



Prisma Jurídico

ISSN: 1677-4760

prismajuridico@uninove.br

Universidade Nove de Julho

Brasil

Andrade, Fernanda; Martins Mateiro, Mário
Na companhia de Hermes: em busca do papel hermenêutico da lei no Estado
Democrático de Direito
Prisma Jurídico, vol. 14, núm. 2, julio-diciembre, 2015, pp. 167-193
Universidade Nove de Julho
São Paulo, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=93444243007>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica
Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal
Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Na companhia de Hermes: em busca do papel hermenêutico da lei no Estado Democrático de Direito

In Hermes's company: in search of the hermeneutical role of the law in the Democratic Rule of Law

Fernanda Andrade

Mário Martins Mateiro

Resumo: O papel Hermenêutico da Lei no Estado Democrático de Direito constitui o problema deste trabalho. (i) A partir do mito grego de Hermes, compreende-se a Hermenêutica como filosofia, com universalidade, conhecimento histórico, superação da objetividade da compreensão e indissociabilidade entre pré-compreensão/interpretação/aplicação. A Lei (palavra escrita) não tem um sentido-em-si, porque o sentido lhe é dado pela construção com referência ao intérprete. (ii) Na sequência, trata-se da Lei e do sistema jurídico, compreendendo-se o Direito como um sistema Autopoiético, a Lei como fonte do Direito e o processo Hermenêutico de ingresso da fonte no sistema. (iii) Ainda, investiga-se a relação entre a Lei e a Democracia. Numa sociedade complexa e conflituosa, o Direito encontra, na teoria Autopoiética, a possibilidade de assimilar, de acordo com seus critérios de relevância, os elementos (fontes) de outros sistemas, sem ser a eles indiferente e sem sofrer interferência de fatores exógenos.

Palavras-chave: Autopoiése; Hermenêutica; Lei.

Abstract: The hermeneutic role of law in the democratic rule of law is the problem of this study. (i) From the Greek myth of Hermes, the Hermeneutics is understood as philosophy, with universality, historical knowledge, overcoming the objectivity of understanding and indivisibility of pre-understanding / interpretation / application. The Law (written word) has no meaning in itself, because its sense is given by the construction with reference to the interpreter. (ii) Further, is discussed the law and the legal system, by understanding the Law as an autopoietic system, and the norm as source of Law and the hermeneutic process of source ingression in the system. (iii) Also, is investigated the relationship between the Law and Democracy. In a complex and conflicted society, Law finds, in autopoietic theory, the possibility to assimilate, according to its relevance criteria, the elements (sources) from other systems without being indifferent to them and without interference from exogenous factors.

Keywords: Autopoiesis; Hermeneutics; Law.

Introdução

A palavra escrita maravilha os homens, ganhando um *status* de verdade capaz de resolver qualquer conflito. Todavia, as palavras, mesmo as escritas, não escapam de diferentes outras palavras para as explicar e explicitar; é preciso, pois, um intérprete, uma Hermenêutica. Nessa esteira, as Leis são um *continuum* de palavras emanadas de um poder estatal na tentativa de solucionar problemas; como texto, não têm vontade, além de precisarem, elas próprias, de interpretação, de Hermenêutica diante do caso concreto.

As Leis adquiriram foro de onisciência, mas a história e a experiência contrapõem-se a essa aptidão, uma vez que não conseguem servir de freio aos problemas sociais, nem dar respostas justas e eficazes às demandas de uma sociedade complexa e conflituosa. Sob outro aspecto, ao mesmo tempo em que se tem uma legislação que garante de forma ampla Direitos fundamentais, ambientais, sociais, entre outros, tem-se uma sociedade carente

desses Direitos. Vale dizer, ainda, que muitas vezes a superação dos conflitos ocorre por meio de fórmulas não previstas no texto legal. Nisso se revela o interesse e o problema da pesquisa: qual o papel Hermenêutico da Lei no Estado Democrático de Direito?

Com esse escopo, o trabalho desenvolve-se alicerçado na Hermenêutica Filosófica, seja para explicar o modo como se dá o acontecer de sentido no processo de interpretação, seja para demonstrar que a Lei está num sempre processo de compreensão-interpretação-aplicação.

Inicia-se a pesquisa com o estudo sobre a Lei e a Hermenêutica, a partir do mito grego de Hermes. Na sequência, trata-se da Lei e do sistema jurídico, compreendendo-se o Direito como um sistema Autopoiético, a Lei como fonte do Direito e o processo Hermenêutico de ingresso da fonte no sistema. Por fim, investiga-se a relação entre a Lei e a Democracia.

O estudo utiliza, como critério metodológico, o método dedutivo. As técnicas utilizadas serão a Pesquisa Bibliográfica, a Categoria e o Conceito Operacional.

1 A Lei e a Hermenêutica

Na investigação acerca do papel Hermenêutico da Lei no Estado Democrático de Direito, ou, em outras palavras, na investigação que procura descobrir qual a importância da Lei na interpretação do Direito, num Estado Democrático, revela-se a importância do estudo da Hermenêutica, a iniciar o trabalho proposto.

A *“hermenêutica filosófica tem uma história cuja origem cronológica remonta às origens da filosofia e enraíza-se na mitologia grega”*, podendo ser ancorada no mito grego de Hermes. Na etimologia da Hermenêutica, percebe-se *“a circularidade que estava desde sempre presente no modo de agir e proceder de Hermes”*. Assim, mesmo que não haja um fundamento científico, a reaproximação dessa suposta origem etimológica da Hermenêutica com

o Deus Hermes é capaz de provocar reflexões importantes (ROHDEN, 2002, p. 153-160).

Hermes, deus da mitologia grega, é o mensageiro dos deuses. Hermes transmite as mensagens dos deuses do Olimpo aos mortais. Isto quer dizer que Hermes não apenas anuncia textualmente, mas age como *intérprete*, tornando as palavras inteligíveis e significativas. (ROHDEN, 2002, p. 153-160). Como mensageiro, Hermes transmite aos homens a interpretação que ele faz das ordens dos deuses. Por certo que, ao texto inicial dessas ordens, subtrai, acrescenta ou substitui palavras, de modo a dar aos homens o modo como ouviu, o modo como processou as palavras iniciais que, mesmo ditas por um deus, não têm o poder de transmitir exata e inequivocamente o pensamento desse deus, nem de serem ouvidas com o significado que o outro deus teria querido imprimir.

