

SILÊNCIO CONSTITUCIONAL: A INADEQUAÇÃO DA TEORIA DO SILÊNCIO ELOQUENTE PARA INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Arilson Garcia Gil⁹⁸

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto de estudo o Silêncio Constitucional. No curso da pesquisa verificou-se que a delimitação do Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional é pressuposto da racionalidade jurídica das decisões judiciais de efetivação dos Direitos Fundamentais. Para que o Silêncio Constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao estudo de sua categorização pela Teoria do Silêncio Eloquente na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em especial para responder se existe adequação da referida teoria para interpretação da Constituição Federal de 1988. A Pesquisa foi executada sob o enfoque da dogmática jurídica, portanto, com utilização preponderante do método dedutivo. Foi utilizado o método indutivo na parte do trabalho em que foi necessária a análise de casos concretos da Jurisprudência do STF. As conclusões centrais do trabalho são o risco ao Estado Democrático de Direito diante da ausência de uniformidade metodológica e de categorias da hermenêutica na interpretação do Silêncio Constitucional e a insegurança jurídica causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos. Diante do paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988, o trabalho concluiu, portanto, pela inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente, seja tal como sistematizada pela doutrina nacional, seja tal como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Sistema Constitucional. Hermenêutica Constitucional. Silêncio Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Silêncio Eloquente.

⁹⁸ Professor da Universidade Paulista – UNIP. Procurador do Estado de São Paulo. Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional e Eleitoral pela Universidade de São Paulo – USP. Email: arilsongil@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O tema de estudo do presente trabalho é a análise do Silêncio Constitucional e sua categorização pela Teorias do Silêncio Eloquente na doutrina nacional e na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Em questão está a adequação da referida teoria para interpretar o Silêncio Constitucional conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

No contexto jurídico brasileiro surgido após a Constituição Federal de 1988 houve a expansão em extensão e em complexidade da regulamentação normativa sob um novo paradigma constitucional: o Estado Democrático de Direito. Dentre os objetivos apresentados por este novo paradigma destacam-se a busca pela efetivação dos Direitos Fundamentais e pela Justiça Social, o reconhecimento de uma Sociedade Plural e a tutela da Participação Democrática do cidadão⁹⁹.

Tem sido cada vez mais frequente a provocação do Supremo Tribunal Federal para decidir questões derivadas deste novo paradigma constitucional. Porém, a implementação, via controle de constitucionalidade, dos objetivos do Estado Democrático de Direito enfrenta como obstáculo a complexidade que esses casos trazem à racionalidade jurídica, muitas vezes sem uma regulamentação clara diante das hipóteses de Silêncio Constitucional.

Os exemplos de casos de Silêncio Constitucional são fartos.

A Constituição Federal de 1988 tutela o Direito à Vida em seu artigo 5º, porém, silencia quanto à existência do Direito ao Aborto, seja em casos gerais (proibição ou autorização geral), seja em casos específicos, por exemplo, de feto anencefálico¹⁰⁰. A problemática que se apresenta: é aqui identificada uma hipótese normativa de Silêncio Constitucional? É um Silêncio Eloquente com intenção de proibir o aborto em qualquer caso? Trata-se de Lacuna Normativa que mantém espaço aberto à regulamentação por Lei e pela interpretação em sede de Controle de Constitucionalidade?

⁹⁹ Artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 14, da Constituição Federal.

¹⁰⁰ Caso debatido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012).

O mesmo raciocínio pode ser aplicado no caso das Pesquisas com Células Troncos Embrionárias¹⁰¹, aqui com o detalhe da impossibilidade de a Constituição Federal manifestar-se sobre fato que sequer era alcançado pela evolução científica na data de sua elaboração em 1988.

Além da evolução científica, há também casos de reconhecimento de novos valores sociais, como o reconhecimento jurídico de uniões entre pessoas do mesmo gênero¹⁰². A Constituição Federal utilizou as palavras “Homem” e “Mulher” ao tratar da Família, do Casamento e da União Estável¹⁰³. Silenciou, porém, quanto à produção de efeitos jurídicos à união entre pessoas do mesmo gênero. Identifica-se, neste caso, hipótese de Silêncio Eloquente (que proibiria outras entidades familiares) ou há aqui Lacuna Axiológica (que abre espaço ao reconhecimento de novos valores sociais)?

Vê-se, pelos casos citados, que a delimitação do Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional é pressuposto à racionalidade jurídica para a efetivação dos Direitos Fundamentais à Vida, à Dignidade e à Liberdade, e afeta diretamente o implemento da Justiça Social e o reconhecimento de uma Sociedade Plural. Portanto, o Silêncio Constitucional, a depender de sua interpretação, pode ser tanto um obstáculo como uma das vias de desenvolvimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Para que o Silêncio Constitucional seja uma das vias de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, este trabalho propõe-se ao estudo de sua categorização pela Teoria do Silêncio Eloquente, em especial para responder se existe adequação da referida teoria para interpretar o Silêncio Constitucional enquanto instituto da Hermenêutica Constitucional e conforme o paradigma constitucional construído a partir da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal é ser considerada como um Sistema cuja Integridade e Coerência são pressupostos do Estado Democrático de Direito. Em casos de conflito de interesses não resolvidos pelas vias ordinárias, a Integridade e a Coerência do Sistema devem ser mantidas pelo Poder Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. A Hermenêutica Constitucional é um instrumento de garantia dessas Integridade e Coerência. O Silêncio Constitucional pode ser um

¹⁰¹ Tema discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

¹⁰² A União Homoafetiva é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

¹⁰³ Artigo 226, da Constituição Federal.

risco ou pode ser uma das vias de manutenção da Integridade e da Coerência do Sistema Constitucional e, portanto, também do Estado Democrático de Direito¹⁰⁴.

