

HÁ OPOSIÇÃO ENTRE DIREITO E LÓGICA? OS PARADOXOS DA AUTORREFERÊNCIA, A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 26/85 E O SENTIDO MÁGICO DA LEI

Felipe de Abreu Fortaleza*

Eric de Moraes e Dantas**

Álison Jose Maia Melo***

RESUMO: Busca-se estudar os paradoxos de autorreferência e auto-emenda, ilustrando a problemática através do caso da Emenda Constitucional nº 26/85, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte. Demonstra-se em detalhes como a autorreferência gera uma necessária quebra da cadeia de validade entre a Constituição ditatorial e a de 1988. Aborda-se a tentativa de solução dos paradoxos proposta por Ross, ao mesmo tempo em que se demonstra o equívoco dela. Posteriormente, é apontado o fato de que os paradoxos não se limitam à forma do Direito, mas também se aplicam à noção de Soberano que lhe é subjacente. Por fim, argumenta-se que o surgimento de tais paradoxos não se deve somente às limitações naturais da linguagem, mas também à violência fundante do Direito, que é anterior à própria lógica da positividade. O trabalho é de cunho filosófico e a pesquisa se centra em autores da lógica, da epistemologia e da teoria do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Autorreferência. Reflexividade. Emenda Constitucional nº 26/85.

IS THERE AN OPPOSITION BETWEEN LAW AND LOGIC? THE PARADOXES OF SELF-REFERENCE, THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 26/85 AND THE MAGICAL MEANING OF THE LAW

ABSTRACT: This research seeks to study the paradoxes of self-reference and self-amendment, illustrating the problem through the case of the Constitutional Amendment nº. 26 of 1985, which summoned the *Assembleia Nacional Constituinte* (Brazil's "National Constituent Assembly" for the current Constitution). The paper shows in details how self-reference necessarily causes a rupture in the chain of validity between the dictatorial Constitution and the Constitution of 1988. It also comments on Ross' attempt to solve the paradox of self-reference, demonstrating its error. After, the paper shows that the paradoxes are not limited to the formal aspects of Law, but that they are applicable to the notion of the Sovereign which is underlying to the Law. Finally, the paper proposes that the rise of such paradoxes is not a mere result of the natural limitations of language, but that they are also caused by Law's founding violence, which is prior to the logic

119

* Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Fortaleza – CE – Brasil. E-mail: abreufortaleza@hotmail.com

** Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. E-mail: ericdantas@gmail.com

*** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor Titular de Direito Empresarial pelo Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7. Advogado. E-mail: alisson@uni7.edu.br

of positivation. The paper is philosophical in nature and the research is centered on authors in the fields of logic, epistemology and jurisprudence.

KEYWORDS: Self-reference. Reflexivity. Constitutional amendment nº 26/85.

1. INTRODUÇÃO

“Well, the way of the paradoxes is the way of the truth. To test reality we must see it on the tight rope. When verities become acrobats, we can judge them.”

Oscar Wilde

A autorreferência e suas consequências para a validade de normas é problema jusfilosófico não completamente resolvido. No contexto brasileiro, a questão é importante para a análise da relação entre a Emenda Constitucional nº 26/85, que convocou a Assembleia Nacional Constituinte, e a constituição atual.

Para tal análise, não basta a interpretação doutrinária do direito positivo; é a reflexão sobre os paradoxos que ajudará a expor a verdadeira conexão entre os dois instrumentos jurídicos – na verdade, entre os dois enquadramentos constitucionais.

Quer-se dar aqui uma resposta a questões levantadas à época da constituinte, e também a questões que ficaram por ser feitas: teria a nova constituição validade decorrente da antiga? Seria a ANC tão apenas Poder Constituinte Derivado? Há meio de se justificar “juridicamente” que o Poder Constituinte (Originário), que era “permanente” na Ditadura, passasse a ser pontual, limitando-se ao dia de promulgação da Constituição de 1988?

A abordagem é dedutiva, com pesquisa teórica, bibliográfica e, principalmente, lógico-filosófica. Retoma-se a discussão teórica de Alf Ross (com seu “quebra-cabeça de direito constitucional”), bem como o problema similar encarnado no conceito de soberania, para ao final lidar com a verdadeira natureza do Estado – quer de direito, de exceção ou de qualquer outra qualidade –, causa primeira dos paradoxos.

