

UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO OPERATIVA DO SILÊNCIO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Arilson Garcia Gil¹

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Silêncio constitucional e a (des)construção do estado democrático de direito; 3 – Diferenciação, autopoiese e acoplamento estrutural na teoria dos sistemas sociais; 4 – Fala e silêncio na teoria dos sistemas sociais; 5 – O sistema jurídico, sua autopoiese e seus acoplamentos com outros sistemas; 6 – O silêncio constitucional e sua função operativa no sistema jurídico; 7 – Conclusões; Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho tem como objeto a função operativa no sistema jurídico e propõe a aplicação da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann como marco para análise. A pesquisa verificou que a interpretação do silêncio constitucional pode ser via de construção ou desconstrução do Estado democrático de direito, e a Teoria dos Sistemas de Luhmann, em sua aplicação específica na obra *Reden und Schweigen*, pode determinar uma adequada direção de entendimento Constituição. Foram identificadas hipóteses de silêncio como espaço normativo e com conectividade, seja por ser um ponto cego da Constituição existente no momento em que ela foi criada e, naquele momento, refletia a sociedade daquela época; seja por opção da Constituição ao adotar uma comunicação silenciosa sobre uma questão sensível e, assim, mitigar o risco da exclusão

1 Procurador do estado de São Paulo. Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) – Espanha. Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo (USP) e em Direito Tributário pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista (Unesp). Professor da Universidade Paulista (Unip).

de diversas interpretações possíveis. Também foi identificado 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. Propõe-se, ainda, que a função operativa do silêncio constitucional é uma atividade executada na estrutura cognitiva do Direito para criação de elementos em sua estrutura normativa por meio da comunicação, com ou sem conectividade entre sistemas. Assim, viabiliza-se 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.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação Constitucional. Teoria dos Sistemas. Silêncio Constitucional.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise do silêncio constitucional e de sua função operativa no sistema jurídico a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann.

O ponto de partida do trabalho é a relação entre o silêncio constitucional e o Estado Democrático de Direito. Referida relação demonstra que o silêncio constitucional é objeto do processo decisório de efetivação dos direitos fundamentais e, assim, a interpretação do silêncio constitucional é via de (des)construção do próprio Estado Democrático de Direito.

Apesar de ser essencial ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, a interpretação do silêncio constitucional é muito pouco estudada pela doutrina nacional e, mesmo quando abordada, o estudo é feito de forma acessória, indireta e não sistemática².

2 A tese de doutorado *Processos Informais de Mudança da Constituição*, da Professora da Universidade de São Paulo Anna Cândida da Cunha Ferraz, 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 tema do 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.

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

Como estamos nos primeiros passos para a elaboração de um trabalho sistematizado do tema, não se busca com o presente artigo apresentar respostas a todas as questões levantadas, bem como não se tem como objetivo ingressar em minúcias sobre a interpretação do silêncio constitucional, o que, obviamente, exigiria um trabalho completo e com uma pesquisa em estágio avançado.

Assim, o presente artigo propõe uma abordagem do silêncio constitucional enquanto objeto da hermenêutica jurídica por meio de duas questões iniciais: a) o que é o silêncio constitucional? e b) qual a função operativa do silêncio constitucional no sistema jurídico?

2. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E A (DES)CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com a Constituição Federal de 1988 (CF de 1988) o sistema jurídico brasileiro passou a adotar um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito. Esse paradigma é resultado de uma expansão, seja em complexidade, seja em extensão, do sistema constitucional que influencia a interpretação de todo o sistema jurídico³. Assim, a hermenêutica jurídica passou a ser decisivamente orientada pelos objetivos do Estado Democrático

3 Trata-se de 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” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A autopoiese do direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2018a, fls. 19).

de Direito, em especial a efetivação dos direitos fundamentais em vista à justiça social e ao reconhecimento de uma sociedade plural⁴.