Porém, poucos estudos no Brasil analisam a questão Hermenêutica sob o enfoque do Silêncio Constitucional. Ao contrário, no Direito Comparado o tema é tratado de forma central e com relevante sistematização pela dogmática jurídica.

A análise do problema apresentado sob o enfoque do Silêncio Constitucional é recorrente na doutrina dos Estados Unidos da América, em especial no trabalho do constitucionalista Laurence H. Tribe em suas aulas na Harvard Law School (Advanced Con Law Seminar: “Constitutional Silences”, 2016) e em suas obras sobre a construção do som do Silêncio Constitucional (1982) e sobre a “Constituição Invisível” (2008).

Ainda nos Estados Unidos há estudos sobre o Silêncio Constitucional considerado como um espaço para a construção de uma “Constituição Viva” e em evolução¹⁰⁵. Em contraponto, a doutrina norte-americana da Interpretação Originalista afasta a criação normativa pela interpretação do Silêncio Constitucional¹⁰⁶.

Em Portugal o tema é examinado como “Lacunas da Constituição e sua Integração”¹⁰⁷. Jorge Miranda identifica Lacunas intencionais, não intencionais, técnicas, teleológicas, originárias, supervenientes e absolutas. J.J. Gomes Canotilho identifica Lacunas normativo-constitucionais autônomas, heterônomas e de regulamentação.

Na Espanha há os estudos de Francisco Javier Díaz Revorio sobre “La ‘Constitución abierta’ y su interpretación.” (2004) e “Las Sentencias Interpretativas del Tribunal Constitucional” (2000).

No Reino Unido, a Doutrina de Michael Foley trata o Silêncio Constitucional como espaço para adequação da Constituição em momentos de crise¹⁰⁸.

¹⁰⁴ As ideias do Direito como Sistema, de Integridade e de Coerência podem ser extraídas das obras de Norberto Bobbio (Teoria do Ordenamento Jurídico, 2014), de Claus Wilhelm Canaris (Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, 2002) e de Ronald Dworkin (Law's Empire, 1986).

¹⁰⁵ The Living Constitution (STRAUSS, 2010); A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before (SUNSTEIN, 2009).

¹⁰⁶ A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (SCALIA, 2018).

¹⁰⁷ Sobre o tema na Doutrina Portuguesa temos: Teoria do Estado e da Constituição (MIRANDA, 2015) e Direito Constitucional e Teoria da Constituição (CANOTILHO, 2003).

¹⁰⁸ Em sua obra The Silence of Constitutions: Gaps, 'abeyances' and political temperament in the maintenance of government (FOLEY, 2011). Apesar de ser uma doutrina editada frente a um Estado de Constituição não escrita, entendemos que em alguns aspectos a obra também podem contribuir para nosso estudo.

Na Alemanha, Robert Alexy¹⁰⁹ e sua distinção entre Princípios e Regras Constitucionais parece trazer respostas quanto à possibilidade de ponderação entre direitos no caso de identificação do Silêncio Constitucional. Por exemplo, não parece ser possível, num primeiro momento, a identificação do Silêncio Constitucional em normas constitucionais com estrutura de Regras (que reconhecem direitos e deveres definitivos), apenas em Princípios (enquanto mandados de otimização).

Convém ressaltar que a doutrina estrangeira é citada apenas a título de ilustração da importância da análise do tema sob o enfoque do Silêncio Constitucional. No presente trabalho restringe-se o estudo à Doutrina e à Jurisprudência nacionais para análise de sua adequação para categorizar o Silêncio Constitucional como instituto da Hermenêutica Constitucional.

Em retorno ao Direito Brasileiro, uma teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹⁰ e pela Doutrina Nacional¹¹¹ é a que identifica o Silêncio Constitucional como Silêncio Eloquente. Porém, como será analisado, o Silêncio Eloquente é apenas uma das possíveis categorias de Silêncio Constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal ora trata o silêncio como categoria de Lacuna Normativa e decide pela integração da referida Lacuna, ora fundamenta no silêncio a aplicação de Poderes Implícitos ou utiliza-se do Silêncio Constitucional para evolução da interpretação.

Assim, como hipótese de trabalho, propõe-se que não há uma sistematização adequada acerca do Silêncio Constitucional enquanto instituto da Hermenêutica Constitucional seja na Doutrina Nacional, seja na Jurisprudência do STF. Em outras palavras, e ainda como hipótese de trabalho, não há claros critérios de identificação nem descrição das categorias jurídicas do Silêncio Constitucional e seus efeitos.

2 SISTEMA CONSTITUCIONAL, RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

¹⁰⁹ Conforme sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2017).

¹¹⁰ Por exemplo podemos citar o entendimento firmado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 371 relativa à inexistência de imunidade processual dos vereadores diante do Silêncio Eloquente do artigo 29, da Constituição Federal (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2002).

¹¹¹ Sobre o Silêncio Eloquente na Doutrina Nacional: (SILVA, 2018); (BARROSO, 2009); (CAMPOS, 2011); (LACERDA e MÜLLER, 2016); (STRECK, 2014).

