

DIREITO E MEMÓRIA

UMA COMPREENSÃO TEMPORAL DO DIREITO

DANIEL VIEIRA SARAPU

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003).

Mestrado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais (2007).

Doutorado em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais (2012).

Coordenador e professor do curso de Direito da Faculdade Novos Horizontes.

Professor do curso de Direito da Universidade José do Rosário Vellano.

DIREITO E MEMÓRIA

UMA COMPREENSÃO TEMPORAL DO DIREITO



Belo Horizonte
2012



CONSELHO EDITORIAL

| | |
|-----------------------------------|--------------------------------------|
| Álvaro Ricardo de Souza Cruz | Jean Carlos Fernandes |
| André Cordeiro Leal | Jorge Bacelar Gouveia - Portugal |
| André Lipp Pinto Basto Lupi | Jorge M. Lasmar |
| Antônio Márcio da Cunha Guimarães | Jose Antonio Moreno Molina - Espanha |
| Carlos Augusto Canedo G. da Silva | José Luiz Quadros de Magalhães |
| David França Ribeiro de Carvalho | Leandro Eustáquio de Matos Monteiro |
| Dhenis Cruz Madeira | Luciano Stoller de Faria |
| Dirceô Torrecillas Ramos | Luiz Manoel Gomes Júnior |
| Emerson Garcia | Mário Lúcio Quintão Soares |
| Felipe Chiarello de Souza Pinto | Nelson Rosenvald |
| Florisbal de Souza Del'Olmo | Renato Caram |
| Frederico Barbosa Gomes | Rodrigo Almeida Magalhães |
| Gilberto Bercovici | Rogério Filippetto |
| Gregório Assagra de Almeida | Rubens Beçak |
| Gustavo Corgosinho | Vladmir Oliveira da Silveira |
| Jamile Bergamaschine Mata Diz | Wagner Menezes |

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos reprográficos, sem autorização expressa da editora.

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Arraes Editores Ltda., 2012.

Plácido Arraes
Editor

Avenida Brasil, 1843/loja 110, Savassi
Belo Horizonte/MG
CEP 30.140-002
Tel: (31) 3031-2330

Coordenação Editorial: Fabiana Carvalho
Capa: Vladimir O. Costa e Charles Hoffert
Diagramação: Danilo Jorge da Silva
Revisão: Fabiana Carvalho

S343 Sarapu, Daniel Vieira
Direito e memória: uma compreensão temporal do
direito / Daniel Vieira Sarapu. – Belo Horizonte:
Arraes Editores, 2012.
311 p.
ISBN: 978-85-62741-52-4
1. Direito – Filosofia. 2. Direito natural.
3. Temporalidade. I. Título.
CDD: 340.1
CDU: 340.12

Elaborada por: Maria Aparecida Costa Duarte
CRB/6-1047

www.arraeseditores.com.br
arraes@arraeseditores.com.br

Belo Horizonte
2012

*Dedico esse trabalho a minha esposa
e aos meus filhos, que me proporcionam as
memórias mais felizes de minha vida.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar e especialmente, a meu orientador Marcelo Campos Galuppo, que acompanhou e dirigiu toda minha evolução como pesquisador em direito e a quem eu devo todo o crédito de minha formação enquanto acadêmico e professor de Direito.

Agradeço também ao restante do corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais por ter aperfeiçoado a qualidade da presente pesquisa com valiosas contribuições. Em especial, agradeço ao meu amigo e professor Marcelo Cattoni pela iniciação nos pensamentos de Ronald Dworkin e François Ost.

Agradeço aos meus colegas que integram o Grupo de Estudos coordenado pelo prof. Marcelo Galuppo e que me acompanharam nos permanentes debates acerca dos temas tratados pela presente pesquisa.

Agradeço à minha “tia” Solange Nobre por contribuir para fazer que as idéias contidas nessa tese ficassem dispostas em um texto mais claro e objetivo.

Devo um agradecimento especial ao professor Stephan Kirste que, em suas visitas ao Brasil, sempre nos brindou com sua leitura problematizante da relação entre tempo e direito.