Diante desse novo contexto jurídico, é frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal (STF) para decidir questões derivadas da busca pela concretização dos referidos objetivos do Estado Democrático de Direito, e o Supremo enfrenta como desafio um objeto pouco estudado que esses casos trazem para a racionalidade jurídica: o silêncio constitucional. De fato, o STF tem enfrentado muitos de seus julgamentos mais importantes de acordo com a interpretação daquilo que a CF de 1988 não enuncia (ou silencia), ao contrário do que se apresenta como usual na hermenêutica jurídica, ou seja, a interpretação daquilo que a Constituição enuncia (ou fala).

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

Por exemplo, a CF de 1988 reconhece o direito à vida em seu artigo 5º, mas silencia quanto ao eventual direito ao aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos (por exemplo, o feto anencefálico⁵ ou a gestação anterior à 12ª semana⁶). Também há silêncio constitucional no tocante às pesquisas com células-tronco embrionárias⁷,

4 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2019, Artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14º.

5 O direito à interrupção da gravidez em caso de anencefalia foi reconhecido pelo STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 15 set. 2019).

6 O direito à interrupção da gravidez até a 12ª semana de gestação é atualmente discutido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442.

7 A pesquisa com células troncos foi declarada constitucional pelo STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510**. Lei n. 11.105. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 15 set. 2019).

porém, aqui há o detalhe de ser impossível à CF falar sobre tecnologia decorrente de evolução científica posterior a 1988.

Além da evolução científica, há casos de reconhecimento de novos valores sociais, como uniões entre pessoas do mesmo sexo. A CF utilizou os termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável⁸. Silenciou, porém, quanto à união entre pessoas do mesmo sexo⁹.

O problema se estende aos “poderes implícitos” que podem atingir a liberdade. O STF reconheceu poderes de investigação ao Ministério Público (MP)¹⁰ a despeito da CF não atribuir expressamente tais poderes ao MP, mas sim às Polícias Federal e Civil¹¹.

Por fim, há outros casos nos quais a análise do silêncio constitucional é essencial para a definição dos requisitos para a incidência (ou não incidência) da norma constitucional. Por exemplo, na previsão sobre o Foro por Prerrogativa de Função¹² a CF silencia sobre os requisitos de incidência da prerrogativa. Por exemplo, há divergência sobre se o crime deve ter sido praticado durante o mandato e ter nexos com o exercício do cargo ou função para que seja reconhecida o Foro por Prerrogativa¹³.

Nos casos citados, o silêncio constitucional é objeto do processo decisório de efetivação de direitos fundamentais para o exercício concreto de direitos civis (vida, liberdade, dignidade), políticos (prerrogativas de agentes políticos, p. ex.) e sociais (saúde e entidades familiares,

8 BRASIL, 1988, Artigo 226.

9 O STF reconheceu a constitucionalidade das uniões homoafetivas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277**. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 15 set. 2019).

10 Caso julgado no Recurso Extraordinário nº 593.727. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 593.727**. Questão da ofensa aos arts. 5º, incís. LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 15 set. 2019).

11 BRASIL, 1988, Artigo 144, §1º, I e §4º.

12 Ibidem, Artigo 102, I, b e c.

13 Questão de Ordem levantada no STF na Ação Penal nº 937.

p. ex.), além de afetar diretamente o implemento da justiça social e o reconhecimento de uma sociedade plural¹⁴.

Assim, podemos afirmar que a interpretação do silêncio constitucional é uma via de construção (ou mesmo de desconstrução) do próprio Estado Democrático de Direito e pode colocar em risco a integridade e a coerência do sistema jurídico. Em outras palavras, o silêncio constitucional pode ser tanto um obstáculo como uma das vias de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito. Com efeito, a desconstrução do sistema constitucional causaria um descompasso entre o que a CF de 1988 enuncia e silencia (e, assim, se comunica com seus intérpretes) com o que é realmente concretizado sob pressão de forças democraticamente ilegítimas, ainda que supostamente por força da interpretação da Constituição.

Nesse movimento de tensão entre construção e desconstrução do Estado Democrático de Direito é que surge a importância do estudo da hermenêutica jurídica pela perspectiva do silêncio constitucional, razão pela qual propomos sua análise nos termos da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, que aborda temas essenciais à compreensão do próprio silêncio, assim como de sua função operativa nos sistemas sociais.