2.1 O Direito e a Constituição como Sistemas

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

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

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

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

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

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

c) “Sistema” como uma “totalidade ordenada”

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

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

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

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

Rubens Beçak (2007, p. 315) demonstra esta relação entre Direito e Moral como decorrência da natureza principiológica de grande parte das normas constitucionais contemporâneas, em especial pela consagração dos Direitos Fundamentais de solidariedade, que poderiam ser responsáveis por essa “nova tipicidade” nos ordenamentos constitucionais. Por isso, defende Beçak que os princípios revelam a “importância da dimensão ético-moral no Direito”. E conclui:

Na medida em que, no nível constitucional, existem normas que estabelecem padrões éticos de comportamento na exata proporção em que estabelecem padrões exigidos da e para a sociedade (se tal não fosse, como pensar a imanência da Constituição?), vemos as normas principiológicas como muito mais próximas daquele padrão aberto para a Ética, onde, inclusive, deve prevalecer a ponderação de interesses, do que as normas-regra, constitucionais, sem sombra de dúvidas, mas muito mais fechadas à interpretação e, portanto, da ponderação (...) Assim, entendemos que uma constituição origina não só uma pirâmide de normas jurídicas como também uma, chamemos, pirâmide de valores ético-morais a serem protegidos, no âmbito daquele Estado, como valores primeiros” (...) Aqui é que, no conflito possível (e, diga-se, não raro) entre normas-princípio (o que Alexy denomina conflito princípio x princípio), e talvez mesmo no eventual conflito norma princípio x norma-regra, o exegeta deve se utilizar de valores não necessariamente jurídicos na fixação de qual norma deva imperar” (2007, p. 317-319).

Apesar de não ser o objetivo deste trabalho e até porque seria impossível fazê-lo nesta fase da pesquisa pela complexidade do tema, é de importância ímpar o estudo da influência dos valores e da moral na interpretação do Silêncio Constitucional.

Por agora, o trabalho restringe-se a apresentar uma terceira via de interpretação da Constituição como sistema, não tão estritamente relacionada à coerência, nem tão aberta quanto à Teoria dos Princípios.

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

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

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

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

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

Referido abrandamento dos postulados de coerência e completude próprios da concepção sistêmica é intensificado nas Constituições, modernamente compostas por normas principiológicas, mais abrangentes, portanto, é possível falar também em um Sistema Constitucional.

Porém, em retorno às concepções de sistema trazidas por Bobbio, para a adequada conciliação entre sistema por coerência e sistema por princípios, são necessárias balizas, critérios de aplicação dos princípios (especialmente em casos de Silêncio Constitucional), tal como proposto por Claus-Wilhelm Canaris, para que não haja lesão ao Estado Democrático de Direito, o que é analisado no item seguinte.

2.2 Controle da Racionalidade das Decisões no Estado Democrático de Direito

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

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

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

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

Monica Herman Caggiano (2011, p. 17), após dissertar sobre a evolução do Constitucionalismo, chega à conclusão semelhante à de Dallari acerca do novo modelo de Constituição e dos novos papéis dos Poderes do Estado, em especial do Judiciário:

Uma textura diferenciada na construção das normas, sendo volumoso o número de preceitos de confecção aberta, preceitos não auto-executórios, cometendo ao legislador ordinário a sua implementação. Enfim, normas, por natureza, incompletas ou programáticas, invadiram o espaço constitucional ensejando uma atividade adicional tanto para o Poder Executivo, impondo-lhe a criação e instalação de programas previstos na Lei Maior, como para o Poder Legislativo, atribuindo-lhe esforço sucessivo no sentido de dar efetividade às disposições constitucionais a demandar complementação, e, ainda, instaurando em relação ao Poder Judiciário um largo campo interpretativo, ampliando consideravelmente o poder jurisdicional. Em particular no que toca à figura do Juiz, nova missão é introduzida. Em razão do território alongado em que agora atua – quer em virtude da ampliação da esfera interpretativa, quer por deter a competência do controle de constitucionalidade – o Poder Judiciário assume papel diferenciado. Uma outra perspectiva, uma outra dimensão, passando, nesta sua tarefa, a envolver a responsabilidade pela interpretação constitucional e, conseqüentemente, pela aplicação concreta de critérios de interpretação legal resultantes do esforço de hermenêutica.

Diante de tais lições, pode-se afirmar que há um novo paradigma trazido pelo Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição Federal de 1988, ligado à efetividade das

normas constitucionais e à transformação da realidade. Sobre este novo paradigma do Estado Democrático de Direito, Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 116-117 – item 6.2.3 – livro digital) escrevem:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil. Há, desse modo, uma identificação entre o constitucionalismo do segundo pós-guerra e o paradigma do Estado Democrático de Direito. Veja-se, para tanto, a Constituição do Brasil, que determina, no art. 3º, a construção do Estado Social, cujo papel, cunhado pela tradição do constitucionalismo contemporâneo, é o de promover a integração da sociedade nacional (...) Integração esta que, no caso brasileiro, deve-se dar tanto no nível social quanto no econômico, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. Conforme podemos depreender de seus princípios fundamentais, que consagram fins sociais e econômicos em fins jurídicos, a Constituição de 1988 é voltada à transformação da realidade brasileira. Ou seja, a Constituição de 1988 parte do pressuposto de que o Brasil não passou pela etapa do Estado Social. E é exatamente por isso que o texto – dirigente e compromissório – aponta para esse desiderato.

Referidos autores (2014, p. 185 – item 8.4 – livro digital) apontam, neste contexto, uma “crise funcional” com a transformação nas relações entre as funções estatais que, num movimento autofágico, se projetam por sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição de outra função, com destaque para a Jurisdição Constitucional, ao atuar no âmbito do legislador, até mesmo em nível constituinte.

