

OBJEÇÕES DE ROBERT ALEXY A FRIEDRICH MÜLLER

O texto que segue¹ apresenta as objeções de Robert Alexy à teoria da norma de direito fundamental de Friedrich Müller.² Para isso, aqui, algumas observações gerais.

I.

Até onde se sabe, essas objeções nunca foram respondidas pelo *próprio* Müller.³ Pablo Miozzo, contudo, em seu trabalho de doutorado, intitulado *Soziale Grundrechte ohne Prinzipien und Abwägung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2022, apoia-se nele,⁴ que toma, nisso, parte como coorientador e examinador de projetos e manuscritos.⁵ Na S. 142, Fn. 191, Miozzo, todavia, renuncia a uma descrição em particular da teoria de Müller⁶ e na S. 95, Fn. 37,

¹ Ver infra, n. 3. As letras entre parênteses do texto traduzido são do tradutor. Esse texto encontra-se em Alexy, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, S. 63 ff.; versão brasileira: *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, página 76 e seguintes. Tradução: Virgílio Afonso da Silva.

² Ver neste site, marcadores, outros, postagem do dia 9 de maio de 2022: observação acrescentada ao texto publicado no site em 11/04/2022.

³ Ver infra, n. II.

⁴ Ver, por exemplo, S. 19, Fußnote (no seguinte: Fn.) 4; S. 40, Fn. 113; S. 47, Fn. 147, 148; S. 76, Fn. 297; S. 78, Fn. 313; S. 100, Fn. 46; S. 123, Fn. 119; S. 133, Fn. 153; S. 134, Fn. 156, 157; S. 135, Fn. 168; S. 138, Fn. 181; S. 139, Fn. 183; S. 142, Fn. 191; S. 147, Fn. 203; S. 147, Fn. 203; S. 158, Fn. 241, 242; S. 206, Fn. 93; S. 213, Fn. 102; S. 215, Fn. 111, 112; S. 233, Fn. 154; S. 275, Fn. 210.

⁵ S. 7: prefácio.

⁶ Ele satisfaz-se com uma simples remissão a dois trabalhos do próprio Müller e a um de Müller/Christensen.

Para uma apresentação da teoria de Müller, ver, por exemplo, Pulido, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidade y los derechos fundamentales*. El principio de proporcionalidade como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2005, página 445 e seguintes. Para uma crítica à teoria de Müller, ver, mesmo autor, mesma obra, página 460 e seguintes. Na página 460 pode ser lido: “Para começar, indagaremos se os critérios propostos pela teoria interna [Müller, entre outros] dos direitos fundamentais, oferecem mais garantias de racionalidade que o princípio da proporcionalidade.” Aqui, uma referência a isto: comparar em

fala em “pacote teórico todo de Alexy” (sugestão de Poscher?).⁷ Aqui cabe observar:

a) essa afirmação apresenta-se como ataque (Angriff). À medida em que a escola de Ralf Poscher persiste na conduta de dirigir ataques a Alexy,⁸ pode

vez de ignorar. Ver, para isso, também, neste site, marcadores, verbetes, postagem do dia 19 de julho de 2021: a mistura das causas e a teoria das formas de Aristóteles.

⁷ Na S. 21 está dito: “... simples importação ...” (Import, 1. importação (1) aumentar, limitar a importação [de matéria prima]; uma firma para importação e exportação.) (Duden Deutsches Universalwörterbuch A-Z. 2 Aufl. Mannheim/Wien/Zürich: Dudenverlag, 1989. Pontuação no original.) Comparar com III. c), infra.

⁸ O mesmo vale para a escola de Lenio Luiz Streck. Ver, por exemplo, a dissertação de mestrado de Rafael Giorgio Dalla Barba, que leva o título: A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy. Orientador: Lenio Luiz Streck (unisinós). Disponível em http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6653/Rafael%20Giorgio%20Dalla%20Barba_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 de julho de 2022. Draiton Gonzaga de Souza esteve presente na banca de defesa como membro.

Ralf Poscher também orientou Dalla Barba. Poscher como Doktorvater (literalmente: pai do(s) doutor(es)).

Aqui cabem, mais além, algumas observações:

1. o título do mestrado de Dalla Barba coloca a questão, a ser respondida não por afirmação, mas por comprovação: a chamada teoria de Streck é (mais) transparente?;

2. nesse trabalho de Dalla Barba, contudo, por dedução, foi aceito que sim.

a) Ver, por exemplo, página 130, número X. Aqui a teoria da decisão judicial de Streck é proposta até como teoria alternativa no Brasil; em união com isso, a teoria estruturante de Friedrich Müller é invocada, sem outras indicações, também como teoria alternativa (página 129, VIII); do mesmo modo, como alternativa, são indicados Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, cujo “exame-em-três-passos” (página 129, IX) é apresentado em três linhas. Essas duas, no âmbito do direito alemão.

b) Isso remete a Aristóteles (ver Heck, Luís Afonso. Prefácio, in Brunatto, Victor, Lopes, Luiz Guilherme Holleben, Luft, Rennan Sarobe. Interpretação e aplicação do direito. Discricionariedade – hermenêutica – argumentação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2021, página 13, nota de pé de página 24);

3. Streck, depois que chegou, há muitos anos, à companhia (de Jesus) parece gadameriano. Aqui, todavia, mostra-se no colo de Aristóteles. O uso do verbo *parece* encontra seu fundamento em um conhecimento simples: em Gadamer *formação* pressupõe *informação* (tradição), não *desinformação* (fake news). Para isso, ver Heck, Maria Regina Diniz. O ensino do latim no Brasil. Objetivos, método e tradição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2020 e o livro citado no n. 2. b) supra.

