

LINGUAGEM, SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SISTEMA JURÍDICO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO HEIDEGGER-LUHMANN

Arilson Garcia Gil¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Linguagem, silêncio e constituição; 3. O silêncio como potencialidade em Heidegger; 4. Silêncio constitucional e sistema jurídico: um possível diálogo Heidegger-Luhmann; 5. Conclusões; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O artigo analisa a relação entre linguagem, silêncio constitucional e sistema jurídico em um diálogo Heidegger e Luhmann. A relação entre linguagem e Constituição demonstra que o silêncio é objeto da interpretação constitucional. É proposto o exame a partir das Teorias de Heidegger e de Luhmann, pois esses marcos teóricos adotam o silêncio como parte essencial da linguagem e da comunicação. Ficou demonstrada a relação entre a configuração do silêncio como potencialidade (Heidegger) e a identificação do silêncio como elemento essencial para a auto-poiese dos sistemas (Luhmann). Foram revelados os fundamentos para a adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional e o entendimento de que o silêncio é objeto da interpretação não só em seu aspecto negativo (de exclusão de direitos), mas também em seu aspecto positivo. Assim, no silêncio constitucional está implícito um comando para (re)construir o sistema historicamente e há a possibilidade de reconhecimento de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional. Conclui-se que a interpretação do

1 Procurador do Estado de São Paulo.

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.

PALAVRAS-CHAVE: Silêncio Constitucional. Interpretação. Linguagem. Heidegger. Luhmann.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a relação entre a linguagem, o silêncio constitucional e o sistema jurídico em um possível diálogo entre as teorias de Martin Heidegger e de Niklas Luhmann.

A relação entre linguagem e Constituição demonstra que o silêncio é objeto da interpretação constitucional, conforme os casos a seguir descritos. Ao enunciar o direito à vida (artigo 5º da Constituição Federal – CF)², a Constituição silencia sobre o caso do aborto. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal (STF) enuncia sobre o aborto do feto anencéfalo³, mas silencia sobre outras hipóteses possíveis.

Em outro caso, apesar da fala constitucional dos termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável (artigo 226 da CF), o STF considerou possível reconhecer união antes silenciada, qual seja, a união homoafetiva⁴. Como último exemplo, não há como exigir que a CF de 1988 falasse sobre a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, pois na época de sua elaboração tal tecnologia ainda não existia, razão pela qual restou ao STF falar sobre a questão⁵.

Para um adequado estudo do silêncio constitucional, é proposto seu exame a partir da Teoria da Linguagem de Heidegger e da Teoria

2 BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

3 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2012.

4 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2011.

5 BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2008.

dos Sistemas Sociais de Luhmann, pois esses marcos teóricos adotam o silêncio como parte essencial da linguagem e da comunicação.

Assim, 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 expressado. 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.

Heidegger 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. Trata-se da consideração que Heidegger faz do Ser como a “força silenciosa do possível”⁶.

Mas a questão não se limita ao aspecto individual do Ser, pois ao ser potencialidade para o indivíduo, para sua existência, para sua evolução (ou involução na ausência de silêncio para o pensamento), o silêncio é também potencialidade para a comunicação do indivíduo em suas relações sociais. Portanto, o silêncio é potencialidade também para a origem e evolução da própria Sociedade.

Em sua Teoria dos Sistemas Sociais, Luhmann indica o silêncio como parte integrante da comunicação dentro e entre sistemas e destaca a imprescindibilidade do silêncio para a autopoiese dos sistemas e, assim, para a revelação de autovalores por uma rede recursiva de observações diante de estruturas latentes, potenciais nos sistemas.

Sobre nossas premissas e conclusões acerca da função do silêncio na Teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, *cf.* nosso trabalho “Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”⁷. O presente trabalho, em complemento

6 HEIDEGGER, Martin. **Sobre o humanismo**. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967, p. 349.

7 GIL, Arilson Garcia. Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo,

ao citado anteriormente, pretende apontar um possível diálogo entre a configuração do silêncio como potencialidade na Teoria da Linguagem de Heidegger e a identificação do silêncio como elemento essencial para a auto-poiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, com o intuito de contribuir para a identificação e a interpretação do silêncio, especialmente do silêncio da Constituição.

