

MEMENTO OU A AMNÉSIA DO DIREITO

Daniel Vieira Sarapu*

RESUMO

O propósito do presente trabalho é o de apresentar a seguinte hipótese de investigação: a proposta do positivismo jurídico de cognição do Direito a partir de uma busca semântica de ‘sentidos de dever ser’ encontrados nos textos legislativos desconsidera o fato de que o direito possui uma estrutura temporal e é responsável por promover uma ruptura na dialética existente entre tempo e direito. Os distúrbios da proposta positivista na relação do tempo e do direito são ilustrados através da imagem fornecida pelo conto *Memento Mori*, de Jonathan Nolan. A redução da atividade do jurista à cognição de sentidos de dever ser de textos (signos lingüísticos) imporá ao Direito uma amnésia continuada de sua experiência histórica. Com isso, o Direito viverá uma reconstrução permanente de seus significados, carecendo de uma memória que o liga com o passado senão através da permanência dos signos no tempo. Nessa tarefa, perder-se-ia o vínculo com uma dimensão histórica em que o Direito está inserido, à semelhança do personagem do conto, que a cada instante reconstrói sua experiência a partir de marcas que orientam sua saga.

PALAVRAS CHAVES

TEORIA DO DIREITO; DIREITO E LITERATURA; FILOSOFIA.

ABSTRACT

The aim of the present paper is to show up the following research thesis: the legal positivism purpose of knowing Law by seeking an ‘ought to’ meaning found in statute texts does not consider the fact that Law has a temporal structure and is responsible for breaking the dialectic between Time and Law. The side-effects of positivism purpose on

* Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Participante do Programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Professor de Direito da Universidade José do Rosário Velano (UNIFENAS) e da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG)

Time and Law relationship can be found on Jonathan Nolan's short story *Memento Mori*. To restrict lawyer's activity to the cognition of ought to meanings found in texts (linguistic signs) binds Law to a permanent amnesia of its historical experience. Within that, Law would have to always rebuild its own meaning, being apart from a memory that attaches it to the past, except for the fact that the signs remain in time. On that perspective, Law would lose its binding to his historical standpoint, just like the short story's character, that each moment rebuilds his experience by signs that guide his saga.

KEYWORDS:

THEORY OF LAW; LAW AND LITERATURE; PHILOSOPHY.

INTRODUÇÃO

O propósito do presente trabalho é o de apresentar a seguinte hipótese de investigação: a proposta do positivismo jurídico de cognição do Direito a partir de uma busca semântica de 'sentidos de dever-ser' encontrados nos textos legislativos desconsidera o fato de que o direito possui uma estrutura temporal e é responsável por promover uma ruptura na dialética existente entre tempo e direito. Para tanto, será explorada a imagem fornecida pelo conto *Memento Mori*, de Jonathan Nolan, em que o personagem sofre de um processo de amnésia continuada de sua experiência.

O trabalho começa por apresentar a estrutura temporal imanente ao Direito e a relação dialética existente entre Tempo e Direito, a partir das reflexões dos autores Stephan Kirste e François Ost. Isso permitirá estabelecer um problema para o Direito, caso exista uma teorização a seu respeito que desconsidere essa perspectiva temporal.

Em seguida será apresentada uma síntese do positivismo jurídico, em sua expressão e defesa mais refinadas. Serão exploradas as formulações dos autores Hans Kelsen e Herbert Hart sobre o positivismo jurídico, com especial destaque à caracterização do positivismo como uma teoria que coloca o jurista na perspectiva de um observador externo cuja tarefa é encontrar sentidos semânticos de dever ser em textos legislativos. O propósito dessa caracterização é o de mostrar que o recurso a uma busca de significados corretos verificáveis em um texto encapsula o direito numa relação atemporal, privando-o de uma memória.

A próxima etapa consistirá em ilustrar o problema da amnésia do Direito a partir da apresentação da condição do personagem de *Memento Mori*. Tomando por base as imagens propostas pelo conto na caracterização do personagem principal e de sua saga, tentar-se-á encontrar pontos de partida para a reflexão de um direito carecedor de memória de sua experiência. Assim, as alusões do narrador servirão de pistas a serem trilhadas para uma compreensão posterior do problema que o positivismo opera na relação entre Tempo e Direito.

