

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**SILÊNCIO CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DA INTERPRETAÇÃO:
CONCEITO, CATEGORIAS E FUNÇÃO OPERATIVA NO SISTEMA JURÍDICO**

ARILSON GARCIA GIL

São Paulo

2021

ARILSON GARCIA GIL

**SILÊNCIO CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DA INTERPRETAÇÃO:
CONCEITO, CATEGORIAS E FUNÇÃO OPERATIVA NO SISTEMA JURÍDICO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Linha de Pesquisa Efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal, Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional.

Orientador: Marcelo Figueiredo

São Paulo

2021

Nome: GIL, Arilson Garcia

Título: Silêncio constitucional como objeto da interpretação: conceito, categorias e função operativa no sistema jurídico

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, Linha de Pesquisa Efetividade do Direito Público e Limitações da Intervenção Estatal, Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional.

Orientador: Marcelo Figueiredo

Aprovado em:

Professor Dr. Marcelo Figueiredo
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Julgamento: _____

Professor Dr. Roberto Baptista Dias da Silva
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Julgamento: _____

Professor Dr. Rubens Beçak
Instituição: Universidade de São Paulo
Julgamento: _____

Suplentes:
Professor Dr. Luiz Guilherme Arcaro Conci
Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Julgamento: _____

Professor Dr. Carlos Eduardo Nicoletti Camillo
Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie
Julgamento: _____

Para minha linda Ana.

AGRADECIMENTOS

Aos professores Marcelo Figueiredo e Enrique Belda Pérez-Pedrero pela orientação, ensinamentos e apoio durante todo o curso na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e na Universidad de Castilla-La Mancha.

Ao professor Willis Santiago Guerra Filho, por me apresentar a Teoria “Reden und Schweigen” (Fala e Silêncio) de Niklas Luhmann.

Ao professor Márcio Pugliese, pelos ensinamentos sobre a visão sistêmico-construcionista do Direito.

Apesar do tema inicial do presente trabalho ter surgido em pesquisas prévias, seu desenvolvimento é resultado dos ensinamentos e debates que tive durante as aulas do Mestrado. Pode-se dizer que a própria estrutura do trabalho está disposta conforme os temas das disciplinas que cursei.

Portanto, não posso deixar de agradecer todos os professores que tive o prazer de ser aluno durante os cursos: Álvaro Gonzaga, Cláudio de Cicco, Roberto Dias e Vidal Serrano, na PUC-SP; Elena Rebato Peño, Francisco Javier Díaz Revorio, José L. García Guerrero, María Luz Martínez Alarcón, María Martín Sánchez, María Mercedes Serrano e Tomás Vidal Marín, na UCLM.

Ao Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, pelo incentivo na realização do curso de pós-graduação.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o silêncio constitucional. No curso da pesquisa verificou-se que a delimitação do silêncio constitucional como objeto da interpretação é pressuposto da racionalidade jurídica das decisões judiciais de efetivação dos direitos fundamentais e afeta diretamente o implemento da justiça social e o reconhecimento de uma sociedade plural. Portanto, o silêncio constitucional, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo como uma via de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito, diante da ausência de uniformidade metodológica, de categorias da hermenêutica na interpretação do silêncio constitucional e a insegurança jurídica causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial. Para que o silêncio constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao seu estudo, em especial para sistematizar o tema com a delimitação de conceitos, categorias e função operativa, conforme o paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988. Foram utilizados como principais marcos as teorias da Constituição como ordem aberta, do sistema jurídico multinível, das mutações constitucionais, do ativismo judicial, da linguagem, dos sistemas sociais e da visão sistêmico-construcionista do Direito. Como conclusões centrais do trabalho temos o conceito de silêncio constitucional como potencialidade para evolução da Constituição, bem como são apresentadas propostas de categorias e da função operativa do silêncio para atualização e adequação das Teorias adotadas pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Sistema Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Silêncio Constitucional. Mutações Constitucionais. Silêncio Eloquente. Poderes Implícitos. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The object of the present work is constitutional silence. In the course of the research it was verified that the delimitation of the constitutional silence as an object of interpretation is a precondition of the juridical rationality of judicial decisions for the enforcement of fundamental rights and directly affects the implementation of social justice and the recognition of a plural society. Therefore, the constitutional silence, depending on its interpretation, can be an obstacle or a way to develop the objectives of the Democratic Rule of Law, due to the lack of methodological uniformity and hermeneutic categories in the interpretation of the constitutional silence and the juridical insecurity caused by the insufficient control of the rationality of judicial decisions. For the constitutional silence to constitute one of the ways of development of the Democratic Rule of Law, this work proposes to study it, especially to systematize the theme with the delimitation of concepts, categories and operative function, according to the paradigm established from the Federal Constitution of 1988. The theories of the Constitution as an open order, the multi-level legal system, constitutional mutations, judicial activism, language, social systems and the systemic-constructionist view of Law were used as main references. The central conclusions of the work are the concept of constitutional silence as a potentiality for the evolution of the Constitution, and proposals for categories and the operative function of silence to update and adequate the theories adopted by the doctrine and by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Constitutional System. Constitutional Hermeneutics. Constitutional Silence. Constitutional Mutations. Eloquent Silence. Implicit Powers. Judicial Review.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
1.1 Delimitação do objeto de estudo.....	9
1.2 Metodologia.....	11
2. LINGUAGEM, SISTEMA CONSTITUCIONAL E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	12
2.1 Linguagem e Constituição.....	13
2.2 Silêncio constitucional como objeto da interpretação.....	17
2.3 O Direito e a Constituição como sistemas.....	20
2.4 Controle da racionalidade das decisões no Estado Democrático de Direito.....	23
2.5 A necessária sistematização do silêncio constitucional.....	26
3. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
3.1 Teoria do silêncio eloquente.....	28
3.2 Teoria dos poderes implícitos.....	34
3.3 A inadequação das Teorias adotadas pelo Supremo Tribunal Federal.....	38
4. HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL..	40
4.1 Hermenêutica Jurídica e silêncio.....	40
4.1.1 Completude do sistema jurídico e lacunas.....	42
4.1.2 Silêncio eloquente, lacuna e espaço livre ou vazio de Direito.....	44
4.1.3 Indeterminação do Direito e norma geral exclusiva ou inclusiva.....	45
4.1.4 Uma proposta conforme a Hermenêutica Jurídica: das lacunas ao silêncio.....	47
4.2 Hermenêutica Constitucional e o silêncio da Constituição.....	49
4.2.1 Lacunas, silêncio e mutações constitucionais.....	49
4.2.2 Silêncio da Constituição e ativismo judicial.....	53
4.2.3 A Constituição como ordem aberta.....	55
4.2.4 Sistema jurídico multinível, controle de convencionalidade e diálogo entre Cortes.....	58
4.2.5 A insuficiência da Hermenêutica Constitucional no estudo do silêncio.....	60

5. SILÊNCIO, LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO NOS SISTEMAS SOCIAIS E NO DIREITO.....	61
5.1 Um retorno necessário.....	61
5.2 A Teoria da linguagem e o silêncio como potencialidade.....	62
5.3 A Teoria do silêncio constitucional de Laurence H. Tribe.....	67
5.3.1 A sintaxe do não dito: construindo o som do silêncio constitucional.....	67
5.3.2 Uma proposta de acordo com a sintaxe do não dito.....	77
5.4 A Teoria dos sistemas sociais e a comunicação com fala e silêncio.....	78
5.4.1 Considerações sobre a Teoria dos sistemas sociais.....	78
5.4.2 Fala e Silêncio (Reden und Schweigen).....	80
5.4.3 O sistema jurídico, sua autopoiese e seus acoplamentos com outros sistemas.....	89
5.4.4 O silêncio constitucional e sua função operativa no sistema jurídico.....	92
5.4.5 Uma proposta de acordo com a Teoria dos sistemas sociais.....	96
5.5 Comunicações entre atmosferas semântico-pragmáticas na visão sistêmico-construcionista do Direito.....	97
5.5.1 Pontos principais da visão sistêmico-construcionista do Direito.....	97
5.5.2 O silêncio constitucional como objeto de comunicação entre atmosferas semântico-pragmáticas.....	101
5.5.3 Uma proposta de acordo com a visão sistêmico-construcionista.....	106
6. CONCLUSÕES.....	107
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

1. INTRODUÇÃO

1.1 Delimitação do objeto de estudo

No contexto jurídico que surgiu com a Constituição Federal de 1988 (CF) houve a expansão em extensão e complexidade do sistema constitucional sob um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Entre os fundamentos e objetivos desse paradigma, destaca-se a busca da realização dos direitos fundamentais e da justiça social com o reconhecimento de uma sociedade plural¹.

A Justiça Constitucional é cada vez mais chamada a decidir questões decorrentes desse novo paradigma constitucional. Entretanto, a aplicação da Constituição enfrenta como um obstáculo a complexidade que esses casos trazem à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara diante do silêncio constitucional.

A ausência de limites claros para o controle da racionalidade jurídica diante das hipóteses de silêncio constitucional oferece inúmeras possibilidades de interpretação e coloca em debate a construção do significado normativo do silêncio da Constituição em questões fundamentais para o Estado Democrático de Direito.

A Constituição, por exemplo, protege o direito à vida no artigo 5º, mas nada diz sobre o direito (ou proibição) ao aborto em casos gerais (proibição ou autorização gerais) ou em casos específicos (por exemplo, de diagnóstico de feto anencefálico² ou da gestação anterior à 12ª semana³). Há, aqui um silêncio constitucional eloquente com a intenção de proibir o aborto? Existe uma lacuna ou um espaço aberto para interpretação? O mesmo raciocínio se aplica ao caso da pesquisa com células troncos embrionárias⁴, mesmo que seja impossível à Constituição se expressar sobre uma tecnologia decorrente dos avanços científicos após 1988?

Sobre o tema, escreve Marcelo Figueiredo:

“Nota-se que não há permissão legal expressa para a prática do aborto na hipótese de se constatar má-formação do feto. Mas a jurisprudência, apesar de alguma divergência, passou a admitir tal prática, nos últimos anos. Algumas decisões judiciais, realizando uma interpretação evolutiva da norma jurídica, consideram que, por ocasião da promulgação do Código Penal, em 1940, não existiam os recursos técnicos que atualmente permitem a detecção de anomalias fetais severas. Assim, não se poderia prever, naquela ocasião, a má-formação do feto entre as causas de exclusão de ilicitude do aborto” (2019, p. 139)

¹ Artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14, da Constituição Federal.

² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

³ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.

⁴ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.

Há, também, casos de reconhecimento de novos valores sociais, como as uniões entre pessoas do mesmo sexo⁵. A Constituição usa os termos "homem" e "mulher" quando se refere à família, ao casamento e à união estável⁶. Silenciou, porém, sobre a união de pessoas do mesmo sexo. Neste caso, existe um silêncio proibitivo ou um vazio axiológico aberto à interpretação?

O problema se estende ao reconhecimento de poderes implícitos que podem afetar o direito à liberdade. O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu poderes de investigação do Ministério Público (MP)⁷ apesar da Constituição não atribuir expressamente tais poderes a ele, mas sim à Polícia Federal e à Polícia Civil⁸. O silêncio constitucional é compatível com o reconhecimento de poderes implícitos?

Nos casos citados acima vê-se que a construção do significado normativo do silêncio constitucional é objeto de racionalidade jurídica para as decisões da Justiça Constitucional e, assim, deve observar os fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito. De fato, conforme lição de Willis Santiago Guerra Filho, o paradigma do Estado Democrático de Direito é um:

“(...) elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico. Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade” (2018a, fls. 19)

Apesar de ser essencial ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a interpretação do silêncio constitucional é pouco estudada pela doutrina nacional e, mesmo quando abordada, o estudo é feito de forma acessória, indireta e não sistemática⁹.

A falta de sistematização da matéria pela ciência jurídica acarreta a ausência de critérios objetivos para controlar os limites de racionalidade da interpretação na Justiça Constitucional, o que impõe risco à integridade e à coerência do sistema constitucional.

O silêncio constitucional possibilita uma maior abertura para interpretações do STF, a ausência de claros limites à racionalidade jurídica pode gerar insegurança jurídica, por isso, coloca em debate a função operativa que o silêncio constitucional apresenta no sistema jurídico.

⁵ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.

⁶ Artigo 226, da Constituição Federal.

⁷ Recurso Extraordinário nº 593.727.

⁸ Artigo 144, §1º, I e §4º, da Constituição Federal.

⁹ A tese de doutorado “Processos Informais de Mudança da Constituição” de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1982; 2015), é a obra nacional de maior expressão sobre o tema, apesar de o analisar apenas indiretamente ao tratar das “lacunas constitucionais” e do “silêncio eloquente”. A tese, assim, não sistematiza o objeto “silêncio constitucional” e foi defendida em 1982 (com nova edição sem atualizações em 2015), portanto, não foi elaborada conforme o paradigma da Constituição Federal de 1988.

Assim, a interpretação do silêncio constitucional pode tanto ser uma vida de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito (quando respeitados os limites constitucionais), bem como ser uma via de desconstrução dos fundamentos e objetivos deste paradigma, quando realizada de forma incontrolada e arbitrária.

A construção do significado normativo do silêncio constitucional será uma forma de desenvolver o Estado Democrático de Direito na medida em que existam e sejam observados critérios objetivos de controle de sua interpretação.

Para a elaboração dos referidos critérios de controle necessário se faz elaborar uma Teoria do silêncio constitucional que delimite seu objeto, suas funções e indique a adequada aplicação dos métodos de interpretação ao silêncio da Constituição.

Trata-se, portanto, de um objeto e de objetivos muito amplos para uma pesquisa inicial sobre o tema. Assim, a delimitação do objeto e dos objetivos do presente trabalho foi determinada pela necessidade de se pensar apenas em um início para uma Teoria sobre o objeto “silêncio constitucional”. Como será visto, a ausência de estudos nacionais específicos sobre a questão e mesmo a insuficiência dos estudos do direito estrangeiro impuseram um retorno às Teorias gerais, tais como a Teoria da Linguagem e a Teoria do Direito, para a elaboração de questões básicas como conceito, categorias e funções do silêncio constitucional para sua adequada análise como objeto da interpretação.

Assim, não foi possível, nesse momento do estudo e por se tratar de uma dissertação de mestrado, ampliar o objeto de análise para a interpretação do silêncio constitucional propriamente dita. Apesar de, em alguns pontos, a interpretação e seus métodos serem tratados de passagem ou indiretamente, o objetivo central do trabalho é delimitar o silêncio como o objeto da interpretação para, na sequência da pesquisa, em um futuro doutorado, ser analisada, com base nessa delimitação prévia, a interpretação propriamente dita, ou seja, a aplicação dos métodos de interpretação para o silêncio constitucional.

Portanto, o presente trabalho realizou a análise do tema com o objetivo de delimitar o conceito, as categorias e a função operativa do silêncio no sistema constitucional.

1.2 Metodologia

A pesquisa foi executada, em um primeiro momento, sob o enfoque da dogmática jurídica, portanto, com utilização preponderante do método dedutivo.

Na análise da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência do STF foram identificadas hipóteses normativas em que o silêncio constitucional é objeto de interpretação.

Com este procedimento de análise foram estudadas as normas constitucionais em seu aspecto estático, como conjunto de normas jurídicas válidas num determinado espaço territorial (Brasil), em determinado momento histórico (vigência da CF de 1988) e também no aspecto dinâmico das normas constitucionais, no qual se concretiza o processo de positivação do Direito pela jurisprudência do STF.

Por isso, apesar de utilizarmos preponderantemente o método dedutivo na análise das normas constitucionais em seu aspecto estático, foi aplicado o método indutivo na parte do trabalho em que foi necessária a análise de casos concretos.

No decorrer da pesquisa foi realizada uma revisão de bibliografia nacional e estrangeira.

A bibliografia estrangeira foi utilizada diante da insuficiência da doutrina nacional sobre o tema e para que fosse possível elaborar uma nova proposta para a dogmática jurídica nacional.

Importante ressaltar que o uso da bibliografia estrangeira se deu de forma crítica e sempre com análise do contexto nacional para verificação da validade da aplicação da doutrina e da jurisprudência estrangeiras ao sistema constitucional brasileiro.

A partir das análises descritas foi delimitado o objeto de estudo sob o enfoque dogmático, ou seja, foi estabelecido o conceito de silêncio constitucional, classificadas juridicamente suas categorias e definida sua função operativa no direito constitucional positivo brasileiro.

2. LINGUAGEM, SISTEMA CONSTITUCIONAL E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Este capítulo analisa a nova linguagem utilizada nas Constituições contemporâneas, uma linguagem de textura aberta que possibilita o desenvolvimento contínuo das normas jurídicas. É dado destaque para a identificação do silêncio constitucional como objeto dessa linguagem e a necessidade de sua interpretação.

Em seguida, é examinado o sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais exigido pelo paradigma do Estado Democrático de Direito diante da linguagem das Constituições, bem como a necessidade de sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação para viabilizar a aplicação do referido sistema de controle.

2.1 Linguagem e Constituição

Os sistemas constitucionais contemporâneos são, como regra, compostos por Constituições escritas. Até mesmo países que adotam o sistema da *common law* têm consagrado normas constitucionais em textos escritos, tal como ocorre com os Estados Unidos da América.

É certo, portanto, que o trabalho interpretativo da hermenêutica constitucional parte da análise de fórmulas linguísticas em busca de significados. Nesse sentido, ensina André Ramos Tavares ao apresentar a “formulação linguística como ponto inicial e limite externo da atividade interpretativa” (2018, p. 186).

Isso não significa, porém, que apenas enunciados expressos ou claramente escritos nas Constituições são objeto da interpretação, até porque não se confundem enunciados escritos com as normas jurídicas. Escreve José Joaquim Gomes Canotilho que “o facto de o texto constitucional ser o primeiro elemento do processo de interpretação-concretização constitucional (= processo metódico) não significa que o texto ou a letra da lei constitucional contenha já a decisão do problema”. E continua, para advertir que:

“(1) a letra da lei não dispensa a averiguação do seu conteúdo semântico; (2) a norma constitucional não se identifica com o texto; (3) a delimitação do âmbito normativo, feita através da atribuição de um significado à norma, deve ter em atenção elementos concretizadores relacionados com o problema carecido de decisão” (2003, p. 1.216)

Assim, as normas podem ser resultado da interpretação de qualquer dos elementos que formam o todo normativo do discurso constitucional. Díaz Revorio, ao aplicar a lição de Guastini, escreve que a disposição a ser interpretada pode ser compreendida em “cualquier enunciado que forma parte de un documento normativo del discurso de las fuentes, y norma, es decir, cualquier enunciado que constituya el sentido o significado adscrito a una o varias disposiciones o fragmentos de ellas” (2016, p.12).

E o discurso constitucional que adveio da evolução do constitucionalismo trouxe uma nova linguagem para as Constituições, tal como descreve Monica Herman Caggiano, uma linguagem que adota “uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta, preceitos não autoexecutórios (...) normas, por natureza, incompletas ou programáticas, invadiram o espaço constitucional” (2011, p. 17).

Referida textura diferenciada na construção das normas constitucionais traz consigo a indeterminação como característica necessária para possibilitar o desenvolvimento e evolução das Constituições diante de mudanças políticas, sociais, econômicas, dentre outras, que

ocorrem, no mundo atual, de forma cada vez mais rápida e fluída. Sobre o tema, Díaz Revorio escreve que “la auténtica especialidad de la interpretación constitucional consiste en que los mandatos constitucionales son susceptibles de desarrollo infinito”. E continua, “en ocasiones, esta ambigüedad se busca intencionalmente; a veces, los preceptos constitucionales son ‘fórmulas de compromiso que son precisamente expresión de la falta de acuerdo y que postergan la decisión’” (2016, p. 14).

Além do caráter aberto e da ambigüidade de muitos preceitos constitucionais apontados de forma intencional pelo constituinte para mitigar os conflitos pela falta de acordo no momento da elaboração da Constituição, o silêncio constitucional pode ser indicado como componente do caráter aberto das normas constitucionais e pode apresentar essa mesma finalidade. De fato, muitas vezes o constituinte prefere manter sem solução expressa determinada questão para que no futuro, sendo possível o acordo, seja dada a adequada solução.

Interessante destacar aqui, como exemplo, a análise contextual que realiza José Afonso da Silva, sobre o debate constituinte acerca da previsão expressa ou não do aborto na Constituição Federal de 1988:

“É outro tema controvertido que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intrauterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto” (2005, p. 203)

Nesse mesmo sentido, dentre as causas do silêncio constitucional, Martin Loughlin (2017) indica a elaboração de acordos tácitos em questões controvertidas. Michael Foley (2011), por sua vez, indica o silêncio constitucional como estratégia para manutenção da estabilidade do Estado.

É necessário, portanto, seja perante os enunciados escritos expressos, seja perante a abertura da norma por indeterminação ou pelo próprio silêncio, “densificar”, “concretizar” o espaço normativo da Constituição para sua efetividade, tal como escreve José Joaquim Gomes Canotilho sobre a “mediação do conteúdo semântico”: “densificar uma norma significa preencher, completar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos” (2003, p. 1.201).

Continua Canotilho ao afirmar: “considera-se como espaço de interpretação o âmbito dentro do qual o programa normativo (=medida de ordenação expressa através de enunciados linguísticos) se considera ainda compatível com o texto da norma” (2003, p. 1.203).

Talvez a interpretação dos espaços normativos derivados do silêncio constitucional seja um dos maiores desafios a serem enfrentados pela hermenêutica constitucional, seja pela dificuldade de delimitação do seu objeto dentro do “espaço de interpretação” compatível com o “programa normativo constitucional”, nas expressões de Canotilho, seja pelo risco ao Estado Democrático de Direito decorrente dessa dificuldade, especialmente no tocante à fluidez e indeterminação do conteúdo semântico desse objeto.

Com efeito, nas palavras de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “refletir sobre o silêncio e seu significado para o direito é tarefa que seduz e encanta, em que pese a dificuldade encontrada para desmistificá-lo e compreendê-lo” (2013, p. 55).

O desafio da interpretação dos espaços normativos derivados do silêncio constitucional se intensifica, pois a hermenêutica constitucional, como regra, tem como objeto de estudo os enunciados escritos, ou seja, aquilo que é dito pela Constituição e também os limites da interpretação são vinculados ao conteúdo semântico do texto constitucional expresso. Nesse sentido, prossegue Canotilho ao afirmar que:

“os aplicadores da constituição não podem atribuir um significado (= um sentido, conteúdo) arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o *dito* pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão). Isso significa que a tarefa da interpretação, linguisticamente considerada, é fundamentalmente a investigação do *dito* na lei constitucional (= indagação da *mens legis* da teoria objectiva na hermenêutica tradicional)” (2003, p. 1.208-1.209)

Porém, não se pode restringir a busca do significado normativo da Constituição apenas no exame de seu texto expresso, escrito e estático, sendo necessário ampliar o objeto de interpretação para uma adequada análise semântica.

A semântica pode ser definida como o estudo do significado e da interpretação do significado de um signo ou de uma frase em um contexto específico, bem como das mudanças que o sentido interpretado pode sofrer no tempo e no espaço. De acordo com esse conceito, pode-se dizer que a semântica do Direito é o estudo do significado das normas de um sistema jurídico inserido em um contexto social e temporal específico, por exemplo, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como a análise das eventuais mudanças do sentido de sua interpretação que podem ocorrer.

De fato, na interpretação não há um e apenas um significado fixo que pode ser extraído diretamente do texto constitucional literal e expresso ao longo do tempo, tal como alerta Gustavo Zagrebelsky:

“Pero sobre todo, ¿existe y existe siempre una y sola intención (si fueran dos, el tablero caería)? Y si existiera ¿cómo se podría reconstruir? ¿Las palabras que utilizamos, o que nuestros predecesores han utilizado, poseen un significado y

solamente uno? La idea de ir hacia atrás en el tiempo para establecer significados ciertos de los propósitos de los hombres o de sus palabras no haría otra cosa más que llevar hacia atrás en tiempo nuestras dudas y nuestros actuales contrastes, atribuyéndolos no a nosotros sino a nuestros predecesores. No favorecería de hecho la estabilidad y la certeza del derecho” (2006, p. 164)

Por isso, Gomes Canotilho adverte, em complemento à sua lição anterior, que do ponto de vista da linguística não é apenas o texto escrito e expresso que deve ser objeto de interpretação, mas a “interpretação semântica das formulações normativas do texto constitucional” em busca de significado da norma deve considerar o contexto-histórico social e a interpretação é condicionada por referido contexto, “pois efectua-se em condições sociais historicamente caracterizadas, produtoras de determinados ‘usos’ linguísticos, decisivamente operantes na atribuição do significado” (2003, p. 1.209)

Como exemplo da relevância do contexto para o entendimento da linguagem adotada pela Constituição, e, assim, para entender seus silêncios, há a análise feita por Luiz Alberto David Araújo e Antonio Moreira Maués sobre a “linguagem do não confronto” adotada pela Assembleia Constituinte para elaboração da Constituição de 1988. Com efeito, em razão do contexto de transição entre ditadura e democracia:

“Muitas vezes, quando a ausência de uma solução consensual na Constituinte tornava necessária a disputa pelo voto, os parlamentares deliberavam pela elaboração de uma futura lei, evitando decidir o conflito no âmbito da Constituição. As forças constituintes deixaram de se enfrentar em uma série de pontos importantes, jogando a decisão para uma futura e necessária lei. Ao fazer isso, pode-se afirmar, estávamos apenas adiando o conflito, usando a linguagem constitucional como uma forma de apaziguar os espíritos, tema que parecia necessário à época” (2016, p. 64)

Assim, considerado o contexto e a aplicação de uma “linguagem do não confronto” na elaboração da Constituição de 1988, é certo que o uso do silêncio constitucional para determinados temas controvertidos não deve ser considerado, de plano, a impossibilidade de reconhecimento posterior e via interpretação, de esse ou aquele direito, mas sim, deve ser considerado como uma abertura semântica proposital para futuros debates e interpretações dentro do “programa normativo constitucional”.

Importante destacar, em retorno às lições de Canotilho (2003, p. 1.209), que o autor utiliza o termo “expressão linguística” como objeto e espaço condicionante da interpretação e, simultaneamente, considera que referido espaço semântico pode alterar-se de acordo com o contexto enfrentado. Trata-se, efetivamente, de conceitos abertos. Parece o autor não considerar o silêncio constitucional como objeto da interpretação, porém, como será visto oportunamente, referido autor indica as hipóteses de silêncio constitucional como “lacunas constitucionais” passíveis de interpretação.

Vê-se que o silêncio constitucional é objeto da interpretação semântica (e é também uma expressão da comunicação e do discurso), tal como será amplamente analisado no decorrer do trabalho. A ideia de “lacunas” está ligada à hermenêutica jurídica clássica e necessita de uma atualização para a linguagem das Constituições.

2.2 Silêncio constitucional como objeto da interpretação

A análise da interpretação sob o enfoque do silêncio constitucional é recorrente no trabalho do constitucionalista americano Laurence H. Tribe em suas aulas na Harvard Law School (Advanced Con Law Seminar: “Constitutional Silences”, 2016a) e em suas obras “The Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of the Constitutional Silence” (1982) e “The Invisible Constitution” (2008)¹⁰.

Importante ressaltar que os casos enfrentados pelo STF no Brasil são semelhantes àqueles indicados por Laurence H. Tribe. De fato, nas obras antes citadas Tribe indica como silêncios constitucionais que a Suprema Corte americana tem evitado responder: o que constitui uma “pessoa” para a Constituição (por exemplo, para fins de aborto), o que define algo como “religião”, quais as ações militares o Presidente é proibido de tomar sem o consentimento do Congresso, se Estados podem recusar o reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo, se as ações afirmativas fundadas na raça permanecem permitidas, se a Suprema corte pode definir o devido processo legal do impeachment, se pode impor a execução de políticas públicas, etc.

Tribe (1982, p. 516) indica que a análise da sintaxe do silêncio constitucional, paradoxalmente, pode levar à construção de sons que alteram padrões antes predominantes na interpretação jurídica. Historicamente, entretanto, há resistência a tal ideia, em especial, ao se defender que a interpretação do silêncio constitucional e a construção de novos padrões sobre direitos, poderes ou até antigos privilégios, possa ser realizada pelo Poder Judiciário, que construiria essa nova mensagem jurídica¹¹.

Mencionada resistência continua mesmo com o desaparecimento da visão de que os tribunais, ao aplicar os princípios jurídicos, devem seguir a “verdade jurídica eterna” descoberta

¹⁰ Por não haver tradução da maioria das obras de Laurence H. Tribe para o português, as referências feitas por interpretação e tradução livres serão mantidas no original, em notas de rodapé para possibilitar a análise crítica pelos leitores.

¹¹ “there has been a longstanding resistance, as a matter of law, to the idea that legislative inaction or silence, filtered through a judicial stethoscope, can be made to sound out changes in the law's lyrics -altering the prevailing patterns of rights, powers, or privileges that collectively constitute the message of our laws”.

e declarada pelos legisladores e que emana da ideia de uma “onipresença sufocante” do contexto passado da *common law*¹². Com isso, o foco passa a ser a fundamentação da força moral da lei no processo positivo de sua produção, o devido processo legislativo. Porém, mesmo nessa segunda visão, as omissões da legislação não são aplicadas ou interpretadas como um substituto para disposições expressamente aprovadas, uma vez que ainda prevalece a ideia de que a legitimidade da lei deriva do seu devido processo de criação e da origem desse processo no governo ou no Poder Legislativo (2008, p. 12)¹³. Assim, limita-se a atividade interpretativa judicial à declaração e não se admite a criação do Direito senão pelo processo legal de criação da lei, cuja origem não tem participação do Poder Judiciário. Assim, prevalece a visão de que, ainda que não vinculada à vontade do legislador, a interpretação está subordinada às palavras utilizadas na lei (1982, p. 516-517)¹⁴.

Laurence Tribe (1982, p. 522-523) descreve que o fim da longa e histórica resistência à interpretação do silêncio tal como os enunciados positivados deriva da alteração de foco do Poder Judiciário, influenciado por duas questões: o reconhecimento da responsabilidade do Judiciário na solução dos casos de silêncio ou de inércia do Poder Legislativo (e não apenas declinar tal responsabilidade aos demais Poderes); e o reconhecimento de que qualquer texto legal pressupõe uma necessária indeterminação de suas palavras. Assim, além da interpretação restrita ou literal das palavras, o Poder Judiciário passa a examinar a própria “intenção” do

¹² A tradução do termo “brooding” utilizado por Tribe para se referir à onipresença pode ser feita também, a depender do contexto, como “inquietante”, “alarmante”, “reproadora”. Prefere-se, aqui, a tradução como “sufocante”, que melhor se aplica ao contexto descrito pelo autor de limitação que é imposta ao intérprete pelas “verdades jurídicas eternas” desveladas no contexto passado da *common law*.

¹³ Aqui vê-se a aproximação entre o sistema americano de *common law* com o sistema de *civil law*, com a preocupação em se justificar a legitimidade da lei ao processo de sua elaboração. Em outra obra, “The Invisible Constitution”, Tribe inclui o título “Remembering ours is a “written” Constitution” para esclarecer que a ideia de identificar aquilo que não é visto ou lido expressamente na Constituição não deriva do fato de ser o objeto de seu estudo um sistema de *common law*. De fato, lembra o autor que os Estados Unidos, diferentemente do Reino Unido, têm uma Constituição escrita e é exatamente o paradoxo em buscar aquilo que não está escrito expressamente em uma Constituição escrita é seu objeto de estudo: “So this is a book about what is ‘in’ the United States Constitution but cannot be seen when one reads only its text. This is, of course, a paradoxical subject, given the unquestionable importance of the written text. Much is made, and rightly so, of the United States having a single, uniquely identifiable, written Constitution. Its very writtleness makes our Constitution stand apart from what people mean when they speak, for instance, of ‘the constitution’ of a nation like the United Kingdom”.

¹⁴ “With the demise of the notion that legislators merely “discover” and “declare” eternal legal truths-and that courts merely apply legal principles that emanate from the “brooding omnipresence” of a background of common law - it would naturally be thought crucial to ground each law’s moral force largely in the positive process by which the law came to be. And, under any view of law that thus traces the legitimacy of legislation in significant part to what may be called “due process of lawmaking” - and that regards “legislative determination [as] provid[ing] all the process that is due” when government is “creat[ing] substantive [law]” - legislative omissions necessarily offer no substitute for duly enacted provisions (...) it seems axiomatic that the words of a statute-and not the legislators’ intent as such-must be the crucial elements both in the statute’s legal force and in its proper interpretation”.

legislador, seja por aquilo que foi expresso por suas palavras, seja por aquilo que foi expresso pelo seu silêncio¹⁵.

E aqui merece destaque o ponto de início dessa nova visão e sua forma de analisar a “intenção” do legislador. De fato, não se trata da intenção de cada um dos membros do Poder Legislativo no momento exato de elaboração, emenda e votação da lei, ou ainda, não se trata da intenção de cada um dos membros da Assembleia Constituinte no exato momento de elaboração e aprovação da Constituição¹⁶. Referido ponto de início da mudança ora analisada é a conclusão de que as palavras comunicam apenas no contexto cultural, social e político, ou seja, as palavras utilizadas na lei e na Constituição e que expressariam a “intenção” do legislador devem ser interpretadas naquilo que dizem ou se omitem de acordo com referidos contextos. As palavras e silêncios da lei e da Constituição são apenas sinais das ideias que refletem referida “intenção”, nas palavras de Tribe (1982, p. 523), são como janelas para os pensamentos da época em que surgiram¹⁷.

Este é o ponto em que fica invertida a visão positivista e passa-se a examinar as palavras e as lacunas legislativas como evidências do que o Poder Legislativo queria e não exatamente o que ele disse. Sobre o tema, Diáz Revorio escreve que:

“desde mi punto de vista, el hecho de que la Constitución acoja determinados valores y principios fundamentales supone el rechazo del positivismo teórico más estricto y tradicional, que permanece ciego a todo contenido que al menos parcialmente trascienda al derecho —lo que sucede con los valores—; y que al menos originariamente consideraba que los valores y principios, con sus aspiraciones ético-políticas, escondían un vacío jurídico de manera que no debían ser acogidos por el derecho y, si lo eran, esas fórmulas carecían de todo significado, o incluso distorsionaban el ordenamiento. Sin embargo, es cierto que determinadas corrientes positivistas han ido admitiendo la inclusión de valores en los textos jurídicos” (2018, p. 261-262).

Assim, antes de ser uma moldura que restringe a interpretação, as palavras e silêncios são evidências para início de uma busca mais completa sobre as razões da criação da lei e da Constituição, bem como para identificar se, diante do contexto atual, aquela “intenção” inicial do legislador tornou-se obsoleta. Uma vez mais nas palavras de Tribe (1982, p. 523), as leis e a Constituição seriam como peças de um quebra-cabeça jurídico, peças que os juízes poderiam

¹⁵ “Whether inspired by a desire to avoid such doctrinal dead ends, by a wish to disclaim responsibility, or by a “realism”- based appreciation for the necessary indeterminacy of any enacted text, the persistent judicial focus on what Congress might have wanted, as revealed by its words or its silences, represents a seemingly decisive defeat for the longstanding resistance to giving legislative effect to anything short of positive enactments”.

¹⁶ Por isso o uso do termo “intenção” entre aspas para não se identificar como aspecto ligado a determinada ou determinadas pessoas ou entes personificados.