2. LINGUAGEM, SILÊNCIO E CONSTITUIÇÃO

Os sistemas constitucionais contemporâneos são, como regra, compostos por Constituições escritas. Mesmo países que adotam o sistema da *common law* têm consagrado normas constitucionais em textos escritos, como ocorre nos Estados Unidos da América. É certo, portanto, que é adotada a “formulação linguística como ponto inicial e limite externo da atividade interpretativa”⁸, ou seja, o trabalho interpretativo da Constituição parte da análise de fórmulas linguísticas em busca de significados.

Isso não leva à conclusão, porém, que apenas enunciados escritos ou claramente expressos nas Constituições são objeto da interpretação. Não se confundem os enunciados escritos com as normas jurídicas e, assim, a letra da lei não prescinde da análise do seu conteúdo semântico. A delimitação do âmbito normativo da lei é feita pela atribuição de um significado à norma pela interpretação⁹.

As normas podem ser resultado da interpretação de qualquer dos elementos que formam o todo normativo do discurso constitucional, de qualquer enunciado que constitua o sentido ou significado de uma ou várias disposições constitucionais ou fragmento delas¹⁰.

n. 94, p. 201-227, 2021. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1307/1421>. Acesso em: 12 abr. 2024.

8 TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 186.

9 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1216.

10 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, Puebla*, n. 37, ano X, p. 12, 2016.

E o discurso constitucional que adveio da evolução do constitucionalismo trouxe uma nova linguagem para as Constituições, tal como descreve Mônica Herman Salem Caggiano¹¹, 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”.

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.

Ainda, o caráter indeterminado de muitos preceitos constitucionais é aplicado de forma intencional pelo constituinte para mitigar os conflitos pela falta de acordo no momento da elaboração da Constituição¹². De fato, muitas vezes o constituinte prefere silenciar a trazer solução expressa de determinada questão para que no futuro, sendo possível o acordo, seja dada a adequada solução.

Nesse mesmo sentido, dentre as causas do silêncio constitucional, Martin Loughlin¹³ indica a elaboração de acordos tácitos em questões controvertidas. Michael Foley¹⁴, por sua vez, indica o silêncio constitucional como estratégia para manutenção da estabilidade do Estado.

Assim, o silêncio constitucional é um componente da nova textura diferenciada e do caráter aberto da linguagem das normas constitucionais. 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

11 CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho**, São Paulo, n. 1, p. 17, 2011.

12 DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. *Op. cit.* p. 14.

13 LOUGHLIN, Martin. 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/freiburger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf. Acesso em: 12 abr. 2024.

14 FOLEY, Michael. **The Silence of Constitutions: Gaps, ‘abeyances’ and political temperament in the maintenance of government**. Abingdon: Routledge, 2011.

para sua efetividade, em uma atividade de “mediação do conteúdo semântico” tal como esclarece José Joaquim Gomes Canotilho¹⁵, “a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos”.

A interpretação dos espaços normativos derivados do silêncio constitucional é um dos maiores desafios a serem enfrentados pela interpretação, seja pela dificuldade de delimitação do seu objeto dentro do “espaço de interpretação” compatível com o “programa normativo constitucional”, ainda nas expressões de Canotilho¹⁶, seja pelo risco à integridade da Constituição decorrente dessa dificuldade, especialmente no tocante à fluidez e indeterminação do conteúdo semântico do objeto “silêncio constitucional”. O desafio da interpretação dos espaços normativos deixados pelo silêncio 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. 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 1988¹⁷, 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 e, ainda que sob a ideia de segurança jurídica, a intenção de atribuir um significado fixo não traz

15 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 1201.

16 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Ibid.* p. 1203.

17 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 maio 2024.

estabilidade e certeza ao direito, tal como alerta Gustavo Zagrebelsky¹⁸. Por isso, Gomes Canotilho¹⁹ afirma 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 do texto constitucional em busca de significado da norma deve considerar o contexto-histórico social, e a interpretação é condicionada por referido contexto.

Sobre a 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 CF de 1988. Em razão do contexto de transição entre ditadura e democracia vivido no Brasil na época, foi necessário utilizar uma linguagem constitucional para evitar (ainda que apenas adiar) conflitos, razão pela qual as situações em que enfrentavam soluções não consensuais foram silenciadas e, por vezes, mantidas suas soluções para uma futura lei infraconstitucional²⁰.