Apresenta-se, de maneira geral, a Emenda nº 26/85 e o entendimento do Supremo Tribunal Federal (em realidade, de alguns de seus membros) sobre sua posição peculiar. Logo depois, aborda-se os paradoxos causados pela autorreferência. Por fim, propõe-se que todos estes paradoxos e falhas entre normas deixam entrever um caráter fundante da violência em todo e qualquer ordenamento.

É necessário dizer que não se abordará, aqui, a questão específica da constitucionalidade ou não da Anistia, sobre a qual o STF se debruçou e motivo pelo qual interpretou a natureza da Emenda nº 26/85. O objetivo é outro, mais abstrato e geral, em teoria constitucional no Brasil: entender as contradições das formas jurídicas e o que estas contradições dizem sobre a natureza do poder político.

2. A EMENDA N. 26/85 E A ADPF 153

Em 26 de abril de 1984, a Emenda Dante de Oliveira foi rejeitada. Esta Emenda permitiria eleições diretas para presidente da República. O movimento das Diretas Já e a frente suprapartidária que apoiavam a emenda restaram derrotados; os militares e governistas, embora desgastados, puderam manter a transição para a democracia sob suas regras. Tancredo Neves, que sairia vencedor no colégio eleitoral, adotou um tom moderado, apontando antes uma mudança de governo, e não alardeando uma ruptura política (SCHWARCZ e STARLING, 2018).

Após a morte de Tancredo Neves, José Sarney, conquanto filiado ao ARENA, partido político da base de sustentação do governo militar, manteve a postura reformista e conciliatória. Em 28 de junho de 1985, Sarney enviou ao congresso uma PEC que mais tarde se tornaria a Emenda nº 26/85, cujo conteúdo é ambivalente. Para muitos, tornou-se fonte de frustração e discordância política: convocava a Assembleia Nacional Constituinte, é fato, mas também trazia consigo uma anistia em âmbito constitucional. Vejam-se a seguir os quatro primeiros artigos:

Art. 1º Os Membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal reunir-se-ão, unicameralmente, em Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, no dia 1º de fevereiro de 1987, na sede do Congresso Nacional.

Art. 2º. O Presidente do Supremo Tribunal Federal instalará a Assembléia Nacional Constituinte e dirigirá a sessão de eleição do seu Presidente.

Art. 3º A Constituição será promulgada depois da aprovação de seu texto, em dois turnos de discussão e votação, pela maioria absoluta dos Membros da Assembléia Nacional Constituinte.

Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

Na ementa do acórdão da ADPF 153, em que o Supremo Tribunal Federal analisou (entre outras normas) a Emenda nº 26/85 para fins de declarar a constitucionalidade ou não da anistia, figura a assertiva de que “a Emenda [...] inaugura uma nova ordem constitucional, consubstanciando a ruptura da ordem

constitucional que decaiu plenamente no advento da Constituição de [...] 1988.”

Ainda, a ementa do acórdão denomina este evento como “Revolução Branca”, termo que bem ilustra a ideia de uma violência jurídica sem contraponto numa violência efetiva, própria da política. A forma foi rompida; o estado de coisas, não – ao menos, não de imediato.

Para o Ministro Relator da ADPF 153, Eros Grau, a Emenda nº 26/85 é norma-origem da Constituição de 1988 e faz parte desta¹. Para o Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, a Emenda nº 26/85 é falsamente emenda; na verdade, é arrimo da nova ordem².

Ambos os ministros citam Tércio Ferraz Júnior (2019), que considera que a emenda em caso ilustra perfeitamente sua teoria das regras de calibração. Tais regras teriam fundo ideológico e regeriam o sistema jurídico de modo a manter sua imperatividade. A emenda, pois, não é direito *stricto sensu*, mas ideologia.

Isto não foi bem compreendido por todos os juristas da época. O exemplo máximo é o artigo de Ramos (1988), voltado para formar opinião entre os constituintes. No documento, o autor afirma que a ANC possui Poder Constituinte Derivado, já que foi estabelecida pela própria Constituição vigente; deste modo, deveria respeitar alguns princípios básicos, cuja alteração só era possível através de uma Constituição realmente originária.

A opinião de Ramos é muito importante, exatamente pela divergência com a proposta teórica exposta neste artigo. A Constituição de 1988 não está fundada no Poder Constituinte Permanente dos Militares – mas poderia, hipoteticamente, estar?