3. DIFERENCIAÇÃO, AUTOPOIESE E ACOPLAMENTO ESTRUTURAL NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Não pretendemos aqui fazer uma descrição completa da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, mas sim analisar seus pontos de destaque

14 Interessante notar que os casos enfrentados pelo STF no Brasil são semelhantes àqueles indicados por Laurence Tribe em suas aulas na Harvard Law School (TRIBE, L. **Advanced con law seminar**: “constitutional silences”. Harvard Law School, Cambridge, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2019.) e em suas obras sobre a construção do som do silêncio constitucional (TRIBE, L. *Toward a syntax of the unsaid: construing the sounds of congressional and constitutional silence*. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, 515-535, 1982) e sobre a “Constituição Invisível” (TRIBE, L. **The invisible constitution**. New York: Oxford University Press, 2008). De fato, Tribe indica como silêncios constitucionais que a Suprema Corte Americana tem evitado responder: o que constitui uma “pessoa” para a Constituição (p. ex. 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.

para a compreensão do tema do silêncio constitucional. Assim, serão estudados a diferenciação, a autopoiese e o acoplamento estrutural¹⁵.

A racionalidade desenvolvida por Luhmann¹⁶ em sua teoria dos sistemas sociais adota a lógica matemática de Spencer-Brown¹⁷ 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 autofundamentação 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 fazemos distinções que diferenciam o mundo, p. ex., em “isso” e “aquilo”, “nós” e “eles”, “eu” e “o(s) outro(s)”, e, especialmente para este trabalho, em “sistema” e “ambiente”. Aplicando-se a teoria de Spencer-Brown à teoria dos sistemas, a autorreferência se dá 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, realizamos esses “cortes” para fins de diferenciar o que é nosso objeto de estudo e o que não é, no intuito de reduzir a complexidade da realidade e, assim, podermos dela ter melhor conhecimento.

Em termos de 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

15 Para uma análise completa sobre a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann: cf. GUERRA FILHO, 2018a, p. 31-52) e GUERRA FILHO, W. S. Teoria da ciência jurídica. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 167-185.

16 LUHMANN, Niklas. *Zweckbegriff und systemrationalität*. Über die funktion von zwecken in sozialen systemen. 5. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

17 SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. London: George Allen & Unwin, 1971.

meio ao sistema. Importante ressaltar, por fim, que os elementos dos sistemas sociais são as comunicações, o que será melhor analisado no item “Fala e Silêncio na Teoria dos Sistemas Sociais”.

Além disso, Luhmann utiliza a concepção de autopoiese da biologia desenvolvida pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela¹⁸, 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 (*to autón poiéin*).

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”¹⁹, pois, como vimos, 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 sistema²⁰. Isso é possível por meio do acoplamento estrutural entre um sistema e outros, o 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 possamos 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 sistema²¹.

18 MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. *De máquinas y seres vivos: una teoria de la organización biológica*. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.

19 NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994b, p. 258.

20 LUHMANN, Niklas. *Die gesellschaft der gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. v. II, p. 776 e ss.

21 LUHMANN, Niklas. *Soziale systeme*. Grundriß einer allgemeinen theorie. 3. ed. Frankfurt: A. Metzner, 1987, p. 60-64.

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

4. FALA E SILÊNCIO NA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

Na elaboração de sua Teoria dos Sistemas Sociais, Niklas Luhmann tratou da dinâmica entre “fala e silêncio” na obra *Reden und Schweigen* de 1989.

A obra tem início com uma advertência do autor, no sentido de que, ao se falar sobre o falar, é fácil esquecer o silêncio. Passada a lição para o fenômeno da comunicação, o que nos escapa é a incomunicabilidade. Por isso, Luhmann indica que o conhecimento produzido a respeito do tema comunicação se restringe, 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. Esse paradoxo, segundo Luhmann, é redirecionado, tornado invisível para evitar catástrofes de comunicação. A obra *Reden und Schweigen* (1989) 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: comunicação.