No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 129-130) ensina que a ideia de contrapor legislação negativa e positiva (e reservar apenas a primeira ao Poder Judiciário) só teria sentido diante dos Direitos Fundamentais clássicos ou negativos e diante de uma concepção estanque de Separação dos Poderes já ultrapassada. Conclui, portanto que:

Fica difícil justificar o papel do STF como mero limite negativo à atividade legislativa. Se a constituição impõe prestações positivas ao legislador e se o STF é o guardião da constituição por excelência, como justificar a omissão do segundo diante da inércia do primeiro?

É certo, porém, que tais papéis de “complementador das normas constitucionais” e de “transformador da realidade brasileira” atribuído ao Judiciário faz reviver, agora para a fase de aplicação e interpretação do Direito, a preocupação de Ferdinand Lassalle (2016, p. 47):

Quando podemos dizer que uma Constituição escrita é boa e duradoura? A resposta é clara. É parte logicamente de quanto temos exposto: quando essa Constituição escrita não

corresponder a real, irrompe inevitavelmente o conflito que é impossível evitar e no qual, mais dia menos dia, a Constituição escrita, a folha de papel, sucumbirá necessariamente perante a constrição real das verdadeiras forças vitais do país.

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

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

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 183 – item 8.4 – livro digital) descrevem, no contexto ora analisado, a existência de uma “crise constitucional (institucional)”, na qual a Constituição é submetida a um jogo de tensões e poderes, com risco de sua transformação em programa de governo ao contrário de submeter o poder a ela e, assim, o poder se constitucionalizar, colocando em prática o conteúdo constitucional.

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

Neste mesmo sentido, André Ramos Tavares (2011, p. 157-159), ao escrever sobre o papel central dos Direitos Fundamentais na legitimação da Justiça Constitucional, demonstra que os Direitos Fundamentais são utilizados em discursos opostos, seja para legitimar a atuação mais ativa e intervencionista da Justiça Constitucional, seja para indicá-los como obstáculo que afasta a atuação legítima da Justiça Constitucional, diante da abertura semântico-material desses direitos.

Em seguida, adverte Tavares que um avanço da atuação da Justiça Constitucional dentro da segurança democrática pressupõe uma consolidação dos seus métodos de trabalho, especialmente em casos de normas ambíguas e vagas comumente encontradas nos Direitos Fundamentais.

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

E mesmo em casos excepcionais, como a aplicação do Sistema Constitucional das Crises, valores como a Democracia e a Dignidade da Pessoa devem ser reafirmados e protegidos por um sistema rígido de restrições, efeitos e com amplo controle para reforçar o Estado Democrático de Direito, conforme lição de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira (2009, p. 148-149).

Neste movimento de tensão entre construção e desconstrução do paradigma do Estado Democrático de Direito, Sergio Nojiri (2012, p. 337) lança um olhar positivista na relação entre Neoconstitucionalismo e Democracia e deixa claro o perigo existente na criação de um exagerado judicialismo que coloca em risco a relação entre os poderes institucionais da Constituição Federal e a ânsia neoconstitucionalista por concretizar valores morais – escolhidos de acordo com ideologias dos próprios neoconstitucionalistas – diminui o processo de participação e soberania popular, com a eleição de um novo soberano do direito: o Juiz.

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

Imprescindível, assim, que haja a aplicação, através do Sistema Constitucional, do devido controle na racionalidade das decisões judiciais para que não haja desconstrução do paradigma constitucional de 1988, em especial nos casos de silêncio da Constituição.

Humberto Ávila (1999, p. 154), ao enfrentar o desafio de definir o Dever de Proporcionalidade, algo tão vago quanto o Silêncio Constitucional, ensina que institutos dessa natureza devem ser diferenciados quanto a outras categorias, com as quais não se identificam, para que lhes sejam atribuídos significado normativo autônomo, uma vez que há conceitos diversos referentes a fenômenos normativos diferentes. Continua Ávila no sentido de que definir adequadamente tais institutos deve permitir que sua interpretação tenha referência ao Ordenamento Jurídico brasileiro e para sua aplicação haja critérios racionais e intersubjetivamente controláveis.

Em conclusão, Humberto Ávila (1999, p. 178-179) escreve que:

As definições acima enunciadas evidenciam, mais uma vez, que há fenômenos diversos a serem compreendidos. Se todos eles serão explicados mediante o emprego do termo "princípio" é secundário, a não ser que a denominação, pretendendo explicar, termine por confundir. Tratar fenômenos diversos empregando um só termo dificulta a interpretação e a aplicação do Direito, impede a fundamentação (intersubjetiva) baseada em critérios racionais, limita a possibilidade de controle das decisões. Quanto mais consistentes forem

as definições de categorias utilizadas na interpretação e na aplicação do Direito, mais se ganhará em certeza e segurança jurídica. Finalidades essas, aliás, instituídas pelo próprio ordenamento jurídico brasileiro, e que não podem ser, simplesmente, ignoradas. Isso sem falar que um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto mais específicas forem as conexões entre os seus elementos, maior o número de conceitos gerais que possam explicá-lo e maior o número de casos que abranger. Um caminho sem fim, a ser insistentemente trilhado.