3. PARADOXOS DE AUTORREFERÊNCIA

Um dos problemas da Emenda nº 26/85, a ser enfrentado de maneira mais particular neste artigo, está relacionado ao fenômeno da reflexividade semântica, em que uma linguagem se refere a si mesma enquanto objeto (autorreferência). Alguns, a exemplo de Popper (1954), consideram ser possível derivar significado de forma reflexiva. No caso da frase “esta sentença tem sentido”, Popper afirma que qualquer um que entenda as regras gramaticais da língua receberá e entenderá a mensagem.

¹ Página 44 do acórdão.

² Página 73 do acórdão.

Para Ross (1969), ao contrário, toda forma de reflexividade semântica gera frases sem significado. Assim, frases como “esta sentença tem sentido” ou “esta premissa é verdadeira” podem estar corretas do ponto de vista gramatical, mas sua falta de sentido decorreria de uma regressão ao infinito. A sentença “esta sentença tem sentido” pode ser convertida em “a sentença ‘esta sentença tem sentido’ tem sentido” e assim por diante, sem que se chegue jamais a um referencial útil. Por ausência de significado, portanto, Ross quer dizer vazio referencial ou circularidade estéril. Para ele, este tipo de frase, que denomina “genuinamente autorreferente”, deve ser evitada em todo e qualquer contexto, inclusive jurídico.

Aqui, porém, discorda-se em um sentido importante. A circularidade só é estéril se não gera efeitos externos. Se estes efeitos existem, não são confundidos com a própria sentença. Veja-se: a norma “as normas deste capítulo, incluindo esta, não podem ser alteradas” não é destituída de significado, na medida em que sua consequência (seu efeito) é a de que a dupla revisão (a revogação da impossibilidade de revogação) é proibida ao legislador. Nada nesta frase exige fazer uma regressão infinita, posto que, ao falar de si mesma e da proibição de sua revogação, a norma refere-se “àquilo que está positivado”, ou “aos caracteres positivados”, e com estes não se confunde exatamente.

Ora, o próprio Ross (1969), sem perceber, abre esta possibilidade ao dividir as autorreferências em “espúrias” e “genuínas”. O exemplo popperiano “estou falando tão suavemente que o bom e velho Sócrates não pode me ouvir” (POPPER, 1954, p. 164, tradução nossa) é, de acordo com Ross, uma autorreferência espúria, já que o objeto de referência não é o enunciado em si, mas os sons pronunciados. Da mesma forma, é possível considerar a autorreferência da lei “espúria”, pois norma-efeito (ou norma *stricto sensu*) e norma positivada (ou texto) são duas coisas distintas. Eis porque a norma exemplificada anteriormente é legítima.

Esta solução se aproxima das proposições de Tarski (1944). Embora não afirme que esta é a única definição possível, Tarski usa de uma teoria semântica para definir “verdade”. Parte, portanto, da ideia de que há verdade quando um enunciado corresponde a uma “fração” da realidade.

Além disso, na tentativa de fugir de paradoxos (a serem discutidos logo abaixo), Tarski afirma que é necessário utilizar linguagens semanticamente abertas, que façam referência a outras linguagens. Uma linguagem formal L1, portanto, poderia falar de outra, L0, sem que ocorresse qualquer obstáculo a

seu sentido. Se alguém falasse de L1, não estaria utilizando a própria linguagem de que fala, mas L2, e assim por diante, em quantos níveis fossem necessários.

Deste modo, há uma diferenciação entre metalinguagem (a linguagem em que se fala) e a linguagem-objeto (a linguagem de que se fala). No caso da norma que proíbe sua revogação, a metalinguagem é a norma em si, e o texto, a linguagem-objeto. Cria-se, pois, sentido, pois é possível atribuir um valor de verdade ao enunciado da metalinguagem.

De todo modo, a extensão do problema da autorreferência não é claro. A título ilustrativo, parece ser possível criar sentenças autorreferentes, mas não pensamentos autorreferentes; isto é, pensamentos que sejam seu próprio conteúdo; também não parece possível criar uma pintura representativa em que coincida com ela mesma o objeto representado (W. D. HART, 1987) – mais uma vez o problema da regressão ao infinito.

Certos modos de reflexividade semântica dão ainda origem a paradoxos, como o do mentiroso (BARTLETT, 1987), que, a princípio, parece manter relação com a emenda n. 26/85. A forma clássica do paradoxo do mentiroso é “esta sentença é falsa”. Porém, ele também pode se dar numa formulação indireta (POPPER, 1954), na forma de duas premissas:

(1) *A premissa 2 é verdadeira.*

(2) *A premissa 1 é falsa.*

Adaptando os termos de acordo com o critério da validade, e denominando a emenda n. 26/85 como norma 1 e a Constituição Federal de 1988 como norma 2, tem-se:

(1) *A norma 2 é válida.*

(2) *A norma 1 é inválida.*

Porém, a configuração de um paradoxo do mentiroso aqui é negada por alguns. Isto porque (neste contexto) por validade quer-se dizer também existência, e a existência de uma norma se dá através da temporalidade (SILVA, 2001).