Deve, nessa conexão, ser observado:

a) a desinformação tem como consequência a deformação não só do assim passado objeto e, consequentemente, do destinatário desinformado, a cada vez, mas também, ao fim e ao cabo, do desinformador;

b) se no plano político o poder obtido nas urnas por meio de fake news é posto, com razão, em dúvida, então isso tem de valer também para o obtido pela desinformação no plano da ciência, também no da ciência do direito. Na medida em que democracia pressupõe cidadãos autônomos (Hesse, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 133, número de margem 152. Tradução: Luís Afonso Heck), nessa medida se mostra que a relação democracia/fake news é dependente, em grande parte, da relação ciência/desinformação.

4. em consequência, também esse mestrado de Dalla Barba torna-se extremamente duvidoso. Nessa conexão, mais além: Dalla Barba não domina, entre outras coisas, o idioma alemão. Ver, por exemplo, página 29, nota 36; página 34, nota 54; página 35, nota 58; página 36, nota 6; página 40 e seguinte, nota 73; página 48, nota 100 e assim por diante, de sua dissertação de mestrado. Contudo, nas referências, Alexy é citado apenas em alemão: 14 obras no total; duas são citadas em inglês. Também Kant é lá citado em alemão.

Obs.: para Kant, Dalla Barba, por exemplo, utiliza a tradução de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger da Crítica da razão pura. Kant (I). Os pensadores. São Paulo: Victor Civita, 1980. Comparar Dalla Barba, dissertação de mestrado, página 27, nota 29 e Crítica da razão pura, citada, página 57. Curiosamente, isso parece não ter perturbado Draiton Gonzaga de Souza que, entre outras coisas, é tradutor público e intérprete comercial concursado para o idioma alemão.

5. para uma contraposição

a) entre Streck e Alexy, ver Trevisan, Leonardo Simchen. Ponderação, argumentação, racionalidade. Robert Alexy e seus críticos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 150 e seguintes, 221 e seguintes;

b) entre Ávila, orientador de Miozzo na UFRGS, e Alexy, mesmo autor, mesma obra, página 131 e seguintes, 173 e seguintes;

6. em conexão, ver ainda, uma vez, neste site, marcadores, aulas, postagem do dia 6 de junho de 2022: para o final do capítulo dos direitos e garantias fundamentais da constituição federal, e, outra vez, Heck, Luís Afonso. A pós-graduação de direito no Brasil. Discussão e oportunidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2019, página 16 e seguinte, nota de pé de página 11, página 20 e seguinte, nota de pé de página 18;

7. é interessante, porque também se situa nessa conexão, mencionar, por exemplo, uma contradição da qual a escola de Streck padece. Ela mostra-se, por um lado, com a afirmação de Jader Marques, orientado por Lenio Luiz Streck no doutorado (unisinos), que afirma: "... teorias procedimentais - ... – como a de Robert Alexy, são, de plano, rechaçadas." (Leitura hermenêutica da tipicidade penal. São Leopoldo, 2012, página 165. Disponível em: <<http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000003/00000330.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de

isso ser indicado como uma sua característica, mostrando nisso, notado à margem, traços de fanatismo;

b) essa renúncia, em conjunto com as letras e), i) e j), infra, deixa colocar a questão, agora, no quadro desta tese de doutorado de Miozzo: até que ponto a teoria de Müller, como ferramenta, é capaz de, primeiro, abrir esse pacote, segundo, ordenar compreensivamente seus elementos, terceiro, para então, primeiro apresentar uma crítica e, quarto, como resultado de tudo isso, oferecer, no plano científico-teórico, algo que supera o que é chamado por Miozzo de pacote teórico.⁹ O mesmo pode ser colocado para Ralf Poscher.

c) essa renúncia, no quadro do seu trabalho, deixa, assim, reconduzir esse à fórmula do como se (als ob) e, assim, aparecer uma ficção no sentido de Hans Vaihinger: Die Philosophie des als ob. Neudruck der 9./10. Aufl. Leipzig: Scientia Verlag Aalen, 1927.

II.

a) No livro Untersuchungen zur Rechtslinguistik, Duncker & Humblot, 1989, Müller aparece somente como Herausgeber (editor) e prefaciador. Porém, Ralph Christensen, no artigo, que inicia na S. 47, apoia-se também em Müller contra Alexy (S. 64 e seguintes).

b) No livro “Abwägung”, da mesma editora, 2014, ele (Müller) novamente aparece somente como editor e prefaciador ao lado de Philippe Mastronardi.¹⁰

c) Neste livro os editores afirmam, na S. 7: “Robert Alexy segue, ao contrário, antes valores e direitos fundamentais como “princípios”” (aspas no original). O 3. capítulo da Theorie der Grundrechte de Alexy não certifica isso. É indicado ler também o n. 8: Sobre o conceito do princípio de direito (Alexy, Robert. Direito, razão, discurso. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, página 137 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck). Na S. 8 ff. os editores

2014.) Seja notado: no âmbito da ciência, teorias são “rechaçadas” (*recte*: refutadas) argumentativa, não volitivamente. E, por outro, pelos ataques que, mesmo assim, continuam seguindo.

⁹ Ver supra, nota de pé de página 8, número 2. a).