¹⁷ “From seeing that words - including the words appearing in statutes and constitutions - communicate only in cultural, social, and political context, it has been only a short (if misguided) step to treating what those words say and what they omit as merely signs of the ideas and desires that inspired their use-as windows into the thoughts of the time in which they emerged”.

reordenar para readequação para o atual contexto. Por fim, o autor indica que, levada essa visão à sua forma mais extrema, ela incorpora as leis ao modelo de *common law*¹⁸. E, pelos mesmos argumentos, pode-se analisar tal visão como uma forma de incluir uma visão de *common law* em um sistema de *civil law*.

Diante da necessidade de análise não só do texto, mas também do contexto, fica patente nas lições de Laurence Tribe (1982, p. 523-524) que o silêncio deve ser analisado como fonte do Direito. Com efeito, ao fazer parte do discurso, o silêncio também faz parte do contexto. E, sendo assim, o autor propõe a elaboração de uma gramática (uma “sintaxe do não dito”) sobre como o silêncio pode ou não pode operar na interpretação do Direito.

O exame da “sintaxe do não dito” elaborada por Tribe será feito no momento oportuno do trabalho, sendo, por ora, importante deixar pontuado, uma vez mais, que o silêncio também é objeto da interpretação constitucional.

2.3 O Direito e a Constituição como sistemas

Como visto, a interpretação dos espaços normativos derivados do silêncio constitucional é um dos maiores desafios a serem enfrentados pela hermenêutica constitucional, seja pela dificuldade de delimitação do seu objeto, seja pelo risco decorrente dessa dificuldade, especialmente no tocante à fluidez e indeterminação do conteúdo semântico desse objeto.

Um primeiro passo essencial para instrumentalizar a hermenêutica constitucional no enfrentamento desse desafio é a análise do Direito e da Constituição como sistemas. Com efeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior esclarece a importância de se estudar o Direito como sistema, pois “a ideia de sistema permite traçar esses contornos, posto que sistema implica a noção de limite, esta linha diferencial abstrata que nos autoriza a identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora” (2007, p. 178).

Ao tratar das diversas concepções do termo “sistema”, Norberto Bobbio (2014, p. 82-84) adverte que referido termo é um daqueles termos com vários significados e que podem ser utilizados segundo a conveniência de quem os aplica.

¹⁸ “Such treatment obviously inverts the positive-enactment view by describing the words of a statute-or the gaps in those words-as only “the best evidence of what Congress wanted,” making what Congress wanted the very object of our search rather than merely the frame for our understanding of what Congress said.” In its most extreme form, such treatment subsumes statutes within the common law model, viewing legislative enactments as mere pieces of a legal puzzle -pieces judges may feel free to rearrange as they “discern” that what lawmakers once assumed or wanted has since grown obsolete”.

Dentre tais significados, Bobbio ressalta três deles que extrai do histórico da Filosofia do Direito:

a) “Sistema” baseado em um “sistema dedutivo”:

“Nessa acepção, diz-se que um ordenamento é um sistema desde que todas as normas jurídicas daquele ordenamento sejam derivadas de alguns princípios gerais (dito de outra forma, ‘princípios gerais do direito’), considerados do mesmo modo que os postulados de um sistema científico”

b) “Sistema” baseado em um “sistema indutivo”:

“o termo ‘sistema’ é usado, ao contrário, para indicar o ordenamento da matéria, realizado o procedimento indutivo, isto é, partindo do conteúdo das normas singulares com o objetivo de construir conceitos sempre mais gerais, classificações e divisões da inteira matéria: a consequência dessas operações será o ordenamento do material jurídico (...) O procedimento típico dessa forma de sistema não é a dedução, mas a classificação. O seu escopo não é desenvolver analiticamente, mediante regras preestabelecidas, alguns postulados iniciais, mas sim reunir os dados fornecidos pela experiência com base na semelhança para formar conceitos generalíssimos que permitam unificar todo o material dado”

c) “Sistema” como uma “totalidade ordenada”

“O terceiro significado de sistema jurídico é, sem dúvida, o mais interessante, e é aquele sobre o qual nos deteremos neste capítulo: diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. ‘Sistema’ aqui equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas do ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é a relação de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade”

Norberto Bobbio (2014, p. 77), em uma visão positivista, adota a terceira concepção de “sistema” em sua obra. Em resumo, considera que o ordenamento jurídico constitui um sistema pois suas normas devem estar em relação de coerência e devem ser buscadas as condições que tornem possível essa relação de coerência.

Quanto às Constituições, porém, é necessária a conciliação entre a primeira concepção de sistema – ligada aos princípios – e a terceira concepção – ligada à coerência, diante da natureza principiológica das normas constitucionais mais modernas.

Nesse sentido, Ronald Dworkin (1986, p. 11) traz uma concepção de Direito construído através da interpretação. Princípios morais adotados pelo Direito direcionam o aplicador na prática construtiva via interpretação fundamentada na argumentação. Para manter a coerência do sistema construído da forma citada, Dworkin traz a ideia de “integridade”, ou seja, não se trata de um Direito criado livremente, mas sim de um Direito construído pela interpretação fundamentada, justificada nos princípios morais que mantém a coerência do sistema.

Sobre o tema, Marcelo Figueiredo demonstra a relação entre a adoção da “moral social” pelo Direito, a existência “normas em branco” e a possíveis “limites implícitos” ao exercício

de direitos na Constituição. Com efeito, ao dissertar sobre as “normas constitucionais advindas da moral social para a ordem jurídica”, escreve:

“Ainda no aludido grupo que denominamos precariamente de ‘moral social’ identificamos a existência de ‘normas em branco’. Pretendemos com tal conceito sugerir a existência de normas morais que transpassam o universo social para o mundo jurídico. Ou, de revés, são recepcionadas ou ‘aceitas’ pelas normas jurídicas, que delas se valem para condicionar, restringir ou regular alguns direitos” (2003, p. 17-18)

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho e até porque seria impossível fazê-lo nesta fase da pesquisa pela complexidade do tema, é de importância ímpar o estudo da influência dos valores e da moral na interpretação do silêncio constitucional, especialmente nos casos das designadas “normas em branco” indicadas pelo autor.

Por agora, restringe-se o trabalho a apresentar uma terceira via de interpretação da Constituição como sistema, não tão estritamente relacionada à coerência lógica dos positivistas, nem tão aberta quanto à Teoria dos valores morais. Referida via pode configurar um normativismo moderado ou um positivismo reflexivo, que adotam tanto métodos da interpretação clássica quanto a argumentação jurídica na busca da orientação da discricionariedade judicial.

Claus-Wilhelm Canaris (2002, p. 18-20) pode ser essa terceira via interpretativa entre a visão positivista de Bobbio e a visão de construção do Direito pela interpretação de Dworkin.

Ao partir da jurisprudência dos valores, Canaris admite a abertura do sistema jurídico e reconhece a normatividade dos princípios ao mesmo tempo em que propõe um controle da racionalidade das decisões judiciais, em especial diante de um texto não preciso ou com lacunas. O sistema jurídico, assim, não seria apenas um conjunto ordenado de normas jurídicas, mas também um sistema de controle e orientação da aplicação do direito.

Para tanto, Canaris propõe um sistema jurídico que apresenta ordenação e unidade internas decorrentes da ideia de Igualdade. Assim, o sistema apresentaria: a) ordenação, que significa a aplicação do Direito de forma igual para iguais e diferente para os desiguais, na medida das desigualdades; b) unidade, no sentido de coerência, não contradição da ordem interna e uniformização das decisões judiciais.

Por fim, Claus-Wilhelm Canaris admite, diante da abertura do sistema jurídico, a mutabilidade do direito, pelo surgimento de novos princípios dentro do próprio sistema, ainda que influenciado por um Direito consuetudinário. Assim, a jurisprudência não cria Direito novo, mas tem legitimidade para realizar a descoberta de novos princípios por influência do Direito consuetudinário.

Diante dos pressupostos analisados (ordenação e unidade ou coerência), Elival da Silva Ramos (2015, p. 321) entende que Canaris mantém uma concepção sistêmica do Direito pela sua vinculação à igualdade formal e à segurança jurídica, apesar de ser uma concepção relativizada por certo abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica.

Referido abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica é intensificado nas Constituições modernamente compostas por normas principiológicas, mais abrangentes, portanto, pode-se falar também em um sistema constitucional.

Porém, em retorno às concepções de sistema trazidas por Bobbio, para a adequada conciliação entre as concepções de sistema por coerência e sistema por princípios, é imprescindível a existência de balizas, critérios de aplicação dos princípios (especialmente em casos de silêncio constitucional), tal como proposto por Claus-Wilhelm Canaris, para que não haja lesão ao Estado Democrático de Direito.

2.4 Controle da racionalidade das decisões no Estado Democrático de Direito

Dalmo de Abreu Dallari (2016, fls. 201) formula indagação cuja resposta considera fundamental para o Estado Democrático de Direito: a Constituição “poderá ser ainda, no início do século XXI, o instrumento político-jurídico ideal para a limitação do poder e a garantia dos direitos?”

Continua Dallari em retrospectiva histórica que parte da concepção de Constituição como expressão de liberdade e de garantia dos direitos individuais, mas com eficácia jurídica limitada pois, se é eficaz como limitadora dos poderes e garantia contra violações de direitos, não apresentava força a efetivação dos direitos.

Apona, ainda, que a partir da aprovação, em 1948, da Declaração Universal de Direitos Humanos, há uma nova fase na história do Constitucionalismo, em especial pela ampliação do papel do Estado, agora para assumir a criação de condições para efetivação dos direitos.

E, ao chegar aos dias atuais na evolução descrita, concluiu Dallari que o Poder Judiciário “passou a ser muito mais do que um garantidor do respeito à legalidade estrita, para ser, em muitos casos, um complementador das normas constitucionais, visando dar-lhes efetividade”.

Marcelo Figueiredo, ao dissertar sobre o “novo” direito constitucional, chega à conclusão semelhante à de Dallari acerca do novo modelo de Constituição e dos novos papéis

dos poderes do Estado, em especial da nova racionalidade das decisões do Poder Judiciário. Merece destaque o entendimento do autor sobre a tendência de aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*:

“Verifica-se que o assim chamado “novo” direito constitucional brasileiro se funda, portanto, na dupla constatação de que, após a Constituição de 1988, a redemocratização do país e a sua consequente reinstitucionalização se deram no âmbito de uma mudança de paradigma. Os pilares bem-marcados desse edifício institucional são: a) a força normativa da Constituição, com a busca de efetividade de suas normas e b) o desenvolvimento de uma dogmática constitucional fundada em princípios. Nesse contexto, a antiga contraposição entre a jurisprudência do *code based legal systems* (vinculada ao princípio da legalidade) e a jurisprudência do *judge-made Law* está cada vez menos importante. Parece não ser mais correta a assertiva segundo a qual existiria uma incompatibilidade visceral entre os dois sistemas. Nota-se uma certa tendência de aproximação entre o assim chamado *common Law* e a tradição do *civil Law*” (2009, p. 67)

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 129-130) ensina que a ideia de contrapor legislação negativa e positiva (e reservar apenas a primeira ao Poder Judiciário) só teria sentido diante dos direitos fundamentais clássicos ou negativos e diante de uma concepção estanque de separação dos poderes já ultrapassada. Conclui, portanto, que “se a constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?”.

Diante de tais lições, entende-se que há um novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, ligado à efetividade das normas constitucionais e à transformação da realidade.

É certo, porém, que tais papéis de “complementador das normas constitucionais” e de poder responsável pela efetividade das referidas normas atribuído ao Judiciário faz reviver, agora para a fase de aplicação e interpretação do Direito, a advertência de Ferdinand Lassalle no sentido de que quando a Constituição escrita “não corresponder à real, irrompe inevitavelmente o conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constrição real das verdadeiras forças vitais do país” (2016, p. 47).

Com efeito, o novo paradigma aqui tratado, se exercido sem as adequadas limitações e os devidos controles, pode ensejar um descompasso entre o que previu a Constituição Federal de 1988 e o que é realmente concretizado pela interpretação da Constituição por pressão de forças sociais em conflito.

Monica Herman Caggiano (2011, p. 5) analisa referido risco no âmbito do denominado “neoconstitucionalismo”¹⁹, descrito pela autora como um “atual movimento doutrinário que advoga no sentido da busca dos valores que inspiram o ideal constitucional, ainda que ao arpejo do texto escrito da Norma Fundamental”. E continua referida autora, no sentido de que este descompasso entre concretização de valores por via interpretativa em detrimento do texto escrito da Constituição contraria o princípio da segurança jurídica e a democracia.

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Moraes (2014, p. 183) descrevem, no contexto ora analisado, a existência de uma “crise constitucional (institucional)”, na qual a Constituição é submetida a um jogo de tensões e poderes, com risco de sua transformação em programa de governo ao contrário de submeter o poder a ela e, assim, o poder se constitucionalizar, colocando em prática o conteúdo constitucional.

Com efeito, os fatores reais do poder podem atuar tanto na efetivação do paradigma constitucional de 1988, como na desconstrução do referido paradigma.

Neste mesmo sentido, André Ramos Tavares (2011, p. 157-159), ao escrever sobre o papel central dos direitos fundamentais na legitimação da Justiça Constitucional, demonstra que os direitos fundamentais são utilizados em discursos opostos, seja para legitimar a atuação mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional, seja para indicá-los como obstáculo que afasta a atuação legítima da Justiça Constitucional, diante da abertura semântico-material desses direitos. Em seguida, adverte Tavares que um avanço da atuação da Justiça Constitucional dentro da segurança democrática pressupõe uma consolidação dos seus métodos de trabalho, especialmente em casos de normas ambíguas e vagas comumente encontradas nos direitos fundamentais.

Há, inclusive, Constituições de países como Portugal, Espanha, Alemanha e Polônia, citadas por Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 25-26), que possuem dispositivos expressos que asseguram o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais contra restrições, que seriam justificáveis apenas e no limite do necessário ao Estado Democrático de Direito.

Neste movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, em muito promovido pelo conteúdo indeterminado das Constituições modernas (valores, princípios e direitos fundamentais), Marcelo Figueiredo (2019, p. 399) adverte sobre o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo que poderia colocar

¹⁹ Apesar das críticas que conceitos como “neo”constitucionalismo podem sofrer por não identificarem uma efetiva “nova” realidade, mas sim uma nova fase de uma realidade, de um movimento já existente (como o constitucionalismo), decide-se por manter a expressão por se tratar de termo utilizado pela própria autora citada.

em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição Federal e diminuir o processo de participação e soberania popular.

É certo, porém, que também não se mostra compatível com o atual estágio do constitucionalismo uma visão formalista ou de retorno cego ao positivismo, sendo necessário conciliar as teses para melhor atendimento das finalidades constitucionais.

Gustavo Zagrebelsky, ao analisar a discricionariedade judicial em contraposição com a restrição ou impedimento políticos da interpretação da atividade judicial na Itália demonstra não ser esse último o caminho adequado para o equilíbrio:

“¿Pero se puede combatir los pretendidos excesos discrecionales cristalizando al mismo tiempo la interpretación constitucional? No, no se puede. La discrecionalidad es un dato irremontable. La mejor prueba está en los proyectos de reforma que, como el discutido en Italia en estos últimos años, intentan redefinir el papel de la Corte basándose sobre esta lógica: estamos en contra de la discrecionalidad pero, ya que no la podemos eliminar, entonces al menos que se oriente según las expectativas políticas, modificando con este objetivo sus equilibrios internos. De este modo, sin embargo, se refuerza el defecto, golpeando a la justicia constitucional en su punto esencial: la autonomía de la política. De esta manera podemos ver que la alternativa realista no es entre constitución fija o cristalizada y constitución viviente, sino entre cortes autónomas y cortes alienadas” (2006, p. 163)

Como proposta de equilíbrio, ao tratar dos limites do poder criativo da Jurisdição Constitucional e do ativismo judicial, Elival da Silva Ramos (2015, p. 66) defende um positivismo reflexivo e integral no qual, desde que observados certos limites e condições, possam ser completados os espaços deixados em aberto pelo legislador através de processos interpretativos que considerem os valores fundamentais da pessoa humana reconhecidos em determinada sociedade.

2.5 A necessária sistematização do silêncio constitucional

Conclui-se, portanto, que a aplicação de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito, especialmente diante da atual linguagem das Constituições.

Mas como, então, fazê-lo frente às hipóteses de silêncio constitucional?

Humberto Ávila (1999, p. 154), ao enfrentar o desafio de definir o Dever de Proporcionalidade, algo tão vago quanto o silêncio constitucional, ensina que institutos dessa natureza devem ser diferenciados quanto a outras categorias, com as quais não se identificam, para que lhes sejam atribuídos significado normativo autônomo, uma vez que há conceitos diversos referentes a fenômenos normativos diferentes. Continua Ávila no sentido de que

definir adequadamente tais institutos deve permitir que sua interpretação tenha referência ao ordenamento jurídico e para sua aplicação haja critérios racionais e intersubjetivamente controláveis. Em conclusão, Humberto Ávila (1999, p. 178-179) escreve que “quanto mais consistentes forem as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica” e, continua o autor “um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto mais específicas forem as conexões entre os seus elementos, maior o número de conceitos gerais que possam explicá-lo e maior o número de casos que abranger”.

Assim, a adequada sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação, com a delimitação de seu conceito, suas categorias e sua função operativa no sistema constitucional, pode apontar os instrumentos e a mecânica que possibilitam ao Judiciário garantir a democracia e a segurança jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição.

3. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Identificado o problema em hipótese e suas decorrências frente ao paradigma do Estado Democrático de Direito, neste capítulo será examinado se há, na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a aplicação do já referido sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais em casos concretos cuja interpretação passa pela análise do silêncio constitucional.

Na pesquisa da jurisprudência do STF realizada foram encontradas duas teorias que envolvem a aplicação e interpretação das normas constitucionais diante do silêncio da Constituição: a Teoria do silêncio eloquente e a Teoria dos poderes implícitos.

Ambas as teorias detêm em sua base fundamental a presença do silêncio constitucional. Porém, interessante notar que, aparentemente, as referidas teorias levam a efeitos opostos na consideração do silêncio constitucional, ou seja, enquanto o silêncio eloquente proibiria a interpretação ampliativa, o mesmo silêncio seria requisito para ampliação de poderes com o reconhecimento de poderes implícitos noutro caso.

Passa-se a estudar ambas as teorias, com o objetivo de verificar se elas estabelecem uma adequada sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação, com a delimitação de seu conceito, suas categorias e sua função operativa no sistema constitucional²⁰.

3.1 Teoria do silêncio eloquente

Uma primeira categoria de silêncio constitucional encontrada na jurisprudência do STF é o silêncio eloquente, dito como aquele silêncio intencional da Constituição e que impede a interpretação extensiva da norma para casos não previstos expressamente por ela.

Em um julgado paradigmático, o Ministro Moreira Alves deixa clara a distinção entre lacuna e silêncio eloquente e a impossibilidade de se estender a aplicação da norma constitucional diante desse silêncio:

“O acórdão recorrido, seguindo a orientação que se tornou dominante no Tribunal ‘a quo’, deu pela competência, no caso, à Justiça do Trabalho, por aplicação analógica de uma das alterações que o art. 114, da Constituição Federal introduziu na competência daquela Justiça: a de que lhe compete o julgamento dos litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. Sucede, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam” “silêncio eloquente” (*beredtes Schweigen*), que é o silêncio que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia” (STF, 1991, p. 1 do voto)

Ao analisar a hipótese de silêncio eloquente, Hélio Silvio Ourém Campos (2011, p. 344) defende que nem sempre uma aparente incompletude pode ser categorizada como uma lacuna, pois “o silêncio pode haver sido pretendido, não havendo que se falar em omissão contrária ao plano regulativo constitucional”. E continua referido autor (2011, p. 345), no sentido de que a tentativa de colmatação de lacuna em caso em que o silêncio da Constituição é eloquente é ato inconstitucional, arbítrio e usurpação do poder constituinte. Em resumo, são suas lições:

“É preciso frisar que o silêncio produz efeitos jurídicos a depender do contexto em que esteja inserido. O silêncio poderá ser intencional quer porque a matéria deva ser remetida ao legislador, de modo a permitir a intensificação das lutas políticas; quer porque, realmente, nada deva ser dito (...) É de insistir, portanto, que, em se tratando das normas constitucionais, tenho como possível o silêncio eloquente (não disse porque não quis dizer), e encontro como o meio mais adequado para uma possível colmatação de lacunas o espaço reservado para a Emenda Constitucional” (2011, p. 345-346)

²⁰ No presente capítulo há citações de diversas passagens dos julgamentos analisados, muitas vezes com longos trechos literais. Apesar disso, num primeiro momento, deixar a leitura e análise um tanto cansativa (até mesmo do ponto de vista da estética e dinâmica do texto), entendeu-se que tal modo de citação melhor atende o compromisso com a fidelidade com a argumentação e o raciocínio dos Ministros do STF. Por exemplo, há trechos de debates orais em que os Ministros fazem apartes durante a manifestação dos demais e, assim, buscar reduzir tais debates à descrição do intérprete que elabora o presente trabalho poderia prejudicar a análise crítica dos julgamentos.

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 91) incluí a hipótese de silêncio eloquente como espécie de lacuna, ao indicar que “lacuna constitucional” seria sinônimo de expressões como “vazio constitucional”, “omissão” ou “campo em branco”, que seriam distintas de uma “lacuna constitucional necessária”, esta sim hipótese de silêncio. É certo que a classificação do silêncio eloquente feita como lacuna necessária não altera a consequência prática de sua classificação independente, ou seja, tanto o silêncio eloquente como a lacuna necessária impedem a atuação extensiva do intérprete.

Apesar disso, conforme Lacerda e Sá Müller (2016, p. 114), do ponto de vista teórico e valorativo, o caso de “lacuna constitucional necessária” melhor seria categorizado como silêncio eloquente, uma vez que as normas constitucionais apresentam natureza política e não podem suas omissões serem tratadas como lacuna normativa própria, pois “o constituinte optou por deixar de fora da Carta Maior disposições, as quais, por essa razão, não podem ser supridas pelos juízes. Não se pode criar direitos discricionariamente, pois isso violaria a exigência de integridade”.

Como será visto oportunamente, o presente trabalho propõe que a categorização do silêncio constitucional como lacuna adota uma visão da hermenêutica jurídica clássica que, apesar de auxiliar na elaboração de uma Teoria do silêncio constitucional, é insuficiente para sistematizar o tema diante das peculiaridades da linguagem e do discurso constitucional contemporâneo.

O silêncio eloquente também foi analisado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, que discute o aborto do feto anencefálico. Em resumo, a discussão do caso envolve o reconhecimento de hipótese autorizativa de aborto não reconhecida expressamente na Constituição ou na lei infraconstitucional.

Em seu voto, o Ministro Lewandowski deixa claro que, apesar de ser legítima a técnica de interpretação ampliativa conforme a Constituição, não cabe à interpretação trazer conclusão contrária à expressão literal de lei, bem como o intérprete não pode substituir a vontade do legislador:

“Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele” (STF, 2012, p. 7 do voto)

O Ministro Marco Aurélio por seu turno, sem mencionar o silêncio eloquente, defende raciocínio próprio desta categoria ao indicar que não caberia ao magistrado incluir hipótese “que fora excluída de forma propositada pelo legislador”:

“O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador” (STF, 2012, p. 11 do voto)

O voto do Ministro Gilmar Mendes acolhe as ideias anteriores (limites da interpretação no texto literal da lei e na vontade do legislador) e vai além, ao indicar que não se pode alterar o significado do texto, de modo a acarretar mudança radical da ideia inicial do legislador. Porém, admite que tal fato ocorre, especialmente quando tais limites são imprecisos, com indeterminação semântica:

“Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, porém, a interpretação conforme à Constituição conhece limites. Eles resultam tanto da expressão literal da lei quanto da chamada vontade do legislador. A interpretação conforme à Constituição é, por isso, apenas admissível se não configurar violência contra a expressão literal do texto e não alterar o significado do texto normativo, com mudança radical da própria concepção original do legislador. Assim, a prática demonstra que o Tribunal não confere maior significado à chamada intenção do legislador, ou evita investigá-la, se a interpretação conforme à Constituição se mostra possível dentro dos limites da expressão literal do texto. Muitas vezes, porém, esses limites não se apresentam claros e são difíceis de definir. Como todo tipo de linguagem, os textos normativos normalmente padecem de certa indeterminação semântica, sendo passíveis de múltiplas interpretações (...) A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto” (STF, 2012, p. 28-29 do voto)

Também no caso em que se discutiu a pesquisa científica com células troncos o Ministro Ayres Britto, relator da ADIN nº 3.510, admitiu a relativização da ideia de silêncio eloquente, ao defender que a Constituição, ao tratar do direito à vida o fez de forma a deixar ao intérprete a decisão sobre quais “aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo direito infraconstitucional e em que medida”:

“Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do *homo sapiens*, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida” (STF, 2008, p. 13-14 do voto)

Vê-se que apesar da Constituição reconhecer o direito à vida no artigo 5º, nada diz sobre o direito (ou proibição) ao aborto em casos gerais (proibição ou autorização gerais) ou em casos específicos (por exemplo, de diagnóstico de feto anencefálico²¹ ou da gestação anterior à 12ª semana²²).

Nos votos dos Ministros do STF é possível encontrar a indicação de que há, nesse caso, um silêncio constitucional eloquente com a intenção de proibir o aborto, bem como a conclusão contrária, de que existe uma lacuna ou um espaço aberto para interpretação.

O silêncio eloquente também foi abordado na ADIN nº 4.277, sobre constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. No caso, a Constituição usa os termos "homem" e "mulher" quando se refere à família, ao casamento e à união estável²³. Silenciou, porém, sobre a união de pessoas do mesmo sexo.

Aqui também o Ministro Gilmar Mendes levanta a questão da (i) legitimidade de a Corte Constitucional realizar interpretação contra texto expresso da Constituição e, com isso, incluir na norma situação não prevista originalmente por ela:

“A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado: ‘§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso” (STF, 2011, p. 4-5 do voto)

O Ministro Marco Aurélio, porém, nesse caso, ao contrário do que defende no caso do aborto, admite que apesar da norma constitucional expressa, o silêncio quanto às demais situações não as excluiriam: “sim, sem cláusula excludente de outra situação” (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes).

Em complemento, o Ministro Luiz Fux indica a possibilidade de referida interpretação não se restringir ao exame de uma regra isolada, mas também abarcar a análise por meio dos princípios constitucionais: “Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do artigo 226” (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes).

²¹ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

²² Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.

²³ Artigo 226, da Constituição Federal.

E, apesar de reconhecer a possibilidade de interpretação por princípios, o Ministro Gilmar Mendes retoma no debate a ideia de silêncio eloquente, a exigir coerência com outros julgados que o haviam reconhecido e a declarar o risco do arbítrio a deslegitimar a Corte Constitucional:

“O que leva, portanto, alguns a entenderem, aqui, menos do que um silêncio, um claro silêncio eloquente, no sentido de vedar essa consequência, que também não é a consequência inevitável, tal como sabemos em vários outros casos em que nós fizemos a interpretação. Mas, também parto dessa premissa, tal como já assentei, de que aqui há outros direitos envolvidos, direitos de perfil fundamental associado ao desenvolvimento da personalidade, que justificam e justificariam a criação de um modelo idêntico ou semelhante àquele da união estável para essas relações existentes, com base já no princípio da igualdade, já no princípio da liberdade, já no princípio da não discriminação por razão de opção sexual. Daí decorre, então, um dever de proteção. Mas é preciso dizer isso de forma muito clara, sob pena de cairmos num voluntarismo e numa interpretação ablativa; quando nós quisermos, nós interpretamos o texto constitucional de outra maneira. Não se pode atribuir esse arbítrio à Corte, sob pena de nos deslegitimarmos” (STF, 2011, p. 6-7 do debate no seu voto)

Em contraposição, o Ministro Marco Aurélio rebate a categoria do silêncio eloquente e indica uma prevalência dos princípios constitucionais sobre ele, em especial o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a finalidade constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários, razão pela qual estaria afastado, no caso, o silêncio eloquente²⁴:

“Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários” (STF, 2011, p. 14-15 do voto)

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello acompanha o raciocínio do Ministro Marco Aurélio e fundamenta seu entendimento no afastamento, no caso, de uma lacuna voluntária ou consciente de caráter axiológico, as quais identifica como silêncio eloquente:

“De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido. Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a

²⁴ Na Espanha, segue essa mesma linha de raciocínio María Martín Sánchez: “En primer lugar y como presupuesto previo a la determinación de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, hemos llegado a la conclusión de que la orientación sexual ha de considerarse una causa prohibida de discriminación equiparable a las expresamente prohibidas del artículo 14 del Texto Constitucional. Esta equiparación exige la aplicación del test estricto de razonabilidad a las medidas diferenciadoras en razón a dicha causa, dificultando en gran medida la constitucionalidad de las medidas diferenciadoras por orientación sexual. Dicha equiparación con las causas expresamente prohibidas viene exigida por la jurisprudencia” (2008, p. 233).

existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, 'Teoria do Ordenamento Jurídico', p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de 'silêncio eloquente', capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, 'como entidade familiar' (CF, art. 226, § 3º)" (STF, 2011, p. 19 do voto)

Vale ressaltar, porém, que apesar dos argumentos lançados sobre o silêncio eloquente e a literalidade do texto normativo, os resultados finais destes casos foram a favor da interrupção da gravidez em situações de anencefalia, a favor da pesquisa com células troncos, bem como foi reconhecida a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

E isso demonstra ausência de uniformidade metodológica e de categorias, ou seja, ora identifica-se o silêncio como eloquente e afasta-se a extensão interpretativa, ora os princípios e a interpretação evolutiva afastam a aplicação do silêncio eloquente, inclusive com fundamento em Norberto Bobbio (2014, p. 133), citado pelo Ministro Celso de Mello, apesar do autor italiano não admitir o preenchimento de lacuna ideológica ou axiológica pelo Poder Judiciário.

Com efeito, o tema trata da evolução do conceito lacunas, sendo que Bobbio chega ao conceito de "lacuna ideológica" (em contraposição às "lacunas reais"), ou seja, a ausência de uma solução satisfatória, justa, apesar da existência de norma regulamentadora do caso, uma conclusão que decorre do confronto de como o ordenamento jurídico é e de como ele deveria ser. Porém, quanto às lacunas ideológicas, adverte Bobbio:

"Ora, no que diz respeito ao direito positivo, se é óbvio que todo ordenamento tem lacunas ideológicas, é igualmente óbvio que as lacunas com que se deve preocupar aquele que é chamado a aplicar o direito não são as lacunas ideológicas, mas as reais. Quando os juristas sustentam, a nosso ver de maneira equivocada, que o ordenamento jurídico é completo, ou seja, não tem lacunas, referem-se às reais, não às ideológicas" (2014, p. 133)

Lacerda e Sá Müller (2016, p. 108), ao tratar das lacunas constitucionais e aplicar a ideia de integridade do Direito ao caso da união homoafetiva, seguem o mesmo raciocínio de Bobbio, ao defender que diante de lacunas, compete ao Poder Judiciário o seu preenchimento por meio da dogmática hermenêutica, porém, esta competência extraída com fundamento no artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não se aplica às chamadas lacunas ideológicas, apenas às lacunas reais. De fato, ao criticar a decisão do STF sobre a união de pessoas do mesmo sexo, Lacerda e Sá Müller defendem que não compete ao Poder Judiciário o preenchimento de lacunas ideológicas (2016, p. 113).

Importante ressaltar aqui que não é objeto deste trabalho adentrar ao mérito das decisões, ou seja, debater se são juridicamente corretas ou não as decisões tomadas quanto ao aborto do feto anencefálico, à pesquisa com células troncos ou ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

O que se busca aqui é apontar a ausência de uniformidade metodológica e de categorias bem definidas da hermenêutica, o que, como já visto, pode levar à construção ou desconstrução do paradigma constitucional, ou seja, pode levar tanto à garantia e efetividade dos direitos fundamentais em questão como pode ser um obstáculo para exercício a tais direitos com o decorrer do tempo. Nesse mesmo sentido ensina Gustavo Zagrebelsky:

“Los tiempos pueden cambiar y la reinterpretación puede ser invocada para limitar derechos, y viceversa, el significado originario puede ser útil a quien resiste el intento de limitación (pensemos en la actitud de las cortes contra la legislación antiterrorismo). Em suma, la dirección no está de echo asegurada. No es ésta, por tanto, una cuestión de política judicial y, menos todavía, de derecha e izquierda. Es un tema de teoría de la interpretación y de la constitución” (2006, p. 164)

Com efeito, o risco da ausência de uniformidade metodológica e de categorias bem definidas da hermenêutica, tal como descrito no contexto acima, é a insegurança causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes.

3.2 Teoria dos poderes implícitos

A Teoria dos poderes implícitos indica que, ao atribuir expressamente uma competência, a Constituição concede, ainda que implicitamente, os meios necessários para o exercício desta competência.

Trata-se de Teoria que surgiu nos Estados Unidos pela interpretação da décima emenda à Constituição, que prevê “the powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. Para Laurence H. Tribe (1982, p. 532), essa emenda traz uma instrução sobre como deve ser interpretada o silêncio constitucional em relação aos poderes do governo nacional (ou federal). Ao indicar os poderes “não delegados” a Constituição determina que o silêncio nesse assunto deve ser interpretado como proibição²⁵.

E mais, ao analisar o contexto em que referida emenda foi elaborada, vê-se que o seu texto omitiu a expressão “expressamente” que havia sido utilizada nos Artigos da Confederação

²⁵ “This amendment, in addressing the powers "not delegated," is best understood as an instruction on how to read the Constitution's silences with respect to national governmental authority: on that subject, we are told, silence means prohibition”.

(“não expressamente delegados”), o que gerou uma proibição “menos completa” do que a prevista originalmente (1982, p. 532)²⁶.

De fato, no precedente *McCulloch v. Maryland* restou decidido que, não obstante a ausência de delegação constitucional expressa para que o Congresso pudesse aprovar lei para criar um banco nacional, trata-se de um poder implicitamente delegado pela Constituição, conforme sentido da décima emenda e da interpretação de todo o edifício de poderes nacionais em conjunto com a cláusula “necessary and proper” - poderes necessários para atingir a finalidade de uma competência constitucional (1982, p. 532)²⁷.

No Brasil, José Afonso da Silva adverte que apenas em caso de silêncio constitucional é possível se falar em poderes implícitos:

“Poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes implícitos. Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?” (2004, p. 376-377)

Assim, de acordo com as lições precedentes e a própria Teoria tal como elaborada nos Estados Unidos, ausente o silêncio constitucional, ou seja, sendo o poder concedido expressamente a outra autoridade, não se pode aplicar a Teoria dos poderes implícitos para reconhecer aquele poder a outro órgão.

A questão foi debatida no Recurso Extraordinário nº 593.727, julgado em regime de Repercussão Geral, em que se discute o reconhecimento de poderes de investigação do Ministério Público apesar da Constituição não atribuir expressamente tais poderes a ele, mas sim à Polícia Federal e à Polícia Civil²⁸.

O Ministro Cezar Peluso, no mesmo sentido acima descrito, defende a impossibilidade de se reconhecer implicitamente poderes de investigação ao Ministério Público, diante da clareza semântica da Constituição que expressamente atribui referido poder às Polícias Judiciárias. E mais, demonstra que referida distribuição de poderes tem como finalidade a proteção dos cidadãos, ou seja, é decorrência do Estado Democrático de Direito:

²⁶ “So constitutional amendments may, and perhaps must, be read against such a context as well. The tenth amendment, read in light of its own omission of the language that had been used in the Articles of Confederation—which reserved to the states all national powers “not expressly delegated” -appears a less than complete prohibition”.