Para descobrir a mensagem de Hermes, o consulente tem de entrar na Ágora, ao cair da noite, queimar incenso na lareira, acender as lamparinas, ofertar uma moeda a Héstia e, voltado para a estátua de Hermes, diz-lhe, ao ouvido, a pergunta cuja resposta pretende. Logo a seguir, tapa com suas próprias mãos seus ouvidos e sai da Ágora. Somente quando estiver fora, destapa os ouvidos, “*e a primeira voz que ouvir em seu caminho fornece-lhe a resposta do deus*” (ROHDEN, 2002, p. 158).

O mito grego de Hermes é especialmente elucidativo para auxiliar na compreensão de que as palavras – mesmo os textos escritos – precisam (ou não escapam de) um intermediário, um intérprete para as explicitar. As palavras, mesmo as dos deuses, precisam de um intermediário, de um intérprete que as transmita aos homens. É preciso de uma *Hermenêutica*¹.

Posto esse “*pano de fundo*”, pode-se dizer que, num primeiro momento – antes de ser compreendida como Filosofia, com Heidegger e Gadamer – a *Hermenêutica* buscava métodos para a compreensão, ditando regras

1 *Hermenêutica* é um termo que pode ser entendido com *interpretação*. A hermenêutica pretende dizer, explicar ou traduzir por palavras o que outras palavras dizem, explicam ou traduzem; é a linguagem dita, explicada ou traduzida pela linguagem (PALMER, 1989, p. 23-41).

que iam desde a análise lexical das palavras até a pretensão de saber o que o autor do texto quisera dizer (e não disse ou disse de maneira diferente) (MATEIRO, 2005, p. 10).

Um ponto de partida da Hermenêutica Filosófica foi a busca de construção de uma Hermenêutica geral, interdisciplinar, como arte da compreensão; essa arte seria a mesma na sua essência, seja para compreender um documento jurídico, um escrito religioso ou uma obra de arte. Com isso, a perspectiva de Hermenêuticas específicas – filológica, teológica, jurídica – foi substituída pela (tentativa de) construção de uma Hermenêutica universal (PALMER, 1989, p. 91).

Com a obra *Verdade e método*², de Gadamer, a Hermenêutica entra numa nova e importante fase. Trilhando seu caminho a partir da análise feita por Heidegger da estrutura prévia da compreensão e da historicidade

-
- 2 “[...] o título do livro de Gadamer é irônico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objecto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico – o processo ontológico – do homem. O resultado destas reinterpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica “filosófica” de Gadamer. É essencial percebermos, logo desde o início, a distinção ente a hermenêutica filosófica de Gadamer e o tipo de hermenêutica que se orienta para os métodos e para a metodologia. Gadamer não se preocupa directamente com os problemas práticos da formulação de princípios interpretativos correctos; antes pretende esclarecer o próprio fenómeno da compreensão. Isto não significa que negue a importância da formulação de tais princípios; pelo contrário, eles são necessários às disciplinas interpretativas. Significa sim que Gadamer trabalha sobre uma questão preliminar e fundamental: como é possível a compreensão, não só nas humanidades mas em toda a experiência humana sobre o mundo? Esta é uma questão que se coloca às disciplinas da interpretação histórica mas que vai muito mais longe do que elas. É neste ponto que Gadamer liga explicitamente a Heidegger a sua definição de hermenêutica: ‘Penso que a análise temporal que Heidegger faz da existência humana, demonstrou eficazmente que a compreensão não é uma entre várias atitudes de um sujeito humano, mas um modo de ser do próprio *Dasein*. Neste sentido usei aqui o termo *hermenêutica* (em *Wahrheit und Methode*). Designa o movimento básico da existência humana, constituído pela sua finitude e historicidade, e por conseguinte abrangendo a globalidade da sua experiência no mundo... O movimento de compreensão é englobante e universal” (PALMER, 1989, p. 168-169, grifos do autor).

de intrínseca (*Geschichlichkeit*) da existência humana, Gadamer verifica que tudo está encoberto pela linguagem – “*a casa do ser*” na qual nós vivemos.

A tradição tem um papel primordial no pensamento de Gadamer, porque a linguagem nunca é imune ou isenta de “*aquilo que do passado se conserva como não-passado*”, ou seja, “*o conhecimento histórico*” (GADAMER, 2004, p. 383). Com isso, Gadamer volta à ideia de círculo da compreensão abordada pela teoria da Hermenêutica do século XIX, mas retira dessa noção a natureza formal que lhe havia sido dada³. O círculo, para Gadamer,

[...] não é objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como o jogo no qual se dá o intercâmbio entre o movimento da tradição e o movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato de subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição. Mas em nossa relação com a tradição essa comunhão é concebida como um processo em contínua formação. [...] O círculo da compreensão não é, portanto, de modo algum, um círculo “metodológico”; ele descreve antes um momento estrutural ontológico da compreensão (GADAMER, 2004, p. 388-389).

Nisso se verifica a ruptura de Gadamer com a hermenêutica tradicional: “*a descrição heideggeriana desse círculo mostra que a compreensão do texto se encontra constantemente determinada pelo movimento de concepção*

3 “[...] a teoria da hermenêutica do século XIX falava de estrutura circular da compreensão, mas sempre inserida na moldura de uma relação formal entre o individual e o todo, assim como de seu reflexo subjetivo, a antecipação intuitiva do todo e sua explicação subsequente no individual. Segundo essa teoria, o movimento circular da compreensão vai e vem pelos textos e, quando a compreensão dos mesmos se realiza, este é suspenso. Consequentemente, a teoria da compreensão tem seu apogeu na teoria de Schleiermacher sobre o ato adivinatório, mediante o qual o intérprete transporta inteiramente no autor e resolve, a partir daí, tudo o que é desconhecido e estranho no texto” (GADAMER, 2004, p. 388).

prévia da pré-compreensão". Por isso a "virada", que se completa pelo caminho da "situação hermenêutica"⁴. Não se está, pois, diante da situação hermenêutica, mas se está nela, com a noção de "horizonte": "*Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que pode ser visto a partir de um determinado ponto*"⁵. Em outras palavras, "*o horizonte é, antes, algo no qual trilhamos o nosso caminho e que conosco faz o caminho*" (GADAMER, 2004, p. 388, 399 e 402).

Nesse sentido, tanto o autor quanto o intérprete têm o seu horizonte, o que faz surgir a pergunta: "*Existirão aqui realmente dois horizontes diferentes, o horizonte onde vive quem compreende e o horizonte histórico a que este pretende se deslocar?*" (GADAMER, 2004, p. 401).