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 CF de 1988, ao descrever que havia três tendências na Assembleia Constituinte: uma para assegurar o direito à vida desde a concepção e, por isso, proibir o aborto; outra tendência defendia que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo a vida intrauterina inseparável do corpo e responsabilidade da mulher e, assim, permitia o aborto; por fim, a terceira via entendia que a Constituição não deveria adotar posição na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Prevaleceu a terceira tendência e a CF silenciou sobre o aborto²¹.

18 ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Qué es ser juez constitucional? *Dikaion*, Chia, ano 20, n. 15, p. 164, 2006.

19 CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 1209.

20 ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antonio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, v. 14, n. 19, p. 63-74, 2016.

21 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 203.

Assim, o silêncio constitucional é uma expressão da linguagem e da comunicação na Constituição e deve ser objeto da interpretação. Porém, não há nos estudos de hermenêutica constitucional específicos quanto à identificação e à interpretação do silêncio da Constituição, razão pela qual o trabalho propõe realizar um retorno à Teoria da Linguagem de Martin Heidegger e à Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann, marcos teóricos que adotam o silêncio como parte essencial da linguagem e da comunicação.

3. O SILÊNCIO COMO POTENCIALIDADE EM HEIDEGGER

A partir das lições de Martin Heidegger será visto 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 homem. O silêncio é uma forma de expressão da linguagem. E, mais do que isso, a relação entre fala e silêncio é a forma essencial da linguagem. Fala e silêncio não são opostos, mas sim pressupostos recíprocos.

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. Por isso fala e silêncio são pressupostos recíprocos. Antes da fala deve haver silêncio e para compreensão daquilo que se fala exige-se o silêncio. E o silêncio também é construído de forma paradoxal pelos atos de fala. A cada fala faz-se silêncio sobre tudo aquilo sobre o que não se falou. A relação entre o pensamento, a linguagem, o Ser e o homem é descrita por Heidegger como a restituição da Essência do homem ao Ser (como algo que lhe foi entregue pelo próprio Ser), pois, no pensamento, o Ser se torna linguagem, sua casa, sua habitação²².

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. Talvez esse seja um dos principais males atuais da humanidade frente às redes sociais

22 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967. p. 24.

e aos 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. Trata-se de “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)”, nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho e Márcia Regina Pitta Lopes Aquino²³.

Diante da crítica aos “humanismos” feita por Heidegger²⁴, talvez esse indivíduo que não silencia, não reflete antes de agir e apenas reage, 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. Porém, como aponta Martin Heidegger, o humanismo deve ser visto como um “meditar, e cuidar para que o homem seja humano e não desumano, inumado, isto é, situado fora de sua essência”²⁵. Na relação humanidade, fala e silêncio, “tudo depende unicamente de a própria Verdade do Ser se fazer linguagem e de o pensamento conseguir chegar a essa linguagem” e “talvez a linguagem exija muito menos pronunciamentos precipitados do que, muito mais, o devido silêncio”²⁶. Assim, 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

23 GUERRA FILHO, Willis Santiago; AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. 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. 110, 2013.

24 HEIDEGGER, Martin. *Ibid.* 1967.

25 HEIDEGGER, Martin. *Op cit.* 1967, p. 350.

26 HEIDEGGER, Martin. *Ibid.* 1967, p. 362.

relação com o ser”²⁷. Trata-se do exercício do silêncio como forma de reflexão e pensamento antes da fala, como forma de análise e desenvolvimento pelo ser humano antes de sua manifestação ou atuação.

Gilvan Fogel²⁸ também parte das lições de Martin Heidegger para descrever a dinâmica da relação “Escuta, Silêncio, Linguagem” (*Hören, Schweigen, Sprache*) e afirma que não há linguagem sem escuta e não há linguagem sem silêncio, assim, o silêncio é cooriginário com linguagem; escuta, silêncio e linguagem constituem um atamento, um só nó.

Vê-se, portanto, que o silêncio tem papel essencial na linguagem, papel esse tão importante (e por vezes até mais importante) do que o papel da própria fala ou do enunciado escrito. Sem o silêncio como potencialidade da linguagem, ou seja, o silêncio para ouvir, pensar, refletir, não há a própria linguagem. A linguagem tem uma relação de origem e de essência com o silêncio.

E continua Gilvan Fogel²⁹, ao analisar a transcendência como natureza ou essência do homem. 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: “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)”.

Referida abertura efetiva-se pela dinâmica pensamento, linguagem, fala e silêncio, sendo necessário, para sua compreensão, retornar às questões postas por Heidegger³⁰:

- (i) “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?”