¹⁰ Ambos esses livros, este e aquele, também se encontram na lista de literatura da tese de Miozzo.

referem-se a Alexy por meio dos três autores deste livro, ou seja: Florian Windisch, Friedemann Vogel e Ralph Christensen.

d) E eles novamente se apoiam em Müller contra Alexy.

Em outras palavras (para I. e II.): o objetado não respondeu ao objetador, contudo, parece valer-se de terceiros contra este.

Isso pode ser posto em dúvida não apenas no plano científico, mas também no filosófico. Neste, porque usa o outro como meio, não como fim (Kant); naquele, porque Müller ainda está vivo e admite, assim, a interpretação que o próprio Müller tem dúvidas sobre a sustentabilidade de sua teoria, porém, esperançosamente, coloca a cargo de terceiros suas tirações que, nisso, também servem como propagadores.

III.

Na S. 95, Fn. 37, também pode ser lido: “Como já mencionado, no trabalho presente será provado [sic] que – sem prejuízo do (defeito) eventual (em) *correspondência* entre o modelo teórico alexyano e a prática – a recepção da teoria dos princípios *mesma* é inconveniente” (parênteses no original, os itálicos são meus).¹¹

¹¹ Rezeption, 1. Admissão, assunção de patrimônio de ideias, cultural estrangeiro: a recepção do direito romano (Duden ... (nota 7).

Nessa nota também se encontra mencionado o princípio da proporcionalidade; em torno dele é, igualmente, falado na S. 59, 104, 158 ff., 179, 190, 192, 248, 251, 261, 277, 284, 289 ff., 301.

Nessa conexão, porque é, sobretudo, esclarecedor, deve ser observado, uma vez:

a) *cronologicamente*, a resposta de Alexy a Federico Pedrini: “Se não pudéssemos fundamentar racionalmente a intensidade da limitação (leve, média, grave) – e esta é precisamente a objeção de Schlink e também de Habermas – deveríamos renunciar à análise com base na proporcionalidade, pelo menos, no que diz respeito à terceira máxima parcial, aquela da proporcionalidade em sentido estrito. E, em seguida, a evolução que ocorreu nos últimos 60 anos na Alemanha seria uma evolução errada, *assim como todas as múltiplas jurisdições constitucionais que tomaram o caminho da proporcionalidade*. Se as afirmações sobre a intensidade das limitações – e também sobre pesos abstratos – não fossem passíveis de fundamentação, as variáveis da fórmula do peso perderiam o seu sentido.” Alexy, Robert. Sistema de filosofia do direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2022, página 275. Organizadora: Cláudia Toledo. (O itálico é meu.) Outra vez:

a) Essa correspondência remete ao doutorado de Fausto Santos de Moraes, que tem como título: *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo supremo tribunal federal*. Orientador: Lenio Luiz Streck (unisinus). Nessa tese, contudo, não se trata tanto de correspondência, antes, é tentado, pela jurisprudência, demonstrar, primeiro, que o trabalho de Alexy é duvidoso para, então, segundo, habilitar(-se) o de Streck.¹² O problema, entre outros, nisso: a jurisprudência foi usada para tornar duvidoso um, mas não para comprovar o outro.

b) Uma recepção não cai do céu azul. Assim, a estratégia (não hipótese), que volta a ser usada, é a mesma: tornar, pela recepção, duvidosa a obra de Alexy para, em seu lugar, oferecer a “*categoria da formação*, como ela foi desenvolvida na Alemanha”¹³ (itálico meu). A frase continua: “embora ela, em

b) *objetivamente*, por um lado, dois artigos de Ernst Zimmermann: *Multideontische Logik und prozedurale Rechtstheorie*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (ARSP) 85 (1999), S/. 270 ff. e *Multideontische Logik, prozedurale Rechtstheorie, Diskurs*, in *Rechtstheorie* 30 (1999), S. 311 ff., Duncker & Humblot, Berlin;

por outro, três livros: Emiliou, Nicholas. *The principle of proportionality in European Law. A comparative study*. London: Kluwer Law International, 1996; Clérico, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden: Nomos, 2001; Barak, Aharon. *Proportionality*. Cambridge, ...: Cambridge University Press, 2012.

c) Por fim, no plano da jurisprudência, o tribunal constitucional federal, na decisão do primeiro senado, de 24 de março de 2021 (proteção ao clima), refere-se à proporcionalidade não somente como princípio (da proporcionalidade), mas também como mandamento (da proporcionalidade).

¹² Isso também se repete na dissertação de mestrado de Dalla Barba (nota 8). Ver, sobretudo, página 122 e seguinte.

¹³ Miozzo, S. 199. Na S. 183 Miozzo afirma: “Também quando não existe nenhum consenso sobre a concepção e a função da formação, deixa encontrar-se, em certo modo, um denominador comum no tratamento teórico e nos esboços práticos para essa categoria, ou seja, a ideia que o estado não só negativamente está vinculado aos direitos fundamentais.” Para isso:

a) na S. 150, Fn. 78, Borowski, Martin. *Grundrechte als Prinzipien*. 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2007, está escrito: “Para os modos de uso distintos do conceito “*formação*” ...” (segue a literatura, que Miozzo não menciona na sua lista de literatura, portanto, ignora). (Aspas no original.);

princípio, não esteja relacionada com o e oriente-se pelo problema dos direitos fundamentais sociais (direitos de prestação originários).” Deve, nisso, ser observado:

1. a formação (*Ausgestaltung*) foi trabalhada por Borowski, no livro citado, S. 148 ff.;
2. na S. 149, desse livro de Borowski, encontra-se o título: “1. O “dever para a formação” como conteúdo de um direito à prestação jurídico-fundamental” (aspas no original) e na S. 148, Fn. 72, Borowski remete, em conexão, à outra parte do livro. Miozzo cita, sem dúvida, esse livro de Borowski, contudo, não cita nem esta, nem aquela página.

b) essa é, portanto, a *oferta* da tese de Miozzo! Ela, assim, confirma também uma declaração do deputado italiano Ettore Pirovano: “Não me parece que o Brasil seja conhecido por seus juristas, mas sim por suas dançarinas” (RTJ 215, (369)).