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôr constantemente à prova todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmo procedemos. O horizonte do pre-

4 "O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não dispormos de um saber objetivo sobre ela. [...] situação em que nos encontramos frente à tradição que queremos compreender. [...] Ao conceito de situação pertence essencialmente, então, o conceito do *horizonte*" (GADAMER, 2004, p. 399, grifo do autor).

"No termo situação (posição, condição – 'estar em posição de...', na condição de...'), inclui-se um significado espacial. Não pretendemos eliminá-lo do conceito existencial. Pois ele também se acha no 'pre' da presença. Pertence ao ser-no-mundo uma espacialidade própria, anteriormente caracterizada nos fenômenos de distanciamento e direcionamento. [...] Cada vez que a situação é o pré, o aberto na de-cisão, que o ente que existe é. A situação não é a moldura simplesmente dada em que a pre-sença ocorre ou apenas se coloca. [...] a situação é somente pela e na de-cisão" (HEIDEGGER, 2005, p. 89-90, v. 2).

5 "Aplicando esse conceito à consciência pensante, falamos então da estreiteza do horizonte, da possibilidade de ampliar o horizonte, da abertura de novos horizontes etc. A linguagem filosófica empregou essa palavra, sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar o ritmo de ampliação do campo visual. Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte, supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas para poder ver além disso" (GADAMER, 2004, p. 399-400).

sente não se forma pois à margem do passado. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos* (GADAMER, 2004, p. 404, grifos do autor).

Não há alargamento ou redução de um horizonte⁶, mas a fusão constante de horizontes, porque em cada momento o passado se funde no presente; porque a situação hermenêutica que provoca essa fusão acontece já e sempre na (em cada) aplicação; a pré-compreensão é um construir constante da compreensão, a qual tem sempre presente a aplicação. Então, não há dissociação entre pré-compreensão/compreensão/interpretação/aplicação e o círculo deixa de ser um voltar sempre, passando a ser um construir sempre pela “fusão” do passado no presente. *“Essa é a razão por que todo o compreender é sempre algo mais que a mera reprodução de uma opinião alheia”*.

Como a interpretação não é mera reprodução, mas produção, cabe ao intérprete *“defender sua própria pretensão de verdade”* (GADAMER, 2004, p. 489 e 510). O sentido das palavras é dado pela construção do intérprete (não dentro da Ágora, aonde o consulente faz a pergunta) no mundo-da-vida, a partir da sua vivência como ser-no-mundo. O sentido não existe por si só no texto que está sendo abordado, mas consiste em uma *“estrutura pré-via”*, em uma atribuição do intérprete pela sua tradição, pela sua linguagem⁷.

6 “Não estamos fazendo uma descrição adequada da consciência quando, com Nietzsche, falamos dos muitos horizontes mutáveis aos quais a consciência histórica ensina a se deslocar. Aquele que assim faz abstração de si mesmo priva-se justamente do horizonte histórico, e na verdade a demonstração de Nietzsche das desvantagens da ciência histórica para a vida não diz respeito à consciência histórica como tal, mas à auto-alienação de que ela é vítima quando compreende a metodologia da moderna ciência histórica como sua própria essência” (GADAMER, 2004, p. 403).

7 “De um modo mais simples, é necessário ter claro que o sentido não é algo que pode ser imposto a um objeto, nem é um objeto de percepção distinto, nem sequer um intermediário entre o sujeito e o objeto. Observe-se que Gadamer, para se contrapor à hermenêutica enquanto método ou ars interpretativa, que estabelece regras sobre ‘como interpretar’, vai justamente calcar sua tese em uma ontologia hermenêutica, a qual se fundamenta na

*“Como compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem”*⁸ (STRECK, 2000, p. 183). *“Aquele que compreende projeta-se rumo a possibilidades de si mesmo”* (ouve a voz em seu caminho e a interpreta, aplicativamente, como solução ao seu problema revelado na Ágora); isto é, *“todo compreender acaba sendo um compreender-se”* (GADAMER, 2004, p. 349).

Importa dizer, *“no processo interpretativo sempre fica algo de fora, o não dito, inacessível”* (STRECK, 2003a, p. 240) (afinal, o intérprete-consulente “ouve” o sentido que procura, de acordo com o seu problema e com a sua historicidade), como explicita a máxima: *“isto é a hermenêutica: o saber do quanto fica sempre de não-dito quando se diz algo”* (ROHDEN, 2002, p. 291).

Em Gadamer encontra-se uma hermenêutica universal; apoiado em Heidegger, Gadamer vê que o processo de compreensão não é mais uma arte, um conjunto de regras, mas um modo de ser (MATEIRO, 2005, p. 26). Hermenêutica é, então, Filosofia, não a possibilidade de construir métodos de chegar ao texto ou à ideia do autor. A compreensão é um dar sentido ao ente. É no bojo da compreensão que o sentido vem (antecipado, contemporâneo e completo) pela pré-compreensão. A “nova” Hermenêutica, de base ontológica, não expressa preocupação com regras metodológicas, mas, sim, com a possibilidade de manifestação de sentido, não mais com a “certeza” ou a “verdade”, mas com construir constante pela fusão de horizontes que se processa no intérprete, pelo intérprete, no unitário momento da aplicação⁹.

A Hermenêutica Filosófica supera o paradigma da filosofia da consciência e insere o mundo prático na filosofia, o que é proporcionado pelo

faticidade e no modo-de-ser-no-mundo do intérprete” (STRECK, 2003a, p. 239-240, grifos do autor).

- 8 “Isso porque é pela linguagem e somente por ela que podemos ter mundo e chegar a esse mundo. Sem linguagem não há mundo, enquanto mundo. Não há coisa alguma onde falta a palavra. Somente quando se encontra a palavra para a coisa é que a coisa é uma coisa” (STRECK, 2000, p. 184).
- 9 “Chamamos de sentido o que pode ser articulado na interpretação e, por conseguinte, mais originariamente ainda, já no discurso. Chamamos de totalidade significativa aquilo que, como tal, se estrutura na articulação do discurso” (HEIDEGGER, 2005, p. 219, v. 1).

giro ontológico linguístico. O giro ontológico reconcilia prática e teoria e, *“ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento subjetivista para um contexto intersubjetivo de fundamentação”* (STRECK, 2014, p. 72, 75, 463).

Em suma, é na invasão da filosofia pela linguagem, na inclusão da faticidade, na superação do esquema sujeito-objeto, na circularidade da compreensão, que a postura hermenêutico-ontológica deixa de hipostasiar o método e o procedimento e coloca no modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão (STRECK, 2014, p. 76-77).