²⁷ “The result of that reading, indeed, is *McCulloch v. Maryland* - which held that, notwithstanding the absence of express constitutional delegation to Congress of power to create a national bank, such a power was implicitly delegated by the Constitution, within the meaning of the tenth amendment, through the entire edifice of national powers read in conjunction with the necessary and proper clause”.

²⁸ Artigo 144, §1º, I e §4º, da Constituição Federal.

“Do conjunto dessas provisões constitucionais, vê-se, à margem de qualquer dúvida razoável, que a Constituição não conferiu ao Ministério Público a função de apuração preliminar de infrações penais, de modo que seria fraudá-las todas (*fraus constitutionis*) extrair a fórceps tal competência à leitura isolada do disposto no inc. IX do art. 129, onde consta, dentre suas funções institucionais, a de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (...) A transparência semântica desses enunciados evidencia que a Constituição da República, de modo expresse, cometeu a função e a competência para apuração de infrações penais tão-somente às polícias (federal e civis), sem as partilhar, em texto e modo algum, com o Ministério Público, cujas atribuições, posto conexas, são distintas. E sua manifesta *ratio iuris* diz com a intuitiva necessidade de delimitação e distribuição, entre organismos públicos diversos, dos poderes inerentes a todas as atividades e fases da persecução penal, com vistas à estrita observância da lei e à consequente proteção dos cidadãos” (STF, 2015, p. 20-22 do voto)

Com raciocínio idêntico, o Ministro Marco Aurélio defende que a expressa concessão dos poderes de investigação à Polícia Judiciária exclui tal poder ao Ministério Público. Fundamentam o entendimento do Ministro a intenção de evitar a concentração de poderes nas mãos de apenas um órgão da persecução penal, a regra hermenêutica segundo a qual não há palavras inúteis no texto da Constituição e a ausência de silêncio constitucional (ou “vácuo normativo” nas palavras do Ministro):

“A Constituição Federal e as normas de um modo geral devem ser interpretadas com base nas regras de hermenêutica. Uma das mais comezinhas é a que preceitua não haver palavras desnecessárias nem inúteis nos textos normativos. Como, então, desconsiderar a exclusividade prevista no texto constitucional para a atividade de investigação criminal pela polícia judiciária? A análise dos artigos acima mencionados evidencia a opção constitucional em não conferir ao Ministério Público o poder de apuração penal. Essa escolha, não me canso de afirmar, decorreu da necessidade de equilibrar os órgãos voltados à persecução penal, evitando a concentração de poder nas mãos de apenas um, sempre tendo em vista restringir ao máximo afrontas às liberdades individuais que possam surgir em decorrência de uma investigação criminal. A evocação do axioma jurídico ‘quem pode o mais pode o menos’ estaria correta se estivéssemos diante de interpretação de normas de direito privado. Nessa seara, realmente, quem possui autorização para fazer o mais pode fazer o menos, pois, para os particulares, vale o princípio da legalidade ampla, ou seja, tudo que não estiver proibido está permitido. No direito público, aplica-se o princípio da legalidade estrita. Logo, os órgãos só podem proceder em conformidade com o que está expressamente autorizado. A ausência de previsão conduz à vedação. Descabe a aplicação da teoria dos poderes implícitos, pois a medida pressupõe vácuo normativo. Somente se a Carta não houvesse disciplinado acerca da investigação criminal, se mostraria possível a observância dessa teoria com a finalidade de suprir a omissão do constituinte. Reafirmo: os preceitos constitucionais envolvidos não só atribuíram a atividade a outro órgão – polícias judiciárias (federal e civil) –, como a versaram de forma exclusiva. As exceções quanto à investigação criminal, para estarem dentro dos parâmetros constitucionais, necessitam de previsões expresas e balizas bem definidas de como serão realizadas as atividades, a publicidade, o controle etc. O Ministério Público não possui amparo legal para atuar nesse campo” (STF, 2015, p. 5-6 do voto)

Em complemento aos argumentos acima defendidos, o Ministro Dias Toffoli adverte pelo risco, principalmente em regras de competência, de se desvirtuar a intenção do constituinte ao se negar a literalidade do texto constitucional:

“Tal interpretação revela-se em descompasso com a literalidade do dispositivo legal. Em verdade, sabe-se que a interpretação literal não é suficiente para a total apreensão do fenômeno normativo, sendo certo que Savigny já alertava sobre a necessidade de que tal método fosse conjugado com outros meios interpretativos (interpretação sistemática, histórica, teleológica etc.). Sabe-se, ademais, que a moderna hermenêutica assevera que a norma não é pressuposto do labor interpretativo, mas o seu resultado. Consoante Friedrich Müller, autor da teoria estruturante do Direito, o texto da Constituição ou da lei é ‘apenas a ponta do iceberg normativo’. A despeito do asseverado acima, nenhum doutrinador, cioso da manutenção da normatividade e da obrigatoriedade das normas jurídicas, nega o fato de que a literalidade do dispositivo - principalmente em termos de competências - se apresenta como limite ao trabalho hermenêutico. Não se pode atribuir a dispositivo legal exegese que desborde, por completo, das interpretações possíveis e socialmente aceitas de seus termos. Nesse sentido, cumpre consignar que a interpretação constitucional, como bem lembra Inocêncio Mártires Coelho, é atividade que deve ser iniciada pela análise do sentido literal da norma, a fim de que a tarefa de fixar o real significado desta não se torne algo despropositado, totalmente desvinculado da intenção do Constituinte (...) Revela-se evidente que não se pode considerar implícita uma competência se a Constituição a outorgou - de modo explícito - a outro órgão” (STF, 2015, p. 3-5 do voto)

Em sentido diametralmente oposto, o Ministro Celso de Mello admite os poderes de investigação do Ministério, mesmo sem expressa concessão, ao considerar que as atribuições do órgão não seriam taxativas e não se esgotariam na literalidade da norma:

“Cabe rememorar, neste ponto, consideradas as razões que venho de expor, o douto magistério de LENIO LUIZ STRECK e de LUCIANO FELDENS (“Crime e Constituição – A Legitimidade da função investigatória do Ministério Público”, p. 79/85, 2003, Forense), cuja lição bem justifica a legitimidade jurídico-constitucional do poder, que, reconhecido ao Ministério Público, qualifica os membros dessa Instituição a promover, por autoridade própria, as investigações penais necessárias à formação de sua *‘opinio delicti’*: (...) ‘Recorrentemente, aqueles que desafiam a legitimidade do Ministério Público para proceder a diligências investigatórias na seara criminal esgrimem o argumento de que tal possibilidade não se encontraria expressa na Constituição, *locus* político-normativo de onde emergem suas funções institucionais. Trata-se, em verdade, de uma armadilha argumentativa. Esconde-se, por detrás dessa linha de raciocínio, aquilo que se revela manifestamente insustentável: a consideração de que as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição são taxativas, esgotando-se em sua literalidade mesma. Equívoco, *data venia*, grave” (STF, 2015, p. 10-11 do voto)

A Ministra Rosa Weber proferiu voto no sentido da desnecessidade da atribuição expressa de meios necessários ao exercício de um poder já concedido pela Constituição. Fundamenta seu raciocínio na característica de abertura do sistema constitucional e, com isso, pretende afastar o requisito do silêncio constitucional para a aplicação da Teoria dos poderes implícitos:

“Segundo Marshall, a Constituição não pretende ser exaustiva e desnecessário que os poderes por ela atribuídos contenham a explicitação dos meios necessários à sua execução (...) Por outro lado, incoerente seria interpretar o texto constitucional como a vedar o emprego dos meios necessários à execução dos poderes atribuídos pela própria Constituição (...) A Constituição brasileira atribui ao Ministério Público a responsabilidade pela persecução penal (art. 129, I, da Constituição Federal). Não lhe atribuiu expressamente poderes de investigação, é certo. Entretanto, na esteira do argumento de Marshall, a Constituição não é um corpo de normas fechado, a se interpretar no sentido de que teria esgotado toda regulação normativa das relações

entre sociedade e Estado. Se cabe ao Ministério Público a persecução penal, pode ser pontualmente necessária a realização, por via direta, de atos investigatórios. Parafraseando Marshall, desarrazoado argumentar que seria do interesse da Nação “barrar e embaraçar sua execução proibindo os meios mais apropriados”, tornando o Ministério Público refém da atividade investigatória realizada por outras instituições. Não me parece, *data venia*, adequado o argumento de que a chamada doutrina dos poderes implícitos, por só ter pertinência quando omissa a Constituição, seria inaplicável na espécie, uma vez atribuído o poder de investigação, pelo texto constitucional, a outra instituição. E isso por partir da premissa, *data venia*, equivocada de que a atribuição do poder de investigar à Polícia teria sido feita em caráter exclusivo pela Constituição, o que não é correto” (STF, 2015, p. 8-10 do voto)

Vê-se que o voto da Ministra Rosa Weber se fundamenta expressamente na Teoria americana dos poderes implícitos ao citar trechos do entendimento do *Justice Marshall*, porém, desconsidera que, em realidade, a interpretação dos poderes implícitos além da cláusula “necessary and proper”, tem relação direta com uma proibição (a proibição de delegar poderes não delegados, ainda que implicitamente, pela Constituição). Ou, na complementação feita por José Afonso da Silva citada anteriormente, na proibição de reconhecer um poder implícito que já é expressamente concedido a outro órgão.

Uma vez mais nota-se a inexistência de critérios objetivos de controle da racionalidade das decisões judiciais, eis que, apesar de suas expressas disposições, o texto constitucional é flexibilizado com base em teorias absolutamente opostas (ausência de silêncio de um lado e poder implícito de outro), o que demonstra que as balizas e os requisitos essenciais para descrição das referidas categorias da hermenêutica não estão adequadamente sistematizadas.

3.3 A inadequação das Teorias adotadas pelo Supremo Tribunal Federal

Verifica-se, na prática jurisprudencial, a aplicação da Teoria do silêncio eloquente e da Teoria dos poderes implícitos.

Quanto à Teoria do silêncio eloquente, apesar de reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, que atribui efeitos jurídicos à intencionalidade da Constituição ao silenciar, e mesmo diante de casos de expressa literalidade do texto constitucional, prevalece atualmente na jurisprudência da Corte a aplicação da interpretação evolutiva e principiológica com o afastamento de hipóteses de silêncio eloquente, sem a devida fundamentação para se determinar, efetivamente, como se configura o silêncio eloquente e como se identifica o contrário, ou seja, quando o silêncio não é eloquente.

No que se refere à Teoria dos poderes implícitos, para sua adequação ao paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988, referida teoria só poderia ser aplicada em caso de silêncio constitucional, uma vez que tal Teoria não está pautada única e exclusivamente

na cláusula “necessary and proper”, mas também justifica a proibição de delegar poderes não delegados, ainda que implicitamente, pela Constituição.

Tais fatos demonstram a ausência de uniformidade metodológica e de categorias sobre o silêncio constitucional. O risco decorrente é a insegurança causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes. Como consequência há uma liberdade de argumentação tão extensa que beira ao arbítrio. No mesmo sentido é a lição de André Ramos Tavares sobre o risco que advém da abertura semântica das normas constitucionais:

Como primeira consequência dessa característica semântica das normas de uma Constituição tem-se o perigo da criação de espaços interpretativos agigantados pelo arbítrio, sob o argumento geralmente implícito de uma legitimidade que seria decorrência necessária da (ou imposta pela) semântica. A pura e simples incompletude linguística da Constituição, nos termos acima delineados, não pode ser confundida com autorização para o seu ‘preenchimento’ arbitrário, desconectado da própria normatividade constitucional como um todo, especialmente do projeto de sociedade encartado constitucionalmente” (2018, p. 187-188)

Com efeito, sem qualquer critério técnico-jurídico, quando convém ao intérprete ele declara o silêncio eloquente; quando não, o intérprete se socorre dos princípios e declara uma indeterminação da norma cuja concretização pode ser feita, em tese, pelos próprios valores do intérprete e não pelos valores declarados democraticamente. Da mesma forma, sendo o poder concedido expressamente a uma autoridade, não se poderia aplicar a teoria dos poderes implícitos para reconhecer aquele poder a outro órgão, o que não foi observado pelo STF, o que pode desvirtuar a intenção do constituinte, bem como lesar garantias e liberdades constitucionais dos cidadãos.

Assim, não há, na prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a aplicação do sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais em casos concretos cuja interpretação passa pela análise do silêncio constitucional

Da mesma forma, verifica-se a ausência de uma adequada sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação.

Conclui-se, portanto, pela inadequação das Teorias tal como aplicadas pelo Supremo Tribunal Federal para explicar o instituto do silêncio constitucional conforme o paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988.

4. HERMENÊUTICA JURÍDICA E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Como visto, tanto a análise do problema em hipótese, quanto o exame da prática jurisprudencial do STF, confirmam ser necessário a aplicação de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito, especialmente diante da atual linguagem das Constituições.

E mais, ambas as análises (teórica e prática) demonstram que não há uma adequada sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação, com a delimitação de seu conceito, suas categorias e sua função operativa no sistema constitucional.

Sobre a necessidade de rigor conceitual e análise analítica para a elaboração de uma teoria da eficácia constitucional, Maria Helena Diniz escreve:

“Como uma construção linguístico-jurídica mais apurada cientificamente requer rigor conceitual, importante será estabelecer a nítida diferenciação desses conceitos básicos, decompondo-os analiticamente, para a elaboração de uma teoria da eficácia constitucional”. Ante a necessidade de precisão terminológica, convém afastar essa insegurança de nomenclatura, que traz em seu bojo graves equívocos de fundo doutrinário, que dificulta a solução do problema da análise eficaz da norma constitucional” (2009b, p. 25)

Portanto, necessário se faz o desenvolvimento da delimitação do conceito de silêncio, decompondo analiticamente suas categorias, bem como com a demonstração de sua função operativa no sistema constitucional para a elaboração de uma adequada teoria do silêncio constitucional

Para alcançar tal objetivo, propõem-se a análise da Hermenêutica Jurídica e da Hermenêutica Constitucional para a identificação de possíveis soluções para a fixação de critérios de identificação do silêncio constitucional, de suas categorias e de sua função.

4.1 Hermenêutica Jurídica e silêncio

O tema do silêncio no Direito, como regra, foi reservado à Hermenêutica Jurídica clássica, ou seja, entrelaça-se e confunde-se com o tema das lacunas no Direito, tal como analisado em obras como “As lacunas no Direito” de Maria Helena Diniz (2009a), “Teoria do Ordenamento Jurídico” de Norberto Bobbio (2014), “Metodologia da ciência do Direito” de Karl Larenz (2001), “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen (2006), dentre outras.

Porém, a aplicação da Hermenêutica Jurídica clássica ao tema do silêncio constitucional inclui-se no debate mais amplo acerca da necessidade de novos critérios de interpretação

próprios de uma Hermenêutica Constitucional, que vão além ou até mesmo sejam diversos dos critérios utilizados pela Hermenêutica Jurídica clássica.

Sobre o tema, bem resume e ensina Díaz Revorio:

“(…) parece cada vez más evidente que la labor de interpretación constitucional adquiere unos perfiles netamente específicos, que conllevan la necesidad de buscar un método también propio. Pero también es preciso determinar en qué medida ese método debe mantener, prescindir o adaptar los métodos y elementos usados habitualmente en la interpretación de la ley. En cualquier caso, creo que los diversos intentos de establecer un método específico para la interpretación constitucional plantean diversas limitaciones y carencias” (2016, p. 11) “Conviene precisar, en todo caso, que los elementos y criterios propios de la interpretación jurídica son aplicables a la interpretación constitucional, si bien con algunos matices. No obstante, resultan insuficientes y deben ser completados con otros criterios propio” (2016, p. 14)

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 116) faz críticas à ideia de que a Hermenêutica Jurídica clássica está ligada a forma de interpretações arcaicas e a Hermenêutica Constitucional seria composta por formas modernas de interpretar. Silva questiona inclusive sobre a existência de métodos e princípios de interpretação exclusivamente constitucionais, e aponta, por exemplo, para a identidade entre princípio da unidade da Constituição e a interpretação sistemática:

“Vale a pena, neste ponto, relembrar a definição de interpretação sistemática dada pelo combatido Savigny, em meados do século XIX: ‘O elemento sistemático [...] refere-se à conexão interna que congrega todos os institutos e regras jurídicas em uma grande unidade’ (...) O chamado princípio da unidade da constituição parece em nada se diferenciar daquilo que há pelo menos século e meio vem se chamando de interpretação sistemática. Isso pode não o invalidar como ideia guia para a interpretação constitucional, mas acaba com a pretensão de exclusividade e, mais além, com a pretensão de rompimento com a chamada interpretação jurídica clássica” (2005, p.126-127)

E conclui Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 143) que a contribuição que de fato pode ser inovada pela Hermenêutica Constitucional não diz respeito apenas a análise de métodos de interpretação, mas sim ao debate sobre questões centrais do Direito Constitucional “acerca da concepção de Constituição, da tarefa do Direito Constitucional, da interação da realidade constitucional com a realidade política do Brasil e, ainda, acerca da contextualização e da evolução histórica dos institutos constitucionais brasileiros”.

Sobre o assunto, adverte Elival da Silva Ramos (2015, p. 322) que o fato de haver presença constante de normas-princípios nos textos constitucionais, com maior abrangência e menor precisão, impossibilitam a utilização de uma interpretação declarativa, mas tal fato não justifica uma autonomia científica às construções da interpretação constitucional, que seria apenas aplicação setorial das lições da Hermenêutica em uma nova fase.

Apesar disso, ao retomar os riscos que os exageros interpretativos podem gerar ao Estado Democrático de Direito, Ramos (2015, p. 324-325) aponta que o ativismo judicial tem

singular expressão no âmbito do Direito Constitucional em razão das características próprias da interpretação e aplicação do texto constitucional, tais como a estrutura lógica de normas-princípio e a imprecisão semântica da linguagem constitucional (com utilização frequente de conceitos indeterminados e valorativos) e conclui referido autor ser necessária a construção de critérios efetivamente consistentes e que não permitam deformações para avaliar a função jurisdicional.

Portanto, conclui-se que a questão posta aqui não é ultrapassar a Hermenêutica Jurídica clássica para alcançar uma Hermenêutica própria para a Constituição e que através de seus “modernos princípios” poderia resolver as questões do silêncio constitucional, mas sim buscar também na Hermenêutica Jurídica clássica critérios para elaboração de um sistema de controle da racionalidade das decisões judiciais.

Com base nas referidas lições, é possível (e até necessário, por se tratar de fases de uma mesma Hermenêutica) antes de adentrar na Hermenêutica Constitucional, buscar na Hermenêutica Jurídica clássica critérios para conceituar e identificar as categorias e a função do silêncio constitucional.

Assim, antes de adentrar diretamente na análise do silêncio da Constituição diante dos critérios constitucionais de controle da racionalidade das decisões judiciais, ou seja, antes de adentrar nas questões de Hermenêutica Constitucional, é preciso analisar questões precedentes da Hermenêutica Jurídica, em especial as questões da completude do sistema jurídico, da existência ou não de lacunas no sistema e do silêncio normativo.

4.1.1 Completude do sistema jurídico e lacunas

Maria Helena Diniz ensina que, dentre as primeiras questões a serem enfrentadas na análise das lacunas no Direito envolve o problema lógico da completude ou incompletude do sistema jurídico, bem como se o sistema jurídico é um sistema aberto ou fechado (2009a, p. 3-4).

Em defesa da completude do sistema jurídico, Norberto Bobbio (2014, p. 115) apresenta justificativa acerca de sua necessidade, uma vez que se o juiz não pode julgar com base em norma que não está no sistema, assim, a completude é condição para que o sistema possa funcionar, em outras palavras, o sistema deve ter uma regra para todo caso.

Num primeiro momento, Bobbio indica que a existência de lacunas normativas levaria à incompletude do sistema, uma vez que tais lacunas significariam ausência de norma para determinado caso (“nem a proibição nem a permissão de um determinado comportamento

podem ser deduzidas do sistema”). Conseqüentemente, sistema completo é sistema sem lacunas (2014, p. 113-114).

É certo, porém, que tal conclusão é tomada por Bobbio diante da sua definição técnica de completude e seu conceito de lacuna é atualizado no curso da obra (2014, p. 131). Assim, lacuna para Bobbio deixa de ser considerada como ausência de norma específica para o caso concreto, para ser a ausência de determinação de qual norma geral (inclusiva ou exclusiva) deva ser aplicada. Em outras palavras, num primeiro momento Bobbio considera lacuna a impossibilidade de se deduzir do sistema a proibição ou a permissão de um determinado comportamento; num segundo momento, Bobbio indica que lacuna ocorre quando, não havendo norma específica proibitiva ou permissiva para o caso concreto, o sistema também não prevê norma geral a ser aplicada (inclusiva - “tudo aquilo que não é permitido é proibido”; ou exclusiva - “tudo aquilo que não é proibido é permitido”).

Assim, o sistema jurídico deve ser sempre completo e inexistem lacunas (aqui tomadas no conceito do segundo momento de Bobbio). Na prática, tal completude estaria garantida pela aplicação da norma geral, inclusiva ou exclusiva, a depender da opção do próprio sistema. O tema da norma geral será aprofundado no momento oportuno do trabalho.

É certo, porém, que para se determinar a aplicação da norma geral, antes deve ser identificada a ausência de norma específica para o caso concreto, motivo pelo qual o conceito de lacuna do primeiro momento de Bobbio permanece útil para a análise do tema.

Nesse primeiro sentido de lacuna (ausência de norma específica), Norberto Bobbio (2014, p. 136) identifica as seguintes espécies de lacunas:

a) lacunas subjetivas: surgem por motivo imputado ao legislador e podem ser:

a1) involuntárias: decorrem de equívoco do legislador, que crê regulamentado um caso que não está ou deixe de regular caso que considere pouco frequente.

a2) voluntárias: o próprio legislador se omite propositalmente diante da complexidade da matéria, que não pode ser submetida a regras minuciosas, razão pela qual deixa espaço à interpretação caso a caso do Juiz.

b) lacunas objetivas: são independentes da vontade do legislador e decorrem do desenvolvimento das relações sociais, de novas invenções, de outras causas que provocam o envelhecimento do texto legal.

Uma vez identificada a necessária completude do sistema jurídico e categorizada as lacunas nos termos da Hermenêutica Jurídica, a questão que se coloca é: o silêncio se enquadra em alguma categoria de lacuna? Passa-se à análise no item seguinte.

4.1.2 Silêncio eloquente, lacuna e espaço livre ou vazio de Direito

A dúvida sobre a categorização do silêncio como espécie de lacuna se justifica, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2014, p. 102-103), em razão da dificuldade da doutrina em distinguir os institutos das lacunas, das normas abertas (“que pedem, por parte do intérprete, uma fixação do seu sentido ainda vago ou propositadamente vago na letra da lei”) e dos conceitos valorativos (“como o de honestidade, bons costumes, que a própria lei usa, mas não define”), bem como em delimitar os limites criativos do ato interpretativo.

Sobre o tema, Karl Larenz (2001, p. 363-364) distingue “silêncio eloquente”, “lacuna” e “espaço livre do direito”. “Silêncio eloquente” ocorreria quando o legislador se omite intencionalmente, ou seja, o que Bobbio denomina “lacuna voluntária”. “Lacuna”, para Larenz, se daria quando falta uma regra para regulamentar o caso e desde que não incida o “espaço livre do direito”. Em outras palavras, a omissão do Direito seria involuntária (caso contrário haveria silêncio eloquente) e o fato sem regulamentação não pode ser deixado à vontade ou moral individual, merecendo valoração jurídica.

O “espaço livre do direito”, para Larenz, é a ausência de valoração jurídica de um caso efetuada de forma consciente pela ordem jurídica, ou seja, o próprio Direito deixa a questão para livre decisão da moral individual.

Bobbio (2014, p. 124) critica a ideia de “espaço jurídico vazio”, segundo a qual a atividade de um homem pode ser vinculada por normas jurídicas (“espaço jurídico cheio”) ou pode ser absolutamente livre (“espaço jurídico vazio”):

“O ponto fraco dessa teoria é que se funda num conceito muito discutível como aquele espaço jurídico vazio, ou de esfera do juridicamente irrelevante. Existe o espaço jurídico vazio? Parece que afirmação do espaço jurídico vazio nasce da falsa identificação do jurídico com o obrigatório. Mas o que não é obrigatório, e, portanto, representa esfera do permitido ou do lícito, deve considerar-se juridicamente irrelevante ou indiferente? Aqui está o erro”

Assim, para Bobbio, o “espaço jurídico vazio” nada mais é do que o espaço do lícito, do permitido, que, apesar de não ser expressamente previsto no Direito, é por ele reconhecido como jurídico. Não é, portanto, vazio juridicamente falando. Uma vez mais, a conclusão de Bobbio advém de seu conceito técnico de ordenamento, como completo e fechado em decorrência de uma norma geral (inclusiva ou exclusiva do comportamento).

Com efeito, como adverte Maria Helena Diniz, a existência ou não de lacunas e de espaços vazios do Direito é determinada de acordo com a noção de sistema fechado que se adota: “Essa regra genérica abarca tudo [norma geral], de maneira que o sistema terá sempre

uma resposta; daí o postulado da plenitude hermética do direito. Toda e qualquer lacuna é uma aparência” (2009a, p. 27). Do contrário, continua a autora:

“se se conceber o sistema como aberto e incompleto, revelando o direito como uma realidade complexa, contendo várias dimensões, não só normativa, como também fática e axiológica, aparecendo como o critério de avaliação, em que ‘os fatos e as situações jurídicas devem ser entendidas como entrelaçamento entre a realidade viva e as significações do direito, no sentido de que ambas se prendem uma à outra’, temos um conjunto contínuo e ordenado que se abre numa desordem, numa descontinuidade, apresentando um ‘vazio’, uma lacuna, por não conter uma solução expressa para determinado caso” (2009a, p. 28)

Maria Helena Diniz, como veremos a frente, adota a ideia de sistema jurídico aberto. Com efeito, será visto que a ideia de completude e fechamento do sistema jurídico através de uma norma geral pode atender aos postulados lógicos, porém, não atende à realidade prática do Direito, especialmente no âmbito do direito constitucional, que trabalha não com uma linguagem formal, mas sim com uma linguagem de textura aberta e flexível.

4.1.3 Indeterminação do Direito e norma geral exclusiva ou inclusiva

Hans Kelsen (2006, p. 273) também não admite um “espaço jurídico livre ou vazio” ao elaborar a ideia de “norma geral exclusiva”, construção esta que chega a negar a existência de lacunas no Direito, sob o fundamento de que sempre haverá uma norma geral a ser aplicada ao caso, pois ainda que não haja qualquer norma que determine o dever de realizar determinada conduta, o Direito permitiria tal conduta. Em outras palavras, o que não estaria proibido, estaria permitido.

Por isso, Kelsen (2006, p. 388-389), não trata o tema discutido neste trabalho como sendo lacunas no Direito, mas sim como hipóteses de “indeterminação do ato de aplicação do direito”.

Kelsen trata de uma possível “indeterminação” do Direito, que poderia ser intencional ou não intencional. A indeterminação intencional é, para Kelsen, a vontade do legislador em deixar ao aplicador do Direito a determinação de alguns aspectos da norma jurídica. Trata-se do caminho a ser normalmente percorrido no ato de aplicação da norma, ou seja, da aplicação da norma geral pela produção de uma norma individual, sendo que o legislador pode permitir ao aplicador, por exemplo, a escolha de meios mais adequados para a execução, em concreto, da norma. A indeterminação não intencional decorre da pluralidade de significações de determinada palavra ou sequência de palavras escolhidas pelo legislador, situação que também possibilita várias interpretações.

Portanto, para Kelsen o que pode haver são indeterminações da norma, intencional ou não intencional, porém, lacunas não há, diante da “norma geral exclusiva” que permite os comportamentos não proibidos.

A ideia de “norma geral exclusiva” foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na ADIN nº 4.277, que discute a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Lê-se da ementa do julgado:

“O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’” (STF, 2011, p. 2)

Em seu voto, o Ministro Ayres Britto analisa a Teoria de Kelsen e afirma que a norma geral exclusiva está prevista no 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e, conclui o julgador que o silêncio normativo, nesse caso, permite a união entre pessoas do mesmo sexo:

“Não pode ser diferente, porque nada mais íntimo e mais privado para os indivíduos do que a prática da sua própria sexualidade. Implicando o silêncio normativo da nossa Lei Maior, quanto a essa prática, um lógico encaixe do livre uso da sexualidade humana nos escaninhos jurídico-fundamentais da intimidade e da privacidade das pessoas naturais” (STF, 2011, p. 10-15 do voto)

Como antecipado, a visão de Kelsen sobre as lacunas deriva de sua concepção do sistema jurídico como sistema fechado, enquanto Maria Helena Diniz (2009a, p. 72) adota a concepção de sistema aberto em que o “direito deve ser visto em sua dinâmica como uma realidade que está em perpétuo movimento, acompanhando as relações humanas, modificando-se, adaptando-se às novas exigências e necessidades da vida” e, em outro trecho, complementa a autora: “O direito é um dado que abrange diferentes experiências que se complementam, sejam elas históricas, antropológicas, sociológicas, psicológicas, axiológicas etc”.

Assim, considerado o caráter cultural do Direito e a interação dinâmica e complexa de seu aspecto normativo com fatos e valores (a própria autora remete esse aspecto a Teoria Tridimensional de Miguel Reale), vê-se que a questão da completude ou incompletude do ordenamento jurídico não se resolve assim tão simplesmente pela aplicação de uma “norma geral exclusiva”.

Nesse sentido, a ideia de “norma geral exclusiva” é criticada por Norberto Bobbio (2014, p. 127-130), pois traria como consequência a exclusão de todos os comportamentos da incidência de uma norma proibitiva. No exemplo usado por Bobbio, “uma norma que proíbe fumar exclui a proibição, ou seja, permite todos os outros comportamentos que não consista em

fumar”. Norberto Bobbio indica, então, a existência de uma norma geral inclusiva, segundo a qual, “em caso de lacuna, o juiz deve recorrer às normas que regulam casos similares ou matérias análogas”, tal como no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁹.

Para Bobbio, a regra seria o ordenamento prever expressamente uma norma geral inclusiva, sendo a exclusão de um fato da incidência da norma decorrente da análise judicial sobre a semelhança ou não entre os casos (e não de expressa previsão em lei como regra).

Com tais críticas Norberto Bobbio (2014, p. 131) faz evoluir o conceito de lacunas para considerar que “a lacuna se verifica não pela falta de uma norma expressa para regulamentação de determinado caso, mas pela falta de um critério para a escolha de qual das duas regras gerais, a exclusiva e a inclusiva, deva ser aplicada”.

Vê-se não haver consenso na Hermenêutica Jurídica acerca dos institutos do silêncio, das lacunas e da indeterminação da norma.

4.1.4 Uma proposta conforme a Hermenêutica Jurídica: das lacunas ao silêncio

Diante da ausência de consenso na identificação e sistematização dos institutos é necessário apresentar uma possível conciliação entre as categorias de lacunas, de silêncio normativo e de indeterminação da norma.

Com a devida atualização dos conceitos e categorias de “lacunas”, “espaço livre”, “vazio” e “indeterminação” do Direito é possível atualizar tais institutos da Hermenêutica Jurídica de acordo com a nova linguagem das Constituições através da ideia de silêncio constitucional, que, como será visto, atende melhor as necessidades da linguagem das Constituições contemporâneas.

De fato, ideia de completude e fechamento do sistema jurídico através de uma norma geral pode atender aos postulados lógicos, porém, não atende à realidade prática do Direito, especialmente no âmbito do direito constitucional, que trabalha não com uma linguagem formal, mas sim com uma linguagem de textura aberta e flexível.

Da mesma forma, não há como categorizar todos os silêncios da Constituição como sendo um silêncio eloquente. Foi visto, à exaustão, que a regra é, na verdade, o contrário, ou seja, a regra é a utilização do silêncio não como eloquente, mas sim como abertura para futuras interpretações em razão da linguagem do “não confronto” utilizada pela Constituição de 1988.

²⁹ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (BRASIL, 1942).

Assim, partindo das lições da Hermenêutica Jurídica, porém, com a atualização de tais institutos de acordo com a nova linguagem das Constituições, pode-se categorizar o silêncio constitucional como objetivo e subjetivo.

a) o silêncio objetivo decorre de fatos alheios ao legislador, como reconhecimento de novos valores sociais e surgimento de novas tecnologias.

b) o silêncio subjetivo decorre por motivo imputado ao próprio legislador;

O silêncio subjetivo pode ser voluntário e involuntário.

b1) o silêncio subjetivo voluntário decorre de intenção do legislador.

O silêncio subjetivo voluntário pode ser determinado ou indeterminado.

b1.1) será um silêncio subjetivo voluntário determinado (ou eloquente) se a opção do legislador em omitir determinada regulamentação intencionalmente influencia a interpretação do aplicador do direito ao determinar que deve ser aplicada a norma geral exclusiva, ou seja, se o legislador silenciou intencionalmente quanto à determinado fato, este fato deve ser excluído da regulamentação ou da proibição.

b1.2) será um silêncio subjetivo voluntário indeterminado se o próprio legislador se omite propositalmente diante da complexidade da matéria, que não pode ser submetida a regras minuciosas, razão pela qual deixa espaço à interpretação caso a caso do juiz.

No caso de silêncio subjetivo voluntário indeterminado o critério para a escolha de qual norma geral (exclusiva ou inclusiva) deve ser aplicada poderá ser extraído do sistema constitucional enquanto orientação da aplicação do direito, por uma análise focada no caso concreto enfrentado.

b1.3) o silêncio subjetivo involuntário não decorre de intenção do legislador, decorre de seu erro, ou seja, o legislador, de forma equivocada, não previu norma (expressa ou não) para regulamentação do fato.

Aqui, abre-se maior espaço de integração ao intérprete na buscar solução pela norma geral positiva ou negativa, o que poderá ser extraído do sistema enquanto orientação da aplicação do direito, também por uma análise focada no caso concreto.

Importante ressaltar, uma vez mais, que referida categorização devidamente atualizada é útil para a melhor compreensão do silêncio constitucional, porém, ainda fica restrita e limitada a critérios elaborados conforme a Hermenêutica Jurídica Clássica.

4.2 Hermenêutica Constitucional e o silêncio da Constituição

Uma vez mais, depara-se com o debate acerca da necessidade de novos critérios de interpretação próprios de uma Hermenêutica Constitucional, que vão além ou até mesmo sejam diversos dos critérios utilizados pela Hermenêutica Jurídica clássica.

Apesar de trazer uma categorização útil para a interpretação do silêncio constitucional, a Hermenêutica Jurídica sequer realiza uma clara conceituação de silêncio para o Direito, nem define sua função dentro do sistema jurídico.

Assim, faz-se necessário continuar em busca dos objetivos do presente trabalho para aclarar citados conceito e função do silêncio constitucional, bem como para desenvolver a categorização inicialmente trazida pela Hermenêutica Jurídica.

4.2.1 Lacunas, silêncio e mutações constitucionais

A continuação no sentido acima descrito mostrou-se um novo desafio, pois mesmo com o ingresso no âmbito da Hermenêutica Constitucional, foi verificado que, em regra, aplica-se ao estudo do silêncio da Constituição métodos da Hermenêutica Jurídica. Como já citado anteriormente, a tese de doutorado “Processos Informais de Mudança da Constituição” de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1982; 2015), é a obra nacional de maior expressão sobre o tema, apesar de o analisar apenas indiretamente ao tratar das “lacunas constitucionais” e do “silêncio eloquente”.