No Direito, seguindo esta tese, premissas menores podem contradizer premissas maiores (HOERSTER, 1972), desde que não coexistam. Sistemas normativos, diferentemente de tantos outros sistemas, são dinâmicos e não possuem essências ou caracteres imutáveis que são “contraditos”, mas meramente porções revogadas ou abandonadas.

Apesar das diferenças entre o funcionamento da lógica pura e do direito aplicado, há de se perguntar se a temporalidade resolve de fato o problema. Note-se: ambas as normas tem vigência sobre períodos distintos e jamais se cruzam, pois a substituição ocorre de forma instantânea. É na instantaneidade que reside o problema.

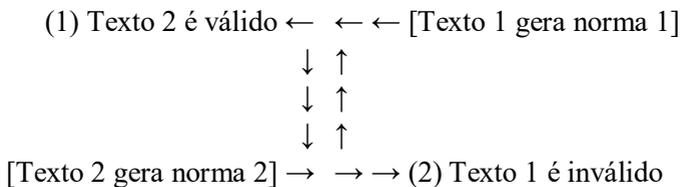
Os dois vetores de validade (validação da norma 2 pela norma 1; invalidação da norma 1 pela norma 2) ou ocorrem no mesmo átimo ideal e se contradizem (neste caso, configura-se o paradoxo), ou não ocorrem nunca, por não terem relação um com o outro.

Em outras palavras: a situação é como o postulado de Euclides sobre as paralelas, que jamais se cruzam – a não ser no infinito, uma mera abstração. Representa-se aqui as duas situações (paradoxo e não correlação, respectivamente):

Paradoxo	Quebra na cadeia de validade
(1) Norma 2 é válida	(1) Norma 2 é válida
↑↓	↓
↑↓	~~~~~
↑↓	↑
(2) Norma 1 é inválida	(2) Norma 1 é inválida

Assim, a única forma de resolver o paradoxo é considerar que as duas normas não possuem qualquer ponto de apoio uma na outra e nada podem dizer verdadeiramente uma sobre a outra, a não ser num plano não jurídico. Trata-se de verdadeira quebra da cadeia de validade (SILVA, 2001).

Cabe mencionar que, enquanto a diferença entre linguagem-objeto e metalinguagem pode explicar uma norma que proíbe a própria revogação, isto não é verdade quanto à norma que se revoga, ou que dá validade à sua revogação (o que é, na prática, o mesmo). Nestes casos, tanto a linguagem-objeto (“texto”), quanto a metalinguagem (“norma”) fazem parte do paradoxo. Em outras palavras, o paradoxo completo, considerando a diferença entre “texto” e “norma”, é como segue:



Qualquer tentativa de explicar a nova Constituição de maneira diferente de uma ruptura de forma, a exemplo do que faz Ramos (1988), não prospera: para que a Assembleia Nacional Constituinte representasse o poder constituinte derivado, e não originário, não poderia ter extinguido a constituição anterior – a menos que houvesse uma regra superior ao próprio enquadramento constitucional que o permitisse.

Coube, novamente, a Ross (1969) teorizar uma regra superior à constituição que possibilitasse a solução do paradoxo. Chamou a esta norma superior e não escrita de N_0 . O conteúdo de N_0 teria a seguinte estrutura: “aceite a autoridade da norma 1, até que esta aponte uma norma 2 para sucedê-la, e assim por diante”³. A existência de N_0 daria validade a ambas as normas e resolveria o imbróglio, servindo como inequívoca norma base de todo o Direito (*in casu*, Ross propõe que N_0 é o fundamento do ordenamento dinamarquês, mas a solução poderia ser teorizada tendo qualquer país em mente).