Apresentado esse contexto, pode-se dizer que

[...] mesmo hoje, em plena era do tão festejado giro ontológico-linguístico (no qual se insere o que também pode ser epitetado de *interpretativ turn*), o pensamento jurídico, de um modo ou de outro, continua a reproduzir o velho debate “formalismo-realismo”. Mais ainda, na medida em que o direito trata de relações de poder, tem-se, na verdade, em muitos casos, uma *mixagem* entre posturas “formalistas” e “realistas”, isto é, por vezes, a “vontade da lei” e a “essência da lei” devem ser buscadas com todo o vigor; em outras (e, às vezes, ao mesmo tempo), há uma ferrenha procura pela solipsista “vontade do legislador”; finalmente, quando nenhuma das duas orientações é “suficiente”, *põe-se no topo a “vontade do intérprete”*, colocando-se em segundo plano (até mesmo) os limites semânticos do texto, fazendo soçobrar (até mesmo) a Constituição [...] Vontade da lei, vontade do intérprete, discricionariedade e vontade de poder (no sentido filosófico da expressão): *eis os ingredientes pragmatistas para o enfraquecimento da autonomia do direito* (STRECK, 2014, p. 470-471, grifos do autor).

Para Gadamer, a *“redução hermenêutica à opinião do autor é tão inadequada como a redução dos acontecimentos históricos à intenção daqueles que neles atuam”*. Além disso, *“quem compreende não tem uma mente em branco,*

como uma tabula rasa, e sim, já tem, desde sempre, uma prévia compreensão das coisas e do mundo [...]” (STRECK, 2000, p. 191-193).

[...] compreendemos um dado texto, tema ou situação, não com uma consciência vazia, temporariamente preenchida com a situação em causa, mas antes porque mantemos na nossa compreensão, e fazemos actuar uma intenção preliminar relativamente à situação, um modo de ver já estabelecido, e algumas compreensões prévias [...] (PALMER, 1989, p. 180).

O texto (a lei) não tem um sentido-em-si, porque o sentido lhe é dado pela construção com referência ao próprio eu. Fica claro que “*o problema da hermenêutica jurídica encontra aqui seu verdadeiro lugar. A lei é sempre deficiente, não em si mesma, mas porque, frente ao ordenamento a que se destinam as leis, a realidade humana é sempre deficiente e não permite uma aplicação simples das mesmas*” (GADAMER, 2004, p. 419).

Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validade jurídica. Da mesma forma, o texto de uma mensagem religiosa não quer ser compreendido como mero documento histórico, mas deve ser compreendido como forma a poder exercer seu efeito redentor. Em ambos os casos isso implica que, se quisermos compreender adequadamente o texto – lei ou mensagem de salvação –, isto é, compreendê-lo de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, devemos compreendê-lo a cada instante, ou seja, compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar (GADAMER, 2004, p. 408).

A “*palavra interpretadora é a palavra do intérprete. Não é a linguagem nem o vocabulário do texto interpretado. Isso expressa que a apropriação*

não é mera reprodução, mas é como uma recriação pelo compreender”, porque toda a interpretação é um “*vir-à-fala onde se enuncia um todo de sentido*” (GADAMER, 2004, p. 611-612).

2 A Lei e o sistema jurídico

A continuação desse estudo reclama outras pré-compreensões: o entendimento do Direito um *sistema*; da Lei como *fonte* do Direito; e de como se dá assimilação da *fonte* pelo *sistema*¹⁰.

Nesse norte, apresentar-se-á o Direito como um *sistema* Autopoiético. Isso porque, conforme se demonstrará, o Direito não consegue, dentro de uma estrutura dogmática de certeza, de paralização do tempo, de olhar para o fato concreto e perfeitamente acabado, as adequações normativas suficientes para dirimir as questões atinentes aos novos contextos sociais, cada vez mais complexos e conflituosos. Tudo é uma totalidade em tudo.

A visão sistêmica tem como fundamentais as relações entre os elementos do sistema; nenhuma parte é mais fundamental do que outra, as partes resultam das propriedades de outras partes e a consistência global determina a estrutura do sistema (CAPRA, 1996, 44-48). Além disso, a compreensão sistêmica salienta um “*elo inseparável entre o observador e a coisa observada*”, pois não é possível distinguir entre o objeto e o sujeito como unidade de consciência. O objeto faz parte do sujeito, que o pensa; “*o todo está na parte, que está no todo*” (MORIN, 1990, p. 18, 109-111).

Dessa forma, as ciências sociais devem utilizar o enfoque sistêmico; o estudo dos sistemas sociais não deve se assemelhar às concepções que desprezam o estudo das relações. Assim, por certo, o Direito é um sistema,

10 “Numa palavra, as condições de possibilidades para que o intérprete possa compreender um texto implicam – sempre e inexoravelmente – a existência de uma pré-compreensão (seus pré-juízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem possibilita) do sistema jurídico-político-social” (STRECK, 2004, p. 245).

um complexo de elementos inter-relacionados, um todo em interação, cujos elementos interferem nos demais.

Os sistemas são compreendidos envoltos por um meio; fazem parte de um ambiente, de um outro sistema mais vasto. A diferenciação sistêmica entre sistema e ambiente leva a que um sistema total (a sociedade) apareça como ambiente de sistemas parciais (o sistema jurídico). Da diferenciação entre sistema e ambiente e das relações entre um sistema e seu respectivo ambiente decorrem os conceitos de sistema *aberto* e *fechado*. Sistemas fechados são isolados de seu ambiente, ao passo que um sistema aberto está em “*troca de matéria com seu ambiente*” (BERTALANFFY, 1975, p. 63-64 e 193).

Ultrapassando a dicotomia aberto-fechado, surge a Teoria Autopoiética, nascida no domínio das ciências biológicas, na década de 1970, com os neurocientistas Humberto Maturana e Francisco Varela, apresentando os sistemas como abertos cognitivamente em relação ao seu meio envolvente, mas fechados do ponto de vista organizacional (ANTUNES, 1989, p. I-II).

A questão sobre se os sistemas sociais humanos podem ou não ser descritos como Autopoiéticos foi muito discutida, com variadas respostas (CAPRA, 1996, p. 171-172). Foi uma escola de pensamento introduzida na Alemanha pelo sociólogo Niklas Luhmann que afirmou que uma rede social Autopoiética pode ser definida: “*Os sistemas sociais usam comunicação como seu modo particular de reprodução autopoiética. Seus elementos são comunicações que são ... produzidas e reproduzidas por uma rede de comunicações que não podem existir fora dessa rede*” (LUHMANN, *apud* CAPRA, 1996, p. 172).