Sobre a diferença entre silêncio eloquente e lacuna constitucional, Regina Maria Macedo Nery Ferrari (2013, p. 63), com base na doutrina de Karl de Loewenstein, indica a possibilidade de existirem lacunas na própria Constituição, que podem ser lacunas descobertas (equivalem ao silêncio eloquente, ou seja, “quando o constituinte foi consciente acerca da necessidade de uma regulamentação jurídico-constitucional, mas, por determinadas razões, omitiu em fazê-las”) ou lacunas ocultas (“quando, no momento de criar a Constituição, não existiu ou não foi possível prever a necessidade de regular normativamente uma situação determinada”).

Além da análise conceitual sobre silêncio e lacuna constitucionais, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 3) preconizou que mesmo as Constituições rígidas sofrem modificações sem alteração de texto por emendas, com a adoção de novos significados ao texto original. A este fenômeno a autora denomina, a depender de sua compatibilidade com a Constituição, de “mutações constitucionais” e “mutações inconstitucionais”.

O novo objeto de estudo é encontrado na análise da integração e interpretação diante da “abertura das normas constitucionais” e a possibilidade de “mutação não textual da Constituição”, nos termos de André Ramos Tavares:

“A análise das Constituições modernas revela o alto teor abstrato de inúmeras normas nelas inseridas. A abstratividade ou abertura das normas revela-se pelos vocábulos vagos, pelas palavras imprecisas empregadas pelo constituinte, e que necessitam, inegavelmente de um preenchimento ou integração para tornarem-se compreensíveis e imediatamente aplicáveis (...) “Uma característica por muitos considerada positiva - mas que apresenta graves implicações jurídicas, especialmente em termos de previsibilidade e de manutenção do Estado de Direito -, decorrente dessa abertura, estaria em permitir evolução do direito constitucional por meio da interpretação, a chamada mutação informal da (compreensão da) Constituição. Trata-se de mudança que opera assim qualquer alteração da forma, do texto, da Constituição, motivo pelo qual acaba sendo denominada mutação constitucional informal ou não textual.” (2018, p. 187-188).

Neste contexto, Monica Herman Caggiano (2011, p. 17) faz análise acerca da evolução da natureza das normas constitucionais, da possibilidade de mutações constitucionais sem a alteração do texto da Constituição e do papel das cortes constitucionais nessa ocorrência. Demonstra a autora que com a absorção de novas matérias e novos direitos positivados as Constituições passaram a apresentar textos analíticos e com uma diferenciada construção das normas incompletas ou programáticas, com preceitos abertos e não auto executórios. Conclui Monica Herman Caggiano que, em relação ao Poder Judiciário, houve uma ampliação de seu poder por meio da interpretação. Fala-se mesmo em um papel diferenciado concedido ao Poder Judiciário, com a ampliação da esfera interpretativa e pela competência de exercer o controle de constitucionalidade. Por fim, a autora também aponta para um possível efeito perverso desde quadro, qual seja, a atuação de viés neoconstitucionalista³⁰ do Judiciário contra uma “petrificação Constitucional” que estaria a desestimular o desenvolvimento da democracia, o que poderia gerar reorientações ou, pode-se dizer, mutações constitucionais.

Apesar dos referidos riscos enfrentados em relação à ocorrência de mutações constitucionais sem alteração de texto, vê-se que são fenômenos necessários à evolução da Constituição, especialmente em casos de silêncio Constitucional. Com efeito, sobre a ocorrência das mutações constitucionais e os pressupostos do Estado Democrático, Marcelo Figueredo demonstra que o próprio caráter cultural da Constituição permite as mutações em resposta aos problemas humanos identificados no tempo e no espaço e, por isso, deve haver

³⁰ Apesar das críticas que conceitos como “neo”constitucionalismo podem sofrer por não identificarem uma efetiva “nova” realidade, mas sim uma nova fase de uma realidade, de um movimento já existente (como o constitucionalismo), decide-se por manter a expressão por se tratar de termo utilizado pela própria autora citada.

constante evolução e, até por isso, o Direito é “um meio através do qual o povo se encontra a si mesmo através de sua própria cultura” (2019, p. 185-186).

Relembre-se aqui que não há um e apenas um significado fixo que pode ser extraído diretamente do texto constitucional literal e expresso ao longo do tempo, tal como alerta Gustavo Zagrebelsky:

“Pero sobre todo, ¿existe y existe siempre una y sola intención (si fueran dos, el tablero caería)? Y si existiera ¿cómo se podría reconstruir? ¿Las palabras que utilizamos, o que nuestros predecesores han utilizado, poseen un significado y solamente uno? La idea de ir hacia atrás en el tiempo para establecer significados ciertos de los propósitos de los hombres o de sus palabras no haría otra cosa más que llevar hacia atrás en tiempo nuestras dudas y nuestros actuales contrastes, atribuyéndolos no a nosotros sino a nuestros predecesores. No favorecería de hecho la estabilidad y la certeza del derecho” (2006, p. 164)

No mesmo sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 10-11) leciona que a Constituição é uma obra muitas vezes incompleta e que para ser efetivamente aplicada exige o futuro exercício de um poder constituinte implícito (ou difuso ou invisível) pelos órgãos constitucionais que detêm competência para aplicar as normas constitucionais.

Referido poder irá definir, tratar de obscuridades, da continuidade à obra, sem poder, porém, contrariá-la, visto ser um poder limitado. Nesse sentido, ainda ensina Cunha Ferraz que referido poder constituinte implícito atua em face de “lacunas constitucionais, vazios, espaços em branco da Constituição, que somente normas de natureza constitucional poderiam preencher e não o fazem” (2015, p. 183-184).

Assim, apesar de insistir na terminologia de “lacunas”, a autora trata, em realidade, de silêncios constitucionais não eloquentes, que admitem a interpretação para evolução da Constituição, por exemplo, frente a novas realidades sociais, políticas, econômicas etc. Eis sua lição:

“É o caso, por exemplo, das lacunas ocultas, salientadas por Loewenstein. Assim, a lacuna constitucional, que pode ser preenchida pela interpretação da Constituição, em qualquer de suas modalidades, pode, igualmente, ser preenchida pelo costume constitucional, quer formado à base da ação do Legislativo, quer do Executivo, conforme caiba a um ou outro atuar a matéria constitucional em questão” (2015, p. 184).

Deve ser esclarecido que a interpretação dessa espécie de “lacuna” não se restringe aos Poderes Legislativo e Executivo, pois reconhece apenas a eles a competência constitucional de atuar na matéria em questão.

Como já visto, mais adequado ao contexto constitucional contemporâneo em que a Justiça Constitucional não é mais vista apenas como um “legislador negativo”, mas também como protagonista na interpretação da Constituição, especialmente em casos de silêncio

constitucional muitas vezes não regulamentados devidamente pelo legislador infraconstitucional e que aguardam resposta frente a novos contextos³¹.

Em linha de raciocínio defendido acima, Lacerda e Sá Müller negam legitimidade ao Judiciário para identificar e preencher eventuais lacunas constitucionais e reservam tal tarefa ao Poder Legislativo:

“Isso suscita um problema de teoria do direito: pode-se falar na existência de lacunas constitucionais? Sustenta-se comumente que os conteúdos que faltam na Constituição foram omitidos pelo poder constituinte originário conscientemente: seriam, assim, lacunas no sentido político e não no sentido normativo, e por essa razão os juízes não estariam autorizados a supri-las. Deste modo, tais omissões não deveriam ser consideradas propriamente lacunas, pois estas só se dão infraconstitucionalmente (2016, p. 103)

Há um contraponto a esta ideia de usurpação pelo Judiciário do poder constituinte derivado pertencente ao Legislador, quando Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 184) esclarece que as limitações a este poder constituinte implícito são mais amplas do que aquelas aplicadas ao poder constituinte derivado (poder de reforma constitucional). Isso porque o poder constituinte difuso, ao contrário do constituinte derivado, não está expressamente autorizado a realizar tais mutações, mas sua autorização decorre da lógica de ser a Constituição uma obra incompleta. Portanto, o poder constituinte difuso deve se restringir a precisar ou modificar o sentido, significado e o alcance da Constituição sem, porém, contrariar o seu texto e o seu conteúdo expresso.

E conclui Cunha Ferraz (2015, p. 11) que referido constituinte difuso atua especialmente em casos de lacuna constitucional, a ser preenchida pelo costume ou pela interpretação judicial e que “o preenchimento de lacunas constitucionais desencadeia assim a atuação de processos de mutação constitucional” (2015, p. 45). E prossegue a autora no sentido de que os atos interpretativos de preencher lacunas constitucionais ou clarear obscuridades atribuem “alcance e significados não previstos ou imprecisamente previstos, ao texto constitucional” (2015, p. 61).

Apenas um esclarecimento. “Lacunas”, como visto, seria a ausência de uma regulamentação normativa a determinado caso concreto ou mesmo a ausência de regra de escolha entre aplicação da norma geral inclusiva ou exclusiva que solucionaria referida ausência normativa, o que não ocorre no caso, visto ser possível extrair tais normas do próprio sistema constitucional.

³¹ Por exemplo, atualmente o aborto no Brasil é regulamentado pelo Código Penal, uma lei de 1940, não sendo crível entender que referida regulamentação está de acordo com os atuais contextos sociais, culturais e tecnológicos.

Assim, entende-se que a categoria conceituada pela autora como “lacunas constitucionais” pode ser melhor classificada como “silêncio normativo” ou “silêncio constitucional” (por se referir ao silêncio da norma constitucional) ou à “indeterminação da norma Constitucional”, pois envolvem complementação de alcance ou determinação de significados pelo aplicador do direito conforme o próprio sistema constitucional.

Assim, vê-se que o silêncio constitucional atua também como espaço para a ocorrência de mutações constitucionais sem que para tanto, seja necessária a alteração do texto da Constituição.

4.2.2 Silêncio da Constituição e ativismo judicial

É certo, porém, como já foi alertado inicialmente, que há um movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, em muito promovido pelo conteúdo indeterminado das Constituições modernas (valores, princípios e direitos fundamentais). Sobre este fato, Marcelo Figueiredo (2019, p. 399) adverte sobre o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo que poderia colocar em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição Federal e diminuir o processo de participação e soberania popular.

Apesar de defender referido papel transformador da interpretação constitucional, como acima descrito, Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 62-63) adverte para o risco de “frustração ou desvirtuamento” do texto constitucional e dos princípios fundamentais da Constituição pelo processo interpretativo. Tal risco, porém, não pode justificar seja a interpretação proibida de realizar mudanças constitucionais. Defende a autora que os processos interpretativos devem ser “ponderados e absorvidos pelos mecanismos de controle de constitucionalidade que, por igual, devem evoluir de modo a assegurar, eficazmente, a certeza e a supremacia da Constituição”.

Na mesma linha de raciocínio, Hélio Silvio Ourém Campos (2011, p. 333) entende que, atualmente, há destaque na função do Poder Judiciário para a atividade de “extrair da Constituição tudo o que dela pode ser legitimamente retirado”, porém, defende que é exigível limitação a tal atividade, não sendo legítimo reescrever a Constituição, a não ser pelo adequado processo de Emenda Constitucional. Assim, para Campos (2011, p. 341-342), a Constituição deve ser tomada como limite e fundamento das decisões, e o silêncio constitucional deve ser considerado como manifestação de vontade. Em resumo, entende Campos que:

“Assim, considero consensual que, embora ao juiz seja dada uma certa margem de liberdade, não lhe é possível transferir as decisões em matérias de cunho político, tal

como a da elaboração de normas constitucionais. Portanto, devendo o Judiciário comportar-se de acordo com a lei, e não tratando a norma constitucional das técnicas de colmatação das lacunas, é de se ter em conta a extrema cautela na discussão de um tema como o das lacunas constitucionais” (2011, p. 342-343)

Na prática, porém, não há a implementação desta cautela ou de efetiva aplicação do já mencionado sistema constitucional de controle à racionalidade das decisões judiciais sobre o silêncio constitucional.

Com efeito, David Diniz Dantas (2005, p. 287-288), ao analisar os critérios de interpretação utilizados pelo Supremo Tribunal Federal conclui pela ausência de uniformidade metodológica nas decisões da Corte. À época do estudo realizado por Dantas em 2002 (atualizado em nova edição em 2005), constatou o autor que havia preponderância da utilização da interpretação sistemática como complementação da interpretação gramatical e uma análise em plano bastante formal, sem cognição adequada das questões de fato na interpretação realizada no controle de constitucionalidade pelo STF.

O contexto, que já não apresentava uniformidade metodológica, evoluiu para uma ampliação na atuação do STF, o que leva ao questionamento se a corte atua fora dos limites constitucionais, conforme o que se tem denominado ativismo judicial.

Referida ampliação da atuação do STF foi debatida na ADIN nº 4.277, que discute a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Nesse julgamento, o Ministro Gilmar Mendes destacou a atuação criativa do Tribunal sob fundamento de efetivação dos direitos fundamentais:

“Portanto, é certo que o Supremo Tribunal Federal já está se livrando do vetusto dogma do legislador negativo, aliando-se, assim, à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes constitucionais do mundo. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal pode ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causa entraves para a efetivação de direitos e garantias fundamentais assegurados pelo texto constitucional” (STF, 2011, p. 10-11 do voto)

Já o Ministro Celso de Mello intenta negar o ativismo judicial do STF nesse caso a exigir colmatação de omissão inconstitucional:

“IX. A colmatação de omissões inconstitucionais: um gesto de respeito pela autoridade da Constituição da República. Nem se alegue, finalmente, no caso ora em exame, a ocorrência de eventual ativismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada, como na espécie, por pura e simples omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e

demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República” (STF, 2011, p. 45-46 do voto)

Diante desse quadro, o contexto descrito parece ter mudado, não tanto na questão metodológica, que parece continuar sem uniformidade com já visto, mas sim pela utilização dos métodos de interpretação por meio de uma atuação que podem levar ao ativismo judicial, conforme pode ser constatado da obra de Elival da Silva Ramos de 2015 e que concluiu haver um avanço do ativismo no âmbito da Corte Constitucional (2015, p. 329).

Sobre o tema, escreve Rubens Beçak (2008, p. 334) que episódios recentes do STF (p. ex. interpretação da denominada “cláusula de barreira” ou mesmo da fidelidade partidária) alertam para a reflexão acerca do exercício da atividade política para órgãos não escolhidos pelo critério democrático tradicional. Beçak reconhece legitimidade ao Judiciário para referida atuação, especialmente para “colmatar os espaços deixados omissos pelo legislador”, porém, para que não haja risco ao valor que a democracia representa ao desenvolvimento da atividade política, propõe que é preciso refletir se, em casos desta natureza, deveria o Tribunal Constitucional atuar apenas como mediador, regulador do processo.

Assim, reitera-se, uma vez mais, a já apontada ausência de uniformidade metodológica nas decisões do STF, bem como conclui-se pela expansão do ativismo judicial da corte nos casos de silêncio constitucional.

4.2.3 A Constituição como ordem aberta

Além de identificar o Direito e as Constituições como sistemas que apresentam critérios de desenvolvimento e interpretação de suas normas, é necessário descrever que referidos sistemas representam uma ordem aberta ou, ao menos, “suficientemente aberta”, tal como preconizado por Díaz Revorio (2004, p. 19; 2016, p. 23).

Como será visto no momento adequado, Niklas Luhmann defende a ideia de um sistema jurídico fechado, porém, com a possibilidade de abertura cognitiva (admite a criação de novos elementos dentro do sistema pelo próprio sistema). Díaz Revorio, por sua vez, defende a abertura relativa ou suficiente do sistema, porém, isso “no supone indiferentismo axiológico, ya que la norma suprema ‘deja claras sus preferencias’, señalando cuáles son los valores que dotan de legitimidad interna a un sistema democrático” (2004, p. 35).

Não são, portanto, visões contraditórias, apenas partem de referência diversa: Luhmann parte da integridade do sistema ao não admitir abertura para elementos estranhos a ele; Revorio não admite abertura a valores não legítimos constitucionalmente.

Em sentido semelhante, José Joaquim Gomes Canotilho admite ser a Constituição um sistema aberto porque apresenta “capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’” (2003, p. 1.159). Referida estrutura com capacidade de aprendizagem aproxima-se, apesar de não se identificar, com a possibilidade de abertura cognitiva defendida por Luhmann.

Em continuação, Díaz Revorio indica três aberturas necessárias para uma Constituição democrática: “a) frente ao poder de revisión ou poder constituyente constituido; b) frente al ejercicio de las libertades políticas; e c) frente al resto de los poderes constituidos y en particular al Legislador”.

Ao considerar a abertura da Constituição em relação ao poder de revisão e às liberdades políticas, Revorio entende que:

“(…) como poder constituido debe someterse a los cauces procedimentales que establece la propia Norma fundamental, pero como Poder Constituyente no debería encontrar límites materiales de carácter jurídico, esto es, debe poder modificar cualquier precepto de la Constitución, o esta em su integridad. Em segundo lugar, frente al ejercicio de las libertades políticas, que puede ir orientado en contra de la Constitución, incluso de sus valores fundamentales (2004, p. 19)

A assertiva de que o Poder Constituinte não deve encontrar limites materiais de carácter jurídico para poder modificar qualquer preceito da Constituição deve ser vista ressalvas em relação à Constituição Brasileira que, ao contrário da Constituição Espanhola, apresenta cláusulas pétreas³² ou cláusulas de intangibilidade.

Vê-se que se trata de uma abertura defendida, em essência, com base no Princípio Democrático, a admitir, desde que observados os procedimentos constitucionais democráticos, oposições integrais aos ditames constitucionais.

Para o objeto deste trabalho, interessa diretamente a abertura da Constituição em seu terceiro sentido, qual seja, frente aos demais poderes constituídos e, em particular, na relação entre Judiciário e Legislativo. Nesse ponto, escreve Díaz Revorio:

“Pero la Constitución también debe ser abierta en un tercer sentido, que afecta al resto de los poderes constituidos y en particular al Legislador, aunque en este caso em grado de apertura no puede ser el mismo. En efecto, el necesario margen de opciones con el que debe contar un legislador democrático que representa la soberanía popular debe hacerse compatible, en este caso, con el propio sentido y finalidad esencial de la Norma fundamental, que es precisamente establecer los límites que constituyen el marco de actuación legítima de todos los poderes, porque el Poder Constituyente ha querido preservar un núcleo de valores y de derechos fundamentales, como indisponible incluso para el Poder Legislativo” (2004, p. 20-21)

³² Artigo 60, §4º, da Constituição Federal.

Vê-se, aqui, que a abertura da Constituição em relação aos poderes constituídos impede que a norma constitucional regule de forma única e definitiva qualquer tema. É da natureza da norma constitucional manter opções à sua regulamentação e à sua interpretação, ainda que disponha de um conteúdo mínimo não negociável de direito e de valores.

A linguagem adotada pela Constituição Federal de 1988 também permite configurá-la como uma Constituição aberta, ao optar por não regulamentar certas matérias de forma total e rígida, em especial os direitos fundamentais, submetendo a questão à análise do legislador infraconstitucional, com certas balizas delineadas para tanto. Nesse sentido, escrevem Luiz Alberto David Araújo e Antônio Moreira Maués:

“Especialmente no campo dos direitos fundamentais, os constituintes valeram-se de princípios que poderiam vir a limitar a liberdade do legislador. Ao mesmo tempo que a linguagem da Constituição evitava decidir sobre vários temas, ela tendia a proteger determinados bens e valores, a fim de que eles não fossem atingidos pelos conflitos políticos que teriam continuidade após a Constituinte” (2016, p. 67)

E o silêncio, assim como a natureza principiológica e indeterminada das normas, possibilitam exatamente a abertura da Constituição em relação aos demais Poderes para a interpretação constitucional por motivos relativos à ausência de consenso, conformação política e abertura para o futuro.

Uma vez mais aqui surge o risco que a estrutura constitucional fluída pode apresentar ao Estado Democrático de Direito, em especial, nesse momento, à separação dos poderes e à representação democrática. Com efeito, sobre isso escreve Díaz Revorio:

“Pero, se extreman las consecuencias de esta idea, el cuadro de los poderes del Estado puede sufrir una radical transformación, aproximándose las funciones del legislador y de la jurisdicción constitucional, pues aquél tiende a convertirse en un mero ‘desarrollador’ o ‘aplicador’ de la Constitución, mientras que el Tribunal Constitucional, con su última palabra en materia de interpretación constitucional termina por crear Derecho” (2016, p. 21)

Porém, ainda que seja admitido teoricamente que “el legislador es, por tanto, el primer intérprete de la Constitución, mientras el Tribunal Constitucional es el último” (2016, p. 23) e “de ahí la necesidad de preservar un cierto margen de apertura de la Constitución frente a la actuación legislativa, haciendo compatible el principio de supremacía constitucional y el papel del legislador como representante de la soberanía popular” (2016, p. 22), é fato que, na prática, em especial na realidade constitucional brasileira, tal como já analisado, a Justiça Constitucional tem predominado sobre a atuação do Legislativo na interpretação da Constituição, por diversos motivos, seja por ativismo judicial, seja por inércia ou omissão do próprio Poder Legislativo.

Nos termos defendidos por Gustavo Zagrebelsky (2006, p. 251-252), vê-se que a abertura da Constituição deriva do conceito de Constituição material, da nova textura indeterminada das normas constitucionais, dentre outras causas legítimas. Ainda que haja, no atual momento, alguma preponderância do Judiciário sobre o Legislativo, não há, necessariamente, um ‘desplazamiento de poder’, mas sim uma condição imposta pela evolução histórica do constitucionalismo e pelas razões específicas de cada ordenamento (por exemplo, a citada inércia ou omissão do Poder Legislativo).

Assim, podemos concluir, conforme Marcelo Figueiredo, que, ainda que interfira nas demais funções dos Poderes, não há no exercício da Justiça Constitucional uma invasão de competência desde que respeitados os limites da interpretação e da aplicação da Constituição (2016, p. 26).

4.2.4 Sistema jurídico multinível, controle de convencionalidade e diálogo entre Cortes

Ao se tratar da Hermenêutica Constitucional e abertura da Constituição não se pode deixar de analisar o fenômeno da internacionalização dos direitos na atualidade, pois, conforme ensina Marcelo Figueiredo:

“Hoje, diferentemente do século passado, as normas produzidas na esfera regional ou internacional são tão ou mais importantes (não nos referimos ao tema hierárquico ou formal, mas pragmático) ao direito nacional e condicionam no mundo o conhecimento, a vigência e a interpretação do direito nacional” (2016, p. 27-28).

Assim, segue o autor, “as mais novas conquistas dos direitos humanos não somente obrigam continuamente os Estados a ajustar o seu direito nacional, mas também o direito constitucional” (2016, p. 29).

No mesmo sentido, ao analisar a abertura internacional da Constituição Portuguesa de 1976, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 370) escreve que não há mais um só sistema constitucional interno exclusivo e totalizante. Vê-se, ainda com Canotilho (2003, p. 695), que não há mais uma estrutura em que a Constituição esteja no vértice e as demais normas abaixo dela, como se nela estivessem todas as soluções jurídicas possíveis. De fato, “no estalão superior situam-se vários ordenamentos superiores – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário”.

Em outra obra, Marcelo Figueiredo (2013, p. 149) demonstra que o direito constitucional atual adota a concepção de Constituição aberta, em especial para a recepção de *standards* interpretativos reconhecidos internacionalmente em um movimento de

constitucionalismo global e através de um espaço de diálogo pautado no pluralismo, na transformação, no respeito à diferença e à liberdade. Para proporcionar esse diálogo de multiculturas, referido constitucionalismo global propõe a interação constante entre sistemas jurídicos, mesmo com relações de sobreposição, mas não de subordinação, tal como uma rede que se forma pelo entrelaçamento das normas internas e internacionais, ou seja, um sistema jurídico multinível. Essa estrutura possibilitaria, nos termos do autor, “respostas globais para problemas globais”.

Importante destacar nesse contexto, que o silêncio constitucional permite, por vezes, que a ordem interna apresente, ainda que potencialmente, melhores formas de solução do conflito entre direito interno e direito internacional. Isso porque referido silêncio permite à Constituição maior permeabilidade para adotar soluções através de *standards* reconhecidos internacionalmente, nos termos propostos pelo professor Marcelo Figueiredo (2013, p. 150).

Assim, outro tema de aspectos relevantes para a análise do silêncio constitucional é o denominado controle de convencionalidade, seja no exame da compatibilidade dos tratados e convenções internacionais com a ordem constitucional local, seja no caminho inverso, no exame da compatibilidade entre a ordem constitucional interna com a internacional. Com efeito, ensina Marcelo Figueiredo que:

Os operadores da justiça internacional e mesmo nacional devam suprir as lacunas, as deficiências e as incompatibilidades das normas internas e internacionais em matéria de direitos humanos, guiando-se pela coordenação e complementação *pro homine* com o intuito de alcançar uma verdadeira articulação e integração entre o direito interno e internacional dos direitos humanos (2016, p. 92)

Vê-se, portanto, que o silêncio constitucional tem o seu significado normativo extraído não só dos enunciados constitucionais locais, mas também da rede internacional formada por um sistema multinível.

Porém, em artigo sobre a utilização da jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, Marcelo Figueiredo (2009) faz críticas à menção pura e simples a decisões estrangeiras sem a realização de uma devida comparação e fundamentação frente ao caso concreto da realidade brasileira.

Dentre referidos julgamentos, merece destaque aquele referente à ADPF n. 54, sobre fetos anencefálicos, que é analisado pelo presente trabalho sob o viés do silêncio constitucional. Em crítica à utilização da jurisprudência estrangeira sem a aplicação de critérios e métodos adequados, Marcelo Figueiredo indica que

“Em seguida, parte o Ministro Gilmar Mendes para o exame do tema da subsidiariedade da ADPF, discutindo-se se haveria ou não outro meio eficaz para impugnar a matéria, nos termos do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99. Para isso, traz

alguns julgados do Tribunal Constitucional Alemão e Espanhol para corroborar a ideia de que também no direito espanhol o princípio da subsidiariedade é atenuado para conhecer da alegada inconstitucionalidade. Finaliza argumentando que, se no caso é admissível um habeas corpus, com mais segurança seria admissível a ADPF, tendo em vista a demora do habeas corpus para chegar ao Supremo Tribunal Federal, fazendo com que a gravidez não pudesse ser interrompida devido a seu avanço. Destarte, verifica-se que não integram a decisão do Ministro os argumentos de direito estrangeiro previamente utilizados” (2009, p. 59).

Interessante destacar também a análise feita em relação a julgados do STF que adotaram a jurisprudência americana dos “fruits of the poisonous tree” quando essa mesma posição já havia sido alterada em seu país de origem:

“Apoiou sua decisão na “teoria dos frutos da árvore envenenada”, como se sabe desenvolvida nos Estados Unidos da América. A questão da fonte autônoma de prova (“an independent source”) e sua desvinculação causal da prova ilicitamente obtida tem como fundamento os casos *Silversthorne Lumber Co v. United States* (1920), *Segura v. United States* (1984), *Nix v. Williams* (1984), *Murray v. United States* (1988). Há notícia, conforme visto, que a Suprema Corte norte-americana recentemente alterou esse entendimento no caso *Herring v. United States*, de 14 de janeiro de 2009, assim ementado: “When police mistakes leading to an unlawful search are the result of isolated negligence attenuated from the search, rather than systemic error or reckless disregard of constitutional requirements, the exclusionary rule does not apply. The fact that a search or arrest was unreasonable does not necessarily mean that the exclusionary rule applies” (2009, p. 63)

Como já estudado no momento oportuno, no caso do reconhecimento de poderes implícitos, o STF também apresentou como fundamento de sua decisão a jurisprudência americana sobre o tema, sem, porém, maiores demonstrações de equivalência dos casos concretos enfrentados nos Estados Unidos e aqui no Brasil, o que demonstra a inadequação da adoção ou, ao menos, da forma de adoção das decisões estrangeiras pelo STF.

Assim, deve ser advertido sobre a necessidade de se aplicar critérios e métodos adequados para a utilização da jurisprudência internacional em decisões locais também no tocante ao silêncio constitucional.

4.2.5 A insuficiência da Hermenêutica Constitucional no estudo do silêncio

A análise da Hermenêutica Constitucional trouxe conclusões importantes para o trabalho:

- a) o silêncio constitucional atua também como espaço para a ocorrência de mutações constitucionais sem que para tanto, seja necessária a alteração do texto da Constituição;
- b) além da ausência de uniformidade metodológica nas decisões do STF já estudada, há uma expansão do ativismo judicial da corte nos casos de silêncio constitucional;
- c) o silêncio constitucional permite uma maior abertura da própria constituição em relação aos poderes constituídos; e, ainda que interfira nas demais funções dos Poderes, não há

no exercício da Justiça Constitucional uma invasão de competência desde que respeitados os limites da interpretação e da aplicação da Constituição;

d) o silêncio constitucional permite à Constituição maior permeabilidade para adotar soluções através de *standards* reconhecidos internacionalmente por um sistema multinível; fica, porém, a advertência, sobre a necessidade de se aplicar critérios e métodos adequados para a utilização da jurisprudência internacional em decisões locais.

Tais conclusões reforçam a importância do desenvolvimento de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais diante da tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito.

Porém, não se encontra na Hermenêutica Constitucional, em seu atual estágio da matéria, critérios ou elementos suficientes para contribuir na elaboração do referido sistema constitucional de controle em casos de silêncio constitucional.

Os estudos realizados até o momento mostram-se insuficientes para delimitar conceito e função do silêncio constitucional. Apesar de haver estudos que tratam do assunto de forma indireta, acessória, não foram encontrados estudos que tivessem, por exemplo, a intenção de desenvolver a categorização inicialmente trazida pela Hermenêutica Jurídica sobre lacunas ou silêncio constitucionais, com uma sistematização completa da matéria.

A dificuldade na análise do tema do silêncio reiteradamente encontrada na Hermenêutica Jurídica e na Hermenêutica Constitucional, exige que seja dado um passo atrás, em retorno às Teorias Gerais, tal como é feito no capítulo seguinte.

5. SILÊNCIO, LINGUAGEM E COMUNICAÇÃO NOS SISTEMAS SOCIAIS E NO DIREITO

5.1 Um retorno necessário

Para um tratamento adequado do assunto a fim de delimitar o conceito, as categorias e a função operacional do silêncio constitucional, é necessário voltar às Teorias gerais.

De fato, primeiro vamos analisar a Teoria da linguagem, depois a Teoria dos sistemas sociais e, finalmente, a Teoria do Direito.

Com este retorno, uma nova perspectiva de análise do enunciado (fala) e do silêncio constitucionais é proposta, para uma comunicação adequada no sistema jurídico de acordo com

os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, com ênfase na eficácia dos direitos fundamentais em vista da justiça social e do reconhecimento de uma sociedade plural.

5.2 A Teoria da linguagem e o silêncio como potencialidade

Ao se pensar na linguagem, uma análise apressada e simplista poderia concluir que o silêncio, enquanto possível oposto à fala ou à enunciação escrita, é a ausência de comunicação. Porém, muito pelo contrário, o silêncio é uma forma de expressão da própria essência da linguagem.

Sobre essa questão, Martin Heidegger faz os seguintes questionamentos:

“O homem fala por pretender indicar e comunicar alguma coisa ou o homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, no silêncio morar no vazio? O que isso significa? Será, então, que em última análise, a origem da essência da linguagem está em poder calar-se e guardar silêncio? O silêncio será apenas algo negativo, não falar, e meramente um dado externo, a ausência de som, a calada? Ou será que o silêncio é algo positivo e mais profundo, e toda fala não é senão o não-silêncio, o já não e ainda não se calar?” (2012, p. 119)

O presente trabalho propõe, com partida nas lições de Heidegger, que o silêncio é uma potencialidade da linguagem, ou seja, o espaço de reflexão, de pensamento para que o Ser se torne linguagem e possa alcançar a essência do homem³³. Esse caminho percorrido no pensamento e na linguagem não se constrói de forma livre e efetiva se, antes da fala e do enunciar, não houver o silêncio e a reflexão como origem do próprio pensamento e da linguagem. Do contrário, o Ser apenas repetiria aquilo que já está posto, aquilo que já foi pensado por outrem.

A relação entre o pensamento, a linguagem, o Ser e o homem é assim descrita por Heidegger:

“O pensamento con-suma a referência do Ser à Essência do homem. Não a produz nem a efetua. O pensamento apenas a restitui ao Ser, como algo que lhe foi entregue pelo próprio Ser. Essa restituição consiste em que, no pensamento, o Ser se torna linguagem. A linguagem é a casa do Ser. Em sua habitação mora o homem” (1967, p. 24)

Assim, o caminho a ser percorrido parte do pensamento e não do agir, pressupõe a reflexão e não a ação pura e simples. A ação, ou melhor, a reação pura e simples sem o silêncio prévio para ouvir, pensar, refletir, afasta o ser da sua linguagem, da sua casa, da sua essência.

³³ O retorno até este ponto, qual seja, a análise da relação entre o silêncio enquanto potencialidade e a essência do homem é justificada para a análise do silêncio em termos jurídicos. De fato, como escreve Marcelo Figueiredo: “O desafio do Direito está exatamente em sua complexidade, que envolve, em última instância, o próprio Homem. O sistema jurídico é, como o Homem, intrincado, porém, maravilhoso universo de relações possíveis” (2003, p. 7 – nota do autor).

Talvez esse seja um dos principais males atuais da humanidade frente às redes sociais e os meios de comunicação em massa. Não há mais silêncio, não mais se ouve, não há pensamento, reflexão, apenas reação (quase que instintiva) a estímulos e repetição de falas e pensamentos já massificados e disseminados por outros indivíduos ou grupos. Isso afasta o Ser de sua essência e, levado ao extremo, faz com que ele deixe de ser humano ou, considerada sua existência física que permanece, deixa de agir e ter características de humano, com personalidade própria.

Ou, ainda, diante da crítica aos “humanismos” feita por Heidegger, talvez esse indivíduo passe a ser um humano, como todos os outros que se enquadram no padrão ou nos critérios pré-estabelecidos por um determinado “humanismo”, talvez um novo humanismo das redes sociais, um humanismo paradoxal dos robôs como homens e das “*fake news*” como fala verdadeira.

Nesse sentido é a lição de Willis Santiago Guerra Filho e Márcia Regina Pitta Lopes Aquino:

“a linguagem é a morada do ser. Nesta habitação do ser mora o homem’. É, portanto, um processo desumanizante o que presenciamos, quando observamos a nossa era da informação (Informationszeitalter – Karl Acham), em que se afirma uma sociedade mundial de comunicação (Weltgesellschaft – Niklas Luhmann)” (2013, p. 110)

Com efeito, Martin Heidegger aponta o humanismo como um “meditar, e cuidar para que o homem seja humano e não des-humano, inumado, isto é, situado fora de sua essência” (1967, p. 350).

Para manter sua humanidade, ao pensar o ser deve explorar a “força silenciosa do possível”, ou seja, “o próprio ser que, pelo seu querer, impera com seu poder sobre o pensar e, desta maneira, sobre a essência do homem, e isto quer dizer, sobre sua relação com o ser” (1967, p. 349).

E para finalizar, arremata Heidegger:

“Tudo depende unicamente de a própria Verdade do Ser se fazer linguagem e de o pensamento conseguir chegar a essa linguagem. Talvez a linguagem exija muito menos pronunciamentos precipitados do que, muito mais, o devido silêncio. Mas qual de nós, homens de hoje, poderia pretender que seus esforços para pensar já estariam familiarizados e em casa, (heimisch) no caminho do silêncio?” (1967, p. 362).