Na aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional e conciliar as propostas neoconstitucionais e a Democracia, deve ser respondido o questionamento feito por Monica Herman Caggiano (2011, p. 19):

Ora, destas posturas desconstrutivas é que dimanam os movimentos a preconizar a remodelação do constitucionalismo. Sob esta roupagem diferenciada, a Constituição viria albergar valores, os valores da sociedade que ela – a Constituição – estrutura e organiza juridicamente. À lei compete efetivamente prescrever as políticas públicas; aos Tribunais, porém, é atribuída a principal responsabilidade quanto ao alinhamento da lei aos valores estabelecidos para comandar a democracia praticada. O Judiciário passa a protagonizar o papel de “guardião da democracia”. Impositivo reconhecer que a sociedade do século XX e a que aporta no presente apresenta-se muito diferente quanto às expectativas em relação ao Estado. A cidadania sofreu profunda remodelação. E o Estado ganhou a responsabilidade direta e irrefutável de amoldar as políticas públicas de forma a atender as perspectivas da cidadania no complexo mundo contemporâneo pigmentado pelos fenômenos da globalização e do multiculturalismo. A questão que se coloca, no entanto, é a pertinente à elasticidade, flexibilidade e mutabilidade que impregnam a teoria denominada ‘neoconstitucionalismo’ que opera com valores. Abandonada a ideia da rigidez, da superioridade, da estabilidade e da previsibilidade constitucional, como serão resguardados os direitos fundamentais? Qual exatamente o instrumento e mecânica a preservar a segurança jurídica?

Em resumo, quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição?

Lenio Luis Streck e José Luis Bolzan de Morias (2014, p. 109-110– item 6.2.3 – livro digital) defendem que o conteúdo transformador da realidade apresentado pelo Estado Democrático de Direito atua como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de uma nova sociedade, diante do caráter incerto da Democracia (falam em “crise política e da representação”).

Sobre a citada participação democrática fomentada pelo paradigma do Estado Democrático de Direito, Rubens Beçak (2014, p. 83, item Conclusão, livro digital), ao tratar do aperfeiçoamento da Democracia diante da citada crise da Democracia Representativa e da insuficiência dos instrumentos de participação democrática semidireta, escreve:

- a) Não há como prescindir-se da democracia representativa (realizada pelos partidos políticos) pois, mesmo com todas as críticas, não se inventou sistema que a substituísse satisfatoriamente.
- b) A soma de meios de verificação da vontade popular por mecanismos semidiretos (vindo a caracterizar, segundo alguns, a presença de outro modelo democrático) tem provado não ser suficiente para sanar o déficit que o sistema representativo apresenta, provocando-se, ao longo do tempo, o surgimento de outros mecanismos para a sua ampliação.
- c) Para além, a elaboração de novo modelo parece ser uma constante na doutrina produzida nos últimos anos.
- d) Desta premência, surge a visão da deliberatividade como constituindo elemento fulcral para nortear a tomada de decisões; simbolicamente visto por alguns como já prenunciado na época de formação da doutrina democrática.
- e) Aqui vai aparecer a necessidade de reconceituação do conceito de deliberatividade, com a tentativa de fixação de alguns requisitos para a sua verificação

Destacamos aqui a questão da deliberatividade. Rubens Beçak (2014, p. 71, item 4.4, livro digital) conceitua “deliberação” como a tomada coletiva de decisão, mais precisamente na questão democrática, como “participação em um processo coletivo, no qual a livre exposição de ideias e suas justificativas para que a decisão seja tomada num sentido ou noutro, serão livremente debatidas, com iguais oportunidades”, ao pressupor para a efetiva decisão “um tempo razoável para debate e o convencimento reciprocamente provocado”.

Entende-se que a deliberatividade tal como tratada por Beçak pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição. Neste mesmo sentido, Monica Herman Caggiano (2011, p. 12):

Sob esta perspectiva, identifica-se no padrão proposto uma leitura moral da Constituição, seguindo a linha explorada também por Dworkin e reconhecendo no texto constitucional a possibilidade de tratamento moral das questões, ensejando um processo de interpretação e argumentação. E, exatamente, esta função interpretativa e argumentativa é que conduz ao exercício deliberativo, decorrente da diversidade de opiniões e posições que impõem o debate, a discussão e a deliberação para alcançar a interpretação que melhor se conformize às demandas e que se apresente mais justa

Em complementação à referida resposta, há a lição de Conrado Hübner Mendes (2008, p. 219), segundo a qual a interação entre Poderes é inevitável e a interação deliberativa é um ganho que pode levar o controle de constitucionalidade a ser “um mecanismo propulsor de melhores deliberações”, bem como intensificar a legitimidade democrática da decisão tomada, por demonstrar “os pressupostos e condições subjacentes ao valor moral desse processo de decisão coletiva”.

Conclui-se, portanto, que a aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais a evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito. A deliberatividade pode apontar para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição.

3 A TEORIA DO SILÊNCIO ELOQUENTE

Uma categoria de Silêncio Constitucional encontrada na Doutrina Nacional e na Jurisprudência do STF é o Silêncio Eloquentemente.

Em um julgado paradigmático, o Ministro Moreira Alves (STF, 1991, p. 1 do voto) deixa clara a distinção entre Lacuna e Silêncio Eloquentemente e a impossibilidade de se estender a aplicação da norma constitucional diante deste silêncio:

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

Em sentido semelhante, Hélio Silvio Ourém Campos (2011, p. 344) defende que nem sempre uma aparente incompletude pode ser categorizada como uma lacuna, pois “o silêncio pode haver sido pretendido, não havendo que se falar em omissão contrária ao plano regulativo constitucional”. E continua referido autor (2011, p. 345), no sentido de que a tentativa de colmatação de lacuna em caso em que o silêncio da Constituição é eloquente é ato inconstitucional, arbítrio e usurpação do poder constituinte. Em resumo, são suas lições (2011, p. 345-346):

É preciso frisar que o silêncio produz efeitos jurídicos a depender do contexto em que esteja inserido. O silêncio poderá ser intencional quer porque a matéria deva ser remetida ao legislador, de modo a permitir a intensificação das lutas políticas; quer porque, realmente, nada deva ser dito (...). É de insistir, portanto, que, em se tratando das normas constitucionais, tenho como possível o silêncio eloquente (não disse porque não quis

dizer), e encontro como o meio mais adequado para uma possível colmatação de lacunas o espaço reservado para a Emenda Constitucional.