Niklas Luhmann²² ensina que fala e silêncio são dois lados de uma forma. E, como forma no sentido em que Spencer-Brown²³ usa o termo (como uma diferenciação), Luhmann questiona: qual é a unidade desta forma?

Devemos compreender que a comunicação não comunica o mundo. O mundo em si permanece incomunicável. Comunicável é apenas o que

22 LUHMANN, Niklas. Vortwort. In: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Reden und schweigen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989b, p. i.

23 SPENCER-BROWN, op. cit.

é observado e descrito²⁴. 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.

Luhmann²⁵ 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-lo.

Continua Luhmann: se a forma é uma diferenciação, não é a diferenciação em si mesma dessa forma, a diferenciação entre unidade e dualidade, também uma forma, assim a forma da forma?

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*”²⁶, “O mundo, para dizer novamente, só pode vir ao mundo como um paradoxo” (tradução nossa). A comunicação realizada viola a unidade do mundo ao diferenciar e reafirma essa unidade ao violá-la. Em outras palavras, a comunicação implicitamente nega a unidade, reconstruindo-a pelas diferenciações executadas²⁷.

Para Luhmann²⁸, 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 da 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.

24 LUHMANN, Niklas. Reden und schweigen. In: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Reden und schweigen*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989a, p. 7-9.

25 Idem, 1989b, p. i.

26 Idem, 1989a, p. 8.

27 Ibidem, p. 7.

28 Ibidem, p. 9-10.

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 não.

Para ilustrar a relação entre a incomunicabilidade, a comunicação e o silêncio, Luhmann²⁹ 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. Por meio 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 Luhmann³⁰ indica o ponto cego como uma “estrutura latente”, ou seja, algo que entendemos, por definição, que está presente, aparentemente oculto, invisível, inativo, mas potencial. Por isso, continua o autor, da rede recursiva de observações de observações podem resultar “autovalores” que só podem ser observados posteriormente.

Entendemos 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, Luhmann³¹ 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?

Niklas Luhmann³² 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

29 Ibidem, p. 10-11.

30 Ibidem, p. 11.

31 Idem, 1989b, p. i.

32 Idem, 1989a, p. 8.

e vice-versa. E, como na comunicação cada operação leva tempo, o autor³³ 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 Luhmann³⁴, 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?

Luhmann³⁵ esclarece que a dinâmica entre observação, fala e silêncio só é possível ocorrer como sistema histórico cuja historicidade pode ser reconstruída pela atuação, por meio 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 silêncio.

E aqui entra em questão a autopoiese do sistema social e de seus subsistemas, tal como o Direito. A linguagem torna possível um nível de comunicação que permite um sistema social autoproduzir comunicação e, assim, se diferenciar do meio e dos demais sistemas³⁶. Portanto, o Direito, enquanto subsistema social, deve atingir esse nível de comunicação, em especial no tocante à fala e ao silêncio.

Com efeito, entendemos que não basta ao Direito o nível de comunicação do discurso, devendo alcançar o nível que lhe atribua a condição de sistema. Niklas Luhmann³⁷ esclarece que, ao contrário do conceito de discurso, o conceito de sistema enfatiza a diferença do mundo entre sistema e ambiente e oferece ao observador (o sistema)

33 Idem, 1989b, p. i.

34 Ibidem, p. i.

35 Idem, 1989a, p. 11-12.

36 Ibidem, p. 12.

37 Ibidem, p. 13.

um certo esquema de orientação com cuja ajuda ele pode observar a si próprio e aos outros (o ambiente) e, assim, analisar historicamente as diferenciações e exclusões feitas.

Acrescenta Luhmann³⁸ 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 impõe 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 silêncio.

Luhmann³⁹ 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 específico.

Segundo Luhmann⁴⁰, a linguagem no nível dos sistemas permite a conectividade entre eles, mas não o contato externo. Repita-se: o que não é dito no sistema pode ser comunicado por outros sistemas. 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

38 Ibidem, p. 15.

39 Ibidem, p. 16.

40 Ibidem, p. 16-17.

atuando na dinâmica “fala e silêncio”. Como visto, os acoplamentos ocorrem no sistema, portanto, não atingem seu fechamento.

