminal *etc.*, que passarão a contribuir, *de forma auxiliar*, na determinação do conteúdo da norma<sup>21</sup> (MÜLLER, 2010, p. 87).

No entanto, essa abertura não é absoluta, de modo que as decisões devem se submeter aos diversos “pesos” que possuem cada um dos elementos da concretização. É na tentativa de sistematizar isso que Müller elabora hipóteses de conflitos entre os critérios e as possíveis soluções, com base numa relação de hierarquia entre eles.

Os conflitos entre os elementos de concretização são aqueles que aperaçem diante do caso individual, não se podendo analisar conflitos num plano abstrato ou especulativo. Além disso, os conflitos precisam ser frontais, isto é, sem possibilidade alguma de compatibilização. Destarte, não há conflito, por exemplo, entre o elemento gramatical e histórico, se o segundo deixa várias possibilidades de sentido em aberto, sendo, ao menos, uma delas compatível com o elemento gramatical (MÜLLER, 2010, p. 95-96).

Para a solução dos conflitos, o autor distingue os elementos da concretização entre aqueles que são *imediatamente vinculados ao texto* e os que são *mediatamente vinculados ao texto*<sup>22</sup>. No primeiro caso estão compreendidos os elementos metodológicos (métodos da interpretação clássica), os do âmbito da norma e parte dos elementos dogmáticos, apenas nos que consistem na opinião doutrinária acerca do significado dos textos. Já no segundo caso

---

<sup>21</sup>Essa perspectiva deve repercutir, igualmente, na formação e produção acadêmica dos juristas, conforme defende Müller (2010, p. 87): “A ligação a ser feita com o trabalho sociológico, no sentido amplo do termo, a utilização de dados da sociologia, da ciência política, da economia e de outros dados exigidos pelo âmbito normativo da prescrição concretizanda, no processo de aplicação do direito, coloca-se primacialmente para os juristas como uma tarefa. A partir da estrutura da norma jurídica e da concretização, a exigência da política universitária de um treinamento em disciplinas básicas, que entrevê no horizonte distante uma formação de juristas merecedores desse nome, bem como o desejo da cooperação interdisciplinar são irrecusáveis. Aqui a utilização da documentação mecânica ou do armazenamento e processamento cibernético de dados empíricos da história do direito, da sociologia do direito, da criminologia, da sociologia política, da ciência política e da assim chamada pesquisa dos fatos do direito poderá ter, por um lado, uma importância fática considerável para *análise estrutural do âmbito da norma de lege ferenda* (política do direito e da legislação) e *de lege data* (com vistas a tarefa de concretização do direito), mas por outro lado e tocante ao método, um significado apenas ancilar”.

<sup>22</sup>Também se encontram as expressões *elementos diretamente referidos aos textos de normas* e *elementos não diretamente referidos* (MÜLLER, 2010, p. 96).

estão compreendidos todos os outros elementos citados, porque desempenham funções auxiliares (BONAVIDES, 2009, p. 506).

Existe uma relação de hierarquia metodológica entre esses dois grupos de elementos. No caso de conflito, os elementos imediatamente vinculados ao texto devem prevalecer sobre os outros, a razão disso é que os primeiros desempenham uma função de garantir a normatividade e efetividade do comando constitucional, enquanto que os segundos, como dito, são complementares do sentido do texto, quando há múltiplas possibilidades (MÜLLER, 2010, p. 96).

Agora, se o conflito ocorre entre dois, ou mais, elementos do grupo dos imediatamente vinculados ao texto, dificilmente poderá haver uma solução objetivamente determinada. Prevalecerá o argumento retoricamente vencedor. “Nesses processos de seleção trata-se de valorações cujo caráter subjetivo não é evitável, nem deve ser velado” (MÜLLER, 2010, p. 96).

O problema fica mais complexo quando envolve o conflito entre dois, ou mais, elementos do grupo dos imediatamente vinculados ao texto. São as hipóteses:

i) *Conflito entre os elementos dogmáticos e os elementos metodológicos ou do âmbito da norma*: nesse caso, deve prevalecer os últimos, pois é preferível a argumentação que alegue que, diante do caso concreto em análise, a estrutura da norma pré-compreendida pela ciência jurídica não se adéqua satisfatoriamente (MÜLLER, 2010, p. 97).

ii) *Conflito entre os elementos do âmbito da norma e os elementos metodológicos*: apesar de não existir hierarquia entre ambos, os elementos gramatical e sistemático (metodológicos *stricto sensu*) devem prevalecer sobre todos os outros, por razões conjunturais do Estado de Direito e da separação dos poderes, conforme já exposto. São eles o ponto inicial que irá influir por todo o processo de concretização (MÜLLER, 2010, p. 97).

iii) *Conflito entre o elemento gramatical e o elemento sistemático*: estão ambos os critérios no mesmo grau de hierarquia, são eles igualmente precedentes no ato de concretização, de modo que nessa hipótese de conflito não resta outra opção que não a de invocar os outros elementos, ampliando os pontos de vista para a solução do caso. Mas, caso a argumentação sistemática não seja cogente, com força substancial, deve prevalecer a interpretação gramatical, por estar mais próxima da normatividade do texto (MÜLLER, 2010, p. 100).