1 A ESTRUTURA TEMPORAL DO DIREITO

O ponto de partida do problema que se deseja caracterizar depende da compreensão de que o Direito possui uma dimensão temporal. Essa dimensão será apresentada por meio das abordagens dos autores François Ost e Stephan Kirste.

A tese sustentada por Ost (2005a) é que Tempo e Direito se encontram em um processo de interação dialética¹ pelo qual tanto o Direito promove uma temporalização do Tempo², isto é, tem a capacidade de conferir-lhe sentido social ao torná-lo adequado ao momento histórico vivenciado, quanto, do mesmo modo, o Tempo determina a força instituinte do Direito, ou seja, dá ao direito a capacidade de “*atar o*

¹ Sobre o emprego do termo dialética no presente contexto: “É preferível, porém, reservar a palavra dialética para indicar o processo desenvolvimento de uma realidade segundo normas que lhe são próprias ou imanentes. A nosso ver, se nada de seguro podemos dizer sobre a ‘dialética da natureza’, já o mundo histórico, isto é, o mundo cultural, só pode ser compreendido em função de seu evoluir, de sua dinamicidade, das leis ou fatores que governam o seu processo, ou em uma palavra, dialeticamente. A experiência jurídica compartilha da dialeticidade do mundo da cultura, ao qual tantas vezes nos temos referido.

Não podemos aqui tratar mais longamente do problema dialético, mas é necessário esclarecer, desde logo, que, quando se fala em dialética, não se deve apenas pensar numa ou noutra de suas formas mais conhecidas ou vulgarizadas, como a dialética hegeliana ou a marxista, que são dialéticas de termos contraditórios. Em ambas, tanto os elementos contrários como os contraditórios se conciliam progressivamente em uma unidade englobante superadora, através de um esquema triádico de teses, antíteses e sínteses.

Ao lado dessa dialética de contradição, merece ser lembrada a dialética de implicação-complementaridade, ou, mais simplesmente, dialética de complementaridade, que, antes de mais nada, exclui possa haver conciliação de elementos contraditórios. Essa dialética compreende o processo histórico, não como uma sucessão de sínteses que se imbricam através de novas teses e antíteses, mas sim como um processo sempre aberto, no qual os fatores opostos se implicam e se complementam, sem jamais se reduzirem um ao outro, ao contrário do que ocorre na dialética hegeliano-marxista” (REALE, 1996, p. 90-91)

² Em referência a N. Elias (1996), Ost sustenta que o tempo “é uma instituição social antes de ser um fenômeno físico ou uma experiência psíquica” (OST, 2005a, p.12).

laço social e oferecer aos indivíduos as marcas necessárias para sua identidade e sua autonomia” (OST, 2005a, p.13).

Conforme Ost (2005a), ao lado da dimensão cronológica, é possível atribuir ao tempo também um sentido social. Por essa perspectiva, o tempo é enxergado como um processo de construção social. O elemento que promove essa ‘temporalização’ do tempo, isto é, a construção de seu sentido em uma coletividade, pode ser encontrado nas relações sociais travadas no processo histórico de formação e preservação de uma cultura. Assim, é possível falar, portanto, de uma sincronia das relações sociais em relação ao seu momento histórico, na medida em que correspondem ou não a uma época ou uma geração.

Veja-se: o tempo se constrói literalmente, ele se ‘temporaliza’. É por isso que, se podemos ‘dar’ o tempo, modalidade que privilegiamos, podemos igualmente ‘tomá-lo’, ‘passá-lo’, ‘perdê-lo’, ‘encontrá-lo’, ‘matá-lo’, ‘ganhá-lo’, ‘remontá-lo’..., o conceito de temporalização nos servirá para pensar esta instituição social do tempo. Um tempo que não permanece mais exterior às coisas, como continente formal e vazio, mas que participa de sua própria natureza. (OST, 2005a, p. 13)

Quando o tempo social se torna carecedor de sentido e as relações sociais deixam de estar sincronizadas com seu momento histórico, ocorre o que Ost (2005a) denomina de processo destemporalização. Esse pode ser definido justamente como a perda da capacidade de se relacionar a um tempo social instituinte e portador de sentido. A destemporalização se caracteriza como uma fuga para fora do Tempo e se manifesta através dos seguintes modos: 1) como recusa do tempo como mudança; 2) como abandono ao curso do tempo físico; 3) como representação de um tempo determinista e uniforme; 4) como ausência de solidariedade temporal entre as diversas formas de o tempo “marchar”.