Além do silêncio analisado no parágrafo anterior, que pode ser denominado “silêncio com conectividade”, Niklas Luhmann⁴¹ 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”. 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 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 sensíveis.

Conclui Luhmann⁴² 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 sua autopoiese.

E, ao definir a sociedade do ponto de vista da comunicação, Niklas Luhmann⁴³ propõe o estudo do tema “Reden und Schweigen” como uma contribuição para a teoria social. Neste ponto, Luhmann⁴⁴ 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

41 Ibidem, p. 17-18.

42 Ibidem, p. 18-19.

43 Idem, 1989b, p. ii.

44 Idem, 1989a, p. 19.

não é descrito e condena os excluídos ao silêncio. Adverte o autor⁴⁵ que sem um adequado tratamento do tema “fala e silêncio”, uma nova comunicação apenas dissolveria 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 diferença.

Nos itens seguintes procuramos aplicar os ensinamentos aqui descritos sobre a obra *Reden und Schweigen* (1989) ao campo do sistema jurídico e, mais precisamente, ao silêncio constitucional.

5. O SISTEMA JURÍDICO, SUA AUTOPOIESE E SEUS ACOPLAMENTOS COM OUTROS SISTEMAS⁴⁶

Como visto, a sociedade é um sistema global em que 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 por meio 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”⁴⁷.

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 (e com isso, alcançando seu fim⁴⁸). Disso se fala na necessidade de os sistemas sociais alcançarem um estágio de estabilidade dinâmica para que as mudanças no sistema social sejam operacionalizadas com

45 Ibidem, p. 19.

46 Para uma análise completa sobre o tema: GUERRA FILHO, 2018a, p. 53-76 e Idem, 2001, p. 186-212.

47 LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie. Reimbek*: Rowohlt, 1972. v. I, p. 94.

48 LUHMANN, Niklas. *Die soziologische Beobachtung des Rechts*. Frankfurt: A. Metzner, 1986, p. 122, nota 2.

e não contra o sistema⁴⁹. 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, como 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 elementos do meio ambiente (e nesse também estão os demais sistemas parciais) para se autoproduzir⁵⁰.

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 por meio 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.

49 Ibidem, p. 135.

50 Idem, 1987, p. 440-441.

Aqui merece destaque o papel da Constituição Federal no acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político⁵¹. 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-nos claro, então, que a Constituição é construída para além de seu texto por meio de procedimentos de concretização de suas normas⁵² e, como adverte Niklas Luhmann⁵³, a Constituição deve ser aberta para o futuro ao prever as condições de sua mutação por meio 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 futuro.

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 possibilidades⁵⁴, atua com alto risco na sociedade complexa contemporânea: as opções do presente podem não ser as mais adequadas no futuro.

51 LUHMANN, Niklas. Verfassung als evolutionäre Errungenschaft. *Rechtshistorisches Journal*, Frankfurt, n. 9, p. 176-220, 1990, p. 204 e ss.; NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994a, p. 61 e ss.

52 Para uma análise aprofundada sobre o tema: GUERRA FILHO, W. S. *Ensaio de teoria constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b, p. 1 e ss.

53 LUHMANN, 1990, p. 192.

54 GIORGI, Raffaele. Democracia, estado e direito na sociedade contemporânea. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 8-47, 1995, p. 47.

No contexto apresentado, vemos 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, podemos afirmar que o Judiciário é 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 meio⁵⁵. 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 Bunge⁵⁶, 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, podemos afirmar que na fronteira entre os sistemas jurídicos e políticos está a Corte Constitucional, que apresenta papel essencial no acoplamento estrutural entre os sistemas mencionados⁵⁷.

6. 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

55 LUHMANN, 1991, p. 305.

56 BUNGE, Mario. System boundary. *International Journal of General Systems*, Abingdon, v. 20, n. 3, p. 215-219, 1992, p. 219.

57 Para uma análise completa sobre o tema: GUERRA FILHO, A posição dos tribunais constitucionais no sistema social, *NOMOS*, Fortaleza, v. 16-18, p. 9-10, 1997.