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz (2015, p. 91) distingue tais categorias e indica a “lacuna constitucional” seria sinônimo de expressões como “vazio constitucional”, “omissão” ou “campo em branco”, que seriam distintas de uma “lacuna constitucional necessária”.

Em realidade, conforme Lacerda e Sá Müller (2016, p. 114), este caso de “lacuna constitucional necessária”, seria melhor categorizado como Silêncio Eloquente, uma vez que as normas constitucionais apresentam natureza política e suas omissões não podem ser tratadas como lacuna normativa própria e sim devem ser consideradas como Silêncio Eloquente. Em outras palavras, “o constituinte optou por deixar de fora da Carta Maior disposições, as quais, por essa razão, não podem ser supridas pelos juízes. Não se pode criar direitos discricionariamente, pois isso violaria a exigência de integridade”.

A matéria foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54, que discute o aborto do feto anencefálico.

Em seu voto, o Ministro Lewandowski (STF, 2012, p. 7 do voto) deixa claro que, apesar de ser legítima a técnica de interpretação conforme a Constituição, não cabe à interpretação trazer conclusão contrária à expressão literal de lei, bem como não pode substituir a vontade do legislador:

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

O Ministro Marco Aurélio (STF, 2012, p. 11 do voto), por seu turno, sem mencionar o Silêncio Eloquente, defende raciocínio próprio desta categoria ao indicar que não caberia ao Magistrado incluir hipótese “que fora excluída de forma propositada pelo Legislador”:

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

O voto do Ministro Gilmar Mendes (STF, 2012, p. 28-29 do voto) acolhe as ideias anteriores (limites da interpretação no texto literal da lei e na vontade do legislador) e vai além, ao indicar que não se pode alterar o significado do texto, de modo a acarretar mudança radical da ideia inicial

do legislador. Porém, admite que tal fato ocorre, especialmente quando tais limites são imprecisos, com indeterminação semântica:

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

Também no caso em que se discutiu a pesquisa científica com células troncos o Ministro Ayres Britto (STF, 2008, p. 13-14 do voto), relator da ADIN nº 3.510, admitiu a relativização da ideia de Silêncio Eloquente e defendeu que a Constituição, ao tratar do Direito à Vida, o fez de forma a deixar ao intérprete a decisão sobre quais “aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida”:

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

O Silêncio Eloquente também foi abordado na ADIN nº 4.277, sobre a constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Aqui também o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 4-5 do voto) levanta a questão da (i) legitimidade da Corte Constitucional realizar interpretação contra texto expresso da Constituição e, com isso, incluir na norma situação não prevista originalmente por ela:

A nossa legitimação enquanto Corte Constitucional advém do fato de nós aplicarmos a Constituição, e Constituição enquanto norma. E, para isso, não podemos dizer que nós lemos no texto constitucional o que quisermos, tem que haver um consenso básico. Por

isso que essa questão é bastante sensível, porque, se abrirmos o texto constitucional, no que diz respeito a essa matéria, não vamos ter dúvida ao que se refere o número 226, § 3º, multicitado: ‘§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’. Logo, a expressão literal não deixa nenhuma dúvida de que nós estamos a falar de ‘união estável entre homem e mulher’. A partir do próprio texto constitucional, portanto, não há dúvida em relação a isso.

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

Em complemento, o Ministro Luiz Fux (STF, 2011, p. 6 do debate no voto do Ministro Gilmar Mendes) indica a possibilidade de referida interpretação não se restringir ao exame de uma regra isolada, mas também abarcar a análise por meio dos Princípios constitucionais:

Quer dizer, Constituição tem norma, Constituição tem regra, Constituição tem princípios e regras que formam as normas. Então, o pedido e as razões de pedir são mais amplas do que o formato aí do artigo 226.

E, apesar de reconhecer a possibilidade de interpretação por Princípios, o Ministro Gilmar Mendes (STF, 2011, p. 6-7 do debate no seu voto) retoma no debate a ideia de Silêncio Eloquente, a exigir coerência com outros julgados que o havia reconhecido e a declarar o risco do arbítrio a deslegitimar a Corte Constitucional:

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

Em contraposição, o Ministro Marco Aurélio (STF, 2011, p. 14-15 do voto) rebate a categoria do Silêncio Eloquente e indica uma prevalência dos Princípios constitucionais sobre ele, em especial o Princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual estaria afastado, no caso, o Silêncio Eloquente:

Extraio do núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana a obrigação de reconhecimento das uniões homoafetivas. Inexiste vedação constitucional à aplicação do

regime da união estável a essas uniões, não se podendo vislumbrar silêncio eloquente em virtude da redação do § 3º do artigo 226. Há, isso sim, a obrigação constitucional de não discriminação e de respeito à dignidade humana, às diferenças, à liberdade de orientação sexual, o que impõe o tratamento equânime entre homossexuais e heterossexuais. Nesse contexto, a literalidade do artigo 1.723 do Código Civil está muito aquém do que consagrado pela Carta de 1988. Não retrata fielmente o propósito constitucional de reconhecer direitos a grupos minoritários.