São palavras de Niklas Luhmann (2002, p. 87) que “*el derecho [...] se compone unicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan em uma interpretación normativa*”.

Presentes a possibilidade e a adequação dos sistemas sociais como Autopoiéticos, Gunther Teubner (1989, p. 2-6, 53, 150-153) sustenta que o Direito consiste num sistema Autopoiético, apresentando: clausura sistêmi-

ca – natureza operativamente fechada em relação à sociedade, seu ambiente, garantindo sua autonomia –; circularidade, por meio da qual o “*nível mais alto de uma hierarquia reenvia ao nível mais baixo da mesma*”; e autorreferência, que sugere o Direito como insuscetível de controle ou dominação externos.

O Direito, então, não é determinado por nenhuma autoridade ou fator exógeno, mas determina-se a ele mesmo por autorreferência. Isso significa que “*a validade do direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior*”. Nas palavras de Luhmann, “*não existe direito fora do direito*” (apud TEUBNER, 1989, p. 2).

Entende-se, assim, o Direito como Sistema Autopoiético¹¹, ou seja, como um Sistema dotado de uma organização própria, autônomo, com capacidade para se autocriar e se autorrenovar. O fechamento Autopoiético do Sistema jurídico não significa isolamento sistêmico ou indiferença, mas funciona como condição da abertura ao meio envolvente. Embora os eventos extrassistêmicos não possam influenciar diretamente o sistema, estimulam processos de evolução internos, os quais operam com base em critérios de relevância intrassistêmicos (ANTUNES, 1989, p. XXVI-XXVIII).

A compreensão do Direito como autopoiético é contemporânea da crise do Estado social, cujo paradigma jurídico é incapaz de responder satisfatoriamente ao estágio atual entre as relações sociais e o Direito. Tal crise consiste no resultado da hiperjuridificação da sociedade produzida pelo intervencionismo legal e da notória incapacidade do Estado e de seus instrumentos formais para dar conta do aumento incontrolável das demandas sociais (MURICY, 2002, p. 110).

Dito isso, e buscando identificar o papel hermenêutico da Lei no Estado Democrático de Direito, importa que se investigue como o sistema jurídico “assimila” o elemento *Lei* (produzido pelo sistema político-legislativo).

11 Tem-se presente que, como qualquer teoria jurídica, a teoria autopoiética é alvo de muitas críticas. Como exemplo de autores que recusam a teoria autopoiética podem-se citar Lempert, Maintz e Rottleuthner (TEUBNER, 1989, p. 53). No entanto, limitar-se-á, neste estudo, à apresentação do direito como sistema autopoiético, não se desenvolvendo as objeções referentes a esse entendimento.

A Lei é considerada *fonte* do Direito de forma pacífica na doutrina e como fonte principal pelo artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Fonte é origem, é princípio, é causa. No caso do Direito, a teoria das fontes consiste em metáfora utilizada em grande escala nos manuais, por meio da qual se pode identificar o que pode gerar Direito, pois, assim como “*a água verte de fontes, o direito também surgiria de algo*” (COELHO, 2003, p. 27).

Como a própria metáfora coloca, as fontes auxiliam na compreensão do que pode originar Direito, ou seja, não consistem no próprio Direito. O conteúdo das Leis norteia as relações sociais, em especial o conflito de interesses e, nesse sentido, constitui uma verdadeira necessidade social (LIMA, 1972, p. 31-32). Ainda, para que possam cumprir sua função de superação dos conflitos, as Leis devem ser consideradas obrigatórias (COELHO, 2003, p. 33).

Entretanto, o Direito não é (não pode ser considerado como) um conjunto de Leis emanadas pelas autoridades competentes (frutos de outro sistema social), de acordo com a organização política do Estado Democrático de Direito.

O Direito consiste em um complexo sistema, *diketrópico*, de soluções de conflitos de interesses, em que a Lei serve como principal referência. Importa dizer, muitas vezes, a superação desses conflitos ocorre por meio de fórmulas não previstas no conteúdo das positivações legais, sem que isso possa ser considerado como não-Direito. Portanto, entendem-se as fontes – a Lei – como pontos de partida (MATEIRO, 2004), como metáfora que que tenta explicar de onde o Direito provém, auxiliando no convencimento de quem pensa o Direito e na formação dos elementos que compõem o sistema jurídico.

De acordo com a Teoria Autopoiética, o Direito, desempenhando a função de reduzir complexidade em um mundo que atesta as limitações dos instrumentos utilizados pelo Estado Social, realiza a estabilização das possibilidades por ele próprio admitidas de acordo com a atuação de seu código. O Sistema jurídico está disponível para assimilar, de acordo com seus

próprios critérios de relevância, os elementos de outros Sistemas, não sendo por eles condicionado (MURICY, 2002, p. 120).

Assim, as fontes do Direito, ou elementos extrajurídicos, apenas se tornam jurídicos (ou “entram” para o sistema jurídico) depois de selecionados pelo sistema jurídico que possui um código próprio de funcionamento e, ao ingressarem no sistema, “chegam” como expressões ou descrições próprias do sistema que as assimilou. É esse processo de filtragem conceitual que se passa a expor.

Os sistemas não se bastam por si próprios, mas têm necessidade de “alimentos”, de matéria, de informação (MORIN, 1990, p. 52-53). No caso do sistema jurídico, entende-se que são as fontes do direito que o “alimentam”.

Importa retomar que a abertura cognitiva do sistema jurídico Autopoiético não significa interferência do ambiente ou de outros sistemas em seu interior, mas permite que o Direito não seja indiferente em relação aos outros sistemas com os quais convive. Além disso, o fato de ser fechado organizacionalmente significa que o sistema jurídico opera conforme uma lógica própria e autorreferencialmente; esse fechamento operacional, não deve ser entendido como isolamento, mas como condição para sua autonomia.

Etimologicamente, autonomia significa “reger-se pelas próprias normas”, ou seja, governar-se por si mesmo, sem intervenções. O sistema jurídico torna-se autônomo na medida em que constitui seus próprios elementos – normas (TEUBNER, 1989, p. 58). A autonomia do Direito resulta, além da autoprodução de suas normas, da autoconstituição de figuras que permitem reformular problemáticas extrajurídicas (econômicas, políticas, morais...) em termos especificamente jurídicos (GUERRA FILHO, 1997, p. 68). Assim, entende-se que a ordem e o comportamento do sistema jurídico, assim como a criação de seus elementos, são estabelecidos pelo próprio sistema, não impostos pelo meio envolvente.