Vê-se, portanto, que o silêncio tem papel essencial na linguagem, papel este tão importante (e por vezes até mais importante) do que o papel da própria fala ou do enunciado escrito.

Gilvan Fogel também parte das lições de Martin Heidegger para descrever a dinâmica da relação “Escuta, Silêncio, Linguagem” (Hören, Schweigen, Sprache) da seguinte maneira:

“ver-se-á, se não há linguagem sem escuta, também não a há sem silêncio. Sobretudo, não há escuta sem silêncio. Igualmente, ainda, sem silêncio —sem escuta. Então,

também silêncio é co-originário com linguagem —e com escuta. E perguntamos: como? O que é silêncio? O que é escuta? E, principalmente, o que é” linguagem? De qualquer modo, insinua-se que escuta, silêncio e linguagem constituem um atamento, um só nó” (2017, p. 47-48)

Aqui, uma vez mais, mostra-se que a linguagem tem uma relação de origem e de essência com o silêncio. E continua Gilvan Fogel, ao analisar a transcendência enquanto natureza ou essência do homem:

“o homem não é nada ou coisa nenhuma estabelecida, algo nenhum de fato existente ou ocorrente (p.ex., alma, espírito, ou corpo, matéria, feixe nervoso, córtex cerebral), mas só e tão só a possibilidade de ser tocado e tomado por possibilidade, ou seja, ser aberto, livre para poder ser. A possibilidade ou o poder ser que lhe sobrevém, o acossa, o acomete e, assim, o toma, dele se apodera. Dele apodera-se, apropria-se, isto é, impõe-lhe o próprio de vida, de existência na forma que lhe sobreveio. A esta irrupção súbita, a este salto se chama o dar-se ou o acontecer de transcendência (...) O homem é só, tão só o tomável, o apropriável, o afetável, enfim, o aberto, o apto, o livre para...ser tocado, tomado, apoderado por liberdade, i.e., por um sentido (lógos), que em si e por si é alteração, diferenciação, transformação, enquanto poder ou possibilidade para. O homem, assim, acorda, é despertado para sua humanidade, para sua liberdade para, desde transcendência, fazer vir a ser o que é, enquanto e como ação, liberdade e história (tempo)” (2017, p. 47-48)

A transcendência como essência do homem (sua humanidade) lhe impõe, paradoxalmente, um poder e uma liberdade que lhes são impostos, pois tem potencialidade de abertura (aptidão) para a possibilidade, porém, tal abertura lhe é imposta para que possa efetivamente ser humano, viver, existir. Referida abertura efetiva-se pela dinâmica pensamento, linguagem, fala e silêncio.

Necessário, agora, retornar às questões postas por Heidegger e citadas no início deste item.

“O homem fala por pretender indicar e comunicar alguma coisa ou o homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, no silêncio morar no vazio?” Fala e silêncio são essenciais à linguagem e à comunicação, sendo o silêncio estreitamente com a origem da linguagem e sem o silêncio não há ato de pensar ou escutar. Assim, silêncio também é ato de indicar e comunicar, tão relevante (e, como já visto, por vezes mais importante) quanto à fala. O homem fala por ser aquele que pode calar-se e ficar em silêncio, pois a transcendência paradoxalmente impõe uma liberdade ao homem, a de ter aptidão para ser solicitado pela própria vida, para, mesmo ao silenciar, se abrir aos estímulos para pensar, analisar e agir (falar) a seu próprio e livre modo de ser. Não tivesse essa aptidão para calar-se e pensar, o homem não teria, igualmente, a aptidão para falar. Finalmente, manter o silêncio não significa morar no vazio, pelo contrário, significa potencialidade em pensar e escutar para o posterior agir humano (e não mero reagir inumano).

“O que isso significa? Será, então, que em última análise, a origem da essência da linguagem está em poder calar-se e guardar silêncio?” Sim, sem o silenciar, não há o falar, não há o escutar, não há o pensar. Todos esses pontos originam e se encontram em um só processo: a linguagem.

“O silêncio será apenas algo negativo, não falar, e meramente um dado externo, a ausência de som, a calada? Ou será que o silêncio é algo positivo e mais profundo, e toda fala não é senão o não-silêncio, o já não e ainda não se calar?” O silêncio não é simplesmente o oposto ao falar, aliás é pressuposto ao falar. O silêncio é algo positivo, interno ao homem, mas que, mesmo sem produzir som, participa da comunicação. É algo mais profundo, ligado à essência da linguagem, uma potencialidade.

Mas, finalmente, o que é o silêncio? Gilvan Fogel, com base nas lições de Heidegger, assim descreve o silêncio:

“Cabe ver no silêncio uma dimensão, um modo de ser de vida, de existência. Uma espécie de disposição, de pré-disposição vital. Uma gradação, uma intensidade, um tempero da e na vida, melhor, uma têmpera muito própria à vida. Talvez se possa ainda dizer: uma tensão, um tônus, que se mostra como abertura, disposição ou pré-disposição para a escuta do/ao sentido, à força, que irrompe, que salta desde e como transcendência e que abre, inaugura a vida, o homem, o humano viver. Só há, só se faz silêncio, onde há, faz-se escuta. Sem escuta, isto é, sem silêncio. Silêncio, para ser realmente silêncio, precisa ser ouvido escutado. De novo: o que se ouve em se ouvindo o silêncio?” (2017, p. 53).

Por conseguinte, para aproveitar a potencialidade da linguagem (e da vida através da comunicação), deve-se estar aberto e disposto a ouvir o silêncio, ou, nas palavras de Heidegger, o ser como a “força silenciosa do possível” (1967, p. 349).

Ouvir o silêncio é ir além do falado, do enunciado. É concentrar-se, analisar meticulosamente o pensamento, o raciocínio e fatores que possam os ter influenciado para o resultado falar, enunciar. E mais, ouvir o silêncio é também vislumbrar o que não foi dito, apesar de decorrer logicamente daquele raciocínio. É examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades dentro da comunicação e não apenas aquilo que está posto, falado ou escrito. É desvelar o que não está visível no ato pronto e acabado.

E, ao aplicar tais lições à escuta do silêncio, precisa é a lição de Gilvan Fogel:

“Escuta de, do, ao silêncio, pois a linguagem, o sentido, no que fala e porque fala, já recuou, já se retraiu ou se velou, uma vez que se singularizou, se concretizou e, então, paradoxalmente, ela se dá e se retrai no falado, no singularizado ou concretizado. Mas e isso é decisivo só se vê o que se tem imediatamente diante dos olhos, quer dizer, o singular, o concreto, isto é, o realizado e dado na e como realização da linguagem na e como ou enquanto fala (...) Para realizar, melhor, para possibilitar mais esta possibilidade e assim promover a linguagem é preciso ser, estar à escuta (e assim e então à espera!) deste retraído, deste velado e, deste modo, possibilitar ou promover a fala, mais, o dizer ou mostrar da linguagem na sua fala e como fala. Assim, põe-se à escuta do por dizer, do a dizer, pois no retraído, no recolhido, está toda a força, toda

a possível gênese do sentido (lógos), da linguagem. Neste retraído, neste recolhido, resguarda-se toda a riqueza, toda a fartura da linguagem todo seu a dizer, por dizer, isto é, a mostrar, a fazer ou tornar visível. Não, não pode haver genuíno dizer, ou seja, real mostrar, sem esta escuta, sem esta ausculta deste retraído, deste recolhido e resguardado a aura, o halo, que sempre perfaz a ambiência, o elemento silêncio” (2017, p. 58).

Por todo o exposto, vê-se que, num primeiro momento, a análise individualizada do Ser apresenta o silêncio como um espaço de possibilidade, uma oportunidade para o Ser pensar, refletir, buscar sua essência, sua verdade, evoluir, desenvolver sua própria personalidade, sua dignidade.

Mas a questão não se limita ao aspecto individual, ou seja, de pensamento do Ser exclusivamente, mas se estende à comunicação, processo em que também o silêncio se mostra como elemento ou mesmo origem da própria linguagem. Isso porque a comunicação deve se dar entre falar e ouvir simultâneos entre os indivíduos, sem o que haverá outra forma de enunciação unilateral, sem conhecimento e análise do que é comunicado pelo outro, assim, sem comunicação, mas apenas reação de acordo apenas com o pensamento internalizado e, por isso, de acordo com as concepções prévias já moldadas do indivíduo.

Com efeito, mostra-se que a linguagem e a comunicação têm uma relação de origem e de essência com o silêncio e que este é uma potencialidade e, sendo a linguagem a “morada do ser”, o silêncio é também potencialidade para o indivíduo, para sua existência, para sua evolução (ou involução na ausência de silêncio ou de pensamento), inclusive em suas relações sociais, em sua comunicação; portanto, potencialidade também para a origem e evolução da própria Sociedade.

E, ao trazer referidas constatações do individual para o contexto social e, dentro deste, para o Direito, especificamente para a Hermenêutica Jurídica e Constitucional, o presente trabalho pretende identificar o que é o silêncio constitucional, qual sua função operativa no sistema jurídico e quais suas categorias.

Essa análise é essencial para que se possa, na interpretação da Constituição, “ouvir o silêncio constitucional” e ir além do falado, do enunciado; alcançar o raciocínio e fatores de influência para resultar no enunciado; enfim, assim como o silêncio na linguagem apresentado por Heidegger, examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades na comunicação e não apenas aquilo que está escrito e visível na Constituição.

Busca-se encontrar um modelo teórico sobre a linguagem que possibilite a análise da função operativa do silêncio desde a Filosofia da Linguagem, com passagem pela Teoria dos Sistemas Sociais e até a Teoria do Direito e da Constituição.

Assim, apresenta-se o silêncio como um (ou parte do) caminho para a linguagem (parafrazeando Heidegger) e, também, como um caminho para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito através da interpretação constitucional.

5.3 A Teoria do silêncio constitucional de Laurence H. Tribe

Para repassar as lições de Heidegger para ao âmbito da Hermenêutica Constitucional, é importante destacar, uma vez mais, que o silêncio também é objeto da interpretação constitucional.

Como visto anteriormente, nas lições de Laurence Tribe, antes de ser uma moldura que restringe a interpretação, as palavras e os silêncios são evidências para início de uma busca mais completa sobre as razões da criação da lei e da Constituição, bem como para identificar se, diante do contexto atual.

E diante da necessidade de análise não só do texto, mas também do contexto, fica patente nas lições de Laurence Tribe que o silêncio deve ser analisado como fonte do Direito.

Com efeito, ao fazer parte do discurso, o silêncio também faz parte do contexto. E, sendo assim, o Tribe (1982, p. 523-524) propõe a elaboração de uma gramática (uma “sintaxe do não dito”) sobre como o silêncio pode ou não pode operar na interpretação do Direito.

Passa-se, então, ao exame da “sintaxe do não dito” elaborada por Tribe.

5.3.1 A sintaxe do não dito: construindo o som do silêncio constitucional

Laurence Tribe inicia em seu artigo “Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence”, ao reconhecer que umas das espécies do silêncio constitucional é o já analisado silêncio eloquente:

“At times, indeed, silence can be genuinely eloquent-as when the accused stand mute before their tormentors in Arthur Miller's play *The Crucible*, or when civil rights protesters conduct a voiceless vigil in a segregated public library, searing the community's conscience with what the Supreme Court called their ‘silent and reproachful presence’. The arts of silence and inaction are no strangers to lawmakers” (1982, p. 516)

Porém, como já visto, o silêncio não se resume a esta categoria (eloquente) e a análise da sintaxe do silêncio constitucional, paradoxalmente, pode levar à construção de sons que alteram padrões antes predominantes na interpretação jurídica.

Tribe (1982, p. 524) indica na referida “sintaxe do não dito” que o silêncio pode apresentar dois tipos de significado: como fatos jurídicos operativos, extraídos de normas

constitucionais externas e não de determinações internas sobre o significado que vários silêncios podem apresentar; e como elementos de um contexto histórico das leis vigentes³⁴.

O silêncio enquanto fato jurídico operativo não configura um silêncio da própria Constituição, mas um silêncio ou uma inércia do Congresso, do Poder Legislativo. Neste ponto, o critério que determina a interpretação do silêncio não é interno, ou seja, intrínseco ao próprio silêncio e ao contexto que ele ocorreu a demonstrar sua forma de interpretação.

Por exemplo, a visão que adota o silêncio eloquente o interpreta por um critério interno com significado de que a intenção daquele silêncio é excluir determinado fato da incidência da norma jurídica. Já o silêncio como fato jurídico operativo é determinado por critérios externos extraídos das normas constitucionais, não sendo importante o tipo do silêncio propriamente dito. Assim, conforme Tribe (1982, p. 525), onde cláusulas constitucionais requerem o consentimento do Congresso para prática de determinado ato pelo Presidente da República, por exemplo, o silêncio do Congresso deve ser interpretado conforme seu significado legal (constitucional), ou seja, um operativo controlador do fato (no exemplo, a não autorização para a prática do ato pelo Presidente da República). Assim, o silêncio do Congresso, no caso, não poderia ser interpretado como concordância para a prática ou com o ato praticado já praticado pelo Presidente da República³⁵.

Em continuação à “sintaxe do não dito”, o silêncio pode apresentar-se como elemento de um contexto histórico das leis vigentes. Para a interpretação adequada e atualizada das

³⁴ “In such a grammar, I believe that silences can properly have only two sorts of significance: (A) a significance as operative legal facts that is derived not from the internal states of mind that various silences may be thought to manifest, but from external constitutional norms; and (B) a significance as parts of the historical context of actual enactments”. Laurence Tribe entende que apenas essas duas espécies de silêncio são compatíveis com a estrutura constitucional americana e de acordo com sua proteção implícita de responsabilidade política: “No other ways of plumbing such silence appear to me compatible with our constitutional structure of lawmaking and its implicit safeguards for political accountability”.

³⁵ “I would agree with the view I take to be at least implicit in Justice Douglas' opinion-namely, that the guide to the meaning of certain congressional silences is the Constitution itself. Where constitutional clauses - in the Steel Seizure case, the just compensation clause read in juxtaposition with the revenue raising clause-require the consent of Congress, Congress' silence has legal significance as a controlling operative fact” (...) nota 60: “Where constitutional principles require such consent, the type of legislative silence - whether or not it follows speech and debate and whether it is omission or rejection - does not matter, for anything short of clearly expressed consent must have similar operative effect”. O caso utilizado como exemplo por Tribe é o julgado *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* (the Steel Seizure case de 1952), um dos clássicos julgamentos citados como início da consideração do silêncio como parte do discurso, como discurso. Trata-se de ação proposta por empresas de produção de aço contra o Secretário do Comércio em razão da apreensão de aço promovida por determinação do Presidente Truman com a finalidade de evitar a falta da matéria prima durante a Guerra da Coreia em razão de disputas e greves trabalhistas. Tal determinação ocorreu sem a expressa concordância do Congresso, quando a Constituição Americana assim determina. Segundo Tribe, “the Supreme Court held the President's steel seizure an unconstitutional arrogation of legislative authority (...) Thus a decisive majority of five Justices treated Congress' silence as speech - its nonenactment of authorizing legislation as a legally binding expression of intent to forbid the seizure at issue”.

normas jurídicas é necessária a análise do contexto histórico no qual o Poder Legislativo optou pelo silêncio ou pela inércia. Essa regra interpretativa aplica-se a toda norma jurídica e não seria diferente no caso do silêncio constitucional.

Na obra “The Invisible Constitution”, Tribe (2008, p. 53) reforça a importância da análise contextual do silêncio da Constituição. Assim, embora nada no texto constitucional determine que aos intérpretes que examinem a história da Constituição, é certo que todo seu texto e sua estrutura devem ser compreendidos neste contexto histórico sobre eventos e atitudes que podem auxiliar a explicar os objetivos buscados pelos constituintes no processo de elaboração da própria Constituição e de suas emendas³⁶.

Silêncios contextuais, nos termos de Tribe (1982, p. 529), podem ser relevantes para interpretação em duas situações: quando há um precedente judicial que interpreta a própria linguagem da lei de determinada forma sem oposição do Poder Legislativo que silencia sobre referida interpretação judicial e, na sequência o próprio Legislativo, adota, uma vez mais, a mesma linguagem em lei subsequente, o que leva à conclusão de que aquela interpretação judicial foi aceita pelo Legislativo e vale também para a nova lei; e quando há a rejeição prévia ou simultânea³⁷ pelo Poder Legislativo de proposto para alteração da linguagem utilizada ou de outra proposta legislativa que teria adotado a própria interpretação de uma norma que um litigante alega posteriormente³⁸.

Importante destacar que Laurence Tribe (1982, p. 530) adverte que o Princípio da Separação dos Poderes não pode ser utilizado como critério para definir os limites da interpretação por parte do Poder Judiciário sobre quando e até que ponto devem ser tratados os

³⁶ “Even though nothing in the Constitution’s text says so, all of its text and structure must be understood with an eye to its unfolding history—to the history of events and attitudes that might help explain the ends Congress sought to achieve in proposing it to the states for ratification”.

³⁷ Apesar do uso pela Suprema Corte Americana, Tribe afasta a possibilidade de utilização de um silêncio posterior do Poder Legislativo como silêncio contextual: “Not all silences may legitimately be read as part of statutory context, however. In particular, justifying an interpretation of a prior enactment by pointing to what a subsequent Congress did not enact seems incompatible with our constitutional structure. While silence contemporary with, or antecedent to, the legislative speech one is construing adheres to and delimits that speech - thus furnishing potentially relevant context—a later silence shares no such boundary with that speech (...) And the Supreme Court, despite its own repeated warnings that uses of postenactment history can be dangerous, keeps making just such uses” (1982, p. 531).

³⁸ “What Congress has legislated necessarily takes its meaning in part from the context in which Congress chose the words it did, and Congress’ silence or inaction may—and sometimes must—be treated as part of that context for purposes of faithfully construing contemporaneous and subsequent enactments. Contextual silences that may well be relevant to statutory construction include: (1) Congress’ silence respecting extant decisional law that had construed the very statutory language Congress has chosen to re-enact—a silence which, coupled with re-enactment, may be read to imply adoption of that law;⁸ and (2) Congress’ prior or contemporaneous rejection of proposed amending language or other legislation that would have enacted the very interpretation of a statute that a litigant later claims a statute did enact”.

citados silêncios como parte do contexto de elaboração da lei. Isso porque não se trata de criação de norma jurídica pelo Judiciário com base única e exclusivamente no silêncio ou inércia do Legislativo, mas sim uma análise contextualizada da elaboração da própria norma jurídica³⁹.

Até aqui o que Laurence Tribe trata no seu artigo “Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence” diz respeito ao silêncio que decorre do Poder Legislativo⁴⁰, apesar de que tais regras podem auxiliar na identificação do silêncio da Constituição propriamente dito.

Aliás, interessante notar que, como o próprio Tribe (1982, p.531) alerta, nenhum das regras de identificação e interpretação do silêncio do Congresso são previstas expressamente na Constituição Americana. Aqui sim, haveria o silêncio constitucional propriamente dito. Seria o silêncio constitucional sobre as normas de construção do significado daquilo que o Congresso não falou⁴¹.

Quanto ao silêncio constitucional propriamente dito, Tribe (1982, p. 532) indica que a questão central do tema não é apenas interpretar o silêncio constitucional isoladamente, mas a justaposição de uma norma constitucional expressa em uma área com a ausência de norma em um campo adjacente⁴².

Para esclarecer sua questão, Tribe indica duas previsões da Constituição americana.

³⁹ “When and how far to treat such silences as part of the context of any given statute pose questions no different in kind from those presented whenever the historical setting in which a legislature spoke must be described; those questions cannot be answered by recourse to separation-of-powers limits. For, in regarding such silences as contextual, the Court is neither giving legal force to inaction itself nor “find[ing] in congressional silence alone the adoption of a controlling rule of law””.

⁴⁰ Os autores Roberto Dias e Gabriel Calil descrevem a importância da relação entre o silêncio constitucional e omissões inconstitucionais (com foco na omissão do Poder Legislativo): “os silêncios constitucionais guardam profunda relação com as omissões inconstitucionais, já que tratam dos pressupostos da interpretação constitucional. Na medida em que alteramos a forma de compreender os silêncios constitucionais, também alteramos o parâmetro de controle das omissões inconstitucionais” (2018, p. 256) “Se alguém fosse realizar o controle da omissão de determinado ato, partindo da visão de Constituição como estrutura, haveria uma pré-disposição para declarar a inexistência de uma omissão inconstitucional. Isso porque, neste caso, há a compreensão de que o silêncio constitucional cumpre papel importantíssimo. Nas outras duas concepções de Constituição, o cenário se inverte. Se concebida como ordem objetiva de valores, não seria tolerável, como visto acima, o silêncio sobre uma questão constitucional relevante para a sociedade, exigindo-se do Judiciário uma resposta imediata à omissão. O Judiciário seria o responsável por responder a todas as questões postas pela Constituição, inexistindo espaço para silêncios constitucionais, reduzindo, assim, o espaço de deliberação democrática parlamentar. Por sua vez, vislumbrando a Constituição como ordem administrativa, o silêncio sobre questões constitucionais razoavelmente controvertidas daria lugar à eficiência do administrador. Com a maximização do Executivo e sua rápida ação sobre as mais variadas questões constitucionais, seria reduzido o campo de atuação do Legislativo” (2018, p. 260)

⁴¹ “Of course, nothing in the Constitution says any of this in so many words (...) it is constitutional silence, as a necessary part of the constitutional structure, to which we ascribe significance whenever we elaborate norms for construing what Congress has not said”.

⁴² “In deciding how to give meaning to what Justice Jackson called the “great silences” of the Constitution,” the issue is typically how to construe not constitutional silence alone, but rather the juxtaposition of constitutional statement in one realm with the absence of statement in an adjacent field”.

Num primeiro momento, o autor cita a décima emenda, que prevê “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. Para Tribe (1982, p. 532), essa emenda traz uma instrução sobre como deve ser interpretada o silêncio constitucional em relação aos poderes do governo nacional (ou federal). Ao indicar os poderes “não delegados” a Constituição determina que o silêncio nesse assunto deve ser interpretado como proibição⁴³.

E mais, ao analisar o contexto em que referida emenda foi elaborada, vê-se que o seu texto omitiu a expressão “expressamente” que havia sido utilizada nos Artigos da Confederação (“não expressamente delegados”), o que gerou uma proibição “menos completa” do que a prevista originalmente (1982, p. 532)⁴⁴.

Com isso, a interpretação que prevaleceu na prática em razão dessa omissão concluiu pela possibilidade de reconhecimento de poderes implícitos. De fato, no precedente *McCulloch v. Maryland* restou decidido que, não obstante a ausência de delegação constitucional expressa para que o Congresso pudesse aprovar lei para criar um banco nacional, trata-se de um poder implicitamente delegado pela Constituição, conforme sentido da décima emenda e da interpretação de todo o edifício de poderes nacionais em conjunto com a cláusula “necessary and proper” (poderes necessários para atingir a finalidade de uma competência constitucional) - (1982, p. 532)⁴⁵.

A segunda disposição constitucional citada por Tribe (1982, p. 533) é a nona emenda, que prevê: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”. Neste caso, o sentido do silêncio constitucional muda em relação ao caso anterior, ou seja, enquanto a décima emenda leva à interpretação de que o silêncio relacionado a poderes nacionais significa proibição, a nona emenda indica que o silêncio relacionado a direitos não é uma proibição (“shall not be [so]

⁴³ “This amendment, in addressing the powers “not delegated,” is best understood as an instruction on how to read the Constitution’s silences with respect to national governmental authority: on that subject, we are told, silence means prohibition”.

⁴⁴ So constitutional amendments may, and perhaps must, be read against such a context as well. The tenth amendment, read in light of its own omission of the language that had been used in the Articles of Confederation- which reserved to the states all national powers “not expressly delegated” -appears a less than complete prohibition”.

⁴⁵ The result of that reading, indeed, is *McCulloch v. Maryland* - which held that, notwithstanding the absence of express constitutional delegation to Congress of power to create a national bank, such a power was implicitly delegated by the Constitution, within the meaning of the tenth amendment, through the entire edifice of national powers read in conjunction with the necessary and proper clause.

construed” – eles não devem ser assim interpretados), muito pelo contrário, é uma determinação para que sejam identificados direitos não enumerados expressamente na Constituição⁴⁶.

Sobre a análise contextual da nona emenda em relação ao silêncio, Tribe (1982, p. 533) relembra que sua propositura foi uma resposta de Madison aos argumentos de Hamilton e outros que defendiam que os direitos não expressamente previstos na Declaração de Direitos necessitariam de ser cedidos por parte do governo, ou seja, necessitariam de expressa previsão em lei⁴⁷.

Laurence Tribe (1982, p. 533) escreve que a construção que atribui um específico sentido ao silêncio constitucional será necessariamente indeterminada e incompleta. Será indeterminada pois envolve escolhas não especificadas integralmente pela Constituição para decidir como interpretar a norma constitucional em questão (como a análise do papel da história, p. ex.). E será incompleta pois da construção derivam instruções que não podem ser aplicadas sem que outras escolhas sejam feitas e referidas escolhas podem ser restringidas pela própria Constituição e esta não determina de forma conclusiva sobre tais restrições (escolhas sobre quais direitos não enumerados podem ser reconhecidos, p. ex.)⁴⁸.

Adverte Tribe (1982, p. 533), em confronto com os originalistas, que nesse processo de construção do sentido do silêncio constitucional não se deve tratar o texto ou o silêncio como ideias ou intenções não concretizadas por outras pessoas, tais como dos elaboradores do texto constitucional ou das emendas. Com efeito, defende Tribe que ainda que sejam as fontes e os limites de sua força moral da Constituição, a intenção dos constituintes (“framers”) ou dos congressistas não vinculam os intérpretes da Constituição⁴⁹.

Essa questão fica mais clara em “The Invisible Constitution”:

“Whether we think rules of this sort always retain their “original meaning” as reflected in the authors’ specific expectations or believe instead that such rules express more

⁴⁶ “Unlike the tenth amendment’s direction as to the Constitution’s silences bearing on national powers, the ninth amendment’s instruction is that rights -related silences do not mean prohibition: they “shall not be [so] construed. Silence here is not the fence it is under the tenth amendment, but an invitation to identify unenumerated rights”.

⁴⁷ “Again, the background context helps explain this instruction about silence: Madison introduced the ninth amendment as a specific response to the arguments of Hamilton and others that those rights not enumerated in the Bill of Rights would otherwise be given up to the government”.

⁴⁸ “It will be indeterminate in that we have had to make choices (as to the role of history, for example) not themselves fully specified by the Constitution in deciding how to construe the constitutional rule in question. And it will be incomplete in that we have emerged with instructions that cannot themselves be applied without making still further choices (choices regarding which unenumerated rights to recognize, for instance) that the Constitution itself may constrain but does not dictate in any conclusive way”.

⁴⁹ “Throughout this process, it is crucial that we resist the temptation to treat either text or silence as mere evidence of unenacted ideas or desires on the part of others: whatever the sources and limits of its moral force, the Constitution-ratified under the processes specified in articles V and VII-surely does not bind us directly to the unmediated “intentions” of its framers or ratifiers, any more than we can be bound by the unlegislated “intentions” of Congressmen”.

general principles or concepts that need to be adapted to changing circumstances if they are to remain faithful to their original purposes. Deciding what the relevant "history" here is, as well as discovering the facts pertinent to that history, will entail making fundamental choices about what fidelity in historical and purposive interpretation means, about what kind of rule we are dealing with, and about the appropriate frame of reference through which (and the appropriate level of generality at which) to understand the history bearing on that sort of rule. And for none of those choices should we expect much guidance from the text - from the visible Constitution" (2008, p. 54)

Para finalizar, Tribe (1982, p. 534) indica que o silêncio desfruta de uma característica compensadora, qual seja, sua determinação potencial. De fato, em comparação com a fala, há várias maneiras de expressar a fala e muito o que pode ser dito, porém, apenas uma maneira de silenciar. Assim, as potenciais e infinitas regras de construção (e meta-regras de construção daquelas regras) podem ser rapidamente reduzidas quando se lida com o silêncio, desde que seja aceita a responsabilidade de declarar explicitamente as regras que especificam os efeitos legais que tais silêncios apresentam, independentemente dos entendimentos ou intenções compartilhados (ou não) que aqueles silêncios podem ser conjecturados para reflexão⁵⁰.

Isso não significa, porém, que a construção do silêncio constitucional tenha que ser uma atividade passiva de apenas declarar aquilo que os constituintes intentavam com a Constituição, mas que a aceitação da responsabilidade acima descrita autoriza uma construção ativa que proclame a linguagem constitucional de princípios que se acredita que ela defende da melhor forma possível, mas nunca além disso (1982, p. 535)⁵¹.

As ideias defendidas por Laurence Tribe no artigo "Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence" (1982), são revisitadas e desenvolvidas em seu artigo "Soundings and Silences" (2016b).

Já no início do trabalho Tribe (2016b, p. 26) demonstra com um exemplo a dinâmica entre o silêncio constitucional e o tempo que pode levar ao reconhecimento de novos direitos fundamentais ou mesmo declarar ou alterar o próprio conteúdo de direitos fundamentais já

⁵⁰ "Yet silences enjoy a compensating feature: that feature is their potential determinacy. On any given occasion and with respect to any given subject, after, all, there are many ways to speak, and much that may be said, but only one way to be silent." The potentially infinite regress of rules of construction - and of meta-rules for construing those rules" - can thus come to a rapid halt when (and perhaps only when) we deal with silence- provided we accept responsibility for stating explicit rules that specify the legal effects we will deem such silences to have, independent of the shared (or unshared) understandings or intentions those silences might be conjectured to reflect".

⁵¹ "Having accepted such responsibility- not by ascribing it passively to what we say the framers or others may have intended or supposed, but by admitting that we are actively proclaiming through the Constitution's language the principles for which we believe it stands -not under its compulsion but for reasons we are prepared to defend in the Constitution's terms as best we can-we will have gone as far as legal discourse allows. Beyond that point, we must seek what solace we can from Wittgenstein's reprieve: "Whereof one cannot speak, thereof one must be silent".

consagrados. Com efeito, no precedente *Griswold v. Connecticut* de 1965, apesar do silêncio constitucional, a Suprema Corte Americana decidiu que não constitui crime o uso de contraceptivos por pessoas casadas para aproveitar o sexo sem risco de gravidez. Reconhece-se, portanto, o direito à liberdade reprodutiva, mais tarde estendido a pessoas não casadas (precedente *Eisenstadt v. Baird*, 1972), bem como eventualmente ampliado desde a contracepção até o aborto (*Roe v. Wade*, 1973)⁵².

Referida dinâmica e evolução no reconhecimento e construção do conteúdo dos direitos fundamentais em questão considerou que o silêncio constitucional deve ser interpretado de forma a não negar proteção ao direito de privacidade (2016b, p. 27). Raciocínio com a referida estrutura também determinou no caso *Katz v. United States*, de 1967, que espionagem por meio de interceptações de conversas telefônicas, apesar de se dar por meio eletrônico, também configura uma “busca a apreensão” desarrazoada, mesmo diante do silêncio constitucional da quarta emenda que, literalmente, tratava apenas de busca a apreensão física. Interessante o argumento da Suprema Corte no sentido de que a Constituição “protege pessoas, não lugares” (2016b, p. 27)⁵³.

Uma vez mais merece destaque a análise do contexto histórico em evolução desde que foi aprovada a norma constitucional da quarta emenda (escrita em 1789 e ratificada em 1791), uma vez que, certamente os constituintes preocupavam-se com espionagem por parte do governo contra direitos fundamentais, porém, obviamente não poderia prever que no futuro isso ocorreria em meios eletrônicos (2016b, p. 27)⁵⁴.

E mais, sequer havia no texto da Constituição qualquer menção ao direito de privacidade, o que levou a Suprema Corte Americana a extraí-lo implicitamente do direito de liberdade de expressão reconhecido pela primeira emenda, ao reconhecer a existência de um “sistema de liberdade de expressão” que não poderia sobreviver efetivamente se fosse

⁵² “*Griswold v. Connecticut*, which held that a married couple’s use of contraceptives to enjoy sex without risking pregnancy could not be made a crime. The right of reproductive freedom, later extended to unmarried individuals and eventually extended from contraception to abortion, hadn’t been mentioned in the Constitution”.

⁵³ “In a case called *Katz v. United States*, that electronically eavesdropping on phone conversations that someone expected would not be overheard by Big Brother constituted a “search or seizure” within the meaning of the Fourth Amendment’s ban on ‘unreasonable searches and seizures’. The Court’s justification for this landmark holding was that, although government agents had not physically trespassed on or into any property occupied by the person on whom it was spying, the Constitution ‘protects people, not places’, and the government’s electronic overhearing and recording of the defendant’s conversations conflicted with his justifiable “expectation of privacy”.

⁵⁴ “And the Framers had certainly been well aware of the practice of government eavesdropping when the Bill of Rights was drafted in 1789 and ratified in 1791 (although they of course had no idea that electronic eavesdropping might someday be possible)”. A mesma estrutura de raciocínio pode continuar a evoluir contextualmente para o atual problema de proteção de privacidade nas redes sociais e no uso de diversos aplicativos.

constitucional a espionagem pelo governo das conversas dos usuários de telefones (2016b, p. 28)⁵⁵.

Nas palavras de Laurence Tribe (2016b, p. 29), os exemplos citados são de “comandos que a Suprema Corte essencialmente ouviu nos sons do silêncio constitucional”.

Tribe (2016b, p. 30) adverte, porém, que há determinadas esferas que não podem ser consideradas como objeto da Constituição, razão pela qual o silêncio do texto constitucional não poderia ser interpretado para abranger e interferir em referidas áreas. No artigo é citado como exemplo o debate ocorrido no famoso precedente *Marbury v. Madison*, de 1803, considerado a origem do sistema de controle difuso de constitucionalidade. Tribe indica que foi debatido no caso que escolhas puramente discricionárias abrangidas pela política não poderiam sofrer interferência da Suprema Corte sob fundamento de inconstitucionalidade. De fato, continua Tribe, a escolha pelo Presidente da República de quem será nomeado para a Suprema Corte é questão de natureza política discricionária. Porém, a Constituição tem como objeto delimitar certos limites para a admissibilidade das escolhas políticas, como ficou decidido em *Marbury v. Madison* sobre a tentativa do Congresso de expandir a jurisdição do Tribunal para além dos limites do artigo III da Constituição Americana. Importante ressaltar que Tribe indica que a possibilidade de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte teve origem no reconhecimento de que referido controle fazia parte, ainda que silenciosamente, de todo o plano constitucional⁵⁶.

Portanto, é possível concluir com Laurence Tribe que é necessário determinar a que se refere o silêncio constitucional e a forma como ele permeia todo o direito constitucional (2016b, p. 31).

Laurence Tribe (2016b, p. 32) deixa claro que os silêncios constitucionais não são lacunas ou omissões ocasionais. Os silêncios são expressos em tantas maneiras e variedades

⁵⁵ “Moreover, as Justice Black emphasized, the entire Constitution was silent with respect to a right of “privacy.” (...) To reach that conclusion, the majority necessarily looked outside the four corners of the Fourth Amendment’s text to formulate what it deemed a tacit postulate of the freedom of expression, a freedom expressly protected by the First Amendment. As the Court saw it, the system of free expression could not survive the chilling effect that would result from requiring all phone users to assume that they might be broadcasting their words to the uninvited ears of the FBI”.