Por fim, agradeço do fundo do meu coração a minha mãe, que durante essa longa jornada sempre me deu suporte e esteve ao meu lado nos momentos mais difíceis.

People, even regular people, are never just any one person with one set of attributes. It's not that simple. We're all at the mercy of the limbic system, clouds of electricity drifting through the brain. Every man is broken into twenty-four-hour fractions, and then again within those twenty-four hours. It's a daily pantomime, one man yielding control to the next: a backstage crowded with old hacks clamoring for their turn in the spotlight. Every week, every day. The angry man hands the baton over to the sulking man, and in turn to the sex addict, the introvert, the conversationalist. Every man is a mob, a chain gang of idiots.

This is the tragedy of life. Because for a few minutes of every day, every man becomes a genius. Moments of clarity, insight, whatever you want to call them. The clouds part, the planets get in a neat little line, and everything becomes obvious. I should quit smoking, maybe, or here's how I could make a fast million, or such and such is the key to eternal happiness. That's the miserable truth. For a few moments, the secrets of the universe are opened to us. Life is a cheap parlor trick.

But then the genius, the savant, has to hand over the controls to the next guy down the pike, most likely the guy who just wants to eat potato chips, and insight and brilliance and salvation are all entrusted to a moron or a hedonist or a narcoleptic.

The only way out of this mess, of course, is to take steps to ensure that you control the idiots that you become. To take your chain gang, hand in hand, and lead them. The best way to do this is with a list.

It's like a letter you write to yourself. A master plan, drafted by the guy who can see the light, made with steps simple enough for the rest of the idiots to understand. Follow steps one through one hundred. Repeat as necessary.

(NOLAN, 2012)

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| PREFÁCIO | XV |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO 1 | |
| RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DAS CONDIÇÕES EPISTÊMICAS DO DISCURSO CIENTÍFICO E FILOSÓFICO SOBRE O TEMPO NO PENSAMENTO MODERNO E CONTEMPORÂNEO | 7 |
| 1 A matriz física: o tempo como uma propriedade do mundo natural | 9 |
| 1.1 O tempo absoluto da mecânica clássica de matriz newtoniana | 10 |
| 1.2 O espaço-tempo da física quântica | 16 |
| 2 A matriz filosófica: o tempo como uma propriedade da estrutura cognitiva humana | 23 |
| 2.1 Santo Agostinho e a <i>distentio animi</i> | 24 |
| 2.2 O tempo como condição de possibilidade da experiência em Immanuel Kant | 26 |
| 2.3 A compreensão do tempo a partir do intuicionismo de Henri Bergson | 30 |
| 2.4 A temporalidade como condição de possibilidade da ontologia na fenomenologia de Edmund Husserl e de Martin Heidegger | 34 |

| | |
|--|----|
| 3 A matriz sociológica: o tempo social como produto da vivência coletiva do homem..... | 42 |
| 3.1 O tempo como uma construção social | 43 |
| 3.2 O tempo como distinção entre passado e futuro na teoria dos sistemas sociais..... | 47 |

CAPÍTULO 2

| | |
|--|----|
| SOBRE A IMAGEM DO TEMPO NAS TEORIAS JURÍDICAS MODERNAS | 53 |
| 1 Contextualização histórica da formação do direito moderno. | 54 |
| 2 O jusnaturalismo e o Direito Natural | 56 |
| 2.1 Principais traços da configuração do Direito Natural na antiguidade..... | 57 |
| 2.2 O jusnaturalismo racionalista e os efeitos da geometrização do Direito Natural na relação entre tempo e direito..... | 68 |
| 3 O positivismo jurídico e suas vertentes..... | 80 |
| 3.1 Origem e características gerais do positivismo jurídico..... | 80 |
| 3.2 Os métodos interpretativos desenvolvidos pela hermenêutica jurídica como elementos responsáveis pela blindagem do direito em relação ao tempo..... | 89 |
| 3.2.1 A hermenêutica romântica e a consolidação do modelo conversacional de interpretação na tradição romano-germânica..... | 90 |
| 3.2.2 O apogeu do modelo conversacional no positivismo semântico - Do positivismo analítico inglês ao normativismo de Hans Kelsen..... | 95 |