Se o sistema jurídico produz seus elementos e se as fontes do Direito não são o próprio Direito, mas são – como a metáfora das fontes propõe – pontos de partida, as fontes do Direito não fazem parte do sistema jurídico,

não são elementos do sistema, mas estão fora dele; a reprodução autopoiética não existe sem a contribuição do ambiente (fontes) que existe simultaneamente ao sistema que dele se diferencia. Entretanto, os “ruídos” do ambiente necessitam da mediação do sistema por eles afetado. A dependência do sistema em relação ao meio não exclui a participação do sistema quanto à especificação dos aspectos aos quais reagirá ou se mostrará indiferente (SHUARTZ, 2001, p. 475-492).

Assim, é necessário que o sistema jurídico busque seus “alimentos” fora dele, ou seja, no seu ambiente, pela sua abertura cognitiva (o que, como dito, faz com que o Direito não seja indiferente ao meio no qual está inserido). No entanto, esses “alimentos” (fontes) apenas se tornam jurídicos (ou “entram” para o sistema jurídico) depois de selecionados pelo sistema, que possui um código próprio de funcionamento. As fontes do Direito ou normas extrajurídicas (sociais, morais, éticas etc.), então, ao ingressarem no sistema jurídico, “chegam” como expressões ou descrições próprias do sistema jurídico, como produto do seu processo Hermenêutico.

A Lei, assim como outros elementos produzidos no ambiente em que se encontra o (sub)sistema jurídico, consiste num “ruído” para ele, que poderá ou não, conforme seus próprios critérios, ser pelo Direito considerada. A interpretação (processo Hermenêutico), pois, é a atividade que se presta a transformar disposições (textos, enunciados) em *normas*, ou seja, em transformar Leis (elemento do poder político/legislativo) em normas (elemento do sistema jurídico) (GRAU, 2002, p. 95). Dito de outro modo,

O sistema jurídico, enquanto autopoiético, é fechado, logo, demarca seu próprio limite, auto-referencialmente, na complexidade própria do meio-ambiente, mostrando o que dele faz parte, seus elementos, o que ele e só ele, enquanto autônomo, produz, ao conferir-lhe qualidade normativa (= validade), e significado jurídico às comunicações que nele, pela relação entre esses elementos, acontecem (GUERRA FILHO, 1997, p. 66).

Assim, tem-se que as Leis têm sentido apenas formal, não sendo dotados de conteúdo normativo. *“Por isso, as normas resultam da interpretação e podemos dizer que elas, enquanto disposições, não dizem nada – elas dizem apenas o que os intérpretes dizem que elas dizem”* (GRAU, 2002, p. 95, grifos do autor).

3 A Lei e a democracia

Apresentado esse horizonte de compreensão, e na busca pela solução do problema proposto – qual o papel hermenêutico da Lei no Estado Democrático de Direito –, passa-se a investigar a relação entre a Lei e a Democracia.

O termo *Democracia*¹² designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo (BOBBIO, 2007, p. 135). Trata-se de *“um referencial decisivo para a construção das condições de justiça social nas sociedades contemporâneas com suas características, dinâmicas, limitações e potencialidades”* (ZAMBAM, 2013, p. 107). *“Situando o debate”*, está-se falando de uma *“democracia sem donos e sem adjetivos, portanto uma proposta de pensar um poder partilhado numa organização coletiva, sem a marca do absolutismo e sem o registro da anarquia”* (PIRES, 2013, p. 20).

12 “De pronto, ainda com Chauí, é possível dizer, a par da dificuldade conceituar a democracia, que existem alguns traços que distinguem de outras formas sociais e políticas: em primeiro lugar, a democracia é a única sociedade e o único regime político que considera o conflito legítimo, uma vez que não só trabalha politicamente os conflitos de necessidades e de interesses, como procura instituí-los como direitos e, como tais, exige que sejam reconhecidos e respeitados. Mais do que isto, nas sociedades democráticas, indivíduos e grupos organizam-se em associações, movimentos sociais e populares, classes se organizam em sindicatos, criando um contra-poder social que, direta ou indiretamente, limita o poder do Estado; em segundo lugar, a democracia é a sociedade verdadeiramente histórica, isto é, aberta ao tempo, ao possível, às transformações e ao novo” (STRECK; MORAIS, 2014, p. 111-112).

Deve-se a Alexis de Tocqueville, que em 1835 publica o primeiro volume de *Da democracia na América*, o reconhecimento, quase consagração, do novo Estado no novo mundo como forma autêntica da democracia dos modernos contraposta à democracia dos antigos. [...] Para quem escreve estas palavras, a distinção entre democracia direta e democracia representativa não tem mais nenhuma relevância: “Às vezes é o próprio povo que faz as leis, como em Atenas; às vezes são os deputados, eleitos pelo sufrágio universal, que o representam e agem em seu nome, sob a sua vigilância quase direta” (BOBBIO, 2007, p. 151).

A exigência da Democracia “*é que a lei tenha ao mesmo tempo legitimidade e legalidade, pois só desta forma o exercício do poder estaria democraticamente justificado*” (CALDERA, 2004, p. 30). Contudo, o que até aqui se vincou é que a Lei é uma resposta político-legislativa à sociedade e não uma resposta jurídica; os cidadãos, por sua vez, buscam e esperam respostas do sistema jurídico para seus conflitos porque o sistema jurídico fornece respostas levando em consideração a individualidade de cada um e as circunstâncias de cada caso. Todos são iguais perante a lei, mas as pessoas querem ser tratadas na sua individualidade, e é perante o sistema jurídico que assim são tratadas (MATEIRO, 2004).

Como visto, o Direito consiste num sistema Autopoiético que coexiste com outros sistemas Autopoiéticos. O sistema jurídico não pode exercer influência sobre outros sistemas, nem ser influenciado pelos sistemas que o cercam. A autonomia do sistema jurídico, que não exclui a interdependência entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais, implica uma reinterpretação: os elementos sociais, éticos, políticos, econômicos etc., ou seja, os elementos extrajurídicos, apenas se tornam válidos juridicamente depois de selecionados (e interpretados) pelo sistema jurídico, que possui código próprio interno (ANTUNES, 1989, XXII-XXV).

Não se trata, pois, de responder à pergunta (fazendo uma opção) lançada por Norberto Bobbio na obra *O Futuro da Democracia* (1997, p. 151), em que questiona “Qual o melhor governo, o das leis ou o dos homens?”, mesmo porque, dessas questões, podem derivar duas figuras odiosas: “o tirano que usa o poder para satisfazer os próprios desejos ilícitos de que fala Platão no livro IX da República; e o senhor que estabelece leis para si mesmo, ou seja, o autocrata no sentido etimológico da palavra”.