⁵⁶ “Needless to say, there are plenty of things besides private action that the Constitution is “not about.” As Chief Justice John Marshall emphasized in *Marbury v. Madison*, decided in 1803, the Constitution is not about what Marshall called purely discretionary choices left to the political branches, like the president’s choice of whom to nominate to the Court or Congress’s choice of how best to regulate interstate or foreign commerce, or whether to facilitate commercial and fiscal activity by chartering a national bank. The Constitution is about certain limits on permissible political choices. Sometimes, the Supreme Court holds that a particular constitutional limit has been exceeded—as it held in *Marbury* with respect to Congress’s attempt to expand the Court’s own jurisdiction beyond the limits set by Article III. In doing so, the Court exercises a power of “judicial review” that *Marbury* proclaimed was part, even if a silent part, of the entire constitutional plan”.

quanto os sons. Ambiguidade e multiplicidade de sentidos são de alguma forma manifestações do silêncio. Há tantas razões para silenciar como há para falar e como tantas maneiras para ouvir os sons do silêncio. Palavras também são silêncio. Tribe cita a comparação entre o óbvio silêncio das pinturas e o sutil silêncio das palavras escritas feita por Sócrates e a conclusão de que “você pode supor que elas [palavras escritas] compreendam o que elas dizem, mas se perguntar o que elas significam como qualquer coisa elas simplesmente devolvem repetidamente a mesma resposta”. Ou seja, segundo Tribe, cada palavra, sentença ou frase é em parte silenciosa no que diz respeito a como um leitor ou ouvinte irá atribuir-lhe significado; se de forma restrita ou literalmente deve ser aceito; que significado deve ser atribuído àquilo que se exclui, bem como ao que se inclui; como devem influenciar o sentido ou a mensagem transmitida pelo texto o seu próprio contexto ou os textos anteriores e que possam ser com ele comparados⁵⁷.

Em uma analogia com a Física e a Cosmologia, em sua obra “The Invisible Constitution”, Laurence Tribe (2008, p. 19) indica que o silêncio constitucional é elemento de uma “Constituição Invisível” cuja função equivaleria àquela indicada para a “matéria escura” invisível em relação ao Universo, ou seja, o elemento e a energia que definem a maior parte do universo que ocupamos. Assim, em termos constitucionais, estar-se-ia diante do elemento que está no centro do significado da Constituição e do seu valor inestimável⁵⁸.

Conclui-se, portanto, que a interpretação constitucional é delimitada não apenas por aquilo que é escrito na Constituição, mas também, e talvez na mesma ou maior intensidade, por aquilo que a Constituição silencia.

⁵⁷ “What may be more commonplace is the proposition that constitutional silences, like silences of other kinds, aren’t just occasional gaps or omissions in an otherwise-seamless design. They’re everywhere and come in as many flavors and varieties as sounds. Ambiguity and multiplicity of meanings are in a sense manifestations of silence. There are as many reasons to be silent as there are to speak, and as many ways to hear meaning in the sounds of silence. But words are partly silent too. In his book *Gardens: An Essay on the Human Condition*, Robert Pogue Harrison recalls the portion of Phaedrus in which Socrates compares the obvious silence of paintings to the subtler silence of written words. Socrates says ‘you might suppose that they understand what they are saying, but if you ask [written words] what they mean by anything they simply return the same answer over and over again’. Every sentence, every phrase, is in part silent with respect to how a reader or listener is to go about attributing meaning to it—how narrowly or literally it is to be taken; what significance is to be attributed to what it excludes along with what it includes; how its context, both elsewhere in the same text and in preceding and comparable texts, ought to figure in what it conveys”.

⁵⁸ “Physicists and Cosmologists have come to believe that physically invisible ‘dark matter’ and ‘dark energy’ together define most of the universe we occupy. So, too—without meaning to press the analogy too far (given how mysterious the “dark matter” of physics remains, and how often its existence must simply be hypothesized in order to account for what would otherwise be disturbing mathematical anomalies) - I am convinced that the invisible Constitution is at the center of the Constitution’s meaning and of its inestimable value”.

5.3.2 Uma proposta de acordo com a sintaxe do não dito

O silêncio constitucional, de acordo com a Teoria de Laurence Tribe, é um silêncio de uma determinação potencial, pois apesar das infinitas possibilidades podem se enquadrar no significado normativo do silêncio, é possível reduzir as regras de construção (e meta-regras de construção daquelas regras) de acordo com a conjectura para reflexão extraída do sistema constitucional.

Para Tribe, o silêncio constitucional pode ter relação com a atuação (ou omissão) do Poder Legislativo ou decorrer da própria norma Constitucional.

a) o silêncio que decorre da atuação ou omissão do Poder Legislativo pode apresentar dois tipos de significado: e como elementos de um contexto histórico das leis vigentes.

a1) o silêncio enquanto fatos jurídicos operativos, extraídos de normas constitucionais externas e não de determinações internas sobre o significado que vários silêncios podem apresentar.

Não configura um silêncio da própria Constituição, mas um silêncio ou uma inércia do Congresso, do Poder Legislativo.

Neste ponto, o critério que determina a interpretação do silêncio não é interno, ou seja, intrínseco ao próprio silêncio e ao contexto que ele ocorreu a demonstrar sua forma de interpretação.

O silêncio do Congresso deve ser interpretado conforme seu significado legal (constitucional), ou seja, um operativo controlador do fato (no exemplo, a não autorização para a prática do ato pelo Presidente da República).

a2) o caso do silêncio constitucional como elemento de um contexto histórico das leis vigentes é necessária a análise do contexto histórico no qual o Poder Legislativo optou pelo silêncio ou pela inércia;

Trata-se de silêncio que impõe a análise contextual do silêncio da Constituição e é relevante para interpretação em duas situações:

a2.1) quando há um precedente judicial que interpreta a própria linguagem da lei de determinada forma sem oposição do Poder Legislativo que silencia sobre referida interpretação judicial e, na sequência o próprio Legislativo, adota, uma vez mais, a mesma linguagem em lei subsequente, o que leva à conclusão de que aquela interpretação judicial foi aceita pelo Legislativo e vale também para a nova lei;

a2.2) quando há a rejeição prévia ou simultânea pelo Poder Legislativo de proposta para alteração da linguagem utilizada ou de outra proposta legislativa que teria adotado a própria interpretação de uma norma que um litigante alega posteriormente.

b) o silêncio que decorre da própria norma Constitucional é o que decorre do silêncio constitucional sobre as normas de construção do significado daquilo que o Congresso não falou (nenhum das regras de identificação e interpretação do silêncio do Congresso são previstas expressamente na Constituição Americana).

5.4 A Teoria dos sistemas sociais e a comunicação com fala e silêncio

5.4.1 Considerações sobre a Teoria dos sistemas sociais

Para um adequado estudo do silêncio constitucional, propõe-se seu estudo pela perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Optamos por este marco teórico, pois Luhmann adota o silêncio como integrante da comunicação que ocorre dentro e entre sistemas numa dinâmica que garante sua autopoiese. Assim, busca-se analisar o silêncio constitucional como um espaço normativo essencial para a autoprodução de elementos do sistema jurídico, dentro do próprio sistema ou através de acoplamento entre o sistema jurídico e os demais sistemas.

Não se pretende aqui fazer uma descrição completa da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, mas sim analisar seus pontos de destaque para a compreensão do tema do silêncio constitucional. Assim, serão estudados a diferenciação, a autopoiese e o acoplamento estrutural⁵⁹.

A racionalidade desenvolvida por Luhmann (1991) em sua teoria dos sistemas sociais adota a lógica matemática de Spencer-Brown que supera o paradigma e os limites dos princípios da lógica clássica (terceiro excluído, não-contradição, p. ex.) ao adotar um novo paradigma do conhecimento que admite contradições e paradoxos (como sua auto fundamentação e sua autorreferencialidade) e, assim, ultrapassa as limitações impostas por aqueles princípios e por sua racionalidade linear, com o que permite uma construção de conhecimento mais produtiva.

Spencer-Brown parte da ideia de que os seres humanos fazem distinções que diferenciam o mundo, p. ex., em “isso” e “aquilo”, “nós” e “eles”, “eu” e “o(s) outro(s)”, e,

⁵⁹ Para uma análise completa sobre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: cf. Willis Santiago Guerra Filho, “A autopoiese do Direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica” (2018a, p. 31-52) e “Teoria da Ciência Jurídica” (2001, p. 167-185).

especialmente, em “sistema” e “ambiente”. Aplicando-se a teoria de Spencer-Brown à teoria dos sistemas, a autorreferência dá-se por meio da diferenciação sistêmica entre sistema e ambiente, ao explicar tudo como sendo sistema e o que não é esse sistema (o meio ambiente).

Em termos científicos, realiza-se esses “cortes” para fins de diferenciar o que é objeto de estudo e o que não é, no intuito de reduzir a complexidade da realidade e, assim, dela ter melhor conhecimento.

Em ciências sociais a sociedade é, ao mesmo tempo, sistema total e ambiente dos seus sistemas parciais ou funcionais. Os sistemas parciais ou funcionais da sociedade se diferenciam pela unidade, ou seja, as características próprias das relações entre seus elementos mantidas pela organização.

A estrutura do sistema possibilita mudanças de elementos do sistema e das relações entre eles. Desde que mantida a organização, ou seja, não alteradas as características das relações entre os elementos, mesmo que alterados esses elementos na estrutura, o sistema permanece o mesmo, mantém sua unidade. As alterações ocorridas na estrutura podem decorrer de interação com elementos fornecidos pelo meio ao sistema.

Importante ressaltar, por fim, que os elementos dos sistemas sociais são as comunicações, o que será melhor analisado no item “Reden und Schweigen” (Fala e Silêncio).

Além disso, Luhmann utiliza a concepção de autopoiese da biologia desenvolvida pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela e que designa o processo pelo qual o que é vivo se (auto) reproduz. Assim, os seres vivos são sistemas que produzem a si próprios.

Um sistema autopoietico apresenta organização autopoietica, ou seja, seus elementos são (re)produzidos no próprio sistema e a relação reiterativa ou recursiva entre eles formam sua organização. Para ser autopoietico o sistema deve ser autônomo, ou seja, é determinado pelas relações entre seus elementos conforme sua própria organização e não pelo ambiente. Para tanto, o sistema deve ser fechado, ou seja, em sua organização não há entradas (*inputs*) e saídas (*outputs*) para o ambiente.

Deve ser lembrado, porém, que autonomia não significa “autarquia” (NEVES, 1994b, p. 258), pois, como visto, as alterações ocorridas na estrutura podem decorrer de interações com elementos fornecidos pelo meio ao sistema. Então, isso não faz com que o sistema deixe de ser fechado, uma vez que tais interações ocorrem por meio de acoplamentos estruturais entre sistemas e que ocorrem, por isso, dentro do próprio sistema (LUHMANN, 1997, p. 776 e ss.). Isso é possível através do acoplamento estrutural entre um sistema e outros, o que que permite que o sistema adote como seu (e assim os qualifique) componentes de outros sistemas.

Para tanto, uma auto-observação é essencial para que se possa indicar os sistemas sociais como autopoieticos. Referida auto-observação coloca em destaque a diferença entre sistema e ambiente para garantir que os elementos (re)produzidos sejam daquele próprio sistema. Trata-se de uma auto-observação interna e imprescindível para a autopoiese do sistema (LUHMANN, 1987, p 60-64).

Feita essa devida introdução aos pontos de destaque da Teoria dos Sistemas para a análise do tema do silêncio constitucional, passa-se ao exame da dinâmica entre “fala e silêncio” conforme o pensamento de Niklas Luhmann.

5.4.2 Fala e Silêncio (Reden und Schweigen)

Niklas Luhmann e Peter Fuchs tratam da dinâmica entre “fala e silêncio” na obra “Reden und Schweigen” (1989)⁶⁰. Os autores buscam com referida análise contribuir para a teoria social que define a sociedade do ponto de vista da comunicação. No original:

“Wir verstehen diese Studien nicht in erster Linie als Erweiterung des Wissens über die Sachthemen, die wir behandeln, sondern als einen Beitrag zur Gesellschaftstheorie. Wir hoffen, daß erkennbar wird, daß und wie sich der Grundgedanke, Gesellschaft von Kommunikation her zu definieren, auf sehr verschiedenen Gegenstandsfeldern bewährt” (1989, p. ii do prefácio)

Importante destacar que a obra é conjunta com Peter Fuchs, porém os autores delimitaram expressamente os capítulos escritos por cada um deles e o presente trabalho é baseado no capítulo específico sobre “Reden und Schweigen”, escrito por Niklas Luhmann (1989, p. ii do prefácio), por isso e por questão de praticidade no texto, apenas Luhmann será indicado na análise.

Na epígrafe da obra há a advertência no sentido de que ao se expressar sobre o falar, é fácil esquecer o silêncio. Passada a lição para o fenômeno da comunicação, o que nos escapa é a incomunicabilidade. No original: “Spricht man über das Reden, vergißt sich leicht das Schweigen. Wendet man sich dem Phänomen Kommunikation zu, entzieht sich, was ihr Gegenbegriff bezeichnet: Inkommunikabilität” (1989, epígrafe).

⁶⁰ A obra referida não apresenta versão traduzida para o português. Assim, todas as citações indiretas que seguem derivam de traduções livres, razão pela qual serão transcritos os principais trechos originais para possibilitar aos leitores uma melhor análise e crítica. Já de início surge a questão da tradução de “Reden”, que pode ser feita como discurso ou como fala. Na filosofia da linguagem o “discurso” é termo mais amplo que se refere à “linguagem vista sob o ângulo mais abrangente que inclui necessariamente aspectos pragmáticos”, ou seja, “leva-se em conta os processos de comunicação em situação de uso”, nos termos de Inês Lacerda Araújo, em “Linguagem e Realidade: do Signo ao Discurso” (2001, p. 167). Prefere-se aqui a tradução como “fala”, pois Luhmann analisa a dinâmica entre as duas formas do discurso: a fala e o silêncio (“Immer aber geht es um eine Form, die zwei Seiten hat: um Reden und Schweigen”; “Mas trata-se sempre de uma forma que tem dois lados: a fala e o silêncio” – 1989, p. ii do prefácio).

Por isso, Luhmann (1989, epígrafe) indica que o conhecimento produzido a respeito do tema comunicação restringe-se, de maneira pobre, insuficiente, ao recurso da “sayability/non-sayability”, o que reduz a própria comunicação aos limites daquilo que, por meios linguísticos ou não linguísticos, pode ou não ser dito, como se houvesse uma comunicação institucional correta que reduzisse seu aspecto psicológico. O autor, ao contrário, entende que a incomunicabilidade se refere estritamente à comunicação e investiga a suposição de que no complexo funcional da comunicação existem pontos de partida para o seu autobloqueio, ou seja, o caso de que algo que acontece comunicativamente não pode acontecer comunicativamente porque acontece comunicativamente. Este paradoxo, segundo Luhmann, é redirecionado, tornado invisível para evitar catástrofes de comunicação. A obra propõe a análise da relação entre fala e silêncio com a intenção de ampliar essa visão muito estreita do que tem sido chamado de unidade do social: comunicação⁶¹.

Niklas Luhmann (1989, p. i do prefácio) ensina que fala e silêncio são dois lados de uma forma. E, como forma no sentido em que Spencer-Brown usa o termo (como uma diferenciação), Luhmann questiona: qual é a unidade desta forma?⁶²

Deve-se compreender que a comunicação não comunica o mundo. O mundo em si permanece incomunicável. Comunicável é apenas o que é observado e descrito. A comunicação divide o mundo ao realizar diferenciações: diz o que diz e não diz o que não diz. Com o passar do tempo, outras comunicações são realizadas e os limites do sistema são formados e o corte feito é estabilizado. Assim, a unidade da forma “fala e silêncio” deve ser analisada como um paradoxo, como a unidade da diferença: como comunicação e não comunicação (1989, p. 7)⁶³.

⁶¹ “Der darauf bezogene soziologische Wissensbestand darf wohl mit Recht als dürftig bezeichnet werden. Üblich ist der Rekurs auf Sagbarkeit/Unsagbarkeit so, als sei Kommunikation in ihren Grenzen durch Sprachlichkeit bzw. Nichtsprachlichkeit fixierbar, als sei sie auf ein Organ korrekter Verständigung über Psychisches hin verkleinerbar. Die formal eher essayistisch sich präsentierenden Aufsätze des vorliegenden Buches beziehen dagegen Inkommunikabilität strikt auf Kommunikation. Sie gehen der Vermutung nach, daß es im Funktionskomplex Kommunikation Ansatzpunkte für deren Selbstblockade gibt, den Fall also, daß etwas, das kommunikativ geschieht, deswegen, weil es kommunikativ geschieht, nicht kommunikativ geschehen kann. Damit ist eine Paradoxie bezeichnet, von der sich annehmen läßt, daß sie umsteuert, daß sie unsichtbar gemacht werden muß, wenn Kommunikationskatastrophen vermieden werden sollen. Die Absicht, die sich im Durchspielen dieser These spiegelt, richtet sich auf das Erweitern einer zu engen Sichtweise dessen, was man als die Einheit des Sozialen bezeichnet hat: Kommunikation”.

⁶² “Immer aber geht es um eine Form, die zwei Seiten hat: um Reden und Schweigen. Immer geht es um die Einheit dieser Form. Das hat viele hier nicht ausgearbeitete Aspekte. Wenn Reden und Schweigen eine Form ist in dem Sinne, in dem Spencer Brown den Begriff einsetzt: was ist dann die Einheit dieser Form?”

⁶³ “Eine Kommunikation teilt die Welt nicht mit, sie teilt sie ein. Wie jede Operation, wie auch eine solche des Lebensvollzugs oder des Denkens, bewirkt die Kommunikation eine Zäsur. Sie sagt, was sie sagt; sie sagt nicht, was sie nicht sagt. Sie differenziert. Wenn weitere Kommunikationen anschließen, bilden sich auf diese Weise Systemgrenzen, die den Schnitt stabilisieren” (...) Aber dann muß die Differenz als Einheit des Differenten, als Kommunikation und Nichtkommunikation thematisiert werden, das heißt: als Paradox”.

Luhmann (1989, p. i do prefácio) esclarece a questão por meio da adoção do paradoxo não como um bloqueio para o progresso de uma operação, mas sim como uma forma de observação escolhida pelo próprio observador por estar confuso. O autor pretende demonstrar como isso ocorre e como o observador pode ver cada vez mais e diferente, se primeiro se deixa confundir por um paradoxo, e depois se desprende dele, para desdobrá-lo⁶⁴.

Continua Niklas Luhmann (1989, p. i do prefácio): se a forma é uma diferenciação, não é a diferenciação em si mesma desta forma, a diferenciação entre unidade e dualidade, também uma forma, assim a forma da forma? (“Wenn die Form eine Unterscheidung ist, ist dann nicht auch die Unterscheidung-in-sich dieser Form, die Unterscheidung von Einheit und Zweiheit, eine Form, also die Form der Form?”).

Segundo o autor, o mundo é sempre dado como paradoxo para a comunicação (“Die Welt kann, um es nochmals zu sagen, nur als Paradox in die Welt kommen” – 1989, p. 8). A comunicação realizada viola a unidade do mundo ao diferenciar e reafirma esta unidade ao violá-la. Em outras palavras, a comunicação implicitamente nega a unidade, reconstruindo-a pelas diferenciações executadas (“Der Vollzug der Kommunikation verletzt ihre Einheit. Er bejaht diese Einheit implizit dadurch, daß er sie verletzt. Und er negiert ihre Einheit implizit, indem er sie rekonstruiert” – 1989, p. 7).

Para Luhmann (1989, p. 9-10), a importância da temática da incomunicabilidade na comunicação advém da fala e do silêncio. O mundo, apesar de incomunicável, pode ter diversos de seus aspectos desdobrados enquanto objeto de análise dentro da comunicação pela fala. Mas o autor entende que também o silêncio, ainda que não queira ser entendido como comunicação, deve sempre ser compreendido e compreendido como comunicação. O silêncio não ficaria restrito a limites auto desenhados pela produção de uma diferença pela fala. Em outras palavras, silêncio não é apenas o não falado, o não comunicado. Pode haver uma escolha pela opção do silêncio entre fala e silêncio, bem como deve-se evitar a distinção entre fala e silêncio como a primeira sendo comunicação e o segundo não⁶⁵.

⁶⁴ “So kann man zeigen, daß der Fortgang einer Operation dadurch nicht blockiert, sondern nur ein Beobachter verwirrt wird, der genau diesen Aspekt als die Form seines Beobachtens herausgreift. Und unser Ziel ist es, zu zeigen, daß und wie ein Beobachter mehr und anderes sehen kann, wenn er sich zunächst durch eine Paradoxie verwirren läßt, um sich sodann von ihr zu lösen, sie, wie Logiker sagen, zu »entfalten«”.

⁶⁵ “Die Welt selbst bleibt dabei inkommunikabel. Kommunikabel ist nur, was statt dessen beobachtet und beschrieben wird. Die Thematisierung von Inkommunikabilität in der Kommunikation kann dann auch aufgefaßt werden als Indikator dafür, daß die Welt mitgeführt wird. Die andere Möglichkeit ist: das sich nicht mehr als Kommunikation verstanden wissen wollende (und doch immer wieder so verstandene und nur so verstehbare) Schweigen. Das heißt nicht nur: die Option für Schweigen innerhalb der Unterscheidung von Reden und Schweigen zu wählen, sondern die Unterscheidung als solche zu meiden, so daß das Problem gar nicht erst entsteht, daß man durch (paradoxes, inspiriertes) Reden »das Schweigen bricht«”.

Para ilustrar a relação entre a incomunicabilidade, a comunicação e o silêncio, Luhmann (1989, p. 10-11) utiliza a metáfora do “ponto cego” dentro da “cibernética de segunda ordem”, a cibernética dos sistemas de observações. Assim, um observador não pode ver o que não pode ver (ponto cego) e não vê que não pode ver o que não pode ver. Através da observação do observador, porém, o observador de segunda ordem pode ver o ponto cego do primeiro observador, porém, não pode ver seu próprio ponto cego e, por isso, também está exposto à observação da observação. Portanto, conclui o autor que na cibernética de segunda ordem há uma rede recursiva de observações de observações. Importante destacar que Luhmann indica o ponto cego como uma “estrutura latente”, ou seja, algo que, por definição, que está presente, aparentemente oculto, invisível, inativo, mas potencial⁶⁶. Por isso, continua o autor, da rede recursiva de observações de observações podem resultar “autovalores” que só podem ser observados posteriormente⁶⁷.

Assim, entende-se que o silêncio pode ser considerado um “ponto cego” do sistema, resultado das diferenciações anteriores (pela fala), que aguarda posteriores e recursivas observações para revelar seu potencial e resultar em “autovalores” do sistema.

E diante dessa dinâmica entre observação, fala e silêncio, Luhmann questiona: como é que se vai de um lado para o outro? Ou seja, como é que se vai da fala ao silêncio e do silêncio à fala? (“Und wenn die Form zwei Seiten hat, also durch eine Grenze markiert ist, wie kommt man von der einen Seite zur anderen?” – 1989, p. i do prefácio).

Niklas Luhmann (1989, p. 8-9) chama a atenção para o efeito operativo da comunicação dos paradoxos. Referido efeito, unido ao fator tempo, oscila a comunicação, porque cada posição tomada obriga a afirmar o contrário e vice-versa⁶⁸.

⁶⁶ Tal como visto, um silêncio como potencialidade da linguagem e da comunicação (Heidegger).

⁶⁷ “Dasselbe kann man auch optimistischer formulieren, wenn man sich der Ausdrucksmittel der »second order cybernetics« bedient, das heißt: der Kybernetik beobachtender Systeme. Sie benutzt die Metapher des »blinden Flecks«. Ein Beobachter kann nicht sehen, was er nicht sehen kann. Er kann auch nicht sehen, daß er nicht sehen kann, was er nicht sehen kann. Aber es gibt eine Korrekturmöglichkeit: die Beobachtung des Beobachters. Zwar ist auch der Beobachter zweiter Ordnung an den eigenen blinden Fleck gebunden, sonst könnte er nicht beobachten. Der blinde Fleck ist sozusagen sein Apriori. Wenn er aber einen anderen Beobachter beobachtet, kann er dessen blinden Fleck, dessen Apriori, dessen »latente Strukturen« beobachten. Und indem er das tut und damit seinerseits operierend die Welt durchpflügt, ist auch er der Beobachtung des Beobachtens ausgesetzt. Es gibt zwar keinerlei privilegierten Standpunkt, und der Ideologiekritiker ist nicht besser dran als der Ideologe. Aber es gibt auf der Ebene der Kybernetik zweiter Ordnung eine rekursive Vernetzung der Beobachtungen von Beobachtungen; und mit einem aus der Mathematik stammenden, in der Übertragung jedoch fragwürdig werdenden Begriff kann man hoffen, daß sich daraus »Eigenwerte« (Evolutionstheoretiker sprechen auch von »Attraktoren«) ergeben, die sich als stabile Zustände bewähren”.

⁶⁸ “Für die Kommunikation von Paradoxien ist der operative Effekt ausschlaggebend: daß sie die Kommunikation ins Oszillieren bringt, weil jede eingenommene Position dazu zwingt, das Gegenteil zu behaupten, wofür dann dasselbe gilt. Da jede Operation Zeit braucht und vergehen läßt, ist auch die paradoxe Kommunikation nur unter Einbeziehung von Zeit zu begreifen. Sie zirkuliert mit extrem kurzen Zeitrhythmen in sich selbst”.

E, como na comunicação cada operação leva tempo, o autor afirma que apenas por uma operação que leva tempo é possível entender a dinâmica da comunicação paradoxal “fala e silêncio”. A forma “fala e silêncio”, para Luhmann (1989, p. i do prefácio), é a simultaneidade e ao mesmo tempo o antes/depois dos seus dois lados. Assim, falar reivindica, exige o silêncio simultâneo e compensa-o com a possibilidade de trocar os papéis, com a possibilidade de a pessoa silenciosa falar posteriormente. E, questiona o autor, o que é o tempo, enquanto uma forma que constitui uma simultaneidade entre o simultâneo e o não simultâneo, permitindo assim a conexão de outras operações dessa forma?⁶⁹

Luhmann (1989, p. 11-12) esclarece que a dinâmica entre observação, fala e silêncio só é possível ocorrer como sistema histórico cuja historicidade pode ser reconstruída pela atuação, através da linguagem, dos sistemas de consciência sobre a forma perceptível (fonética ou óptica) que tenha tomado a comunicação (formas de primeira ordem). É essa reconstrução da historicidade por formas de segunda ordem (linguagem) que torna possível aos sistemas de consciência efetuar observações por meio da distinção entre fala e silêncio⁷⁰.

E aqui entra em questão a autopoiese do sistema social e de seus subsistemas, tal como o Direito. A dinâmica da linguagem entre fala e silêncio torna possível um nível de comunicação que permite um sistema social autoproduzir comunicação e, assim, se diferenciar do meio e dos demais sistemas. Isto é: a dinâmica entre fala e silêncio é essencial para a própria existência de um sistema autopoietico (1989, p. 12)⁷¹.

Portanto, o Direito, enquanto subsistema social, deve atingir esse nível de comunicação, em especial no tocante à fala e ao silêncio. Com efeito, não basta ao Direito o nível de comunicação do discurso (tomado aqui como fala ou enunciados escritos), devendo alcançar o

⁶⁹ “Und wenn die Form zwei Seiten hat, also durch eine Grenze markiert ist, wie kommt man von der einen Seite zur anderen? Offensichtlich nur durch eine Operation, die Zeit braucht. Die Form ist die Gleichzeitigkeit und zugleich das vorher/nachher ihrer beiden Seiten. Reden nimmt gleichzeitiges Schweigen in Anspruch und bezahlt dafür mit der Möglichkeit des Rollentausches, mit der Möglichkeit des Schweigenden, später selber zu reden (...) Und was ist die Zeit, wenn sie als Form auftritt, die eine Gleichzeitigkeit des Gleichzeitigen und des Ungleichzeitigen konstituiert und auf diese Weise den Anschluß weiterer Operationen ermöglicht?”

⁷⁰ “Die Ordnung verdankt sich ihrer Evolution, sie ist daher nur als geschichtliches System möglich. Eine solche Geschichtlichkeit läßt sich rekonstruieren, wenn man bedenkt, daß alle Kommunikation auf Kooperation von Bewußtseinssystemen angewiesen ist und deshalb eine wahrnehmbare Form gewinnen muß. Als Kommunikation muß sie in Medien möglicher Wahrnehmung, sei es akustisch, sei es optisch, Form gewinnen (...) Das, was die Sprache ermöglicht, nämlich das Mitteilen verständlicher Sätze, sind dann Formen zweiter Ordnung - Formen im Medium dessen, was ein Bewußtsein wahrnehmungsmäßig verarbeiten kann”.

⁷¹ “Erst auf dieser Stufe kann ein Sozialsystem sich auf der alleinigen Grundlage selbstproduzierter Kommunikation ausdifferenzieren. Erst auf dieser Stufe kommt es zu einer Autopoiesis der Gesellschaft, die sich unter kaum noch limitierenden Beschränkungen der Wahrnehmbarkeit und damit der Mitwirkung des Bewußtseins in das hineinorganisiert, was für sie dann Medium, für das Bewußtsein dagegen schon Form ist. Erst Formen dieser Ebene des Ordnungsaufbaus können dann treffend mit Hilfe der Unterscheidung von Reden und Schweigen beobachtet werden”.

nível que lhe proporcione aplicar a dinâmica entre fala e silêncio para que, com isso, lhe seja possível atuar na condição de sistema autopoietico.

Niklas Luhmann (1989, p. 13) esclarece que, ao contrário do conceito de discurso, o conceito de sistema é baseado na diferença e enfatiza essa diferença do mundo entre sistema e ambiente e oferece ao observador (o sistema) um certo esquema de orientação com a ajuda do qual ele pode observar a si próprio e os outros (o ambiente) e, assim, analisar historicamente as diferenciações e exclusões feitas na própria formação do sistema e dentro dele (portanto, um sistema autorreferencial com processo recursivo)⁷².

Acrescenta Luhmann (1989, p. 15) que esse nível de comunicação permite a procura de significados, correspondências e omissões (ou lacunas), bem como possibilita a correção dessas omissões pela sua análise histórica. Deve ser ressaltado, porém, que a historicidade não significa que o passado participará da comunicação. Apesar de existirem formas de comunicação escritas e eletrônicas adequadas para conservar o passado, o fato de ter sido iniciada a comunicação e adiada sua conclusão para o futuro não impõem a aplicação das diferenças realizadas anteriormente, pelo contrário, permite a mudança da forma que faz a diferença, sob pena de intensificar a seletividade na relação com a história. E conclui Niklas Luhmann que utilizar o passado para comunicação presente não resolveria a diferença entre fala e silêncio, entre comunicação e não comunicação, pois cada fala repete o silêncio⁷³.

⁷² “An diesem Punkt mag es hilfreich sein, Systemtheorie heranzuziehen. Stärker als der Begriff des Diskurses betont der Begriff des Systems die unaufhebbare Gleichzeitigkeit von System und Umwelt. (Umkehrend könnte man auch sagen, daß die Differenz von System und Umwelt das definiert, was unter Gleichzeitigkeit verstanden werden kann.) Anders als der Begriff des Diskurses ist der Begriff des Systems, zumindest in seinen neueren Versionen, von vornherein auf Differenz angelegt. So bietet die Systemtheorie dem Beobachter ein bestimmtes Schema an, mit dessen Hilfe er andere und sich selbst beobachten kann, nämlich die Unterscheidung von System und Umwelt. Ein Beobachter, der diese Unterscheidung verwendet, um die Welt zu zerteilen, kommt nicht umhin (ist eben dadurch genötigt), sich selbst als System in seiner Umwelt mitzusehen. Zugleich bietet das Schema die Formulierung einer Differenz. Jede systembildende (selbstreferentielle, rekursive, anschlussfähige, verkettende) Operation differenziert durch ihren Vollzug das, was sie erreicht, gegen eine dadurch ausgeschlossene Umwelt. Eine der Anschlußmöglichkeiten ist es dann, diese Differenz mit Hilfe der Unterscheidung von System und Umwelt zu beobachten. In die Terminologie von George Spencer Brown übersetzt, wäre damit ein »re-entry« einer Unterscheidung in das durch sie Unterschiedene vollzogen freilich nur in der Selbstbeobachtung, die als Operation die Differenz nur fortschreiben kann, die ihr rekursives Prozessieren ermöglicht”.

⁷³ “Die Versäumnisse können dann ihrerseits historisiert, als nicht mehr zu ändern abgetan werden. Auf jeden Fall kann, und das ist beruhigend, nichts Vergangenes sich an der Kommunikation beteiligen. Und wenn darüber nur zu reden ist, fehlt es nicht an dafür geeigneten Formen. Die Schrift, der Buchdruck und jetzt auch die elektronische Ordnung und Speicherung von Daten durchbrechen diese Regel und reproduzieren zugleich die in ihr liegende Einsicht. Man kann mit Hilfe dieser Medien eine Kommunikation anfangen und ihre Vollendung im Verstehen aufschieben. Damit ändert sich die Form, die eine Differenz macht, und damit auch die Uniform der Unsichtbarkeit des Unbeteiligten. Auf eigentümliche Weise wird dadurch das Verhältnis zur Geschichte selektiv, und jede Bemühung um Reaktualisierung des Vergangenen verschärft diese Selektivität. Die Texte sind zugänglich, aber der Zugang selbst wird zur Selektion. Die Differenz von Reden und Schweigen, von Kommunikation und Nichtkommunikation läßt sich nicht auflösen. Jedes Reden wiederholt das Schweigen”.

Luhmann (1989, p. 16) indica que, à exceção do sistema social que inclui toda a comunicação, qualquer subsistema social pode considerar que a comunicação ocorre no meio ambiente (nos demais subsistemas ou no sistema social global). Como consequência, o que não é dito no sistema pode ser comunicado por outros sistemas, com outras palavras, conceitos, metáforas. Para a sociedade isso não acontece, pois seu ambiente não produz comunicação, é silencioso no sentido de o que não é dito na sociedade (o que não é incluído como comunicação significativa), simplesmente não é dito (é excluído). Nesse meio ambiente há apenas sons e sinais físicos sem qualquer organização por código específico⁷⁴.

Segundo Luhmann, a linguagem no nível dos sistemas permite a conectividade entre eles, mas não o contato externo (“Die so eingerichtete Sprache prozessiert Anschlußfähigkeit, nicht Außenkontakt” – 1989, p. 16). Repita-se: o que não é dito no sistema pode ser comunicado por outros sistemas. Cada sistema coproduz aquilo que como ambiente não entra no sistema, e isso também pode então ser chamado de “silêncio” (“Jedes System koproduziert das was als Umwelt nicht in das System eingeht, und auch dies kann dann »Schweigen« genannt” – 1989, p. 17)⁷⁵.

Além do silêncio analisado no parágrafo anterior, que pode ser denominado “silêncio com conectividade”, Niklas Luhmann indica também a possibilidade de um segundo sentido para silêncio: o “silêncio sem conectividade”. Aqui, quando a comunicação ocorre, o silêncio já é incluído na comunicação como “silêncio eloquente”, no sentido de “ouvir o silêncio”.