Há diversos problemas com a proposição de N_0 ; alguns menores e outros, fatais. Primeiro, cabe perguntar por que esta norma não escrita tem exatamente o conteúdo que Ross lhe dá. Por exemplo, N_0 poderia prescrever:

obedeça à autoridade instituída pelo art. 88; caso essa autoridade pretenda apontar uma autoridade sucessora, tal autorização deverá ser aprovada por unanimidade pelo Parlamento [ou por um grupo de notáveis; ou pelo representante da Igreja Católica; ou pela pessoa mais rica do país...]. (SILVA, 2001, p. 25)

Não há razão para preferir um ou outro enunciado. Assim, a norma de Ross é *ad hoc*, “explicando” o comportamento popular de aceitação da norma

³ No caso da constituição dinamarquesa, N_0 possuiria o seguinte comando: “obedeça à autoridade instituída pelo art. 88, até que essa mesma autoridade aponte uma autoridade sucessora; então, obedeça a essa autoridade, até que ela aponte uma sucessora; e assim sucessivamente”. O art. 88 estabelece os requisitos para o procedimento de emenda daquela constituição e equivale ao parágrafo 2º do artigo 60 da constituição brasileira.

126

2 somente num contexto muito restrito. Além disso, N_0 faz com que Ross se contradiga mais uma vez quanto à possibilidade de autorreferência em normas, pois, para que N_0 seja sempre a norma base do ordenamento, deve ser imutável, e para tanto deve estabelecer a imutabilidade para si mesma (SILVA, 2001 e HOERSTER, 1972). Para o próprio Ross, a autorreferência do tipo “esta norma não pode ser revogada” não possui sentido (como se viu supra, porém, isto não é verdade).

Outro problema: N_0 torna-se, com o tempo, completamente irrelevante para o entendimento político-jurídico dos cidadãos (HOERSTER, 1972). Mesmo supondo que um dia N_0 tenha existido ou passe a existir em algum ordenamento, após o decurso de várias gerações o povo não mais a recordaria e não a veria como fundamento do que quer que fosse (frise-se: N_0 é não escrita e pressuposta).

Para adicionar uma crítica às muitas já feitas por outros autores, propõe-se, aqui, que N_0 não difere em nada de uma hipótese que Ross (1969) cita e descarta:

A segunda resposta – que a norma básica não é lei promulgada e, portanto, não pode ser emendada por qualquer procedimento legal – não parece se sair muito melhor. Ela é contrária ao fato inegável de que as pessoas (na Dinamarca, ou em qualquer outro lugar) pensam e agem como se a norma básica (art. 88) pudesse ser emendada de acordo com suas próprias regras (p. 6, tradução nossa).

127

Nisto reside o ponto basilar deste trabalho. Ross procura negar que a aceitação de um novo art. 88 (ou de um novo art. 60, § 2º, da CF/88) seja meramente um fato sociopsicológico novo e independente, buscando encerrá-la numa cadeia de validade. Não há, porém, diferença entre N_0 e um fato sociopsicológico, que não é posto, não é escrito, não deriva de outras normas e justifica quaisquer mudanças de autoridade. N_0 , portanto, não é uma norma: é um fato. Este fato pode estar mais ou menos maquiado de norma, mas não pode ser derivado de nenhum procedimento. Representa uma ruptura de autoridade, irredutível ao direito em abstrato e à lógica. Representa, enfim, um novo soberano.

4. PARADOXOS DA SOBERANIA E PODER CONSTITUINTE/CONSTITUÍDO

Analisado o paradoxo da emenda n. 26/85 do ponto de vista estritamente lógico-jurídico, e observado que a constituição atual é fruto de uma quebra na

cadeia de validade, pode-se aplicar as conclusões tomadas ao âmbito da soberania.

O soberano, na qualidade de detentor de poder incontestável e absoluto, é objeto de contradições próprias. Como se verá a seguir, há pelo menos duas formas destas contradições – ambas, porém, são expressões do mesmo paradoxo da onipotência.

A origem deste paradoxo é teológica; enunciados como “pode Deus criar uma pedra tão pesada que ele mesmo não consiga levantá-la?” demonstram bem o cerne da questão, que reside nas consequências semânticas de “onipotente” (RAMSEY, 1956). O mesmo embaraço sentido pelos teólogos é o embaraço que o jurista sente diante de um soberano secular.

4.1. Um soberano pode estabelecer limites a seu poder?

Este problema diz respeito principalmente, mas não apenas, aos países que não reconhecem diferença entre poder constituinte originário e derivado. No caso da Inglaterra, por exemplo, a soberania concentra-se no parlamento, que não está adstrito a quaisquer limitações constitucionais⁴. Neste caso, seria possível o parlamento, tomado em determinado instante, editar leis que vincularão e limitarão os parlamentares no futuro?