A propósito, Rousseau já afirmava, no *Contrato Social*, que as leis não podem prever todos os casos possíveis e que, nos casos excepcionais (“casos difíceis”), “previne-se a segurança pública por um ato particular que confere a responsabilidade ao mais digno” (BOBBIO, 2007, p. 160-161). Ora, tal “estratégia” significa referendar a arbitrariedade do julgador e o sujeito do esquema sujeito-objeto, ambos aspectos já superados pela Hermenêutica filosófica. A norma a ser aplicada pelo intérprete não é (pode ser) produto de sua discricionariedade. Para a hermenêutica filosófica, esse problema da discricionariedade se resolve pelo seu caráter antirrelativista. “A antecipação de sentido que se dá na applicatio – porque não há cisão entre interpretar e aplicar – funciona como uma blindagem contra a discricionariedade na atribuição dos sentidos” (STRECK, 2014, p. 73 e 430).

Diante de uma sociedade complexa e conflituosa, em que a positivação não alcança todas as situações possíveis, o Direito deve manter a abertura cognitiva (não sendo indiferente às novas realidades), mas, também, não deve ser influenciado diretamente por fatores exógenos (políticos e econômicos, por exemplo), o que lhe é garantido pelo fechamento operacional. Trata-se não de fundamentar – metódica ou epistemologicamente –, mas de compreender (fenomenologicamente). E compreender é aplicar (STRECK, 2008, p. 240).

Importante, assim, ressaltar o trabalho dos juristas (todo o intérprete que “pensa” o Direito¹³) na construção do sistema jurídico, num sempre

13 “No exemplo que atribuo a Carnelutti, o homem faminto que, ao passar por uma barraca de frutas, não arrebatou a maçã nada mais faz do que interpretar/aplicar o direito”

compreender-interpretar-aplicar as fontes do Direito, tendo a Lei, como visto, sua fonte principal.

A atividade judicial não se reduz a mera aplicação de Direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito, como se evidencia mesmo na tão atacada doutrina Kelsiana, onde a sentença aparece como uma norma jurídica, diversa daquelas gerais e abstratas em que costuma se basear e o ato de interpretação e aplicação do Direito pelo juiz como integrante da política do direito, ao importar na opção por algum dos valores objetivamente consagrados nas normas positivas (GUERRA FILHO, 1997, p. 37 - 38).

Num Estado que se quer Democrático, não se espera do Judiciário uma posição subalterna diante dos outros poderes aos quais cabe a produção legislativa. O juiz (ainda que se considere já superado o positivismo exegetico) não deve se limitar a ser *la bouche de la loi*, como disse Montesquieu, mas deve ser a boca do próprio Direito (GUERRA FILHO, 1997, p. 37). O jurista, assim, é um verdadeiro intérprete, em contato direto com os fatos, chamado a decifrar paisagens sociais cada vez mais complicadas e conflituosas (para as quais o sistema jurídico deve estar em abertura cognitiva), que exigem novos institutos jurídicos, traduzindo em estruturas jurídicas as novidades fáticas (LUISI, 1995, p. 60-67).

Em tempos de Estado Democrático de Direito, verifica-se, de um lado, as promessas da modernidade (não cumpridas) previstas na Constituição, no aguardo da efetivação a partir dos mecanismos da Democracia representativa; de outro, em face da inefetividade desses direitos, o aumento das demandas que acabam chegando ao Poder Judiciário e a discussão acerca dos limites de sua atuação. Não há dúvida de que o positivismo – compreendido *lato sensu* – não conseguiu aceitar a viragem interpretativa ocorrida

(GRAU, 2002, p. 39).

na filosofia do Direito (invasão da filosofia pela linguagem) e suas consequências no plano da doutrina e da jurisprudência. Os juristas sabem que as decisões jurídicas formam-se a partir de uma multiplicidade de elementos que, embora não devam exercer influência direta no sistema jurídico, estão fora do sistema. Então, *“como é possível continuar a sustentar o positivismo nessa quadra da história?”* (STRECK, 2008, p. 234 e 247).

Dessa forma, as normas jurídicas (elementos do sistema jurídico por ele produzidas) não são determinadas diretamente por interesses econômicos, políticos etc., mas dependem de processos de “filtragem conceitual” no interior do sistema jurídico. As circunstâncias exógenas ao sistema não são ignoradas, nem, por outro lado, convertidas diretamente conforme um esquema “estímulo-resposta”. A dimensão cognitivamente aberta do direito possibilita sua “reciclagem” em relação ao seu meio complexo e que se altera de forma veloz, e o fechamento operativo do sistema jurídico impede a confusão entre o sistema e o meio ambiente, exigindo a “digitalização” interna de informações provenientes do meio ambiente. Dessa forma, o fechamento, para o sistema jurídico, é condição de sua abertura. A interrupção do fechamento levaria à perda da autonomia, que nada mais é do que operar conforme seu próprio código (NEVES, 1995, p. 125-129).

A esse impedimento de conversão direta de circunstâncias do meio em circunstâncias jurídicas pelo direito Teubner (1989, p. 153-154) chama “resistência”, característica oferecida pela autonomia jurídica ao fenômeno legislativo ou a outras intervenções do tipo exógeno, tratando-se de uma questão de manutenção da circularidade. A resistência dos sistemas sociais às tentativas de regulação externa, procedente da sua clausura autorreferencial, possui dois aspectos: a indiferença à sua adequação ao meio envolvente e a imunidade às medidas político-regulatórias.

Assim, nega-se a influência direta do sistema político, por meio das Leis, no sistema jurídico. As Leis apenas passam a fazer parte do sistema jurídico depois de selecionadas por ele e, ao “entrarem” no sistema, fazem-no mediante processo de interpretação, ou seja, “chegam” ao sistema jurídico

como descrições próprias do Direito, ou, em outras palavras, como *normas*. O que o sistema político “fala” (ou outro sistema social) é “ouvido” pelo direito de maneira diferente, pois o Direito possui uma interpretação própria da realidade exógena a ele. Para a sociedade – e para o Direito – tudo o que é legislado é “ruído” exterior, podendo ou não reagir os sistemas a essas “ressonâncias externas” (TEUBNER, 1989, p. 144).

Com base nessas afirmações, é preciso deixar de conceber os modelos legislativos como esquemas *input-output* ou em termos de simples troca de informação.