Ainda segundo Ost (2005a), o Direito atua como um mecanismo privilegiado de instituição do sentido social do Tempo, uma vez que é da natureza do Direito ser “*um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que redizem o sentido e o valor da vida em sociedade*” (OST, 2005a, p. 13). Dessa maneira, o Direito joga um papel crucial no processo de destemporalização. Seja pela estabilização do tempo através da produção legislativa, seja porque o processo permite uma reconstrução do tempo ordenada, racionalizada e desvinculada do conflito, o direito tem a capacidade de

promover ligações e rupturas necessárias à sincronia do tempo com seu momento histórico. Com tais recursos, é possível ao direito ‘dar’ ao Tempo seu verdadeiro sentido social, afastando dessa maneira os quatro modos de destemporalização acima mencionados. Todavia, para que o Direito possa instituir o Tempo, a opção entre rupturas e ligações a serem operadas deve ser uma escolha ativa, fruto de uma sensibilidade do Direito ao sentido social do momento histórico:

Logo, no centro da construção jurídica do tempo deixa-se, então, perceber a pulsação de um ritmo que nos reconduz diretamente à figura da temperança. O que é de fato, esta temperança, senão a sabedoria do tempo, a justa medida de seu desenrolar, a mistura harmoniosa de seus componentes e, do mesmo modo que a alternância das estações (as Horas) torna os climas temperados, a temperança na cidade – a justa dosagem da continuidade e da mudança – garante o equilíbrio das relações sociais.. (OST, 2005a, p. 17)

Do mesmo modo como François Ost (2005a) insere o Direito em uma estrutura temporal fazendo recurso a proposta de uma dialética existente entre tempo e Direito, também Stephan Kirste (2004) sustentará a pertinência do Direito a essa estrutura temporal a partir do conceito de memória cultural.

O ponto de partida para o argumento de Kirste (2004) é a afirmação de que da mesma maneira que os organismos individuais possuem uma estrutura psicológica que lhes confere uma capacidade de memória, é possível identificar também nos corpos sociais e coletivos a existência de uma estrutura de natureza similar.

Numa definição que toma por ponto de partida o caráter funcional da memória, tem-se que ela é “*a capability to represent relevant information for a respective self, on the basis of certain media and a selection of recalling and forgetting*”³(KIRSTE, 2004, p.2). Assim, é possível se falar de uma memória coletiva pelo fato de que toda coletividade é dotada dessa capacidade de produzir uma representação de si própria através de símbolos, textos, ritos, imagens, calendários, práticas, lugares monumentos e outras formas simbólicas (KIRSTE, 2004). Ampliando a noção de coletividade de modo a se abranger toda uma comunidade ou uma sociedade, bem como recorrendo ao uso de meios que dão à função de preservação da memória uma

³ “uma capacidade de representar informação relevante para um respectivo Eu, a partir de certos meios e de uma seleção de lembrança e esquecimento” (tradução nossa).

perspectiva de integração e de longa duração, é possível sustentar a existência de uma memória cultural:

(...) the cultural memory is situated 'above' the collective memory, apparently referring to the greater communities or societies. However, it is also meant to differ structurally from the collective memory by using external media to fulfill its memorizing function: Data-storing devices, books, films and Institutions. The potential of this objective memory is a long-term perspective and more integrating function. On this basis it can also be distinguished into an archival and latent warehouse memory and an active functional memory⁴. (KIRSTE, 2004, p. 2)

Todavia, a memória não se apresenta apenas com a função de estocar informação e torná-la disponível para o organismo, mas é também um trabalho ativo de seleção daquilo que permanece 'esquecido' na memória, bem como daquilo que é trazido à tona na orientação da experiência presente: *"Memory is not only holding onto impressions, but also organizing the access to data. This activity combines recalling and forgetting or oblivion.⁵"* (KIRSTE, 2004, p.3)

É o trabalho da memória que permite a constituição da 'identidade' (*self*) de um organismo, pois é por meio desse processo de seleção, esquecimento e lembrança organizada que será possível a sua ligação com uma história pregressa e, por conseguinte, que se estabeleça um ponto de partida para a experiência presente⁶, logo, a memória é imprescindível para a constituição da identidade (KIRSTE, 2004).