27 HEIDEGGER, Martin. *Ibid.* 1967, p. 349.

28 FOGEL, Gilvan. Escuta, silêncio, linguagem. *Aufklärung: Revista de Filosofia*, João Pessoa, v. 4, n. especial, p. 47-48, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/35900>. Acesso em: 12 abr. 2024.

29 FOGEL, Gilvan. *Ibid.* p. 47-58.

30 HEIDEGGER, Martin. *Ser e verdade*: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Editora Vozes, 2012, p. 119.

Compreende-se que fala e silêncio são essenciais à linguagem e à comunicação, sendo o silêncio estreitamente ligado à 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. E 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);

- (ii) “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;
- (iii) “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 Fogel³¹ descreve o silêncio como uma dimensão, um modo de ser de vida, de existência, uma pré-disposição vital, uma tensão, um tônus para a escuta. E conclui: “silêncio, para ser realmente silêncio, precisa ser ouvido escutado. De novo: o que se ouve em se ouvindo o silêncio?”.

31 FOGEL, Gilvan. *Op. cit.* p. 53.

Sendo assim, para aproveitar a potencialidade da linguagem (e da vida por meio 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”³². 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 expressado. 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. Vê-se que 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, a linguagem e a comunicação têm uma relação de origem e de essência com o silêncio 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), o silêncio é também potencialidade para a comunicação do indivíduo em suas relações sociais. Portanto, o silêncio é potencialidade também para a origem e evolução da própria Sociedade.

Ao trazer referidas constatações do indivíduo para o sistema social, o presente trabalho pretende apontar um possível diálogo entre Martin

32 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967, p. 349.

Heidegger e Niklas Luhmann que possa contribuir para a identificação e a interpretação do silêncio.

4. SILÊNCIO CONSTITUCIONAL E SISTEMA JURÍDICO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO HEIDEGGER-LUHMANN

As teorias e os conceitos de Heidegger e Luhmann se aplicam na ordem jurídica de forma 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 da Constituição; 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.

Vê-se, num primeiro ponto de diálogo, que a dinâmica paradoxal entre fala e silêncio descrita por Heidegger (“toda fala não é senão o não-silêncio”³³) é também aplicada por Luhmann nas comunicações dos sistemas sociais ao afirmar que a unidade da forma “fala e silêncio” deve ser analisada como um paradoxo, como a unidade da diferença³⁴. Assim, é certo que as comunicações no sistema jurídico também podem 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 (artigo 5º, da CF), a Constituição silencia sobre o caso do aborto. E isso se dá recursivamente pois, no mesmo exemplo, o STF enuncia sobre o aborto do feto anencefálico³⁵, mas pode silenciar sobre outras hipóteses possíveis (como o aborto até a 12ª semana de gestação) e assim sucessivamente.

Relembre-se, porém, a assertiva de Luhmann: o silêncio não fica 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

33 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 2012, p. 119.

34 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Reden und Schweigen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1989, p. 7.

35 BRASIL. *Op. cit.* 2012.

(um “silêncio eloquente”), bem como deve-se evitar a distinção entre fala e silêncio como a primeira sendo comunicação e o segundo não³⁶.

Martin Heidegger, por sua vez, ao explorar as ideias de silêncio como potencialidade, da “força silenciosa do possível” e de que “talvez a linguagem exija muito menos pronunciamentos precipitados do que, muito mais, o devido silêncio”³⁷, traz os fundamentos para a adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional, bem como permite o entendimento de que o silêncio é objeto da interpretação constitucional não só em seu aspecto negativo (de exclusão de direitos pelo não reconhecimento expresso ou pelo “silêncio eloquente”), mas também em seu aspecto positivo, ou seja, de potencialidade, possibilidade de reconhecimento de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional, mas que decorrem do ato de reflexão, de pensamento sobre o silêncio constitucional, seus motivos, seu contexto, seu momento histórico e sua inserção dentro do sistema constitucional como comunicação.

Como exemplo de adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional há a “linguagem do não confronto” aplicada pela CF de 1988 quanto a pontos sensíveis, já analisada anteriormente. É certo que o uso do silêncio constitucional para determinados temas controvertidos no contexto citado (redemocratização) não deve ser considerado, de plano, como impossibilidade de reconhecimento posterior e via interpretação de determinado direito, mas sim deve ser analisado como uma abertura semântica proposital para futuros debates e interpretações dentro do programa normativo constitucional.