CAPÍTULO 3

| | |
|---|-----|
| O RESGATE DA COMPREENSÃO TEMPORAL DO DIREITO NA TEORIA JURÍDICA PÓS-POSITIVISTA..... | 111 |
| 1 A renovação metodológica do pós-positivismo e a abertura teórica para uma compreensão temporal do direito | 112 |
| 2 François Ost e a influência do positivismo jurídico na relação dialética entre tempo e direito | 114 |
| 2.1 Sobre a relação dialética entre tempo e direito | 114 |
| 2.2 Da relação entre a compreensão do direito sob o paradigma do positivismo e a destemporalização..... | 119 |

| | |
|--|-----|
| 3 A busca do equilíbrio temporal no modelo de princípios de Ronald Dworkin | 126 |
| 3.1 A atitude interpretativa | 127 |
| 3.2 Apresentação das concepções interpretativas do direito e de sua respectiva relação com a temporalidade | 140 |
| 3.2.1 O convencionalismo..... | 140 |
| 3.2.2 O pragmatismo jurídico | 146 |
| 3.2.3 O direito como integridade: entre a história e a estória | 155 |
| 4 Conclusão do capítulo..... | 162 |

CAPÍTULO 4

| | |
|--|-----|
| FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UMA TEORIA GERAL DA MEMÓRIA | 165 |
| 1 A memória enquanto função biológica..... | 167 |
| 1.1 Conceituação e caracterização da memória enquanto propriedade dos organismos biológicos..... | 167 |
| 1.2 Classificação dos tipos de memória segundo sua função, conteúdo e duração | 169 |
| 1.3 Evocação e extinção das memórias | 173 |
| 1.4 Amnésias e patologias da memória..... | 174 |
| 2 A memória como objeto e como método da História | 175 |
| 3 A memória como objeto de investigação das ciências sociais.. | 186 |
| 3.1 A memória como produto da experiência coletiva e cultural..... | 187 |
| 3.2 A memória como propriedade dos sistemas sociais | 193 |
| 4 A investigação filosófica em busca de uma fenomenologia da memória..... | 198 |
| 5 Traços gerais do conceito de memória e síntese do capítulo ... | 213 |
| 5.1 A memória como elemento de conexão entre o indivíduo e a temporalidade..... | 213 |
| 5.2 A memória é a propriedade pela qual os indivíduos constituem sua identidade | 214 |
| 5.3 A memória organiza a experiência de forma narrativa..... | 214 |

CAPÍTULO 5

| | |
|--|-----|
| A MEMÓRIA JURÍDICA E A SUPERAÇÃO DA AMNÉSIA DO DIREITO | 217 |
|--|-----|

| | |
|--|---------|
| 1 A memória como função do subsistema social do direito | 218 |
| 1.1 O direito como um subsistema da sociedade | 218 |
| 1.2 A temporalidade do direito | 223 |
| 1.3 A memória jurídica e sua função de tornar disponível informação ao sistema jurídico..... | 226 |
| 2 A memória do direito como elemento de integração social por meio da recordação do passado | 230 |
| 2.1 O direito como elemento integrante da memória social.... | 231 |
| 2.1.1 A memória social como ferramenta de investigação da memória jurídica..... | 231 |
| 2.1.2 A conservação da memória social nas etapas do desenvolvimento histórico do direito..... | 236 |
| 2.2 O direito como guardião da memória social..... | 241 |
| 3 A memória jurídica como metanarrativa da interpretação jurídica..... | 247 |
| 3.1 Do caráter narrável do direito | 249 |
| 3.2 Os elementos da estrutura narrativa segundo Paul Ricoeur | 251 |
| 3.2.1 A frase narrativa | 254 |
| 3.2.2 Followability ou a capacidade de seguir uma estória.... | 261 |
| 3.2.3 O ato configurante como elemento de organização da narrativa..... | 268 |
| 3.2.4 A armação da intriga como a operação narrativa da metahistória | 270 |
| 3.3 Interpretação, lembrança e narrativa no direito como integridade | 272 |
| CONCLUSÃO | 275 |
| REFERÊNCIAS | 279 |