Assim, uma vez que não há opção para um organismo que se pretenda portador de uma identidade, senão a condição de ser portador de memória, tem-se que também as sociedades e comunidades possuem memória através de sua cultura (KIRSTE, 2004).

⁴ "(...) a memória cultural está situada 'acima' da memória coletiva, referindo-se aparentemente a grandes comunidades ou sociedades. Entretanto, ela é concebida também para diferir estruturalmente da memória coletiva por usar meios externos para o preenchimento de sua função de memorização: mecanismos de armazenamento de dados, livros, filmes e Instituições. O potencial dessa memória objetiva é uma perspectiva de longa duração e uma função de caráter mais integrativo. Sobre esse pano de fundo, ela pode ser distinguida entre um depósito de arquivos latentes e uma memória funcionalmente ativa" (tradução nossa).

⁵ "Memória não é apenas guardar impressões, mas também organizar acesso a dados. Essa atividade combina lembrança e esquecimento ou amnésia" (tradução nossa).

⁶ Destaca-se aqui a semelhança entre a função da memória como constitutiva da identidade (*self*), tal como apresentada por Kirste (2004) e o fato de que na exposição de Ost (2005a) o Direito, em seu trabalho de instituir o tempo social, tem justamente a função de promover as condições que permitem a identidade e do autogoverno.

O Direito atua no processo de memorização cultural não somente por constituir-se num depósito privilegiado de informações sobre os dados culturais de um determinado povo ou sociedade, mas também porque joga um papel ativo no processo de formação de sua memória, pois: a) o direito seleciona aquilo que deve ser lembrado e esquecido de uma maneira normativa; b) institui rituais sociais que reforçam as opções e escolhas constitutivas da identidade da sociedade. Desse modo, pode-se falar de uma ‘memória jurídica’:

(...) on the basis of selection (canonization), ritualization and forming memory is a unity of forgetting and recalling, an active capacity of individuals as well as social systems. By the canonization of valid norms and the forming of their change, but also by selection of relevant evidence in trials and by legal force of judicial rulings law shows the same structure. It is therefore permissible to speak of a legal memory. Because of its structures that guarantee temporal autonomy positive law can transform its dependence on customs into customs depend on the law. Hereby the system memory of law gets social relevance: It not only regulates its own memory but influences other social memories expressed in traditions, customs, rituals, etc. as well. By some norms it even aim directly at cultural memory⁷. (KIRSTE, 2004, p. 10)

Assim, por contar com esse mecanismo de armazenamento de informação relevante sobre a experiência passada em mecanismos diversos – os quais possuem uma função tanto de inscrever o organismo numa perspectiva de longa duração quanto uma de integrar os membros da sociedade segundo uma identidade – e por realizar uma seleção e um esquecimento ativo dos dados que irão servir de base para a experiência presente, toda sociedade possui uma memória cultural. O Direito joga um papel crucial na formação e na perpetuação dessa memória, por ter a função de institucionalizar mecanismos que reforçam os processos de lembrança e de esquecimento. Portanto, é condição para a preservação dessa memória cultural que o Direito permaneça permeável à dialética que trava com o tempo, sob pena de interromper a existência de um tempo

⁷ “(...) à base de seleção (canonização), ritualização e elaboração, memória é uma união de esquecimento e lembrança, uma capacidade ativa tanto dos indivíduos quanto dos sistemas sociais. Pela canonização de normas válidas e da elaboração de sua mudança, mas também pela seleção das provas nos julgamentos e pela força jurídica das decisões judiciais, o Direito apresenta a mesma estrutura. É, portanto, possível se falar de uma memória jurídica. Em função das estruturas que lhe garantem autonomia temporal, o direito positivo pode transformar sua dependência aos costumes em costumes dependentes do Direito. Aqui o sistema da memória jurídica adquire relevância social: ela não somente regula sua própria memória, mas também influencia outras memórias sociais expressas em tradições, costumes, rituais, etc. Por algumas normas, atinge-se diretamente a própria memória cultural” (tradução nossa).

social portador de sentido (a destemporalização de que fala Ost), bem como se descurar de sua função de promotor da identidade social através da preservação dos mecanismos da memória cultural.

A hipótese de pesquisa levantada sustenta que as proposições teóricas do positivismo jurídico seriam responsáveis por impedir que a atividade do jurista e das autoridades que interpretam do Direito dê conta do seu caráter histórico, por força do recurso a uma concepção semântica de Direito. Passa-se então a expor o positivismo jurídico e suas principais características que o torna incapaz de promover uma ‘memória cultural’ e, portanto, são responsáveis por contribuir para o processo de destemporalização descrito.