Obs.: algo semelhante pode ser comprovado no artigo de Arthur M. Ferreira Neto. Teoria da argumentação em Humberto Ávila: uma análise crítica. Revista direito tributário atual 41, 2019. A teoria da argumentação de Alexy é, nele, usada como mero pretexto para *habilitar oferecendo* a teoria da argumentação de Ávila, com uma participação complementadora de Ferreira Neto que, para isso, toma por base o direito natural aristotélico-tomista. (Ver para isso, neste site, marcadores, artigos, postagem do dia 23 de maio de 2022: Hans Kelsen. O fundamento da doutrina do direito natural.) O direito, assim, também o da faculdade de direito da UFRGS (ainda), como uma ideologia! (Ver, para isso, Kelsen, Hans. O que é a doutrina do direito pura? in Heck, Luís Afonso (org., trad., rev.). Direito positivo e direito discursivo. Subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 152 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.)

Ferreira Neto recentemente entrou, por concurso, na faculdade de direito da UFRGS. É manifesta, no quadro da sua aquisição dos títulos acadêmicos, a participação não somente do Humberto Ávila, mas também, novamente, de Draiton Gonzaga de Souza, decano de filosofia da PUC/RS, vice-diretor do CEDEA (diretora: Cláudia Lima Marques, também diretora atual da faculdade de direito da UFRGS), entre outras coisas. Para essa conexão, ver Engelmann, Fabiano. Diversificação do espaço jurídico e lutas pela definição do direito no Rio Grande do Sul. Lume, repositório digital, UFRGS.

Diante do parágrafo desse artigo, por um lado, no qual a nota de pé de página 75 está inserida, sugere-se ler somente a S. 48 f. da *Theorie der juristischen Argumentation* de Alexy. Versão brasileira, página 56. (Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.)

O artigo, no todo, também permite, na vizinhança ou no arraial brasileiro do direito e literatura, trazer à lembrança, uma vez, *Eça de Queirós. A ilustre casa de Ramires*. São Paulo: Martin Claret, 2004, outra vez, *O livro de panegíricos*, in Rubem Fonseca. 64 contos. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, página 426 e seguintes.

Mais além: Miozzo também ignora as páginas desse livro de Borowski, nas quais não apenas Müller,¹⁴ mas também Poscher são tratados.¹⁵ Ignora ainda, desse livro, as páginas onde os direitos fundamentais sociais são tratados.¹⁶

Miozzo também ignora, embora o cite, as páginas do livro de Virgílio Afonso da Silva: *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden: Nomos, 2003, no qual Müller também é tratado.¹⁷ Miozzo afirmou, certa vez, entre outras coisas, que traz consigo sempre este ensinamento: ler o livro todo com atenção e no original. Aqui, contudo, esse ensinamento foi sacrificado. Seja, em conexão, notado: ele, talvez, não entendeu a frase, que está na base de sua afirmação, e a interpretou(-aram), também, “convenientemente”.

c) Quer o advérbio – mesma – significar mais do que a manifestação de uma emoção (ataque emocional), pode ele, então, ser entendido no sentido que todos os que se ocuparam com essa recepção no Brasil com vista ao aperfeiçoamento do direito brasileiro não sabiam o que estavam fazendo. Mesmo, diante do artigo 489, parágrafo 2, o legislador do código de processo civil.¹⁸ Isso também vale para Friedrich Müller, porque Miozzo diz, na S. 100, nota de pé de página 46: “... F. Müller, que conhece o direito brasileiro desde o início [sic] ...”.

IV.

O mínimo existencial na Alemanha parece ter causado grande impressão sobre Miozzo. Ele ocupa-se com ele em várias passagens.¹⁹ Contudo, ignora, porque

¹⁴ Ver, por exemplo, S. 40 f., 120.

¹⁵ Ver, por exemplo, S. 69 f., 126, 131 ff.

¹⁶ Ver página 341 e seguintes.

¹⁷ Ver S. 63, 83, sobretudo, 92 ff., 102 f., 112.

¹⁸ Talvez resida nisso um dos fundamentos do clamor de Lenio Luiz Streck à então presidente da República, Dilma Rousseff, por veto.

Para esse artigo, ver Heck, Luís Afonso. A ponderação no código de processo civil, in mesmo autor (org., trad., rev.). *Direito positivo e direito discursivo. Subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2017, página 105 e seguintes.

¹⁹ Ver, por exemplo, S. 21, 76, 81 ff., 96, 112, 144, 162, 171, 193, 195 ff., 206, 240 ff., 248, 285 ff.

ausente do seu trabalho, este livro: Sartorius, Ulrich. Das Existenzminimum im Recht. Baden-Baden: Nomos, 2000, que apresenta sua tese de doutorado em Freiburg!

V.