## **Conclusão**

O trabalho, por suas próprias limitações, não pretendeu esgotar a problemática do neoconstitucionalismo no cenário brasileiro, e nem fazer estudos profundos e densos sobre a metódica estruturante de Friedrich Müller. O propósito aqui foi o de apresentar problemas, e sugerir um possível caminho para as suas soluções, que seria a metodologia do jurista alemão. Portanto, mais do que um trabalho definitivo, foi um ponto de partida para maiores reflexões.

Assim, pelo o que foi exposto, não se pode pretender superar o positivismo, abandonando o silogismo e a lógica formal, para tornar a prática jurídica uma atividade meramente retórica, desprovida de técnica, onde prevalece o convencimento com base em argumentos vagos sobre valores e princípios, abrindo espaço para o decisioismo judicial e para a fragilidade das instituições do Estado Democrático de Direito. É preciso uma teoria da argumentação judicial, o que não é o mesmo que abertura para a *livre* argumentação judicial.

Com efeito, a conclusão que se pode chegar é a de que a metodologia constitucional de Müller buscou satisfazer, de forma mais ampla possível, as pretensões do pensamento jurídico pós-positivista. Na mesma estrutura de raciocínio jurídico encontram-se conjuntamente: i) as possibilidades de construção do Direito justo, com base em valores; ii) uma produção normativa atenta ao fato concreto e às suas peculiaridades, vendo no Direito um fenômeno dinâmico e constituído cotidianamente por ações humanas, e não por um sistema deontologicamente fechado<sup>23</sup>; iii) e, igualmente, as possibilidades de decisões normativamente adequadas e previsíveis, capazes de condicionar e transformar a sociedade. Por isso mesmo que a metodologia de Müller deve ser considerada, no conceito de Amado (2007, p. 239), um “*constitucionalismo positivista*”<sup>24</sup>, em oposição ao neoconstitucionalismo, na medida em que não abusa das fundamentações axiológicas e, com isso, garante a normatividade constitucional na mesma intensidade que garante a manutenção das instituições democráticas.

---

<sup>23</sup>A doutrina tem ressaltado a importância da conjuntura social e fática para determinar o sentido das normas. Grau (2009, p. 98) ensina que “a *norma* é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no *texto normativo* (mundo do dever-ser), mas também elementos do caso a qual será aplicada – isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser). [...] O intérprete interpreta também o caso, necessariamente, além dos textos, e da realidade – em cujo contexto serão eles aplicados, ao empreender a produção prática do direito”. A novidade é que essa relação entre normatividade e realidade ganhou, com a teoria de Müller, subsídios metodológicos, deixando de ser um algo notado apenas pela filosofia do Direito e passando a ser objeto de prática hermenêutica (GRAU, 2009, p. 97).

<sup>24</sup>Amado (2007, p. 239) enumera, para o que propõe ser o constitucionalismo positivista, as seguintes teses: a) Constituição, assim como qualquer norma jurídica, deve ser interpretada a partir de seu texto; b) somente nos casos de vagueza ou zonas de penumbra abrem-se as possibilidades para argumentação aberta, desde que não seja patentemente contraditório com a semântica do texto; c) tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Judiciário são agentes concretizadores da Constituição, cada qual em sua função; d) ao Poder Legislativo cumpre realizar a Constituição dentro das possibilidades válidas, sem sofrer a interferência do Judiciário, quando dentro dessas conformidades; e) e, por último, essa forma de operar o Direito Constitucional prioriza a atividade do legislador e as instituições democráticas.

Enfim, acredita-se que o modelo proposto pelo professor alemão, nominado de metodologia estruturante do direito, resolve satisfatoriamente os problemas ocupam a vida jurisprudencial, através de um raciocínio analítico e coerente, preciso em seus pressupostos e passível de ser controlado, o que, na verdade, lhe garante o prestígio que apenas as mais elevadas construções científico-teóricas merecem.

## Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica*: para uma teoria da dogmática jurídica. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMADO, Juan Antonio García. Derechos y Pretextos: Elementos de crítica del neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría Del Neoconstitucionalismo*: ensayos ecogidos. Madrid: Trotta, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*: a derrubada da constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3 Ed. Salvador: Editora Juspodium, 2009.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança*: uma teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade. Trad. Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 10 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARALLI, Carla. *A Filosofia Contemporânea do Direito*: temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 5 Ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

IVO, Gabriel. *Norma Jurídica*: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. De João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico*: plano da existência. 15 Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4 Ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *Fragmento (Sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria Estruturante do Direito*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Por um Constitucionalismo Inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010a.

\_\_\_\_\_. *Livres e Iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010b.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. de Kelly Susane Alflen da Silva. 5ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.