⁷⁴ “Jedes andere soziale System, das in der Gesellschaft sich bildet, kann davon ausgehen, daß auch in der Umwelt noch Kommunikation stattfindet. Was nicht im System gesagt wird, kann immer noch von anderen Systemen aus anderen Anlässen mit anderen Worten, Begriffen, Metaphern kommuniziert werden. Nicht so für die Gesellschaft. Deren Umwelt schweigt. Und selbst diese Charakterisierung als »Schweigen« ist noch eine der Kommunikation und noch eine mit Bezug auf Kommunikation; denn in Wirklichkeit ist »Schweigen« ja keine Operation, die außerhalb der Gesellschaft faktisch vollzogen wird, sondern nur ein Gegenbild, das die Gesellschaft in ihre Umwelt projiziert, oder auch der Spiegel, in dem die Gesellschaft zu sehen bekommt, daß nicht gesagt wird, was nicht gesagt wird. In diesem Sinne gehört das Thema »Reden und Schweigen« in die Gesellschaftstheorie, und Wittgenstein-Kommentare, die sich damit befassen, befassen sich mit Gesellschaftstheorie.¹² Die Gesellschaft ist das umfassende System sinnhafter Kommunikation als Auswahl aus den Möglichkeiten sinnhafter Kommunikation, die die Gesellschaft selbst entwirft. Die Gesellschaft possibilisiert, könnte man sagen, ihre Welt, um das als Selektion zu begreifen und rationalisieren zu können, was dadurch geschieht, daß geschieht, was als Gesellschaft geschieht. Was aber geschieht, ist das ständige Einschließen und Ausschließen; und dies kann (wir tun es soeben) noch formuliert werden als Realisation einer Möglichkeit im Sinnhorizont anderer Möglichkeiten, so als ob es anders möglich wäre. Eingeschlossenheit heißt auch Geschlossenheit. Die Gesellschaft richtet ihre eigenen Operationen so ein, daß sie nur aufgrund eben dieser Operationen produziert und reproduziert werden können. Im Verhältnis zur Umwelt sind sie reizunspezifisch eingerichtet, sind sie indifferent codiert, sind sie auf eine eigene, dafür ausgezeichnete Physikalität der Laute und Zeichen aufgebaut”.

⁷⁵ Então, a linguagem permite a conectividade entre sistemas para análise do silêncio pela comunicação ocorrida em outro, sem, porém, atingir o fechamento de cada um dos sistemas. São os acoplamentos estruturais atuando na dinâmica “fala e silêncio”. Os acoplamentos ocorrem no sistema, portanto, não atingem seu fechamento.

Quando a comunicação é iniciada, a sociedade também pode incluir o silêncio na comunicação - por exemplo, no sentido de ouvir silêncio, no sentido de silêncio eloquente, no sentido de "qui tacet consentire videtur" (quem cala consente). É claro que também é possível falar sobre a diferença entre fala e silêncio. Esta distinção também pode voltar a entrar no que é diferente através dela. Pode-se observar e descrever essa possibilidade e levar sua apresentação até o paradoxo da comunicação via incomunicabilidade. Com tudo isso, porém, não se "abandona" que toda comunicação, mesmo esta, produza uma diferença como operação e que todo sistema inclua algo e exclua algo através da recursividade de sua operação (1989, p. 17)⁷⁶.

No caso de "silêncio sem conectividade", o sistema indica aquilo que como ambiente não entra no sistema, em outras palavras, há a seleção (inclusão) de apenas um ponto entre muitos possíveis (sendo os demais excluídos). Tal proceder pode chegar ao paradoxo da comunicação via incomunicabilidade: algo que acontece comunicativamente (o sistema indica aquilo que como ambiente...) não pode acontecer comunicativamente (...não entra no sistema) porque acontece comunicativamente (porque sem a primeira comunicação, não haveria a exclusão da comunicação). Luhmann (1989, p. 17-18) indica a seleção de um só ponto com a exclusão dos demais como um risco que não pode ser evitado pois a comunicação pressupõe autodeterminação. Indica, porém, formas de mitigar referido risco, como uma comunicação silenciosa na intenção de evitar questões sensíveis⁷⁷.

⁷⁶ "Als Kommunikation in Gang gebracht, kann die Gesellschaft auch Schweigen in Kommunikation einbeziehen - etwa im Sinne des zuhörenden Schweigens, im Sinne beredten Schweigens, im Sinne des »qui tacet consentire videtur«. Auch ist es selbstverständlich möglich, über die Differenz von Reden und Schweigen zu reden. Auch diese Unterscheidung kann in das durch sie Unterschiedene wiedereintreten. Um zu zeigen, daß dies möglich ist, genügt es, es zu tun. Die folgenden Kapitel werden verschiedene Varianten dieser Möglichkeit vorführen und historisch belegen. Man kann diese Möglichkeit beobachten, beschreiben und ihre Darstellung bis zur Paradoxie der Kommunikation über Inkommunikabilität hochtreiben. Auch das ist geschehen und wird im folgenden nur noch wiedervorgeführt werden. Mit all dem ist jedoch nicht »aufgehoben«, daß jede Kommunikation, auch diese, als Operation eine Differenz produziert und jedes System durch die Rekursivität seines Operierens etwas einschließt und etwas ausschließt".

⁷⁷ "Was damit gemeint sein kann, läßt sich etwas deutlicher fassen, wenn man beachtet, daß jede Kommunikation einen Einsatz (enjeu) wagt, etwas aufs Spiel setzt, etwas riskiert, nämlich: abgelehnt zu werden. Das Risiko liegt in der Zuspitzung auf einen Punkt (einen Satz, eine Aussage) und in der Auswahl gerade dieses Punktes unter vielen anderen möglichen. Man kann dies Risiko nicht vermeiden, denn die Kommunikation erfordert Selbstbestimmung. Man kann es durch Verharmlosung der Thematiken abschwächen, aber nicht immer und oft nicht, ohne daß gerade diese Absicht der Vermeidung heikler Themen schweigend mitkommuniziert wird".

Conclui Luhmann (1989, p. 18-19) que é possível encontrar observações interpretativas que levem à compreensão do silêncio, a entendê-lo como comunicação. A interpretação do silêncio está incluída na comunicação e permite a sua autopoiese⁷⁸.

E, ao definir a sociedade do ponto de vista da comunicação, Niklas Luhmann (1989, p. ii do prefácio) propõe o estudo do tema “Reden und Schweigen” como uma contribuição para a teoria social. Neste ponto, Luhmann (1989, p. 19-20) indica que a clássica descrição teórico-objeto tem impedido a sociologia de identificar e reincluir os excluídos (ao menos na descrição da sociedade como tal), uma vez que qualquer descrição da sociedade implicitamente exclui aquilo que não é descrito e condena os excluídos ao silêncio. Adverte o autor que sem um adequado tratamento do tema “fala e silêncio”, uma nova comunicação apenas dissolveria os seus paradoxos de forma diferente, deslocando a exclusão com novas restrições ao criar um silêncio diferente ou apenas iria gerar um novo “ruído”. Assim, finaliza e propõe o autor que a sociologia deve melhorar seus instrumentos descritivos para incorporar a complexidade mais controlável na autodescrição da sociedade, bem como aplicar maiores precisão e rigor na comunicação, o que torna visível o que é excluído e, assim, possibilita a comunicação e sua compreensão nos termos da teoria da diferença⁷⁹.

No momento oportuno, serão aplicadas as lições descritas sobre "Reden und Schweigen" (1989) ao âmbito do sistema jurídico e, mais especificamente, ao silêncio constitucional.

⁷⁸ “Sehr leicht findet man interpretierende Beobachtungen, die sich dazu bringen, Schweigen zu verstehen, das heißt: als Kommunikation zu verstehen (...) Die Interpretation des Schweigens dient der Autopoiesis der Kommunikation, sie wird rekursiv an das Netz angeschlossen, das heißt eingeschlossen”.

⁷⁹ Nur hat die klassische objekttheoretische Beschreibungsweise die Soziologie gehindert, das Ausgeschlossene mitzusehen und wiedereinzuschließen – es wenigstens in die Beschreibung der Gesellschaft in der Gesellschaft wiedereinzuschließen. Von Marx bis Lyotard ist dies unter dem Gesichtspunkt einer Victimologie geschehen. Das Ausgeschlossene wird als Klasse bestimmt oder sonstwie als Mensch beobachtet, beklagt und für die Gesellschaft reklamiert. Würde die Gesellschaft auf diese Klage, wie gefordert, reagieren, würde sie gleichwohl nicht zu einer Gesellschaft werden, die nichts mehr ausschließt. Sie würde mit anderen Rücksichten, unter anderen Unterscheidungen kommunizieren, würde vielleicht die Paradoxien ihrer Kommunikation anders auflösen, würde Leid und Schmerz verlagern und mit all dem ein anderes Schweigen erzeugen. Nachdem man dies heute sehen und wissen kann, wird jede Absicht, das Verhältnis von Reden und Schweigen zu optimieren in Richtung auf die Positivwertung der Kommunikation, zur Ideologie und zur, aus welchen Gründen immer, durchgehaltenen Illusion. Dies gilt nicht zuletzt für all die Bemühungen, die sich darauf kapriziert hatten, Kommunikation freizusetzen, sie aus den ihr vorgegebenen Beschränkungen der Gewalt und der Zeit und der restringierten Sprachcodes zu emanzipieren. Was soll daraus anderes entstehen als das Akzeptieren neuer Beschränkungen oder, wenn dies nicht, letztlich nur noch Lärm? Die Soziologie kann sich statt dessen bemühen, ihre Beschreibungsinstrumente zu verbessern und mehr kontrollierbare Komplexität in die Selbstbeschreibung der Gesellschaft einzubauen. Mehr Genauigkeit und mehr Strenge in der eigenen Kommunikation, das macht wie von selbst mit sichtbar, was dadurch ausgeschlossen ist. Franzosen bevorzugen, bei ähnlichem Problembewußtsein, die Stilmittel der gepflegten Ungenauigkeit. Jedenfalls muß diese Kommunikation dann ihrerseits differenztheoretisch reflektiert und nicht nur so mitgeteilt, sondern auch so verstanden werden können”.

5.4.3 O sistema jurídico, sua autopoiese e seus acoplamentos com outros sistemas⁸⁰

Como visto, a sociedade é um sistema global no qual há sistemas parciais ou funcionais. O Direito é um desses sistemas parciais e funcionais, que realiza a diferenciação entre o que é Direito e o que não é Direito através de um código próprio (lícito/ilícito). A finalidade do sistema jurídico é garantir certa congruência entre as expectativas de comportamentos dos indivíduos. Nas palavras de Luhmann, o Direito é a “generalização congruente de expectativas comportamentais” para “uma imunização simbólica de expectativas contra outras possibilidades” (LUHMANN, 1972, p. 94).

Para concretizar sua função social o Direito tem que preservar a integridade do sistema social e, simultaneamente, possibilitar as transformações necessárias para evitar sua estagnação, tornando-se disfuncional. Disso se falar na necessidade de os sistemas sociais alcançarem um estágio de estabilidade dinâmica para que as mudanças no sistema social sejam operacionalizadas com e não contra o sistema (LUHMANN, 1986, p. 135). Para isso, o Direito apresenta uma estrutura cognitiva que poderá reagir ao insistir em sua aplicação (no caso de descumprimento reiterado) ou ao revogar e/ou editar outra norma para manter sua função e força normativas.

A autopoiese do sistema jurídico determina seu fechamento, ou seja, o próprio sistema, de forma autorreferencial, demarca seus limites no meio ambiente. Assim, é o sistema jurídico que indica seus elementos ao diferenciá-los do ambiente, bem como por sua autonomia, produz seus elementos ao atribuir-lhes qualidade normativa e atribui significado jurídico às comunicações resultantes da relação entre seus elementos. Tais processos de diferenciação e reprodução do sistema jurídico, que viabilizam seu caráter autopoietico, ocorrem pela capacidade de auto-observação do sistema por meio de sua estrutura cognitiva (a teorização sobre o sistema). Assim, a auto-observação controla as operações de autoprodução.

Mas a autonomia do Direito não se restringe à autoprodução de suas normas, mas também alcança a capacidade de autoconstituição de figuras jurídico-dogmáticas, que reformulam em termos especificamente jurídicos uma questão extrajurídica (econômica, política, moral etc.). Isso porque o sistema jurídico, enquanto sistema parcial do sistema social, é produto da interação comunicativa dos membros da sociedade e, assim, necessita de

⁸⁰ Para uma análise completa sobre o tema: Willis Santiago Guerra Filho, “A autopoiese do Direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica” (2018^a, p. 53-76) e “Teoria da Ciência Jurídica” (2001, p. 186-212).

elementos do meio ambiente (e neste também estão os demais sistemas parciais) para se autoproduzir (LUHMANN, 1987, p. 440-441).

Mesmo assim, a autonomia do sistema jurídico em relação aos outros sistemas é mantida pois o Direito realiza suas operações por seu código e critérios próprios. Isso é possível através do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os outros sistemas sociais que permite que o Direito adote com qualificação normativa componentes de outros sistemas (morais, econômicos, políticos etc.). A atribuição de significado jurídico a tais componentes deve ser fundamentada em procedimentos que garantam racionalidade, participação democrática, pluralismo de valores, eficiência econômica etc., à tomada de decisão.

Aqui merece destaque o papel da Constituição Federal no acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político (LUHMANN, 1990, p. 204 e ss.; NEVES, 1994a, p. 61e ss.). É função essencial da Constituição tanto atribuir significado jurídico a questões políticas como mediar juridicamente a atuação da Política no Direito. Para tanto, a Constituição prevê os adequados procedimentos de mutação, em especial, para condicionar transformações nas estruturas de poder. Além disso, os direitos fundamentais são consagrados na Constituição como limites, mas também orientação para a continuidade da diferenciação sistêmica e para as comunicações intra e intersistêmicas, ao reconhecer as diversas e, muitas vezes contraditórias, concepções de mundo da sociedade que institui a Constituição. Importante enfatizar que a complexidade das relações na sociedade contemporânea torna impossível que a Constituição preveja todas as situações de colisão entre interesses e direitos de forma a trazer soluções exaustivas, motivo pelo qual é reforçada a necessidade de procedimentos para que se solucione adequadamente tais colisões.

Parece claro, então, que a Constituição é construída para além de seu texto através de procedimentos de concretização de suas normas⁸¹ e, como adverte Niklas Luhmann (1990, p. 192), a Constituição deve ser aberta para o futuro ao prever as condições de sua mutação através de regras procedimentais de legitimação. Assim, há uma inversão temporal da legitimação do Direito, não mais pautado na validade conforme um passado que o justifica, mas sim voltado também para o futuro⁸².

⁸¹ Para uma análise aprofundada sobre o tema: Willis Santiago Guerra Filho, “Ensaio de Teoria Constitucional” (2018b).

⁸² Importantíssimo esse ponto, que demonstra não haver incompatibilidade entre a adoção por Luhmann do sistema jurídico como sistema fechado operativamente com as teorias da Constituição aberta. Em primeiro lugar porque o fato de ser um sistema fechado operativamente não impede seja ele aberto cognitivamente, tal como defende Luhmann. Em segundo lugar, porque a ideia de Constituição aberta (para o futuro, para as interpretações e para as

É fato, também, que com a ruptura com o passado (fixo) e a abertura para o futuro (a ser fixado), o Direito é cada vez mais improvável e aumenta sua complexidade e contingência, agora uma ‘dupla contingência’. O Direito, enquanto sistema de produção e controle seletivo dessa contingência de possibilidade de outras possibilidades, atua com alto risco na sociedade complexa contemporânea: as opções do presente podem não ser as mais adequadas no futuro (DE GIORGI, 1995, p. 47).

No contexto apresentado, vê-se atualmente um deslocamento do centro de decisões políticas relevantes do Legislativo para o Judiciário, que deve suprir a ausência completa ou os defeitos da produção legislativa, bem como assumir posição destacada dentre os Poderes na produção do Direito. Isso porque a atuação do Poder Judiciário na autopoiese e nos acoplamentos estruturais o colocam no centro do sistema jurídico.

Com efeito, a atuação do Judiciário deve manter a unidade do sistema jurídico que opera de forma recursiva e autorreferencial. Como visto, o sistema jurídico opera apenas com elementos desse sistema e, ao necessitar de elementos encontrados a outros sistemas (moral, economia, política etc.), é o Judiciário que, ao utilizar tais elementos na fundamentação de suas decisões, qualifica tais elementos como normativos, atribui a eles significado jurídico e, portanto, os transforma em elementos do sistema jurídico. Deve ser lembrado que o sistema é fechado com e não para o meio (LUHMANN, 1991, p. 305). Enquanto o Poder Judiciário ocupa o centro dos sistemas jurídicos, o Legislativo ocupa a periferia do sistema. Diferentemente, o Legislativo ocupa o centro do sistema político, enquanto aqui o Judiciário é periférico.

E a distinção entre o centro e a periferia dos sistemas ganha destaque na execução dos acoplamentos estruturais. Conforme Mario Bunge (1990, p. 219) uma função específica das fronteiras dos sistemas é proceder trocas entre o sistema e o meio e é na fronteira que estão os elementos do sistema diretamente acoplados com componentes do meio. Assim, é possível afirmar que na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos está a Corte Constitucional, que apresenta papel essencial no acoplamento estrutural entre os sistemas mencionados⁸³.

opções políticas do legislador) diz respeito a ponto de referência diverso da ideia de sistema fechado (manutenção de sua unidade por autoprodução de novos elementos com base em acoplamento estrutural com outros sistemas).

⁸³ Para uma análise completa sobre o tema: Willis Santiago Guerra Filho, “A posição dos tribunais constitucionais no sistema social”, Revista NOMOS, do Curso de Mestrado em Direito da UFC, vols. 16/18, Fortaleza, 1997.

5.4.4 O silêncio constitucional e sua função operativa no sistema jurídico

Feitas as considerações necessárias, partimos, então, para a análise do silêncio constitucional no intuito de responder as questões inicialmente postas: a) o que é o silêncio constitucional? b) qual a função operativa do silêncio constitucional no sistema jurídico?

A partir das premissas antes estabelecidas entendemos que o sistema jurídico é criado pela comunicação primeira que, ao realizar diferenciações pelo código próprio do Direito (lícito/ilícito), o separou do meio ambiente (no caso, a sociedade).

Importante destacar aqui que, ao contrário do que pode parecer, essa primeira comunicação que faz surgir o Direito não é a própria Constituição. Com efeito, o sistema jurídico surge por comunicações que se utilizam o código lícito/ilícito, não necessariamente uma primeira comunicação via Constituição.

Como visto anteriormente, a Constituição é vista na Teoria de Luhmann como resultado do acoplamento estrutural entre sistema jurídico e político. Ambos os sistemas preexistem à Constituição. Porém, para que haja um Estado de Direito, há um momento em que ambos os sistemas se interpenetram e o código de Direito (lícito/ilícito) é aplicado às relações entre sistema jurídico e político em substituição ao código do poder e não poder do sistema político. Como resultado dessa relação de acoplamento e mútua interpenetração, temos a Constituição (LUHMANN, 1990, p. 204 e ss.; NEVES, 1994a, p. 61e ss.).

Com o tempo, novas comunicações posteriores, constitucionais (por emendas, por exemplo) e infraconstitucionais, são realizadas e os limites do sistema jurídico são formados e estabilizados (uma estabilidade dinâmica, como visto).

É certo que as comunicações no sistema jurídico também devem ser analisadas como um paradoxo, ou seja, ao prescrever algo o sistema jurídico necessariamente silencia sobre o restante. Por exemplo, ao enunciar o direito à vida, a Constituição silencia sobre o caso do aborto. E isso se dá recursivamente. No mesmo exemplo, o STF enuncia sobre o aborto do feto anencefálico, mas, silencia sobre o aborto até a 12ª semana, e assim sucessivamente⁸⁴.

Seguindo a metáfora do “ponto cego” antes analisada, em muitos casos o silêncio constitucional pode ser um ponto cego da Constituição, ponto que existia no momento em que ela surge e, naquele momento, refletia a sociedade daquela época. Assim, por exemplo, apesar da fala constitucional dos termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da

⁸⁴ Importante ressaltar que não pretendemos ingressar no mérito das decisões do STF, mas sim apresentá-las a título exemplificativo, sem nos posicionar sobre a permissão ou proibição jurídica desses casos de aborto, ou sobre a pesquisa com células troncos, sobre o reconhecimento da união homoafetiva, dos poderes de investigação do MP etc.

união estável, o STF considerou possível reconhecer união antes silenciada, qual seja, a união homoafetiva. Da mesma forma, não há como exigir que a CF de 1988 falasse sobre a pesquisa com células tronco, se na época de sua elaboração tal tecnologia não existia.

O STF, nesses casos, seria o observador de segunda ordem (observador do observador) e que tem dentre suas funções ver o ponto cego da CF. A Ciência Jurídica, tal como a doutrina constitucional, pode ser considerada um observador do STF e, assim, confirmar teoricamente ou criticar as decisões tomadas, que podem também ter sido afetada por outro ponto cego (agora um ponto cego do STF).

O silêncio constitucional, enquanto ponto cego da CF, é compreendido como um espaço normativo e uma estrutura latente, ou seja, algo que está oculto, invisível, inativo, mas potencial. A rede recursiva de observações indicada anteriormente (CF, STF, Ciência Jurídica) podem extrair “autovalores” da Constituição a partir da observação do silêncio constitucional.

Então, podemos afirmar que o silêncio constitucional pode ser um “ponto cego” do sistema jurídico, resultado das diferenciações anteriores, a aguardar posteriores e recursivas observações para revelar seu potencial e resultar em “autovalores” da Constituição.

E nessa comunicação paradoxal “fala e “silêncio” a questão tempo possibilita a observação e a reflexão dos sistemas de consciência ou das estruturas cognitivas do sistema jurídico (no caso o STF, a Ciência Jurídica etc.) sobre a Constituição e, assim, garante a autopoiese do Direito.

Foi destacado que a Constituição tem papel essencial no acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. É certo, porém, que o acoplamento estrutural do sistema jurídico não se dá apenas com o sistema político, mas também com a educação, a ciência, a arte, a religião, a economia, a mídia e todos os demais sistemas sociais e isso se dá, principalmente, pela via de interpretações daquilo que se acha disposto na Constituição, ou ainda, acrescenta-se, pela interpretação daquilo que a Constituição comunica, inclusive pelo seu silêncio.

Como visto, a conectividade entre os sistemas é viabilizada pela linguagem no nível necessário para configuração dos próprios sistemas. Assim, aquilo não é dito na Constituição pode ser comunicado por outros sistemas e, pelo acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais (e, portanto, sem atingir o fechamento de cada sistema), a linguagem permitirá a conectividade para interpretação do silêncio constitucional pela comunicação ocorrida em outro sistema.

Deve ser ressaltado que o silêncio constitucional, enquanto espaço normativo de interpretação para autopoiese, pode ser preenchido com ou sem acoplamento estrutural. Não

haverá acoplamento estrutural quando não se fizer necessária a comunicação via outros sistemas para a autopoiese do Direito, bem como quando houver determinação de não conectividade pela própria Constituição.

De fato, vimos que o silêncio pode ser um “silêncio com conectividade”, ou seja, com possibilidade de acoplamento estrutural entre sistemas, ou um “silêncio sem conectividade”, ou seja, o silêncio já é incluído na comunicação como “silêncio eloquente” ou seja, com determinação para “ouvir o silêncio”. No caso de silêncio constitucional sem conectividade, a própria Constituição indica o que está no ambiente e que não deve entrar no sistema jurídico para o reconhecimento de apenas uma opção interpretativa entre muitas possíveis, com a exclusão das demais possibilidades. Assim, no caso do silêncio constitucional sem conectividade pode ocorrer a comunicação via incomunicabilidade.

Vimos também que Luhmann indica o silêncio sem conectividade como um risco que não pode ser evitado pois a comunicação pressupõe autodeterminação. Cabe aqui a advertência de Gunther Teubner (1983, p. 279), no sentido de que, o Direito desenvolve certas construções sociais específicas da realidade e, assim, ao criar sua própria realidade a partir da perspectiva da resolução de conflitos, os sistemas jurídicos abstraem modelos altamente seletivos do mundo, negligenciando assim muitos elementos políticos, econômicos e socialmente “relevantes”. Luhmann aponta que, para mitigar referido risco, pode-se evitar questões sensíveis ao adotar uma comunicação silenciosa. Em outras palavras, em questões sensíveis, ao ser necessário mitigar o risco da exclusão de diversas interpretações possíveis, pode a Constituição utilizar o silêncio com conectividade e manter a definição da melhor solução possível para a interpretação via comunicação e acoplamentos estruturais com outros sistemas.

Podemos retomar aqui a questão do aborto, que pode ser considerado um silêncio constitucional sem conectividade, com determinação a impedi-lo em qualquer hipótese, ou uma questão sensível com uma comunicação silenciosa no sentido de evitar, de plano, a exclusão de outras opções jurídicas possíveis em determinados casos concretos. Com efeito, vimos que a complexidade das relações na sociedade contemporânea impossibilita que a Constituição preveja todas as situações de colisão entre interesses e direitos de forma a trazer soluções exaustivas e, ainda, as opções tomadas no presente (e no passado) podem não ser as mais adequadas para o futuro, o que pode ser considerado, por exemplo, na pesquisa com células tronco.

Vimos, ainda, que o tempo, enquanto uma forma que constitui uma simultaneidade entre o simultâneo e o não simultâneo, permite a conexão de outras operações dessa forma. Assim,

iniciada a comunicação, sua conclusão é adiada para o futuro. Aplicada tal assertiva à autopoiese do Direito e retomada a dinâmica entre observação, fala e silêncio, no silêncio constitucional está implícito um comando para construir o sistema historicamente. Com efeito, a análise do silêncio constitucional pressupõe uma historicidade (re)construída pelos sistemas de consciência por meio da linguagem sobre o texto constitucional (forma de primeira ordem da comunicação). A linguagem (formas de segunda ordem) viabiliza a (re)construção da historicidade pela distinção entre fala os enunciados da Constituição (fala) e o silêncio constitucional. Não se trata, é claro, de um construir absolutamente livre, mas um (re)construir pelo próprio sistema (autopoiese) ao fazer novas diferenciações - o que está no sistema e o que não está - bem como, quando possível (se o próprio sistema jurídico não vedou) implementar os acoplamentos estruturais, codificando para o Direito aquilo que estava fora do sistema mais é necessário para sua construção autopoietica. Por isso, por exemplo, a interpretação do silêncio constitucional ocorre no tempo e deve ser constante, para viabilizar a autopoiese do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

Necessário destacar, porém, a advertência de Niklas Luhmann, no sentido de que o fato de ter sido iniciada a comunicação e adiada sua conclusão para o futuro não impõem a aplicação das diferenças realizadas anteriormente. Ao contrário, tal dinâmica permite a mudança da forma que faz a diferença. Portanto, não é adequado utilizar as diferenciações passadas para a comunicação presente para analisar o silêncio constitucional. Conforme Luhmann, cada fala repete o silêncio e, assim, a cada momento de interpretação da Constituição repete ou (re)constrói o silêncio constitucional. Tais lições nos parece contrariar as tentativas de imposição de uma interpretação sempre “originalista”, ou seja, conforme as enunciações (e intenções) do legislador que elaborou o texto constitucional.

Relembramos que a unidade da forma “fala e silêncio” deve ser analisada como um paradoxo, como a unidade da diferença e, assim, retornamos à questão do efeito operativo da comunicação dos paradoxos. O silêncio constitucional viabiliza o efeito operativo da comunicação dos paradoxos. Referido efeito, unido ao fator tempo, oscila a comunicação, porque cada posição tomada obriga a afirmar o contrário e vice-versa. Prosseguindo nas lições de Luhmann, a adoção do paradoxo não promove um bloqueio no progresso de uma operação, mas sim é uma forma de observação escolhida pelo próprio observador por estar confuso e para ver cada vez mais e diferente ao desdobrar o paradoxo.

De fato, a comunicação paradoxal permite compreender a dinâmica “fala e silêncio” de forma mais adequada do que a lógica clássica, ou seja, a fala da Constituição não exclui,

necessariamente, a possibilidade de análise de outra comunicação por aquilo que a própria Constituição silenciou. Assim, por exemplo, a interpretação do silêncio constitucional viabiliza a comunicação dos paradoxos para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, com a existência de aparentes contradições entre normas constitucionais e que exigem uma análise paradoxal do caso concreto que permita, num juízo de ponderação, o reconhecimento de um direito sem exclusão do outro direito em conflito (apesar de afastada sua aplicação no caso concreto).

Por fim, deve ser lembrado aqui que Niklas Luhmann propõe o estudo do tema “fala e silêncio” como uma contribuição para a teoria social, em especial para identificar e reincluir os excluídos (condenados ao silêncio ao não estarem na descrição da sociedade). Assim, faz-se necessária uma adequada comunicação no sistema jurídico, em especial no tratamento do tema “fala e silêncio”, para se evitar uma nova comunicação que apenas imponha novas restrições com um silêncio diferente e outros excluídos no (re)desenho do sistema constitucional.

5.4.5 Uma proposta de acordo com a Teoria dos sistemas sociais

O silêncio constitucional, de acordo com a Teoria de Niklas Luhmann pode ser:

a) um silêncio como espaço normativo e com conectividade, ou seja, com possibilidade de acoplamento estrutural entre sistemas; uma estrutura latente (invisível, mas potencial), resultado das diferenciações anteriores e que, com posteriores e recursivas observações, pode desenvolver seu potencial e revelar “autovalores” da Constituição; será um espaço normativo com conectividade o silêncio constitucional:

a1) por ser um ponto cego da Constituição existente no momento em que ela foi criada e, naquele momento, refletia a sociedade daquela época; ou

a2) por opção da Constituição ao adotar uma comunicação silenciosa sobre uma questão sensível e, assim, mitigar o risco da exclusão de diversas interpretações possíveis.

b) um silêncio eloquente sem conectividade, ou seja, o silêncio já é incluído na comunicação com determinação para “ouvir o silêncio” e com o reconhecimento de apenas uma opção interpretativa entre muitas possíveis, com a exclusão das demais possibilidades, inclusive via acoplamentos estruturais (a comunicação via incomunicabilidade).

A função operativa do silêncio constitucional é uma atividade executada na estrutura cognitiva do Direito para criação de elementos em sua estrutura normativa através da comunicação, com ou sem conectividade entre sistemas.

A interpretação do silêncio constitucional ocorre constantemente ao longo do tempo, de forma a atuar na autopeiose do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

Também a função operativa do silêncio constitucional viabiliza a comunicação dos paradoxos no sistema jurídico, por meio de juízos de ponderação para resolução de conflitos entre direitos fundamentais com o reconhecimento de um direito sem exclusão do outro direito em conflito, em uma análise paradoxal que ultrapassa os limites da lógica clássica.

5.5 Comunicações entre atmosferas semântico-pragmáticas na visão sistêmico-construcionista do Direito

5.5.1 Pontos principais da visão sistêmico-construcionista do Direito

Não pretendemos aqui fazer uma descrição completa da Teoria do Direito desenvolvida por Márcio Pugliesi, mas sim colocar em destaque os pontos principais de sua visão sistêmico-construcionista para a análise da questão do silêncio constitucional.

A visão sistêmico-construcionista apresenta um novo método para a Teoria do Direito. Referido método propõe uma abordagem pautada na complexidade dos conflitos enfrentados pelo Direito na atualidade, configurados por relações com grupos dominantes, manipulação entre sujeitos, mobilização entre grupos sociais e conflitos indivíduo/indivíduo, indivíduo/grupo ou grupo/grupo (PUGLIESI, 2009, p. 3). Referidos conflitos se intensificam diante do contexto brasileiro cujo “modelo capital-expansionista conduz a verdadeiros contrassensos e, não por acaso, a extremas diferenças de renda e condição (PUGLIESI, 2009, p. 17).

O paradigma de partida para a visão sistêmico-construcionista é a comunicação, em especial às relações comunicativas que se submetem a algum conjunto normativo. Merece destaque, para fins do presente trabalho, a questão da fonte de ruído, um “fenômeno parasita que altera a comunicação” (PUGLIESI, 2009, p. 19).

O silêncio constitucional é uma fonte que poderia causar ruído na comunicação entre o emissor da mensagem (Constituinte e Constituição escrita) e seu destinatário (o STF no processo de interpretação da Constituição, p. ex.)?

Também ganha destaque aqui a questão do sentido: é possível extrair sentido do silêncio constitucional, ou seja, do silêncio posso encontrar uma direção de entendimento da mensagem na relação entre significantes e significado? Ou ainda, o silêncio está incluído na estrutura

normativa da Constituição e, assim, teria também papel na construção do sentido estrutural dos enunciados constitucionais? Se afirmativas as respostas, seria adequado extrair o sentido do silêncio constitucional através do sentido contextual da totalidade da mensagem constitucional e, assim, chegar-se a um significado global da mensagem?⁸⁵.

Pugliese (2009, p. 34) indica que a linguagem constitui um suprassistema que abrange os sistemas dos códigos das línguas que, por sua vez, são escalonados em níveis hierárquicos de complexidade desde o mais elementar das letras, das palavras, das regras gramaticais até o mais complexo, da argumentação e dos raciocínios.

Os códigos, por sua vez, fazem a ligação entre o significante (objeto material, formas e marcas duráveis) e o significado (o comportamento esperado diante do objeto material). Importante ressaltar que o significado não se fixa no tempo, ou seja, “o comportamento resultante dos significantes que, se não for atual e diretamente observável, apenas se pode reconstituir por decisões, analogias ou interpretações por métodos hermenêuticos”. No sistema normativo do Direito, instrumentos de coação tem como finalidade impor comportamentos idênticos (significados idênticos) diante dos mesmos significantes (PUGLIESI, 2009, p. 67). Assim, é certo que a estabilidade do sistema jurídico tende a fixar no tempo seus significados, porém, veremos que há exceções diante das necessárias atualizações, adaptação e mutabilidade do Direito.

Na pragmática da comunicação, Pugliesi aponta o sujeito como uma “atmosfera semântico-pragmática” (conjunto formado pela doxa, representações sociais e epistême), que é influenciado pelas estruturas sociais da qual faz parte, mas também atua para construir o próprio sistema social (2009, p. 79 e ss.). Nesse sentido:

“Sempre cumpre lembrar que o sistema social é um conjunto cujas partes interagem e se transforma em mais do que a simples soma das partes. Por mais que os operadores se arroguem o apanágio de decidir, sempre será possível, mediante mobilização, introduzir um novo operador no cenário, ou fazer variar os fatores atuantes e, no limite, mudar os objetivos a atingir” (2009, p. 3)

E isso é possível diante do estabelecimento de comunicação entre as atmosferas semântico-pragmáticas individuais em razão das interseções não vazias entre elas. Nesse ponto, o autor descreve, fundado nas lições de Denise Jodlet, a função das representações sociais no preenchimento dessas interseções:

“Pela objetivação procede-se à transformação de um determinado aspecto social em representação e pela ancoragem tal representação se fixa no social transformando-se na forma de viver e ver a realidade social. Isto é, a representação social torna-se a realidade social ao possibilitar as relações cotidianas, ou seja, garante que o conjunto interseção das atmosferas semânticas individuais não seja o conjunto vazio. Mas

⁸⁵Sobre o sentido, o sentido estrutural e sentido contextual: PUGLIESI, 2009, p. 24-25.

representar vincula-se à ‘apresentação’ de um ausente, ou seja, para ter algum sentido a representação precisa de algum referente ou, pelo menos, de alguma ausência, o momento em que se apresentou o objeto social. Têm-se, então, duas possibilidades: (a) a representação substituiria algo que se apresentou e seria uma cópia do fenômeno ou, ainda pior, (b) seria uma deformação desse. Ademais, o fenômeno representado pode tanto ser uma realidade social ou um construto sem fundamentação fática, logo descritiva, uma realidade consensual obtida por intermédio de determinados processos de recorte individual transferido ao grupo ou reciprocamente. Cabe indagar, quase aporeticamente, então: o caráter social das representações seria dado por uma realidade social que o antecede, ou, mais propriamente, a realidade social está configurada como ponto de convergência de representações cognitivas? As representações sociais são teorias do senso comum, são mais que opiniões ou atitudes e sobre elas se elabora, a partir de sua estruturação e sistematicidade determinada, as teorias sobre os fatos ou situações. Nota-se, assim, que as representações sociais constituem a etapa intermédia entre o saber científico e a opinião. É a ponte que permite transitar da doxa à epistême: trata-se de sentido comum sistematizado que descobre, organiza e torna possível a comunicação social ao permear atmosferas semânticas – aos sujeitos sob o ponto de visto epistêmico” (PUGLIESI, 2009, p. 81)

Importante aqui destacar que essas comunicações entre atmosferas semântico-pragmáticas individuais em razão das interseções não vazias podem ser atingidas por um determinado grau de poluição semântica gerada por ideologia e variáveis próprias de um indivíduo ou grupo. Referida poluição semântica atua em um momento de autorreconhecimento e transformação, uma vez que, ao dar início aos códigos da esfera anterior, firma novas subjetividades na atmosfera objeto de sua atuação. Essa dinâmica determina práticas, instituições e, em especial, interesses reais (PUGLIESI, 2009, p. 81-82). Ainda, segundo o autor, a poluição semântica:

“Como influência externa que se internaliza e passa a compor o quadro de referência da atmosfera semântica só obterá êxito nessa incorporação se permitir que essa opere sob os parâmetros de sua formação social, muito embora, também, auxilie a formar tais parâmetros, porém sem a elasticidade necessária para atuar em todo momento e campo. Essa poluição, embora residual, opera na formação das condições potenciais para a existência e manutenção da atmosfera e a seleção de seus interesses na vida real” (PUGLIESI, 2009, p. 81)

A dinâmica descrita de “relações imaginárias com relações reais de existência” produzida pela poluição semântica pode ser apontada como responsável por casos de silêncio constitucional, como será visto mais à frente.