O conceito de norma não se situa apenas no âmbito de Müller e de Alexy. É recomendável para isso, ver Tschentscher, Axel. Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit. Baden-Baden: Nomos, 1999, S. 71 e seguintes.²⁰

VI.

O trabalho de Miozzo foi avaliado com *summa cum laude* (S. 7). Certamente, até onde se sabe, apenas para entrar na fila da publicação da Duncker & Humblot.

²⁰ Müller é citado na S. 71, Fn. 149.

3. Para a teoria da norma de direito fundamental de Fr. Müller

A definição apresentada do conceito da norma de direito fundamental tem um carácter de três graus. Ela parte da distinção, constitutiva (a) para o conceito de norma semântico, entre proposição normativa e norma. No primeiro grau é definido o conceito da norma de direito fundamental com referência a proposições normativas, que, por uma determinada autoridade, o dador da constituição, foram estatuídas. As proposições normativas, as determinações de direitos fundamentais, são por critérios formais, que direcionam para o modo de positivação, identificadas: a pertinência ao título de direitos fundamentais da lei fundamental e a citação na prescrição sobre o recurso constitucional (b) (artigo 93, alínea 1, número 4a, lei fundamental). Isso garante a orientação da teoria dos direitos fundamentais na positivação adotada na lei fundamental sem excluir diferenciações estruturais ordenadas e quanto ao conteúdo. No segundo grau, o da norma de direito fundamental associada (c), essa orientação é continuada ao o conceito da norma de direito fundamental associada ser vinculado à justificação da associação às fixações fundadas em autoridade. A liberdade necessária no âmbito das associações é tida em conta pelo conceito da afirmação da norma de direitos fundamentais. Cada um pode, de cada norma, afirmar que ela deve ser associada às determinações de direitos fundamentais. Sua afirmação da norma de direitos fundamentais tem, porém, somente então uma norma de direito fundamental como objeto, quando sua afirmação realiza-se com razão, o que é o caso, quando para a sua associação uma fundamentação jurídico-fundamental (d) correta é possível. Em um terceiro passo a definição, que direciona para o conceito da fundamentação jurídico-fundamental, é generalizada ao ela ser relacionada tanto a normas estatuídas imediatamente como a associadas.

Essa teoria da norma de direitos fundamentais, como também a concepção semântica, que está na base dela, do conceito de norma encontra um equivalente na teoria da norma de Friedrich Müller. A teoria da norma de Müller é, na conexão presente, de interesse particular, porque ela, de uma

parte, foi desenvolvida com vista ao direito constitucional⁵⁸ e, de outra parte, porque se alegra com uma crescente aderência⁵⁹.

Müller qualifica sua teoria de uma “teoria da norma que deixa atrás o positivismo legal”⁶⁰. O princípio fundamental, como ele expressa, de sua “teoria estrutural pós-positivista da norma jurídica”⁶¹, consiste na tese da “não identidade de norma e texto da norma”⁶². Com essa tese Müller quer dizer “que uma norma jurídica é mais que seu texto (e)”⁶³. A concepção da norma jurídica como “somente constituída idiomáticamente” é a “mentira da vida de uma compreensão do estado de direito somente formalista”⁶⁴. Uma teoria da norma jurídica pós-positivista, e isso significa em Müller, adequada, tem de, pelo contrário, partir disto, que “a norma jurídica também” é “determinada pela realidade social, o âmbito da norma”⁶⁵. O texto da norma, assim Müller, “expressa o ‘programa da norma’, a usualmente assim entendida ‘ordem jurídica’. De mesma hierarquia faz parte da norma o âmbito da norma, isto é, o setor da realidade social em sua estrutura fundamental, que o programa da norma ‘escolheu’ ou, em parte, ‘primeiro criou’ como seu âmbito de regulação”⁶⁶. Conforme isso, a norma jurídica deve” ser “entendida como um projeto vinculativo que abrange igualmente o ordenador e o a ser ordenado”⁶⁷. A oposição entre ser e dever ser (f) é, desse modo, vencida⁶⁸. Para os direitos fundamentais significa isso, de novo nas palavras de Müller, o seguinte: “Os direitos fundamentais são garantias de proteção enformadas pela matéria de

⁵⁸ Fr. Müller, *Juristische Methodik*, 2. Aufl. Berlin 1976, S. 24, 26 ff.

⁵⁹ Comparar a reunião de Müller aaO, S. 116 f.

⁶⁰ Ders., aaO, S. 126.

⁶¹ Ders., aaO, S. 265.

⁶² Ders., *Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie*, in: *Rechtstheorie* 8 (1977), S. 75; ders., *Juristische Methodik*, S. 55, 61, 147, 202, 265.

⁶³ Ders., *Juristische Methodik*, S. 117; ders., *Normstruktur und Normativität*, Berlin 1966, S. 147 ff.

⁶⁴ Ders., *Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie*, S. 74.

⁶⁵ Ders., aaO, S. 75.

⁶⁶ Ders., *Juristische Methodik*, S. 117.

⁶⁷ Ders., aaO, S. 194, 121; comparar, ademais, ders., *Normbereich von Einzelgrundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht*, Berlin 1968, S. 9.

⁶⁸ Ders., *Juristische Methodik*, S. 60, 193.

determinados complexos de ação, de organização e de matéria individuais e sociais. Esses ‘âmbitos materiais’ são contornados por reconhecimento e afixação da liberdade jurídico-constitucional no quadro da ordenação normativa, do ‘programa da norma’ jurídico-fundamental para ‘âmbitos normativos’. Os âmbitos normativos tomam parte em normatividade prática, isto é, eles são elementos codeterminantes da decisão jurídica”⁶⁹.