A aplicação feita por Luhmann da metáfora do “ponto cego” instrumentaliza a ideia de silêncio como potencialidade de Heidegger, por meio de sua descrição das redes de recursivas observações e diferenciações que os sistemas podem realizar para revelar seu potencial e resultar em “autovalores”³⁸.

36 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 09-10.

37 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967, p. 362.

38 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.* p. 10-11.

Quanto ao conceito e desenvolvimento da ideia de “ponto cego” na obra de Luhmann³⁹, *cf.* nosso trabalho “Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann”⁴⁰.

Em muitos casos o silêncio constitucional pode ser um ponto cego da Constituição, ponto que existia quando a CF foi criada e, naquele contexto, descrevia a sociedade da época. Ponto cego que merece reflexão e pensamento crítico sobre os motivos e o contexto do silêncio adotado em busca da própria essência da linguagem da Constituição. Assim, por exemplo, apesar da fala constitucional dos termos “homem” e “mulher” ao tratar da família, do casamento e da união estável (Artigo 226, da CF), o STF considerou possível reconhecer união antes silenciada, qual seja, a união homoafetiva, diante de novo contexto e valores sociais reconhecidos⁴¹. Da mesma forma, não há como exigir que a CF de 1988 falasse sobre a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, se na época de sua elaboração tal tecnologia ainda não existia, razão pela qual restou ao STF falar sobre a questão de acordo com “autovalores” do sistema constitucional⁴².

Nos casos citados, para aproveitar a potencialidade da linguagem constitucional e sua essência por meio da comunicação, o intérprete deve estar aberto e disposto a ouvir o silêncio, ou, nas palavras de Heidegger, aplicar a “força silenciosa do possível”⁴³. O STF, dentro do sistema jurídico, é o observador de segunda ordem descrito por Luhmann e que tem, dentre suas funções, ver o ponto cego ou silencioso 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). Importante destacar que Luhmann indica o ponto cego como uma estrutura latente, ou seja, algo que, por definição, está

39 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.*

40 GIL, Arilson Garcia. *Op. cit.*

41 BRASIL. *Op. cit.* 2011.

42 BRASIL. *Op. cit.* 2008.

43 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 1967, p. 349.

presente, aparentemente oculto, invisível, inativo, mas potencial⁴⁴, tal como Heidegger descreve o silêncio. 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) pode extrair “autovalores” da Constituição pela comunicação dentro do próprio sistema jurídico (por exemplo, a interpretação de acordo com o princípio da dignidade humana) ou por meio de comunicação entre sistemas por meio de acoplamentos estruturais (por exemplo, dados científicos sobre o que são as células-troncos embrionárias para sua codificação na linguagem do Direito).

Assim, na 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, tal como destacado por Luhmann quanto aos sistemas em geral⁴⁵.

A autopoiese via conectividade entre os sistemas é viabilizada pela linguagem no nível necessário para configuração dos próprios sistemas, portanto, essencial à existência do sistema. Luhmann indica que cada sistema coproduz aquilo que, como ambiente, não entra no sistema e isso também pode então ser chamado de “silêncio”⁴⁶. Por isso, aquilo não dito na Constituição pode ser comunicado por outros sistemas. Pelo acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais, a linguagem permitirá a conectividade para interpretação do silêncio constitucional pela comunicação ocorrida em outro sistema. Isso só ocorre porque, tal como Heidegger esclarece, o silêncio é algo positivo e potencial, mesmo sem produzir som, participa da comunicação, está ligado à essência da linguagem⁴⁷. Tal configuração do silêncio auxilia no entendimento da sua função operativa do silêncio nos sistemas: garantir a autopoiese ao viabilizar a comunicação interna e entre sistemas. Luhmann, uma vez mais, traz instrumentos para aplicação do “ouvir o silêncio” de Heidegger ao

44 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 10-11.

45 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 18-19.

46 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.* p. 17.

47 HEIDEGGER, Martin. *Op. cit.* 2012, p. 119.

indicar que o tempo, como 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 futuro⁴⁸.