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 inicialmente criado pela Constituição, a comunicação primeira que, ao realizar diferenciações pelo código próprio do Direito, o separou do meio ambiente (no caso, a sociedade). Com o tempo, comunicações posteriores, constitucionais 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 12^a semana, e assim sucessivamente⁵⁸.

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 foi criada 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 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 afetadas por outro ponto cego (agora um ponto cego do STF).

58 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-tronco, sobre o reconhecimento da união homoafetiva, dos poderes de investigação do MP etc. Tais análises não são objeto deste artigo.

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, acrescentando-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 que 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”, 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 Teubner⁵⁹, 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

59 TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. *Law & Society Review*, Denver, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983, p. 279.

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 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, mas 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, porém, reiterar 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 impõe 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 parecem 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 é uma forma de observação escolhida pelo próprio observador por estar confuso e para ver cada vez mais e diferentemente 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.

7. CONCLUSÕES

Conclui-se, assim, que o silêncio constitucional 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 por meio da comunicação, com ou sem conectividade entre sistemas.

A interpretação do silêncio constitucional ocorre constantemente ao longo do tempo, de forma a atuar na autopoiese 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.

Trata-se, portanto, de uma nova perspectiva de análise do enunciado (fala) e do silêncio constitucionais, para uma adequada comunicação no sistema jurídico conforme os objetivos do Estado Democrático de Direito, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais em vista à justiça social e ao reconhecimento de uma sociedade plural por meio da possibilidade de os excluídos, antes silenciados, participarem da comunicação no sistema jurídico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510**. Lei n. 11.105. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Relator: Min. Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277**. Encampação dos fundamentos da ADPF n. 132-RJ pela ADI n. 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Relator: Min. Ayres Britto, 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Relator: Min. Marco Aurélio, 12 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 15 set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 593.727**. Questão da ofensa aos arts. 5º, incisos LIV e LV, 129 e 144, da Constituição Federal. Recorrente: Jairo de Souza Coelho. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cezar Peluso, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 15 set. 2019.

BUNGE, Mario. System boundary. **International Journal of General Systems**, Abingdon, v. 20, n. 3, p. 215-219, 1992.

GIORGI, Raffaele. Democracia, estado e direito na sociedade contemporânea. **Cadernos da Escola do Legislativo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 4, p. 8-47, 1995.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A autopoiese do direito na sociedade informacional: introdução a uma teoria social sistêmica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018a.

_____. A posição dos tribunais constitucionais no sistema social. **NOMOS**, Fortaleza, v. 16-18, p. 9-10, 1997.

_____. **Ensaio de teoria constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018b.

_____. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Die gesellschaft der gesellschaft**. Frankfurt: Suhrkamp, 1997. v. II.

_____. **Die soziologische Beobachtung des Rechts**. Frankfurt: A. Metzner, 1986.

_____. **Rechtssoziologie. Reimbek**: Rowohlt, 1972. v. I.

_____. Reden und schweigen. *In*: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. **Reden und schweigen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989a. p. 7-20

_____. **Soziale systeme**. Grundriß einer allgemeinen theorie. 3. ed. Frankfurt: A. Metzner, 1987.

_____. Verfassung als evolutionäre errungenschaft. **Rechtshistorisches Journal**, Frankfurt, n. 9, p. 176-220, 1990.

_____. Vortwort. *In*: LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. **Reden und schweigen**. Frankfurt: Suhrkamp, 1989b. p. i-ii.

_____. **Zweckbegriff und systemrationalität**. Über die funktion von zwecken in sozialen systemen. 5. ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De maquinas y seres vivos: una teoria de la organización biológica**. Santiago: Editorial Universitaria, 1973.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994a.

_____. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994b.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. London: George Allen & Unwin, 1971.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, Denver, v. 17, n. 2, p. 239-286, 1983.

TRIBE, Laurence. Advanced con law seminar: “constitutional silences”. **Harvard Law School**, Cambridge, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2019.

_____. **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, 515-535, 1982.