Essa teoria da norma em geral e da norma de direitos fundamentais particularmente é incompatível com a teoria da norma semântica, que forma o ponto de partida da determinação, aqui dada, do conceito da norma de direito fundamental. Claro é isso nas normas de direitos fundamentais imediatamente estatuídas. Elas consistem naquilo e somente naquilo que as determinações de direitos fundamentais expressam. Aquilo que aqui é designado como “determinação de direitos fundamentais” corresponde àquilo que Müller denomina “texto” e aquilo que aqui se chama “norma” àquilo que Müller denomina “programa da norma”. O conceito central, para a teoria da norma de Müller, do âmbito da norma não aparece. Isso vale também para as normas de direitos fundamentais associadas. Significa isso que uma teoria dos direitos fundamentais, que se apoia no conceito aqui desenvolvido de norma e de norma de direito fundamental, “de fundamentos, que não abandonam o âmbito da teoria positivo-legal”, tem de malograr “a normatividade jurídica, com isso, também a peculiaridade da ciência do direito como uma ciência da norma” ou que ela, como Müller censura a ela igualmente posições tão diferentes como “positivismo (g), logismo da norma, decisionismo (h) e sociologismo” atua, “para a compreensão do processo de concretização, em conjunto, abreviadamente”⁷⁰? Para responder a isso tem de ser dada uma olhada nos fundamentos de Müller para a sua tese da não identidade.

O fundamento decisivo reside na concepção de Müller do enlace de teoria da norma e teoria da aplicação do direito (i). Teoria da norma e teoria da aplicação do direito distinguem-se, segundo Müller, só aspectualmente; elas são dois lados de uma coisa: “a concepção pode, portanto, por um lado, como modelo estrutural geral de *normas jurídicas*, por outro, como estruturalidade de

⁶⁹ Ders., Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1969, S. 11.

⁷⁰ Ders., Juristische Methodik, S. 194.

processos de decisão jurídicos e, finalmente, como *exigência de trabalho* a juristas, ser formulada”⁷¹. Müller emprega nessa conexão um argumento de três graus. O primeiro grau consiste na comprovação que “normas jurídicas gerais nunca” podem “predeterminar completamente a fixação de individuais pelos órgãos que aplicam o direito”⁷². “A conceitos jurídicos em textos da norma não pertence significado, a proposições, não sentido à maneira de um determinado concluído”⁷³. Salvo algumas precisações e, certamente também, algumas atenuações mal alguém irá contradizer isso⁷⁴. Interessante torna-se o argumento primeiro no segundo grau. Esse segundo grau consiste na afirmação que teorias como a aqui proposta teoria da norma semântica, que concebe as normas jurídicas vigentes como objetos idiomáticos, a serem identificados segundo critérios de validade determinados, são coagidas “a formar a norma de decisão somente com auxílio de dados idiomáticos”⁷⁵. Isso, porém, segundo a comprovação feita no primeiro grau do argumento, não é possível. Por conseguinte, teorias orientadas em um conceito de norma semântico são inadequadas. O terceiro grau, finalmente, contém a solução de Müller. Para a tomada da decisão são, ao lado dos “dados idiomáticos (programa da norma)”, dos “dados reais (âmbito da norma)”, sobretudo, outros elementos de concretização decisivos e, fundamentalmente, têm importância de mesma hierarquia⁷⁶. Por conseguinte, o âmbito da norma faz parte da norma.

Esse argumento está exposto a três objeções. O primeiro impugna que as teorias orientadas no conceito de norma semântico são coagidas a fundamentar suas decisões jurídicas exclusivamente com auxílio de argumentos semânticos (“dados idiomáticos”); o segundo dirige-se geralmente contra a proposta de acolher argumentos, porque eles são necessários para a

⁷¹ Ders., *Juristische Methodik und Politisches System*, Berlin 1976, S. 94; comparar, ademais, ders., *Juristische Methodik*, S. 271; ders., *Strukturierende Rechtslehre*, Berlin 1984, S. 230 f.

⁷² Ders., *Normstruktur und Normativität*, S. 148.

⁷³ Ders., *Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie*, S. 73.

⁷⁴ Comparar R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, S. 17 f.

⁷⁵ Fr. Müller, *Rechtsstaatliche Methodik und politische Rechtstheorie*, S. 75.

⁷⁶ Ders., *Juristische Methodik*, S. 200 ff. Somente na determinação do limite de resultados admissíveis deve caber aos dados idiomáticos uma primazia diante dos dados reais (ders., *aaO*, S. 202).

fundamentação da decisão (j), no conceito de norma; o terceiro dirige-se especialmente contra a tese que os argumentos, a serem contados entre a norma, são rigorosamente os argumentos relacionados com o âmbito da norma (“dados reais”). Como essas objeções estão unidas estreitamente uma com a outra, elas devem ser discutidas nessa conexão.