Aplicada tal assertiva à autopoiese do Direito e retomada a dinâmica entre observação, fala e silêncio (conforme Luhmann), ou pensamento, fala e silêncio (conforme Heidegger), verifica-se que no silêncio constitucional está implícito um comando para (re)construir o sistema historicamente. Com efeito, a linguagem 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 (“ouvir o silêncio” para Heidegger) – 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. Necessário destacar, também, a advertência de Niklas Luhmann, no sentido de que o fato de ter sido iniciada a comunicação e adiada sua conclusão para o futuro (em razão do silêncio) 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 constitucional⁴⁹. 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 “originalista”, ou seja, conforme as enunciações (e intenções) do legislador que elaborou o texto constitucional.

Por isso, 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.

48 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Ibid.* p. 15.

49 LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. *Op. cit.* p. 15.

5. CONCLUSÕES

O estudo demonstrou o diálogo existente entre a configuração do silêncio como potencialidade na Teoria da Linguagem de Heidegger e a identificação do silêncio como elemento essencial para a autopoiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann.

A dinâmica paradoxal entre fala e silêncio e a configuração do silêncio como potencialidade na Teoria da Linguagem de Heidegger são aplicadas na comunicação dos sistemas sociais da Teoria de Luhmann, especialmente na aplicação do silêncio como garantia de autopoiese e de conectividade entre os sistemas.

A Teoria de Luhmann, por sua vez, instrumentaliza a ideia de silêncio como potencialidade de Heidegger, por meio da descrição das redes de recursivas observações e diferenciações que os sistemas podem realizar para revelar seu potencial e resultar em “autovalores”.

Referidas relações entre as Teorias contribuem para a identificação e a interpretação do silêncio, especialmente do silêncio constitucional, para instrumentalizar o exame de toda a potencialidade da linguagem e suas possibilidades na comunicação e não apenas aquilo que está escrito e visível na Constituição. O diálogo entre as Teorias citadas revela os fundamentos para a adoção do silêncio como uma estratégia da própria linguagem constitucional (como a “linguagem do não confronto”) e o entendimento de que o silêncio é objeto da interpretação constitucional não só em seu aspecto negativo (de exclusão de direitos pelo não reconhecimento expresso ou pelo “silêncio eloquente”), mas também em seu aspecto positivo, ou seja, de potencialidade.

Assim, no silêncio constitucional está implícito um comando para (re)construir o sistema historicamente e há a possibilidade de reconhecimento de novos direitos não previstos expressamente no texto constitucional, mas que decorrem do ato de reflexão, de pensamento sobre o silêncio constitucional, seus motivos, seu contexto, seu momento histórico e sua inserção dentro do sistema constitucional como comunicação interna ou após o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais sistemas.

Finalmente, conclui-se que a interpretação do silêncio constitucional ocorre no tempo e deve ser constante para viabilizar a autopeiose do sistema jurídico de forma “evolutiva”, adaptando-o às novas realidades sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antonio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 14, n. 19, p. 63-74, 2016.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 maio 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 02 maio 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277**. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF: STF, 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 03 maio 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF: STF, 2012. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2024.

CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: um navio à deriva? **Cadernos de Pós-Graduação em Direito: Estudos e Documentos de Trabalho**, São Paulo, n. 1, p. 5-23, 2011.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. Interpretación de la Constitución y juez constitucional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México**, Puebla, n. 37, ano X, p. 9-31, 2016.

FOGEL, Gilvan. Escuta, silêncio, linguagem. **Aufklärung: Revista de Filosofia**, João Pessoa, v. 4, n. especial, p. 47-58, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/arf/article/view/35900>. Acesso em: 12 abr. 2024.

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

GIL, Arilson Garcia. Uma análise da função operativa do silêncio constitucional a partir da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, n. 94, p. 201-227, 2021. Disponível em: <https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/1307/1421>. Acesso em: 12 abr. 2024.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; AQUINO, Márcia Regina Pitta Lopes. Um estudo a respeito da Carta de Heidegger “Sobre o humanismo” (destacando algumas implicações para a Filosofia do Direito). **Cadernos da EMARE, Fenomenologia e Direito**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, p. 1-151, 2013.

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

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Tradução Marcia Sá Cavalcante Shuback Leão. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e verdade**: 1. A questão fundamental da filosofia; 2. Da essência da verdade. Tradução Emmanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012.

LOUGHLIN, Martin. 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 abr. 2024.

LUHMANN, Niklas; FUCHS, Peter. **Reden und Schweigen**. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. ¿Qué es ser juez constitucional? *Díkaion*, Chia, ano 20, n. 15, p. 155-171, 2006.