PREFÁCIO

Fiquei feliz por ter sido convidado para redigir o prefácio deste livro, mas assumi também uma enorme responsabilidade. Temos aqui uma obra rara e importante, que certamente marcará a literatura jurídica brasileira. Creio, muito sinceramente, que o *Direito e Memória: Uma compreensão temporal do direito* do professor doutor Daniel Vieira Sarapu é um dos mais preciosos trabalhos sobre as recém-instauradas reflexões acerca da relação do direito com o tempo, o direito como guardião da memória social, como fenômeno reflexivo sobre a experiência, capaz reconhecer e consolidar o aprendizado humano.

Para o autor, o direito e o tempo se encontram em uma relação dialética. Contudo, tanto a tradição do direito natural quanto a do positivismo jurídico negligenciaram essa complementação, contribuindo, inclusive, para dismantelar essa importante relação. O direito natural se propõe fora do tempo como um saber atemporal e o direito positivo, por sua vez, construiu para si um tempo próprio, autônomo em relação ao tempo social. O livro, então, propõe uma corajosa e arrojada revisão do fenômeno jurídico, compreendendo a sua temporalidade.

O trabalho que o leitor tem em mãos é o que se pode chamar de pesquisa de fôlego. Para cumprir seu périplo, Daniel Vieira Sarapu foi capaz de imersões profundas e complexas, cobrindo de modo impecável inúmeros autores da temática da memória, do tempo e suas implicações para o direito. Embora denso e rico, o texto ainda conseguiu revelar-se preclaro e objetivo, isso devido à arte retórica de um professor por excelência, aquele que decodifica o mundo aos outros de modo simples e interessante.

É impressionante que o livro consiga meter-se numa visceral viagem reconstrutiva do que vem a ser o conceito de memória e de temporalidade passando sem trepidações ou dificuldades por Aristóteles, por autores medievais, pela física mecânica e quântica, pela condição de experiência kantiana, pelo intuicionismo bergsoniano, pela ontologia fenomenológica husserliana e heideggeriana e com grande perspicácia pela teoria sistêmica de

Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi, para então perscrutar a literatura contemporânea, como o fez traduzindo a essência de Maurice Halbwachs, Paul Ricoeur, Ronald Dworkin, François Ost, Stephen Kistler e tantos outros. E tantos outros! Essa grande diversidade de abordagens não se tornou tumultuada e nem pedante, mas se revelou absolutamente concatenada, sistematizada e coerente. Eis que o livro se tornou um tratado sobre a relação entre o direito e o tempo. Como dispus antes, uma das mais preciosas obras sobre as novas reflexões acerca da relação entre direito, memória, narrativa, temporalidade; enfim, um marco na literatura jurídica sobre o assunto.

Entretanto, o livro não é só um compêndio bem completo, é também original e crítico em suas abordagens, consistindo em teses assaz originais, inovadoras. Isso porque as abordagens tomadas são criativas, como, por exemplo, integrar à discussão da memória a temática do pós-positivismo, como o fez compatibilizando Ronald Dworkin e Paul Ricoeur, relacionando a teoria da narrativa à tese da integridade do direito, ou, ainda, ao fazer da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann e Raffaele De Giorgi um importante arcabouço para se pensar o fenômeno do aprendizado no direito, a partir da ideia de autorreflexão, autorreconhecimento crítico do sistema social. Ainda não faltaram análises da dimensão cognitiva do direito e até o pragmatismo serviu ao complexo ideário apresentado.