A tese, que teorias orientadas no conceito de norma semântico são coagidas a fundamentar decisões jurídicas exclusivamente com auxílio de argumentos semânticos, seria somente então verdadeira, se a proposição fosse exata, que aquilo que não faz parte da norma não pode ser empregado em fundamentações jurídicas. Nem sequer a teoria de Müller segue essa proposição, pois ela admite, ao lado de elementos diretamente relacionados a norma (elementos metodológicos em sentido restrito, elementos do âmbito da norma e certos dogmáticos) elementos não diretamente relacionados a norma (alguns elementos dogmáticos, elementos técnicos de solução, de teoria e político-constitucionais e -jurídicos) como elementos de fundamentação jurídica⁷⁷, sem qualificar esses como pertencentes à norma. Tomasse-se a proposição, que somente em fundamentações jurídicas pode ser empregado aquilo que faz parte da norma, a sério, então se teria de ou acolher todo o arsenal da argumentação jurídica no conceito de norma ou então limitar o âmbito da argumentação jurídica sensivelmente e diminuinte de racionalidade. Assim teriam de, por exemplo, os juízos de valor independentes necessários nas fundamentações de decisões jurídicas (ou seja, as valorações que estão na base deles) ou ser acolhidos no conceito de norma jurídica ou ser desterrados da argumentação jurídica. Nem um nem o outro parece aceitável.

Às teses de Müller deve ser oposta uma distinção cuidadosa entre o conceito de norma, o conceito da importância normativa e o conceito do fundamento para uma norma. Normativamente importante é tudo aquilo que, com razão, pode ser alegado como argumento a favor ou contra uma decisão jurídica.⁷⁸ A favor ou contra decisões jurídicas podem, sobretudo, ser alegadas

⁷⁷ Ders., *Juristische Methodik*, S. 199 ff.

⁷⁸ A essa determinação do conceito da importância corresponde um aspecto central do conceito de normatividade de Müller, que, entre outras coisas, é expresso com a formulação seguinte: “‘normativo’ significa convenientemente tudo aquilo que determina o caso a ser

normas jurídicas vigentes. Vale, portanto, que todas as normas jurídicas são normativamente importantes. Não, porém, vale que tudo que é normativamente importante é uma norma jurídica ou sua parte. O último não é exigido nem por fundamentos conceituais nem por jurídico-positivos (especialmente, estatal-jurídicos). Por fundamentos conceituais isso não é exigido, porque sem mais é possível distinguir entre a norma como um objeto semântico e argumentos alegáveis para a fundamentação de uma proposta de interpretação, valorativos, empíricos, prejudiciais, dogmáticos e outros. Uma tal distinção não somente é possível, ela também se recomenda. Sem a distinção entre a norma, a proposta de interpretação e os argumentos apoiadores dela não pode ser obtida uma imagem clara da fundamentação jurídica. Também fundamentos estatal-jurídicos deixam aparecer uma separação rigorosa entre o conceito de norma e o conceito do meramente normativamente importante não somente como possível, mas também como ordenada. É, sem dúvida, muito atrativo incluir na norma todos, ou pelo menos, os argumentos decisivos para uma interpretação, pois desse modo a interpretação deixa apresentar-se como expressão de vinculação à norma rigorosa. Pouco, porém, é obtido por esse meio. Ao ideal da estatalidade jurídica poderia uma clara separação entre aquilo que um dador de leis fixou como norma e aquilo que um intérprete expõe em fundamentos para uma determinada interpretação servir mais que uma lealdade à lei produzida por uma definição do conceito de norma.

Deve ser certamente observado que Müller quer incluir na norma apenas os elementos do âmbito da norma e não todos os argumentos possíveis na argumentação jurídica. Porém, também nessa limitação uma ampliação do conceito de norma não é aceitável. Nos elementos do âmbito da norma ou nos “dados reais” pode tratar-se de ou argumentos exclusivamente empíricos ou argumentos empíricos em união com argumentos valorativos ou normativos. Trata-se exclusivamente de argumentos empíricos, então com sua inserção problemática no conceito de norma não muito é obtido. De uma norma, relativamente aberta ao caso a ser decidido, juntamente com argumentos empíricos ainda não resulta a decisão do caso. Para isso, são necessários

decidido, o que indica a sua solução a direção” (Fr. Müller, Normbereich von Einzelgrundrechten, S. 10).

argumentos valorativos ou normativos que tornam os argumentos empíricos primeiro normativamente significantes. Refere-se com o conceito de âmbito da norma a tais argumentos valorativos ou normativos, então é, uma vez que esses, de modo nenhum, resultam já do texto da norma juntamente com os argumentos empíricos, acolhida uma multiplicidade de concepções, não estimável e, muitas vezes, muito debatida no conceito de norma, contra que os argumentos, acima expostos bem genericamente contra a inclusão do tudo normativamente importante no conceito de norma, deixam alegar-se. Com tudo isso não está dito nada contra o significado da análise empírica na luz das normalizações legais. Delas podem resultar argumentos valiosos e, muitas vezes, decisivos. Opõe-se, porém, a sua inclusão no conceito de norma.

O até agora declarado vale também para as normas de direito fundamental associadas, que mostram uma certa semelhança com as normas de decisão de Müller⁷⁹. Uma norma é uma norma de direito fundamental