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello (STF, 2011, p. 19) acompanha o raciocínio do Ministro Marco Aurélio e fundamenta seu entendimento no afastamento, no caso, de Lacuna Voluntária ou Consciente, as quais identifica como Silêncio Eloquente:

De outro lado, Senhor Presidente, convencem-me, inteiramente, as razões excelentemente expostas pelo eminente Relator, no ponto em que supera a alegação de que o § 3º do art. 226 da Constituição Federal impediria o acolhimento do pedido. Também não vislumbro, no texto normativo da Constituição, no que concerne ao reconhecimento da proteção do Estado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, a existência de lacuna voluntária ou consciente (NORBERTO BOBBIO, 'Teoria do Ordenamento Jurídico', p. 143/145, item n. 7, 1989, UnB/Polis), de caráter axiológico, cuja constatação evidenciaria a existência de 'silêncio eloquente', capaz de comprometer a interpretação exposta neste voto, no sentido de que a união estável homoafetiva qualifica-se, constitucionalmente, 'como entidade familiar' (CF, art. 226, § 3º).

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

Prevaleceu, apesar do silêncio e da literalidade do texto, a aplicação da Interpretação Evolutiva com fundamento em Princípios constitucionais.

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

Com efeito, o tema trata evolução do conceito lacunas, na qual Bobbio (2014, p. 133) chega ao conceito de "lacuna ideológica" (em contraposição às "lacunas reais"), ou seja, a ausência de uma solução satisfatória, justa, apesar da existência de norma regulamentadora do caso, uma conclusão que decorre do confronto de como o ordenamento jurídico é e de como ele deveria ser. Porém, quando às lacunas ideológicas, adverte Bobbio:

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

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

De fato, ao criticar a decisão do STF sobre a união de pessoas do mesmo sexo, Lacerda e Sá Müller (2016, p. 113) defendem que não compete ao Poder Judiciário o preenchimento de lacunas ideológicas:

Esse entendimento, contudo, não é adequado. É verdade que é papel do Poder Judiciário desenvolver a aplicação do direito nos casos em que a lei apresenta lacunas. Ao se falar dessas ausências normativas, porém, é necessário que se tenha em mente que o conceito ao qual se remete é o de lacunas próprias, autênticas, que são as relacionadas à incompletude de uma norma ou parte do sistema. Não se alude às lacunas impróprias, que se apresentam de forma ideológica, pois, como visto, em face destas não cabe a colmatação judicial (...). A aplicação íntegra do direito garante a segurança jurídica e evita que o juiz se transforme em uma espécie de legislador, o que feriria a separação dos poderes. É, portanto, uma teoria normativa, apta não apenas a identificar a lei (ou o precedente), mas também a justificá-la moralmente do melhor modo possível. Sua principal preocupação é afastar a possibilidade de edição, por parte do juiz, de novas regras criadas pós-fato, desconsiderando, desse modo, os direitos individuais pré-existentes (...) Em relação às lacunas impróprias, contudo, não cabe preenchimento judicial, pois se trata de uma questão de política, que deveria ser solucionada pelo poder competente, no caso o Legislativo.

Importante ressaltar aqui que não é objeto deste trabalho adentrar ao mérito das decisões, ou seja, debater se são juridicamente corretas ou não as decisões tomadas quanto ao aborto do feto anencefálico, à pesquisa com células troncos ou ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. O que se busca aqui é apontar a ausência de uniformidade metodológica e de categorias bem definidas da hermenêutica, o que, como já visto, pode levar à construção ou desconstrução do paradigma constitucional, pode levar tanto à garantia e efetividade dos Direitos Fundamentais em questão como pode ser um obstáculo para exercício a tais direitos.

Com efeito, o risco da ausência de uniformidade metodológica e de categorias bem definidas da hermenêutica, tal como descrito no contexto acima, é a insegurança causada pela falta

de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes. Como consequência há uma liberdade de argumentação tão extensa que beira ao arbítrio.

Em outras palavras, quando convém ao intérprete, ele declara o Silêncio Eloquente; quando não, o intérprete se socorre dos Princípios e declara uma indeterminação da norma cuja concretização pode ser feita pelos próprios valores do intérprete e não pelos valores declarados democraticamente.

Tal contexto não condiz com o paradigma trazido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estado Democrático de Direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria do Silêncio Eloquente, apesar de reconhecida em diversos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, atribui efeitos jurídicos à intencionalidade da Constituição ao silenciar, e mesmo diante de casos de expressa literalidade do texto constitucional, prevalece atualmente na Jurisprudência da Corte a aplicação da Interpretação Evolutiva e principiológica com o afastamento de hipóteses de Silêncio Eloquente.

O estudo constatou que tal fato demonstra a ausência de uniformidade metodológica e de categorias sobre o Silêncio Constitucional, visto que, sem qualquer critério técnico-jurídico, a decisão fica entregue ao livre arbítrio do intérprete o reconhecimento ou não do Silêncio como eloquente.

Verificou-se que o risco da ausência de uniformidade metodológica e de categorias da hermenêutica é a insegurança causada pela falta de controle da racionalidade das decisões judicial por meio de critérios objetivos, também inexistentes diante de uma liberdade de argumentação tão extensa que beira ao arbítrio.

Concluiu-se, portanto, pela inadequação da Teoria do Silêncio Eloquente, seja tal como elaborada pela Doutrina, seja tal como aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, para explicar o instituto do Silêncio Constitucional conforme o paradigma construído a partir da Constituição Federal de 1988.