Temos de abandonar neste domínio a velha idéia de causalidade linear, segundo a qual as normas jurídicas produziriam diretamente mudanças sociais, em favor de uma idéia de causalidade circular interna, sujeita a influências “modeladoras” e a “choques exógenos”. Temos de abandonar também a visão do processo legislativo como constituindo primariamente uma espécie de emissor de informação para os sistemas sociais, já que não é o legislador que cria ordem nos subsistemas sociais mas são os próprios subsistemas que, lançando mão seletiva e arbitrariamente daquela, criam a sua própria ordem (TEUBNER, 1989, p. 150-151).

Rompe-se, assim, com a concepção de acordo com a qual o Direito seria, necessariamente, uma criatura do Estado (GRAU, 2002, p. 78). Da mesma forma, se se concebe o Direito em clausura operacional, as concepções de sua origem em um direito natural, divino, ou em qualquer outra essência exterior ao sistema não são possíveis. “*Não há direito fora do direito*” (ANTUNES, 1989, p. XXII).

Nas palavras de Ihering (*apud* GRAU, 2002, p. 33), “*não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito*”. Portanto, a Lei é fonte, mas não é

o Direito. Pode ser considerada a nascente do rio, mas não é o próprio rio, é um ponto de partida na construção do Direito e é nesse sentido que se dá a sua contribuição com ele. Seu “ingresso” no sistema jurídico se dá por um “processo hermenêutico” do próprio sistema jurídico. Se assim não o fosse, ter-se-ia de concordar com Kirchmann quando afirma que *“três palavras do legislador e bibliotecas inteiras transformam-se em papel de embrulho”* (apud RADBRUCH, 1999, p. 215).

Por derradeiro, e completando a intencionalidade do mito de Hermes nesse trabalho, aí está o enigma provocado pela figura de Hermes. Sem ele, não se saberia o que os deuses disseram. Sabe-se do problema decorrente da subjetividade de Hermes e da complexidade que isso representa. Mas, também, sabe-se, na metáfora, que o acesso à linguagem dos deuses, diretamente, é impossível. *“Daí a pergunta inevitável: se fosse possível esse ‘acesso direto’, que utilidade isso teria para os homens, que, definitivamente, não são deuses? [...] Repita-se: estamos, pois, condenados a interpretar”* (STRECK, 2008, p. 249).

Considerações finais

Um velho e conhecido provérbio afirma que “para bom entendedor, meia palavra basta”, pressupondo que o ouvinte da “meia palavra” seja um bom entendedor do silêncio da outra meia palavra. Contudo, este provérbio não diz como averiguar se, efetivamente, esse bom entendedor retirou da meia palavra não ouvida aquilo que o outro queria efetivamente transmitir, nem garante que o ouvinte tenha efetivamente compreendido o que a meia palavra falada transmitia. De outro prisma, há que se buscar aquilo que na meia palavra dita se encobre. O não-dito é muitas vezes traduzido pela expressão “ler nas entrelinhas”, ou seja, ler o que não está escrito, compreender o texto (as linhas) e os espaços em branco (entre as linhas do texto), ou, ainda, a meia-palavra não dita ao bom entendedor.

É, pois, a pré-compreensão que faz o bom entendedor: O que já deve ser sabido determina o sentido do que não foi dito. A fusão desses dois sentidos – com a sempre consciência histórica – é o processo hermenêutico da compreensão. O bom entendedor (o consulente oracular de Hermes), do ponto de partida da meia palavra, compreende e interpreta.

Essa é a Hermenêutica (jurídica) que se apresenta: A Lei é meia palavra (e não é a única palavra), dirigida ao bom entendedor que é o intérprete. O intérprete (ouvinte da meia palavra), assimila a Lei com base em sua consciência histórica e seus critérios, produzindo o sentido, aplicativamente. Não somente sobram palavras em alguns textos, como também sempre faltam em todos. O texto legal dá algumas palavras; as demais que compõem a compreensão-interpretação são do bom entendedor-intérprete.

Referências

- ANTUNES, José Engrácia. Prefácio da obra de TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- BERTALANFFY, Ludwig won. **Teoria geral dos sistemas**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1975.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997
- _____. **Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- CALDERA, Alejandro Serrano. **Razón, Derecho y Poder**. Reflexiones sobre la democracia y la política. Managua: Hispamer, 2004.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 1996.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Ser e tempo**. Parte II. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

LIMA, João Franzen de. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. Vol. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Mexico: Universidad Iberoamericana, 2002.

LUIZI, Luiz. O papel da lei no pensamento de François Géný. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 42, n. 177, p. 60-67, jan./mar. 1995.

MATEIRO, Mário José Martins da Silva. **Os argumentos anômicos do discurso jurídico atual à luz de uma concepção sistêmico-autopoiética do direito brasileiro**. 2004. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

MATEIRO, Mário José Martins da Silva. **Acesso hermenêutico ao direito**: a decisão que vem com a compreensão. Trabalho (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2005.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. 2. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 1990.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.) **Hermenêutica plural**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 103-125.

NEVES, Marcelo. Da autopoiese à alopoiese do direito. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 42, n. 178, p. 125-129, abr./jun. 1995

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1989.

PIRES, Cecília. O argumento filosófico sobre a democracia. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro (Org.). **Direito, democracia e sustentabilidade**: Anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED, 2013. p. 17-34.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROHDEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma explicação hermenêutica da construção do direito**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **Hermenêutica (jurídica): compreendemos porque interpretamos ou interpretamos porque compreendemos? Uma resposta a partir do *Ontological Turn***. Programa de Pós-Graduação em Direito: mestrado e doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 223-271.

_____. **Hermenêutica, estado e política: uma visão do papel da Constituição em países periféricos**. In: CADEMARTORI, Daniela Mesquita; GARCIA, Marcos Leite (Org.) **Reflexões sobre política e direito: homenagem aos professores Osvaldo Ferreira de Melo e Cesar Luiz Pasold**. São José (SC): CLC Distribuidora de Livros, 2008, p. 227-250.

_____. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____.; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SHUARTZ, Luis Fernando. Observações sobre a “forma sistema/ambiente” em Luhmann. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. 51, n. 204, p. 475-492, out./dez. 2001.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

ZAMBAM, Neuro José. Desenvolvimento sustentável: direito dos cidadãos e compromisso de todos. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro (Org.). **Direito, democracia e sustentabilidade: Anuário do programa de pós-graduação da Faculdade Meridional**. Passo Fundo: IMED, 2013. p. 89-108.

▼ recebido em 14 jun. 2015 / aprovado em 13 set. 2015

Para referenciar este texto:

ANDRADE, F.; MATEIRO, M. M. Na companhia de Hermes: em busca do papel hermenêutico da lei no Estado Democrático de Direito. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 167-193, jul./dez. 2015.