Trata-se de uma escolha entre duas acepções: uma onipotência permanente e uma onipotência que engloba restrições potenciais a seu poder e mesmo sua existência. Herbert Hart (1986) argumenta que, embora se aceite normalmente a primeira opção, a escolha entre uma e outra é, em boa parte, pragmático-política.

No caso brasileiro, expressão deste problema é a possibilidade ou não de incremento nas cláusulas pétreas por parte do congresso. A princípio, não faz sentido o poder constituinte derivado limitar-se, já que esta função já cabe ao poder constituinte originário (BRANCO e MENDES, 2017).

Esta explicação funcional, porém, não é suficiente do ponto de vista da validade. Contudo, se aplicadas as compreensões elaboradas no tópico 2, verifica-se que a consequência lógico-jurídica do incremento de cláusulas pétreas será a diminuição da autoridade que as estabelece, e como o exercício da autoridade e sua diminuição se dão instantaneamente, mais uma vez tem-se um paradoxo. A única solução é dizer que o parlamento não pode juridicamente se

⁴ Tecnicamente, a soberania é da *Queen-in-Parliament* (“Rainha no Parlamento”), o que demonstra a fusão, mesmo que parcial, entre legislativo e executivo. A Rainha, por tradição, nunca deixa de aprovar as leis.

limitar, ou – o que dá no mesmo – que a validade dessa nova limitação não pode derivar de nenhuma outra norma.

O resultado, enfim, é a separação da soberania. Ter-se-á, a partir de então, mais de um polo de poder. Foi exatamente isto que se deu com a promulgação da Constituição de 1988: separou-se poder originário e derivado, e aquele primeiro ficou encarnado na constituição e passou a ser tutelado pelo Supremo Tribunal Federal, enquanto o segundo permaneceu com o Congresso Nacional.

Isto significa que, no caso brasileiro, houve duas quebras da cadeia de validade ao mesmo tempo: cortou-se o elo com a constituição de 1967, mas também o elo entre os dois poderes constituintes. A ANC aparece, assim, como um estranho limbo entre dois momentos constitucionais absolutamente desvinculados do ponto de vista formal.

4.2. Um soberano pode transferir seu poder a outrem?

Esta formulação é devida particularmente a Popper (1974), em sua revisão da obra de Platão. Tratar-se-ia de um “paradoxo da democracia”: pode o governo da maioria decidir, através de seus procedimentos, ceder o poder a um tirano? Embora em grau mais drástico, esta é uma variação do problema do item anterior. Se antes se falou de separação da soberania, agora se está diante de uma substituição ou apropriação da soberania.

As consequências aqui serão bastante similares. Um governo não poderá decidir por seu fim através de meios propriamente jurídicos, mas através de um suicídio político que estará num campo externo à lógica habitual do direito. Isto não significa que tal fenômeno não deve, em absoluto, ser estudado pelos juristas, mas tão somente que aqui eles se encontrarão com objetos morais e políticos, objetos não normativos: questões de conveniência, preferência, ideologia e embate social.

Poder-se-ia propor, como Popper (1974) o fez, uma teoria da soberania limitada, de forma a distribuir poder a diferentes instituições com certo grau de permanência, no intuito de escapar do paradoxo. Ocorre que a soberania limitada já é, por si só, transferência de soberania, bem como o é a proposta clássica da separação de poderes de Montesquieu (MAUS, 2010). Não há como escapar do problema; somente como encará-lo caso a caso, com argumentos de política.

Não está claro que toda separação de soberania é deletéria, nem está claro *a priori* em que momentos ela o é ou não. Repita-se: isto só pode ser averiguado *a posteriori*, a partir da observação de consequências concretas e do contexto político.⁵

Em suma, e repisando o que já se disse: se o direito fosse fundado nas ideias de “superioridade”, “maior força”, “domínio” ou outras menos incisivas, os paradoxos autorreferenciais não apareceriam de forma tão contundente. É compreensível dizer que um homem forte ou um indivíduo dominante criou algo que, eventualmente, não pode controlar. O mesmo, porém, não pode ser dito de um Deus (RAMSEY, 1956), nem de um soberano em sentido jurídico.

Da onipotência de Deus e da Lei espera-se um reflexo prático: todo e qualquer conteúdo deve estar disponível a estes poderes; a validade não deveria de forma alguma depender da prescrição específica da Lei (KELSEN, 1998). Isto, ao que parece, é verdade em todos os tipos de situação, menos um – a lei que se abole. Ou esta lei é impossível, ou é possível apenas se estéril, simbólica, “para inglês ver”.