É certo que os efeitos deletérios da poluição semântica podem se manter através da homeostase do sistema derivada de consenso ou estabilidade, ou seja, quando prevalece nas condições gerais comuns às atmosferas semânticas individuais influenciadas pela cultura e pela civilização e formada maioria que mantenha a estrutura existente; ou também os efeitos da poluição semântica poderão ser retificados, em especial pela mobilização de minorias que irá instaurar o conflito ao demonstrar o dissenso e poderão atingir o sucesso por meio de uma defesa forte e organizada que influencie intensamente as representações sociais, ou seja, por

meio de movimentos “capazes de alterar a homeostase pela produção de representações sociais introdutoras de diversidade” (PUGLIESI, 2009, p. 82-83).

Compreendemos, da mesma forma, que a homeostase do sistema pode ser abalada em razão de situações de “incerteza estruturada”, ou seja, casos em que “os futuros estados do sistema podem ser cogitados, mas não se poderá saber quais serão em qualquer futuro decorrente da evolução”. Nesses casos, Pugliesi destaca que:

“Projeta-se uma regularidade observada e componente das representações sociais como se fosse absolutamente esperável em situações análogas e/ou futuras. No campo da sociedade, por exemplo, as projeções para agir efetivadas a partir de uma situação incorporam como parte própria da situação de fatores atuantes que incluem normas (inclusive de caráter jurídico) que podem ser mudadas a qualquer momento. Pensa-se em neutralizar os efeitos dessa insegurança recorrendo a lugares-comuns retóricos como segurança jurídica, permanência das instituições, legalidade, irretroatividade das leis pro malum, stare decisis etc. Mas sabem, todos, atores ou operadores do Direito, que a superveniência de estado revolucionário (embora previsível na maior das vezes), clamor público orquestrado por grupos de pressão com apoio da mass media, escândalos programados, ações procrastinatórias de todo tipo (aguardando – por vezes – condições mais favoráveis) introduzem variedade e incerteza para a decisão” (2009, p. 89)

Aqui surge a questão sobre qual seria o limite de manutenção ou abalo da homeostase sistêmica, ou seja, qual o limite para a atuação dos sujeitos enquanto atmosfera semântico-pragmática na formulação e modificação dos sistemas sociais, em especial do Direito?

Quanto ao tema, Pugliesi (2009, p. 63) aponta que os esforços de mudança de um sistema devem atingir seu núcleo para que haja sucesso, pois do núcleo depende o sistema para funcionar tal como previsto; ao mesmo tempo, se a mudança pretendida for superficial, o núcleo do sistema deve ser mantido intacto, sob pena de destruir o próprio sistema. Com efeito, o autor adota a concepção de núcleo do sistema como um conjunto de elementos e relações que não podem ser atingidas sem que se altere a própria especificidade do sistema e, a depender da intensidade da alteração, atingir a própria identidade do sistema.

Essa dinâmica de interação dá-se não só entre sujeitos e sistema, mas também entre sistemas. De fato, o autor propõe a adoção da ideia de sistemas abertos, ou seja, sistemas que permitem a troca de informação⁸⁶ com o ambiente e outros sistemas para, assim, melhor se organizarem em forma e complexidade mais adequadas para seus fins.

Para Pugliesi, sistemas fechados tendem a uma maior desorganização e a estagnação, pois limitam-se às próprias informações. Na prática, os sistemas fechados não são encontrados na natureza, são produtos de experiências da ciência e artifícios teóricos, pois liberados dessas

⁸⁶ Aplica-se aqui troca de informação por ser o objeto de análise do estudo: um sistema social – o Direito. O autor indica também a possibilidade de troca de energia e matéria, pois toma em consideração os sistemas em geral.

limitações artificiais os sistemas naturalmente passam a realizar trocas com outros sistemas e com o ambiente. Portanto, mais adequado seria adotar a noção de sistemas abertos⁸⁷, com a existência de sistemas mais abertos e mais fechados, estes com maior chance de estagnação e desorganização; aqueles, com maiores chances de desenvolvimento, mas também com risco de descaracterização por mudanças.

A dinâmica descrita é permanente e cíclica em razão da retroalimentação, ou seja, a informação emitida por um sistema atinge os demais e retorna à sua origem, sob o aspecto positivo, amplificador e transformador, ou negativo, estabilizador e homeostático. Para um adequado funcionamento dos sistemas, ambos os aspectos da retroalimentação, positivo e negativo, são relevantes, pois, como visto, os sistemas necessitam se desenvolver e melhor se organizar para suas finalidades; porém, toda essa atividade deve ter seus limites de estabilidade, sob risco de descontrole e até mesmo destruição dos sistemas (PUGLIESI, 2009, p. 60-61).

Para finalizar a análise da interação entre sistemas, importa ressaltar a noção de homologias. Segundo esse conceito, é possível que estudos realizados em um sistema forneçam informação e conhecimento para outros sistemas por analogia ou comparações aplicáveis aos aspectos estruturais e funcionais dos sistemas envolvidos. Segundo Pugliesi:

“A procura dessas homologias tem ajudado a definir alguns constituintes invariantes dos sistemas, como sejam, numa analogia hidráulica, os limites, as portas de entrada e saída, os depósitos, os canais e as comportas, por onde circulam fluxos ou se deposita a matéria, energia e informação. E também se podem procurar os centros de decisão que, comparando os níveis de depósitos, abram as comportas aos fluxos, permitindo regular as retroações positivas e negativas” (2009, p. 63-64)

Trata-se de uma dinâmica de interação que pode, como será visto, demonstrar a função operativa do silêncio na estrutura constitucional.

Feita essa devida introdução aos pontos da visão sistêmico-construcionista do Direito, passaremos à análise da linguagem e da comunicação na Teoria da Constituição.

5.5.2 O silêncio constitucional como objeto de comunicação entre atmosferas semântico-pragmáticas

A partir das premissas antes estabelecidas pela Teoria do Direito de Márcio Pugliesi, entende-se que o sistema jurídico deve ser analisado por um método abrangente e interdisciplinar adequado para a complexidade dos conflitos atuais que destacam relações com

⁸⁷ Nesse ponto Márcio Pugliesi afasta a ideia de Niklas Luhmann, segundo a qual os subsistemas sociais, tal como o Direito, são sistemas fechados. É certo, porém, que referida contradição é amenizada pela consideração de Luhmann no sentido de que apesar de se tratar de um sistema fechado operativamente, há uma abertura cognitiva, que permite ao sistema se alterar sem perder sua unidade ao produzir elementos novos em seu interior em acoplamento estrutural com outros sistemas.

grupos dominantes, manipulação entre sujeitos, mobilização entre grupos sociais etc. A temática do silêncio constitucional enquadra-se exatamente nesses conflitos complexos, sendo o silêncio intencional utilizado como estratégia de regulação social ou como meio de distorção da comunicação do conjunto normativo do Direito. Podemos apontar também um silêncio não-intencional imposto pelas condições fáticas.

Com efeito, percebe-se o silêncio constitucional presente em casos cujo consenso possível entre os indivíduos ou grupos sociais ainda não se estabeleceu, momento em que é adequada a utilização do silêncio como estratégia de regulação social, ou seja, ao invés de fechar a regulamentação em uma das posições existentes e intensificar o dissenso, o legislador constituinte prefere manter a regulação em aberto (total ou parcialmente) para que uma comunicação futura construa as condições sociais para uma melhor definição da questão, pautada no referido consenso possível .

Por outro lado, o silêncio constitucional também pode ser visto como um instrumento de distorção da comunicação do conjunto normativo, ou seja, o silêncio intencional no intuito de fazer prevalecer os interesses dos grupos que dominam a produção legislativa ou, pelo menos, para não serem legalmente reconhecidos os interesses dos grupos minoritários ainda sem coesão social e força suficientes para afirmarem politicamente a sua posição. Aqui, o silêncio é um instrumento-fonte de ruído que tenta alterar a comunicação e fazer com que a mensagem final que chega ao destinatário e o significado extraído dela seja favorável ao grupo dominante, apesar do texto constitucional implicitamente (ou silenciosamente) favorável em favor de outro grupo.

O silêncio constitucional sobre o aborto e sobre a união homoafetiva pode ser interpretado como estratégia de regulação social por ausência de consenso possível no momento de elaboração da Constituição ou mesmo como instrumento de distorção da comunicação do conjunto normativo, se tomado como uma forma de fazer prevalecer o interesse de grupos conservadores que dominam a produção legislativa e negar reconhecimento jurídico ao interesse de grupos dissidentes.

Vê-se que, ao considerar uma ou outra alternativa, mesmo diante do silêncio constitucional, podemos extrair uma direção de entendimento da mensagem, um sentido que estabelece a relação entre o significante e o significado. Assim, como estratégia de regulação social por ausência de consenso possível, abre-se a discussão nos espaços públicos entre os intérpretes da Constituição resolução da questão; como instrumento-fonte de ruído ou de poluição semântica para manter interesses dominantes, além de se manter aberta a discussão

nos espaços públicos, acende-se um sinal de alerta para as instituições, em especial aquelas criadas pela própria Constituição para exercer papel contra majoritário em nossa democracia, como o STF.

A decisão, porém, dependerá da análise da estrutura normativa do sistema jurídico. O silêncio constitucional possibilita a construção do sentido estrutural dos enunciados da CF. A forma adequada para chegarmos ao sentido do silêncio constitucional é uma análise contextual da totalidade da mensagem constitucional através dos demais enunciados, bem como de uma profunda análise através de informações de outros sistemas e da própria história da sociedade, para, assim, ser possível chegar-se ao significado global da mensagem constitucional.

Essa análise estrutural e global dentro do espaço normativo emanado do silêncio constitucional, ao mesmo tempo que pode construir o Estado Democrático de Direito, pode também o desconstruir. Como visto, o sistema normativo do Direito apresenta instrumentos de coação que buscam impor comportamentos futuros e idênticos diante dos mesmos significantes, assim, é reforçada a estabilidade do sistema jurídico. Excepcionalmente, porém, faz-se necessário adaptar o sistema jurídico a novas realidades decorrentes da evolução social e de novos valores reconhecidos. Nesse contexto, o silêncio constitucional surge como espaço normativo para que o significado do Estado Democrático de Direito e os comportamentos decorrentes dele sejam reconstruídos por meio de decisões interpretativas, em especial, pelo STF.

É claro que se espera que uma corte de Justiça tome a melhor decisão para o caso, porém, as variáveis envolvidas e a possibilidade de intervenções, manipulações por forças ocultas dominantes, podem levar à extração de um significado que não atenda efetivamente à realidade social (como, p. ex., a simples negativa do reconhecimento jurídico às uniões homoafetivas, como se na realidade social elas não existissem e delas não tivessem origem relações jurídicas e econômicas). Em razão disso, nesse momento, a comunicação deve ter a participação efetiva de grupos sociais mobilizados para garantir que a interpretação do silêncio constitucional corresponda à realidade social e à construção de um Estado Democrático de Direito.

Aqui entra em questão a comunicação entre as atmosferas semântico-pragmáticas individuais ou de grupos em razão das interseções não vazias. Diante do silêncio constitucional para a resolução de determinado conflito, podemos afirmar que há uma interseção vazia entre as atmosferas semântico-pragmáticas? A resposta é não. Como visto, o que garante que o conjunto das atmosferas semânticas não seja um conjunto vazio são as representações sociais. E referidas representações são (ou melhor, devem ser) uma sistematização do senso comum e

da realidade social para que a doxa possa se chegar à epistême. Portanto, nos casos de silêncio constitucional cabe aos intérpretes da Constituição, em especial à Ciência Jurídica e ao STF, com a adequada participação dos indivíduos e dos grupos mobilizados, construir o sentido do silêncio enfrentado através da dinâmica já referida de interseção entre atmosferas semântico-pragmáticas (doxa, representações sociais e epistême). Assim, no espaço normativo decorrente do silêncio no texto constitucional, não há interseção vazia diante da aplicação da visão sistêmico-construcionista.

Nesse momento de construção do sistema jurídico diante do silêncio constitucional, a interação entre sistemas é indispensável para a adaptação e desenvolvimento do sistema jurídico para atender suas finalidades. Com efeito, é certo que o silêncio constitucional indica que a informação necessária ao sistema para solução de conflitos poderá ser encontrada em outros sistemas a partir da dinâmica já descrita entre Ciência Jurídica, STF e indivíduos e grupos mobilizados, com métodos de hermenêutica pautados em uma análise contextual da totalidade da mensagem constitucional, com destaque aqui para a aplicação das homologias.

De fato, diante do silêncio constitucional, uma importante ferramenta para decisão sobre a interação (ou não) entre o sistema jurídico e outros sistemas é a aplicação da noção de homologias. Como visto, é possível aplicar por comparações e analogia informações decorrentes de estudos realizados em outros sistemas, em especial quanto a questões funcionais e estruturais. Essa dinâmica é essencial para a função operativa do silêncio na estrutura constitucional.

Desse modo, o sistema jurídico poderá se comportar de duas formas: fecha-se pela interpretação de que as informações externas ao sistema não podem lhe modificar pois seu silêncio foi intencional e alterar tal condição afeta seu núcleo (p. ex., fere as cláusulas pétreas ou os objetivos do Estado Democrático de Direito); ou abre-se e recebe a informação como compatível com seu núcleo e necessária para suas finalidades e, através da interpretação e interação entre sistemas, legitima a construção do próprio sistema jurídico.

Uma hipótese de fechamento do sistema jurídico se dá contra a interferência por ruídos e por poluição semântica que pretendem se utilizar o silêncio constitucional como um meio de distorção da comunicação do conjunto normativo para fazer prevalecer os interesses de grupos que dominam a produção legislativa (ideologicamente, p. ex.). A hipótese atinge o aspecto democrático essencial, nuclear ao sistema jurídico e, assim, não pode ser legitimada e aceita pelo sistema como informação válida. Como exemplo, o silêncio constitucional não pode ser oposto ao reconhecimento jurídico de interesse de grupos minoritários ainda sem coesão e força

sociais suficientes para fazer valer sua posição politicamente via legislativo, se referido interesse encontrar amparo em uma interpretação contextual da totalidade da mensagem constitucional e também através de informações de outros sistemas.

No exemplo, o caso deve ser de abertura para que o sistema jurídico não seja instrumento de criação ou manutenção de relações imaginárias como se relações reais fossem e, assim, repercute ilegitimamente sobre práticas e interesses reais. O sistema jurídico, na hipótese aventada, deve ser instrumento de participação democrática por movimentos para alterar a homeostase do sistema pela produção de representações sociais de diversidade. Como antecipamos, aqui podem ser enquadrados casos específicos de aborto e as uniões homoafetivas.

Outro caso recorrente de abertura do sistema jurídico diante do silêncio constitucional é a situação de “incerteza estruturada” em que o futuro estado do sistema não pode ser previsto. Aqui, mesmo diante de novas tecnologias capazes de melhor esclarecer questões antes postas (p. ex., novos instrumentos médicos para diagnóstico da anencefalia), poderá haver forte pressão de grupos para manter a homeostase do sistema e não permitir sua expansão, o que poderá trazer incerteza para a decisão, além de ser causa de estagnação e desorganização do sistema que, com isso, perderá sua força de regulação do comportamento e incentivará, por exemplo, comportamentos ilícitos e que trazem maior risco ao indivíduo (como abortos clandestinos). Também aqui podemos enquadrar a questão da pesquisa com células troncos embrionárias, que apesar de seus benefícios ao direito à saúde, sofre constante pressão de grupos religiosos e conservadores.

A complexidade dos citados casos, porém, não comporta fixação prévia de necessária abertura ou fechamento do sistema jurídico. Conforme a analogia hidráulica, caberá aos centros de decisão sobre a interpretação estabelecer os limites de interação do sistema jurídico com outros sistemas. Assim, ainda que reconhecido o direito ao aborto em casos específicos diante de novas tecnologias que possibilitam, por exemplo, um diagnóstico adequado de anencefalia, isso não equivale a um precedente judicial a admitir o direito ao aborto para gestações até a 12ª semana. Ou, ainda, a autorização da pesquisa com células tronco embrionárias não é precedente para justificar a utilização de nova tecnologia de manipulação genética como eugenia positiva⁸⁸.

A decisão quando a abertura ou fechamento do sistema deve se dar caso a caso, diante das particularidades dos casos concretos analisados por uma interpretação global e, especialmente, com a participação democrática dos grupos de interesse.

⁸⁸ No sentido adotado por Habermas em “O Futuro da Natureza Humana” (2004).

Uma última questão que se coloca é o enfrentamento do silêncio constitucional quando as representações sociais acabam por prevalecer sobre normas jurídicas expressas, bem ao estilo “os fins justificam os meios”. Isso pode ocorrer, por exemplo, no reconhecimento de poderes de investigação do Ministério Público, mesmo sendo a Constituição expressa em atribuir tais poderes às Polícias Federal e Civil. Um argumento que pesou de forma decisiva para tal decisão pelo STF foi a ineficiência do combate à corrupção e outros graves crimes pelas polícias judiciárias. Vê-se, aqui, que a realidade social (impunidade diante desses crimes), reforçada por sua representação social construída por operadores do sistema e da sociedade, inclusive pela própria instituição do Ministério Público, justificou uma interpretação a conceder poderes implícitos que podem atingir direitos fundamentais como a liberdade. Porém, não se viu, nesse mesmo movimento social, pelo menos com a mesma força e mobilização, o pleito de investimentos na polícia judiciária (especialmente na polícia civil, pior estruturada) como forma de solução da citada ineficiência o que, talvez, seria mais adequado às finalidades pretendidas pelo sistema constitucional em sua divisão de atribuições da persecução penal.

5.5.3 Uma proposta de acordo com a visão sistêmico-construcionista

O silêncio constitucional como objeto da comunicação entre atmosferas semântico-pragmática no sistema jurídico, pode ser:

a) um silêncio intencional:

a1) como estratégia de regulação social em casos cujo consenso possível entre os indivíduos ou grupos sociais ainda não se estabeleceu, ou seja, ao invés de fechar a regulamentação em uma das posições existentes e intensificar o dissenso, o legislador constituinte prefere manter a regulação em aberto (total ou parcialmente) para que uma comunicação futura construa as condições sociais para uma melhor definição da questão, pautada no referido consenso possível; ou

a2) como meio de distorção da comunicação do conjunto normativo do Direito no intuito de fazer prevalecer os interesses de grupos que dominam a produção legislativa ou, ao menos, não ser reconhecido juridicamente o interesse de grupos minoritários ainda sem coesão e força sociais suficientes para fazer valer sua posição politicamente. Aqui o silêncio é instrumento-fonte de ruído que busca alterar a comunicação e fazer com que, apesar do texto constitucional favorável implicitamente (ou silente) em favor de uma minoria, do significante, a mensagem final que chega até o destinatário e o significado extraído dela, seja favorável ao grupo dominante;

a3) como estrutura normativa que exclui de forma eloquente a incidência da norma constitucional no caso concreto, o que pode ser verificado por uma interpretação global de outros dispositivos constitucionais que levem à mesma conclusão; porém, vê-se que ele é um instrumento hermenêutico de fácil manipulação por uma interpretação literal e rasa do texto constitucional;

b) um silêncio não-intencional imposto pelas condições fáticas em situações de “incerteza estruturada” em que a o futuro estado do sistema não pode ser previsto em um futuro em decorrência de forças que pretendem manter a homeostase mesmo diante da evolução social ou de novas tecnologias.

A comunicação entre atmosferas semântico-pragmática no sistema jurídico diante de casos de silêncio constitucional pode determinar uma direção de entendimento da mensagem, um sentido que estabelece a relação entre o significante e o significado, por uma análise da estrutura normativa do sistema jurídico e possibilita a construção do sentido estrutural dos enunciados da CF.

A forma adequada para chegarmos ao sentido do silêncio constitucional é uma análise contextual da totalidade da mensagem constitucional através dos demais enunciados, bem como de uma profunda análise através de informações de outros sistemas e da própria história da sociedade, para, assim, ser possível chegar-se ao significado global da mensagem constitucional.

O enfrentamento do silêncio constitucional não deve justificar que as representações sociais prevaleçam sobre normas expressas, sendo mais adequada, nesses casos, a análise que atenda às finalidades pretendidas pelo sistema constitucional.

Nessa dinâmica de determinação do sentido do silêncio, é imprescindível que a comunicação tenha a participação efetiva de grupos sociais interessados para garantir que a interpretação do silêncio constitucional corresponda à realidade social e leve à construção de um Estado Democrático de Direito.

6. CONCLUSÕES

Diante da análise realizada, apresenta-se a seguir as principais conclusões do presente trabalho.

O silêncio constitucional é objeto da interpretação semântica (e é também uma expressão da comunicação e do discurso). A ideia de “lacunas” está ligada à hermenêutica jurídica clássica e necessita de uma atualização para a linguagem das Constituições.

A aplicação de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito, especialmente diante da linguagem das Constituições contemporâneas.

A adequada sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação, com a delimitação de seu conceito, suas categorias e sua função operativa no sistema constitucional, pode apontar os instrumentos e a mecânica que possibilitam ao Judiciário garantir a democracia e a segurança jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição.

Ao aplicar as Teorias do silêncio eloquente e dos poderes implícitos, a prática jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não demonstra ser observado o sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais em casos concretos cuja interpretação passa pela análise do silêncio constitucional, bem como verifica-se a ausência de uma adequada sistematização do silêncio constitucional como objeto da interpretação pelo STF.

Do ponto de vista teórico, vê-se não haver consenso na Hermenêutica Jurídica acerca dos institutos do silêncio, das lacunas e da indeterminação da norma. Com a devida atualização dos conceitos e categorias de “lacunas”, “espaço livre”, “vazio” e “indeterminação” do Direito é possível atualizar tais institutos da Hermenêutica Jurídica de acordo com a nova linguagem das Constituições através da ideia de silêncio constitucional, que, como visto, atende melhor as necessidades da linguagem das Constituições contemporâneas.

Apesar de trazer uma categorização útil para a interpretação do silêncio constitucional, a Hermenêutica Jurídica sequer realiza uma clara conceituação de silêncio para o Direito, nem define sua função dentro do sistema jurídico.

A análise da Hermenêutica Constitucional, por sua vez, trouxe conclusões importantes para o trabalho: a) o silêncio constitucional atua também como espaço para a ocorrência de mutações constitucionais sem que para tanto, seja necessária a alteração do texto da Constituição; b) além da ausência de uniformidade metodológica nas decisões do STF já estudada, há uma expansão do ativismo judicial da corte nos casos de silêncio constitucional; c) o silêncio constitucional permite uma maior abertura da própria constituição em relação aos poderes constituídos; ainda que interfira nas demais funções dos Poderes, não há no exercício da Justiça Constitucional uma invasão de competência desde que respeitados os limites da interpretação e da aplicação da Constituição; d) o silêncio constitucional permite à Constituição

maior permeabilidade para adotar soluções através de *standards* reconhecidos internacionalmente por um sistema multinível; fica, porém, a advertência, sobre a necessidade de se aplicar critérios e métodos adequados para a utilização da jurisprudência internacional em decisões locais.

Tais conclusões reforçam a importância do desenvolvimento de um sistema constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais diante da tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito existentes nos casos de interpretação do silêncio constitucional.

Porém, não se encontra na Hermenêutica Constitucional, em seu atual estágio da matéria, critérios ou elementos suficientes para contribuir na elaboração do referido sistema constitucional de controle em casos de silêncio. Os estudos realizados até o momento mostram-se insuficientes para delimitar conceito e função do silêncio constitucional.

Para um tratamento adequado do assunto a fim de delimitar o conceito, as categorias e a função operacional do silêncio constitucional, é necessário voltar às Teorias gerais: à Teoria da linguagem, depois à Teoria dos sistemas sociais e, finalmente, à Teoria do Direito.

Nas análises e propostas apresentadas há uma nova perspectiva de estudo do enunciado (fala) e do silêncio constitucionais, para uma adequada comunicação no sistema jurídico.

Para tanto, delimita-se o silêncio constitucional para viabilizar a adequada análise e o controle da racionalidade jurídica diante das hipóteses de silêncio.

Partiu-se do conceito de silêncio como potencialidade da linguagem e da comunicação. Essa análise é essencial para que se possa, na interpretação da Constituição, “ouvir o silêncio constitucional” e ir além do falado, do enunciado; alcançar o raciocínio e fatores de influência para resultar no enunciado; enfim, examinar toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades na comunicação e não apenas aquilo que está escrito e visível na Constituição.

Assim, é apresentado o conceito de silêncio constitucional como potencialidade para evolução da Constituição, bem como são apresentadas propostas de categorias e da função operativa do silêncio para atualização e adequação das Teorias adotadas pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal.

Não pretendemos repetir aqui cada uma das categorias de silêncio constitucional analisadas; mencionaremos apenas alguns exemplos dos casos principais.

Há o caso do silêncio constitucional visto como um elemento de um contexto histórico em que o Poder Legislativo optou pelo silêncio ou pela inércia.

Este silêncio impõe uma análise contextual do silêncio da Constituição e é relevante para a interpretação, por exemplo, num caso de silêncio como espaço normativo com conectividade, ou seja, com a possibilidade de acoplamento estrutural entre sistemas; uma estrutura latente (invisível, mas potencial), que pode desenvolver o seu potencial e revelar "autovalores" da Constituição.

Referido silêncio constitucional será um espaço normativo com conectividade em duas situações: porque é um ponto cego da Constituição existente no momento da sua criação e, nessa altura, refletia a sociedade da época; ou por opção da Constituição ao adotar uma comunicação silenciosa sobre uma questão sensível e, assim, mitigar o risco de exclusão de várias interpretações possíveis.

Há também, como exemplo, o silêncio intencional por parte da Constituição seja como estratégia de regulação social nos casos em que o possível consenso entre indivíduos ou grupos sociais ainda não tenha sido estabelecido; ou ainda como meio de distorcer a comunicação do sistema jurídico com a intenção de fazer prevalecer os interesses dos grupos que dominam a produção legislativa. Aqui, o silêncio é um instrumento-fonte de ruído que procura alterar a comunicação e assegurar que, apesar de o texto constitucional ser implicitamente favorável - ou silencioso - a uma minoria, a mensagem final que chega ao destinatário é favorável ao grupo dominante.

A função operacional do silêncio constitucional é uma atividade realizada na estrutura cognitiva da Constituição para criar novos elementos através da comunicação, com ou sem conectividade entre a Constituição e outros sistemas.

Assim, a interpretação do silêncio constitucional ocorre constantemente ao longo do tempo, para atuar na autopoiesis do sistema jurídico de forma evolutiva, adaptando-o às novas realidades sociais.

E a forma adequada de chegar ao significado do silêncio constitucional é uma análise contextual da totalidade da mensagem constitucional através de suas enunciações e silêncios, bem como uma análise através da informação de outros sistemas e da própria história da sociedade, para que se possa chegar ao significado global da mensagem constitucional.

Nesta dinâmica de determinação do significado do silêncio, é essencial que a comunicação inclua a participação efetiva dos grupos sociais envolvidos, para que a interpretação do silêncio constitucional corresponda à realidade social e conduza à construção de um Estado Democrático de Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, I. L. **Linguagem e Realidade: do Signo ao Discurso**. 2001. Tese (Doutorado em Letras) – Faculdade de Ciências Humanas, Letras e Artes, Departamento de Letras Clássicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

ARAÚJO, L. A. D.; MAUÉS, A. M. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, ano 14, n. 19, p. 63-74, jan./jul. 2016.

ÁVILA, H. B. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

BEÇAK, R. A Separação de Poderes, O Tribunal Constitucional e a "Judicialização da Política". **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103, p. 325-336, jan./dez. 2008.

BOBBIO, N. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Sólton. 2ª. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02.05.2021.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília: Diário Oficial da União, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 03.05.2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 371**. Brasília: STF, 2002. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1505468>>.

Acesso em: 03.05.2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Brasília: STF, 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>>. Acesso em: 02.05.2021.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 03.05.2021.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Brasília: STF, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 12.04.2021.

_____. **Recurso Extraordinário nº 130.552**. Brasília: STF, 1991. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1507343>>. Acesso em: 02.05.2021.

_____. **Recurso Extraordinário nº 593.727 (Repercussão Geral)**. Brasília: STF, 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>>. Acesso em: 02.05.2021.

BUNGE, M. System Boundary. **International Journal of General Systems**. n. 20, London, 1990.

CAGGIANO, M. H. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva?. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito, Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 1, p. 5-42, 2011.

CAMPOS, H. S. O. O Direito Brasileiro, as Lacunas Constitucionais, o Silêncio Eloquente e os Conceitos Jurídico-Constitucionais Indeterminados. **Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 11, p. 319-413, 2011.

Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1443>>. Acesso em: 12.04.21.

CANARIS, C. W. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Tradução de Antonio Manuel da Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7^a. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33^a. ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

DANTAS, D. D. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2.ed. São Paulo, Madras, 2005.

DE GIORGI, R. Democracia, Estado e Direito na Sociedade Contemporânea. trad.: Juliana M. Magalhães. **Cadernos da Escola do Legislativo**, n. 4, Belo Horizonte, 1995.

DIAS, R.; CALIL, G. Silêncio constitucional e inconstitucionalidade por omissão: reflexões sobre o parâmetro de controle. In: TAVAREZ, A. R.; LACERDA GAMA, M. F. (Coord.). **Omissão Inconstitucional**. São Paulo: Max Limonad, 2018. p. 253-268.

DÍAZ REVORIO, F. J. **Fundamentos actuales para una Teoría de la Constitución**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

_____. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. **Revista del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, México**, v. 37, ano X, p. 9-31, jan./jun. 2016.

_____. **La “Constitución abierta” y su interpretación**. Lima: Palestra, 2004.

DINIZ, M. H. **As lacunas no Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

DWORKIN, R. M. **Law's Empire**. Cambridge : Harvard University Press, 1986.

FERRAZ, A. C. D. C. Mutação, Reforma e Revisão das Normas Constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 5, p. 5-33, out./dez. 1993.

_____. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2^a. ed. Osasco: EdiFIEO, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **A Ciência do Direito**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FIGUEIREDO, M. **Direito Constitucional: estudos interdisciplinares sobre federalismo democracia e Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

_____. **O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **O controle da moralidade na Constituição**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: BOGDANDY, A. V.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. (Coords.). **Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 143-177.

_____. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais: RBEC**, Belo Horizonte, Fórum, v. 3, n. 12, p. 57-69, out./dez. 2009.

FOLEY, M. **The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

FOGEL, G. Escuta, silêncio, linguagem. **Aufklärung. Revista de Filosofia**, vol. 4, núm. 2, set.set., 2017, pp. 47-58.

GUERRA FILHO, W.S. A posição dos tribunais constitucionais no sistema social. **Revista NOMOS do Curso de Mestrado em Direito da UFC**. vols. 16-18, Fortaleza, 1997.

_____. **A autopoiese do Direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018a.

_____. **Ensaio de Teoria Constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRA FILHO, W.S.; AQUINO, M. R. P. L. Um estudo a respeito da Carta de Heidegger “Sobre o humanismo” (destacando algumas implicações para a Filosofia do Direito). **Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v.6, n.1, p.1-151, abr./set.2013.

HABERMAS, J. **O Futuro da Natureza Humana**. A caminho da eugenia liberal? Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HEIDEGGER, M. **A caminho da Linguagem**. Tradução Marcia Sá Cavalcanti Shuback Leão. Petrópolis, Ed. Vozes, 2008.

_____. **Sobre o humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACERDA, B. A.; MÜLLER, M. D. S. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n.1, p. 102-118, abr. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2016v20n1p102>>. Acesso em: 12.04.2021.

LARENZ, K.. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2ª. ed. Barcelona: Ariel, 2001.

LASSALLE, F. **O que é uma Constituição?**. Leme: Edijur, 2016.

LOUGHLIN, M. The Silences of Constitutions. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: <http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiberger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf>. Acesso em: 12.04.2021.

LUHMANN, Niklas. **Die Gesellschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997. v. II.

_____. **Rechtssoziologie**. *Reinbek* bei Hamburg: Rowohlt, 1972. vol. I.

_____; FUCHS, P. **Reden und Schweigen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie**. 3. ed. Frankfurt: A. Metzner, 1987.

_____. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**. n. 9, Frankfurt am Main, 1990.

_____. **Zweckbegriff und Systemrationalität. Über die Funktion von Zwecken in sozialen Systemen**. 5. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

NERY FERRARI, R. M. M. O silêncio da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**: Editora Fórum, Belo Horizonte, ano 13, n. 52, p. 55-75, abr./jun. 2013.

NEVES, M. A **Constitucionalização Simbólica**, São Paulo, 1994a.

_____. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. **Dados Revista de Ciências Sociais**. v. 37, n. 2, Rio de Janeiro, 1994b.

PUGLIESI, M. **Teoria do Direito**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, E. D. S. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SÁNCHEZ, M. M. **Matrimonio homosexual y Constitución**. Valência: Tirant lo blanch, 2008.

SILVA, J. A. D. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, p. 368-388, jul.set. 2004.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005

SILVA, V. A. D. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. D. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. D. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, A.R. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. (org.). **Justiça Constitucional. Pressupostos Teóricos e Análises Concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TEUBNER, G. Substantive and reflexive elements in modern Law. **Law & Society Review**. vol. 17, n. 2, Denver, 1983.

TRIBE, L. H. Advanced Con Law Seminar: ‘Constitutional Silences’. **Harvard Law School**, 2016a. Disponível em: <<https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. Soundings and Silences. **Michigan Law Review Online**, Michigan, v. 115, n. 26, 2016b. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr_online/vol115/iss1/3/>. Acesso em: 12.10.2021.

_____. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

_____. Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, mar. 1982. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol57/iss4/1>>. Acesso em: 12.10.2021.

ZAGREBELSKY, G. ¿Qué es ser juez constitucional?. **Revista da Universidad de La Sabana**, Chia, Colombia, ano 20, v. 15, p. 155-171, 2006.