Aproveito para atentar o leitor sobre algumas passagens especiais. O Capítulo 5 é especialmente criativo e decisivo no livro. Nele, o autor procura retomar a questão da memória com o escopo de superar a amnésia no direito e o fará através de três subteses: Primeiro, ao abordar a teoria dos sistemas, descortina que a memória jurídica é responsável por efetuar a conexão entre o direito e o tempo por meio da construção social da temporalidade feita dentro do bojo jurídico, porque o direito é um subsistema do sistema social. No segundo momento, revela que a memória jurídica se perfaz como elemento de integração cultural da sociedade sob forma de memória coletiva, social ou cultural, responsável por construir o fenômeno da identidade social e revelar a própria história das técnicas jurídicas, passando do direito costumeiro, oral até à codificação. No terceiro e último momento, aborda a questão da narrativa, versando sobre a capacidade de evolução do fenômeno jurídico, capaz de situar criticamente o interprete do direito nos processos de tomada de decisão. Enfim, o quinto capítulo esforça-se para demonstrar como a memória é capaz de organizar a experiência.

Quando disserta sobre a teoria dos sistemas, tenta provar que como subsistema social o direito é composto por comunicações cognitivas recursivas, o que lhe garante perfil autopoietico. O direito é um subsistema social e, portanto, possui uma diferenciação funcional por meio de códigos linguísticos específicos e binários. Por meio dessa teia de operações comunicativas, o direito lida com as crescentes complexidades e contingências do sistema social, em permanente evolução. Portanto, o direito aprende com a assimilação de novas informações e as transforma em norma, o reflexo de sua evolução. Então, por exemplo, quando as sociedades ocidentais passaram a exigir e fazer valer a eficácia dos direitos humanos depois dos anos 70, com a consolidação ideológica dos Estados Democráticos de Direito, o subsistema jurídico passou a proteger os enunciados de respeito aos direitos humanos em detrimento de outros direitos, outrora mais importantes, com a razão de Estado ou o princípio da legalidade, a exemplo. O direito, como supõe Niklas Luhmann, procura reduzir complexidades e estabilizar expectativas de compor-

tamento dos indivíduos e o faz por meio de normas. As normas são meios eficazes de garantir as expectativas, porque podem lidar com frustrações e desapontamentos. O direito é capaz, destarte, de lançar um olhar reflexivo sobre si próprio e de se atualizar com referência ao seu ambiente, seu entorno. Conclui o autor, então, a partir de sua incursão na teoria dos sistemas, sobre a capacidade do direito de se renovar criticamente e, dessa forma, produzir novas garantias normativas, em processo de autoevolução. O direito é, portanto, um fenômeno temporal, que precisa reproduzir um estado em que venha a atender a necessidade de sobrevivência e de compatibilidade do próprio subsistema no seu ambiente. Logo, por ter consciência autorreflexiva, ele cria (inventa) o seu passado segundo suas necessidades futuras. Ao escolher quais normas deverão ser observadas no futuro, reafirma a dinâmica temporal de sua existência como processo de complementação entre passado, presente e futuro. Como escreve o autor, “o direito precisa construir e reconstruir permanentemente a sua história a partir do presente: em cada momento em que o sistema é obrigado a fazer escolhas quanto às operações comunicativas que deseja empregar para se autorreproduzir, ele constrói uma nova realidade acerca do passado, a fim de que sua programação em relação ao futuro possa obter sucesso”.