5. O CARÁTER MÁGICO E A VIOLÊNCIA DA LEI

Anteriormente, comentou-se a aversão de Ross à reflexividade no Direito. Esta aversão, segundo Suber (1990), deixa transparecer um certo elitismo intelectual e mesmo uma ponta de jusnaturalismo – o que é paradoxal, considerando as duras críticas de Ross a esta corrente de pensamento.

Suber (1990) afirma, ainda, que não há testes lógicos que constituam um dever-ser superior ao Direito que é. Assim,

O princípio de que aquilo que é logicamente impossível deve ser legalmente impossível pode ser filosoficamente arrogante e ignorante da história do Direito, mas não é um mero equívoco. É uma nova variação no tema do Direito Natural. Em vez de concluir que a validade da lei humana depende de uma lei moral eterna, esta versão faz com que a validade dependa de uma lei lógica eterna. [...] Se a lei humana pode ser imoral sem deixar de ser lei, parece que pode deixar de ser lógica sem deixar de ser lei. O Direito tem seus próprios testes para o que constitui a lei, e estes teste validam muito do que é imoral e ilógico. Decidir que uma moral transcendente ou um teste lógico supera o teste legal, podendo invadir o que seria lei e validar o que seria meramente tácito é transformar a lei em

⁵ Exemplos reais sobre os quais tal observação pode ocorrer são a já mencionada separação entre poder constituinte originário e derivado no Brasil e a teoria da “estrutura básica da constituição” na Índia e países vizinhos (semelhante, mas não idêntica, ao caso brasileiro). O esquema supranacional da União Europeia aparenta ser, num primeiro momento, outro caso de separação de soberania; no entanto, como bem demonstra o *Brexit*, trata-se antes de um “empréstimo” de poderes. O poder nacional para revogar tal “empréstimo” é prova de que a soberania do país-membro resta intacta.

moralidade ou lógica e diminuir impropriamente, suas dimensões histórica e social. (tradução nossa)

A concordância com os argumentos de Suber depende do que se entenda por Direito. O Direito ilógico (quanto à sua própria validade) aparece em dois *loci* principais: na ruptura histórica de um sistema político e no período histórico de formação do mesmo. Ora, se o que há nestes dois momentos pode ser chamado de Direito, certamente é de uma espécie muito diferente do que aquilo que o termo “Direito” compreende na fala comum e, principalmente, na fala do jurista.

Direito ou não, este fenômeno de fronteira, assim como seus paradoxos, só podem ser “superados” através de um sentido mágico da lei. Os procedimentos, normas, tribunais, prazos, tradições e liturgias buscam a todo momento escamotear a violência original com que a lei se impõe e se faz sentir. Tal violência pode eventualmente subjugar o corpo humano, mas é antes de tudo uma violência contra a própria lógica: quem quer que faça uma cadeia de validade surgir onde nada havia antes é um prestidigitador, um taumaturgo.

Este assunto já foi própria e minuciosamente estudado por filósofos como Burckhardt, Benjamin, Carl Schmitt, Derrida e Agamben, entre outros; contudo, talvez a mais surpreendente evidência, ainda que relutante, seja a de Kelsen (1998, p. 22):

As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. É certo que, aparentemente, isto só se aplica às ordens sociais dos povos civilizados, pois nas sociedades primitivas também o comportamento dos animais, das plantas e mesmo das coisas mortas é regulado da mesma maneira que o dos homens. Assim, lemos na Bíblia que um boi que matou um homem deve também ser morto - como castigo, evidentemente. Na antiguidade havia em Atenas um tribunal especial perante o qual corria o processo contra uma pedra, uma lança ou qualquer outro objeto através do qual um homem, presumivelmente sem intenção, havia sido morto.

A lei impressiona, nestes contextos, por se aproximar da mana primitiva, da força que habita os seres vivos e das relações invisíveis que regem o mundo dos homens. A norma primitiva reside exatamente onde a natureza se torna cultura, e vice-versa. Neste monismo original, o homem, o ambiente e o sobrenatural são indistintos (MINOIS, 2014).

Além disso, como já se viu, a lei emana do “soberano”, um conceito essencialmente teológico. Os paradoxos da lei são concebidos em termos religiosos, transcendentais, como se partissem não da criação humana, mas de um outro elemento, externo e incondicionado.