Como examinado, a aplicação de um Sistema Constitucional de controle da racionalidade das decisões judiciais para evitar a desconstrução do paradigma constitucional é pressuposto do Estado Democrático de Direito. E uma proposta para concretização desse desiderato diante do Silêncio Constitucional é a inclusão de ferramentas de deliberação, tais como as Audiências Públicas e o instituto do *Amicus Curiae*, o que apontam para possíveis respostas à questão sobre quais os instrumentos e a mecânica que podem possibilitar ao Judiciário garantir a Democracia e a Segurança Jurídica na interpretação dos valores da sociedade reconhecidos pela Constituição, mas isso já é assunto para outro artigo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

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

BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEÇAK, R. A dimensão ético-moral e o direito. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 9, p. 307-320, jan./jun. 2007.

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

BEÇAK, R. **Democracia - Hegemonia e Aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 maio 2018.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de**

constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal.** Brasília: Diário Oficial da União, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 371.** Brasília: STF, 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1505468>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510.** Brasília: STF, 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em: 02 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277.** Brasília: STF, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em: 03 maio 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Brasília: STF, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 12 abr. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 593727 (Repercussão Geral).** Brasília: STF, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>. Acesso em: 02 maio 2018.

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

CAMPOS, H. S. O. O Direito Brasileiro, as Lacunas Constitucionais, o Silêncio Eloquente e os Conceitos Jurídico-Constitucionais Indeterminados. **Série Monografias do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, Brasília, v. 11, p. 319-413, 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/view/1443>. Acesso em: 12 abr. 2018.

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

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

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

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

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

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

FERRAZ, A. C. D. C. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 2^a. ed. Osasco: EdifIEO, 2015.

FERREIRA, O. A. V. **Sistema Constitucional das Crises: Restrição a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Método, 2009.

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

HORTA, R. M. Permanência e Mudança na Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 1, p. 209-232, out./dez. 1992.

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

LACERDA, B. A.; MÜLLER, M. D. S. As lacunas constitucionais e o direito como integridade: análise de um caso concreto. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 20, n.1, p. 102-118, abr. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2016v20n1p102>. Acesso em: 12 abr. 2018.

LARENZ, Karl. **Metodología de la ciencia del derecho**. 2^a. ed. Barcelona: Ariel, 2001.

LASSALLE, F. **O que é uma Constituição?**. Leme: Edijur, 2016.

LOUGHLIN, M. The Silences of Constitutions. **Freiburg Institute of Advanced Studies**, Freiburg, p. 1-16, 2017. Disponível em: http://www.jura.uni-freiburg.de/de/institute/rphil/freiburger_vortraege/silences-of-constitutions-m.-loughlin-manuskript.pdf. Acesso em: 12 abr. 2018.

MENDES, C. H. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciência Humanas, Departamento de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOJIRI, S. **Neoconstitucionalismo versus Democracia - um olhar Positivista**. Curitiba: Juruá, 2012.

RAMOS, E. D. S. **Ativismo Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REVÓRIO, F.J.D. **La “Constitución abierta” y su interpretación**. Lima: Palestra, 2004.

REVÓRIO, F.J.D. **Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

SCALIA, A. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. 2ª. ed. Princeton: Princeton University Press, 2018.

SILVA, J. A. D. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 49, p. 368-388, jul.set. 2004.

SILVA, V. A. D. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SILVA, V. A. D. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. D. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 115-143.

SILVA, V. A. D. O STF e o Controle de Constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 250, p. 197-227, 2009.

STRAUSS, D. A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, L. L. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SUNSTEIN, C. **A Constituição Parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SUNSTEIN, C. **A Constitution of Many Minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

TAVARES, A. R. **Curso de Direito Constitucional**. 16ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAVARES, A. R. (org.). **Justiça Constitucional. Pressupostos Teóricos e Análises Concretas**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

TAVARES, A. R. **Paradigmas do Judicialismo Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TRIBE, L. H. Toward a Syntax of the Unsaid: Construing the Sounds of Congressional and Constitutional Silence. **Indiana Law Journal**, Indiana, v. 57, n. 4, mar. 1982. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol57/iss4/1>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRIBE, L. H. Advanced Con Law Seminar: ‘Constitutional Silences’. **Harvard Law School**, 2016. Disponível em: <https://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69406>. Acesso em: 12 abr. 2018.

TRIBE, L. H. **The Invisible Constitution**. New York: Oxford University Press, 2008.

WALDRON, J. **Law and disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

CONSTITUTIONAL SILENCE:

THE INADEQUACY OF THE THEORY OF ELOQUENT SILENCE FOR THE 1988 FEDERAL CONSTITUTION INTERPRETATION

ABSTRACT

The present work has as object of study the Constitutional Silence. In the course of the research it was verified that the delimitation of the Constitutional Silence as an institute of Constitutional Hermeneutics is presupposition of the legal rationality of judicial decisions about the effectiveness of Fundamental Rights. In order for Constitutional Silence to be one of the ways of development of the Democratic State of Law, this work proposes to study its categorization by the Theory of Eloquent Silence in national doctrine and in the jurisprudence of the Federal Supreme Court (STF) in particular to answer if there is adequacy of said theory for the interpretation of the Federal Constitution of 1988. The Research was executed under the approach of legal dogmatics, therefore, with preponderant use of the deductive method. The inductive method was used in the part of the work in which it was necessary to analyze concrete cases of STF Jurisprudence. As central conclusions of the work we have the risk to the Democratic State of Law in the absence of methodological uniformity and of categories of hermeneutics in the interpretation of constitutional silence and legal insecurity caused by the lack of control of the rationality of judicial decisions by means of objective criteria. In view of the paradigm constructed from the Federal Constitution of 1988, the work concludes, therefore, by the inadequacy of the Theory of Eloquent Silence, either as systematized by national doctrine or as applied by the Federal Supreme Court.

Keywords: Constitutional System. Constitutional Hermeneutics. Constitutional Silence. Judicial Review. Eloquent Silence.