⁷⁹ Mais do que uma certa semelhança aqui não deve ser comprovada. Em seus pormenores o conceito de norma de decisão de Müller levanta alguns problemas. Isso fica exemplarmente claro na formulação seguinte: “Como *norma de decisão*, finalmente, a prescrição primeiro então (e então também somente para este um caso) deve ser tratada como concluída, quando o caso está solucionado” (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, S. 132). A parte da proposição posta em parênteses parece dizer que a norma para a decisão é uma norma somente para o caso a ser decidido, portanto, uma norma individual no sentido de Kelsen (comparar Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 255 ff.; ders., *Allgemeine Theorie der Normen*, S. 180) ou uma sentença de dever* jurídica concreta no sentido de Engisch (comparar K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, S. 3 ff.). Para essa interpretação fala uma manifestação de Müller, na qual ele identifica a norma de decisão com a formulação idiomática da decisão particular: “o incluir da decisão particular e da sua formulação idiomática (da ‘norma de decisão’)” (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, S. 278). Contra essa interpretação, sugerida pela manifestação de Müller, fala, contudo, não somente que ele fala da prescrição *como* norma de decisão, mas, sobretudo, que nessa interpretação a norma jurídica mal “no decorrer de seu tempo de validade” poderia ser “pelas normas de decisão, a ela, cada vez, in casu [no caso] atribuídas, determinada, modificada, ampliada quanto ao conteúdo” (ders., *aaO*, S. 272 f.). Isso pressupõe uma prática de decisão universalista que une com a norma jurídica relativamente geral, normas de decisão relativamente especiais, contudo, universais. Essa versão da norma de decisão, que também Larenz tem presente, quando ele observa “que Müller, sob a ‘norma de decisão’, semelhante à ‘norma do caso’ de Fikentscher, entende uma norma que, pelos chamados à decisão, está concretizada a tal ponto que ela já pode ser aplicada ao caso a ser apreciado sem outros passos intermediários” (K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4. Aufl.

associada, quando para a sua associação a uma determinação de direito fundamental uma fundamentação jurídico-fundamental correta é possível. Poderia-se achar que com isso é feita uma vinculação, bem semelhante a de Müller, de norma e argumentação. Deve, contudo, ser observado que nas normas associadas, sem dificuldade, pode e deve ser distinguido entre a norma como um objeto semântico e os fundamentos que a apoiam. Que para a associação a uma determinação de direito fundamental uma fundamentação jurídico-fundamental correta é possível, é o *critério* para isto, que a norma duvidosa é uma norma de direito fundamental.

Entre o critério para uma determinada qualidade e o objeto, que preenche ou não esse critério, e, por conseguinte, tem ou não tem essa qualidade, deve, porém, claramente ser distinguido. Um critério para algo é outra coisa que um componente de algo. Todavia, as normas associadas tornam claro que a argumentação jurídico-fundamental desempenha um papel decisivo na resposta à questão, o que vale jurídico-fundamentalmente. À medida que Müller, com sua teoria da norma, indica a isso, deve ser aderido a ele.

NOTAS DO TRADUTOR

a) Ver neste site, marcadores, verbetes, postagem do dia 18 de julho de 2022: *prima facie*, *modus ponens/modus tollens*, *constitutivo/regulativo*.

b) Para o recurso constitucional, ver neste site, marcadores, artigos, postagem do dia 11 de março de 2020: o recurso constitucional na sistemática jurídico-constitucional alemã; mesmo autor. O tribunal constitucional e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Contributo para uma compreensão da jurisdição constitucional federal alemã. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012, página 137 e seguintes; Hesse, Konrad. Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, página 271 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck; Maurer, Hartmut. Contributos para o direito do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, página 264 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck; Maurer, Hartmut. Direito do estado. Fundamentos, órgãos

Berlin/Heidelberg, New York 1979, S. 495), deve ser preferida não só de fundamentos objetivos, mas corresponde também à comprovação de Müller, que a norma de decisão é, “cada vez de um caso determinado e com vista a sua solução vinculativa, o estado agregado ‘concretizador’” da norma jurídica (Fr. Müller, *Juristische Methodik*, S. 119).

constitucionais, funções estatais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2018, página 807 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

c) Ver, para isso, Ludwig, Roberto José. A norma de direito fundamental associada. Direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

d) Grundrechtliche: costume traduzir como “jurídico-fundamental”, como no que segue. Mas também pode ser traduzido como: “concernente aos direitos fundamentais”.

e) Matthias Klatt, em seu trabalho de doutorado, intitulado Theorie der Wortlausgrenze (Baden-Baden: Nomos, 2004), ocupa-se com a teoria de Müller. Ver S. 31-33, 82-95, 99, 102-109, 116, 118, 227. Na S. 227, sob o título, “1. Recusa dos argumentos críticos”, Klatt ocupa-se, entre outras coisas, com o argumento da circularidade (que Miozzo repete, em títulos, na S. 122 e 137, mencionado novamente na S. 147). Ver também S. 101, 136. Miozzo, contudo, parece ignorar esse trabalho, uma vez que não o cita.

f) O substantivo *Sollen* será aqui traduzido por *dever*, que abrange as três modalidades deônticas, ou seja, mandamento, proibição e permissão.

g) Para isso, ver Hans Kelsen: O que é o positivismo jurídico?, in Heck, Luís Afonso (org.). Direito natural, direito positivo, direito discursivo. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, página 85 e seguintes. Tradução: Luís Afonso Heck.

h) Para isso, ver Heck, Luís Afonso. Jurisdição constitucional. Teoria da nulidade *versus* teoria da nulificabilidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, página 14, nota de pé de página 12.

i) Martin Kriele, no livro sob o título Theorie der Rechtsgewinnung (2. Aufl. Duncker & Humblot, 1976), igualmente se ocupou com a teoria de Müller: S. 316 e seguintes, 324, 340 e seguinte. Miozzo também parece ignorar isso, porque não cita esse trabalho.

j) Miozzo também parece ignorar o livro de Hans-Joachim Kock/Helmut Rüßman. Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft. München: Beck, 1982, uma vez que não o trabalha.