Por outro lado, não posso deixar de comentar nesta breve síntese introdutória ao trabalho, que se fez formidável também a forma como o autor entrelaçou e ao mesmo tempo diferenciou as memórias coletiva, social e cultural. O autor filtra de todo arcabouço teorizado por Maurice Halbwachs que a **memória coletiva** molduraria as lembranças individuais, influenciando-as e até formatando-as. Com isso, a memória coletiva teria uma natureza comunicacional, porque seria efeito de convencimentos relativamente homogêneos transmitidos no interior de uma comunidade. A memória coletiva se revela a partir de grupos sociais pequenos, portanto é também efêmera, pois corre o risco de se perder em poucas gerações. Já a memória social, com extensão e duração mais amplas, consegue perpetuar um saber mnemônico. Contudo, a memória social poder ser manipulada, suprimindo, restringindo ou mesmo inventando falsamente o passado. Todavia, como uma espécie de “narrativa de resistência”, cabe à memória coletiva revelar em que momento a memória social foi usada estrategicamente, com fins de manipulação, desnudando suas contradições. Isso se verificou na história recente do Brasil, quando nos deparamos com a mássica campanha midiática levada a efeito pelo governo militar ditatorial (1964-1985), fazendo uso da censura e manipulando informações durante e até depois do período ditatorial. Contudo, os relatos individuais, as reminiscências dos parentes das vítimas vieram paulatinamente à tona, desmentindo a memória social imposta, reconstruindo um passado que havia sido suprimido, submetido ao silêncio. Já a **memória cultural** tem outro perfil, pois se faz por meio de símbolos, objetos carregados de energia sentimental, atingindo então os sujeitos legatários de uma mesma tradição. Suas propriedades, que se caracterizam como uma espécie de mídia da memória, têm objetivos específicos de transmissão de valores, revelando-se uma espécie de mnemotécnica que procura penetrar o inconsciente coletivo e estabelecer o sentimento de unidade e de identidade.

A partir dessas teses que relacionam e diferenciam as memórias coletiva, social e cultural, o autor localiza o fenômeno jurídico junto à memória cultural e passa a discurrir sobre suas fazes evolutivas remontando desde a instituição do direito costumeiro (*mores*), o direito oral, até as técnicas legislativas da codificação, em busca de uma lin-

guagem concisa, efeitos sintéticos de saberes acumulados ao longo da tradição jurídica. Com isso, o autor constrói preciso prisma para que se enxergue a história do direito, suas técnicas, suas conquistas metodológicas para, então, defender a tese de que o direito é o guardião da memória social.

Por fim, uma tese muitíssimo original do livro é a adição da teoria do direito como integridade defendida por Ronald Dworkin como mais uma ferramenta à disposição da teoria da temporalidade do fenômeno jurídico. O autor investigou como o autor anglo-americano incorporou o problema da relação entre direito e temporalidade a partir da prática da interpretação jurídica. Firmando-se na perspectiva pós-positivista, Dworkin visualiza que o positivismo acreditou constituir-se como observador externo à prática jurídica. Entretanto, isso não é verificável, porque o fenômeno jurídico consiste numa prática interpretativa e não na aplicação de um conceito previamente definido. O direito não é definição, mas interpretação. A hermenêutica jurídica determina o conteúdo das diferentes concepções do que é efetivamente direito. Infere Daniel Vieira Sarapu, então, expõe que, a partir da construção da narrativa proposta por Paul Ricoeur somada à tese dworkiana que institui dentro do direito o tempo social, teríamos um efeito surpreendentemente valioso para a teoria jurídica, pois o direito como integridade tenta dar equilíbrio às dimensões temporais do fenômeno jurídico, caracterizando-o como pensamento interpretativo situado no presente, mas que harmoniza passado e futuro. Já a partir da teoria narrativa de Paul Ricoeur, a existência de uma circularidade entre a narrativa e a experiência da temporalidade permite a compreensão dos fatos da vida, ou seja, a narrativa organiza a experiência temporal de modo a conferir inteligibilidade aos eventos humanos. A terminologia composta *mimese-muthos* daria sentido à trama, constituindo a tessitura da ação humana (*mimese* é a representação ou imitação da ação e *muthos* é a capacidade de ordenar a sequência dos fatos representados).

Enfim, orgulho-me de poder prefaciar esta obra que certamente será um decisivo referencial acerca dessas temáticas, sobretudo porque ela é publicada em pleno movimento de justiça de transição no Brasil, contribuindo muitíssimo para nossas necessidades mais eminentes. O povo que não pode julgar seu passado não o superou ou, ainda, está condenado a perpetuar-se sem presente e sem futuro.

Lucas de Alvarenga Gontijo

Professor do Programa de Pós-graduação da PUC Minas e da
Faculdade de Direito Milton Campos