Por que a lei não é capaz de superar suas naturezas religiosa e mágica? Porque, antes de ser linguagem, a lei é um fato: o poder. O Direito é uma interface entre a força que o estabelece (quer física, familiar, espiritual, política) e a linguagem em que é construído; jamais, portanto, livra-se das contradições latentes entre estes dois elementos.

Enfim, é possível fazer um adendo à discussão sobre a natureza da Emenda nº 26/85. Discorda-se aqui do STF no que diz respeito à emenda fazer parte da Constituição; trata-se, não de norma origem da nova Constituição, mas de norma estéril do regime anterior, com o qual a Constituição de 1988 rompe. Esta ruptura é um caso ideal para o estudo dos aspectos ilógicos do Direito, pois nela se entrevê a violência que é fundante e subjacente a qualquer ordem jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito não se opõe à lógica, mas também não se confunde com ela. Não se tem na lógica condição, quer suficiente ou necessária, para se a fazer identitária ao direito. Ademais, casos como o da Emenda nº 26/85 demonstram as deficiências da linguagem e da lógica para traduzir o poder e fazem questionar, inclusive, até que ponto os fundamentos da lei são plenamente conhecidos (ou mesmo cognoscíveis).

Em qualquer hipótese, é importante analisar os casos de fronteira e os paradoxos do Direito, não necessariamente para “solucioná-los”, mas para que o jurista se recorde da amplitude do Direito como forma.

Não raro, a ideia de Direito é confundida com aquela de soberania da constituição, com o reconhecimento de direitos fundamentais e com limitações constitucionais aos poderes. Estes elementos, contudo, são apenas parte do fenômeno jurídico – uma composição específica de forças que, conquanto eventualmente eficaz e desejável, não abarca tudo o que a lei pode ser.

A lei é mágica porque conjura o poder soberano; porque induz, com meras palavras, comportamentos e realidades. No entanto, a lei tanto usa quanto depende da linguagem. Por isso, o conflito entre democracia e autoritarismo, ou entre constituição e exceção, dá-se em grande parte nas trincheiras das palavras, dos significados e da atividade interpretativa.

REFERÊNCIAS

BARTLETT, S. J. Varieties of Self-Reference. In: BARTLETT, S.J. e SUBER, P. (org.). **Self-Reference** – Reflections on Reflexivity. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

R. Fac. Dir., Fortaleza, v. 42, n. 1, p. 119-133, jan./jun. 2021

BRANCO, P. G. G. e MENDES, G. F. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Introdução à ciência do direito**. 11ª ed. Atlas: São Paulo, 2019.

HART, H. L. A. **The Concept of Law**. Oxford: Clarendon Press, 1961.

HART, W. D. Causation and Self-Reference. In: BARTLETT, S.J e SUBER, P. (org.). **Self-Reference** – Reflections on Reflexivity. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

HOERSTER, N. On Alf Ross's Alleged Puzzle In Constitutional Law. In: **Mind**, 81, 1972, p. 422 ff.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MAUS, I. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MINOIS, G. **História do Ateísmo**: Os descrentes no mundo ocidental, das origens aos nossos dias. São Paulo: Unesp, 2014.

POPPER, K. R. Self reference and meaning in ordinary language. In: **Mind**, v. 63, n. 250, abril de 1954, pp. 162-169.

POPPER, K. R. **A sociedade aberta e seus inimigos**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1974.

RAMOS, J. S. Limitações de poderes e competência do congresso nacional nas funções constituintes. In: BRASIL. **Diário da Assembleia Nacional Constituinte (8 de janeiro de 1988)**. Senado: Brasília, 1988.

RAMSEY, I. T. The paradox of omnipotence. In: **Mind**, v. 65, n. 258, 1956, pp. 263-266.

ROSS, A. On self-reference and a puzzle in constitutional law. In: **Mind**, v. 78, n. 309, janeiro de 1969, pp. 1-24.

SCHWARCZ, L. M. e STARLING, H. **Brasil – uma biografia**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, V. A. D. Ulisses, as sereias e o poder constituinte derivado. In: **Revista de Direito Administrativo**, n. 226, 2001, pp. 11-32.

SUBER, P. **The Paradox of Self-Amendment in American Constitutional Law**. Online. Publicado em 1990. Disponível em: <https://legacy.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm>. Acesso em: 10 dez 2019.

TARSKI, A. The semantic conception of truth and the foundation of semantics. In: **Philosophy and Phenomenological Research**, v. 4, n. 3, pp. 341-376, mar 1944.