2 A TEORIA SEMÂNTICA DO POSITIVISMO JURÍDICO

Nenhuma teoria obteve tanta importância na caracterização do Direito e da Ciência Jurídica contemporânea como o positivismo jurídico⁸ (GALUPPO, 2005; BOBBIO, 1995). Não obstante a reflexão filosófica sobre o direito produzida na Antiguidade e na Idade Média estar repleta de considerações acerca da importância, do valor e da superioridade do direito positivo em relação a outras formas de manifestação do fenômeno jurídico⁹, é com a era moderna que nasce o paradigma positivista do direito. O paradigma positivista se caracteriza por estabelecer uma associação e uma restrição do fenômeno do Direito ao conjunto de regras dotadas de força coativa que uma comunidade política estabelece como válidas para disciplinar as relações sociais em seu seio. Segundo esse paradigma, o direito se principia exclusivamente através da manifestação de vontade do Estado, que se consubstancia em textos normativos que dão

⁸ Segundo Bobbio (1995), o positivismo jurídico é uma locução que se refere a uma teoria sobre a concepção do que é Direito, um método de estudo sobre o próprio Direito e uma postura ideológica que se assume diante da experiência jurídica. Em linhas gerais, o positivismo jurídico concebe o Direito em referência ao Direito positivo, isto é, aquele que se estabelece a partir de regras coercitivas de convívio social estabelecidas por uma comunidade política. O positivismo jurídico sustenta ainda que o direito é conhecido através do trabalho de interpretação e descrição das fontes válidas de Direito, que se restringem àquelas ‘positivadas’ pela comunidade política. Por fim, o positivismo exige que se adote uma postura neutra em relação aos valores, separando o Direito de outras ordens normativas como a Moral, por exemplo. O positivismo jurídico é anterior e se distingue ainda do movimento denominado ‘positivismo filosófico’ inaugurado por Augusto Comte, que sustenta como critério epistemológico para a verdade científica a referência a evidências ‘positivas’, isto é, comprováveis no mundo empírico. (BOBBIO, 1995).

⁹ Para uma análise dos defensores da supremacia do direito positivo como conceito que retrata a verdadeira essência do direito na antiguidade e na Idade Média, veja-se Bobbio (1995).

origem às normas jurídicas. É como diz Hart (2001) sobre a regra que é produzida sob os auspícios regulares desse processo:

(...) na simples operação de identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da idéia de validade jurídica. (HART, 2001, p. 109)

As fontes normativas estatais são tratadas como um ‘conjunto de dados’ que os juristas e as autoridades necessitam decifrar para encontrar as obrigações, proibições e permissões estabelecidas pelo comando das autoridades políticas. No processo de conhecimento das normas jurídicas, o jurista (oficial ou não) coloca-se na perspectiva de um observador externo. Com isso, as fontes do Direito e as normas jurídicas são tratadas como ‘fatos’ que se impõem à análise do jurista e a sua cognição deve ocorrer por uma interpretação impessoal e avaliativa. Descrevendo o caso simples de uma regra social, Hart (2001) antecipa o modelo que deve pautar a atividade do jurista:

É também desta forma que devemos agora interpretar e verificar a asserção de que na Inglaterra existe uma regra – embora não seja jurídica – segundo a qual descobrir a cabeça ao entrar numa igreja. Se tais regras existem comprovadamente na prática real de um grupo social, não há que colocar a questão da autônoma da sua validade, embora evidentemente o seu valor ou o seu caráter desejável possam ser questionados. Uma vez estabelecida a sua existência como um fato, apenas confundiríamos as questões ao afirmarmos ou negarmos que elas eram válidas ou ao dizermos que ‘supusemos’ mas não pudemos demonstrar a sua validade. (HART, 2001, p. 109)

As expressões mais bem acabadas do paradigma positivista são encontradas na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (1998) e na Teoria Analítica do Direito de Herbert Hart (2001). Segundo essas duas concepções, o conceito que fornece acesso privilegiado ao fenômeno do direito é o de “norma” (KELSEN, 1998) ou de “regra” (HART, 2001). De acordo com tais teorias, a norma jurídica ou a regra jurídica é apreendida por um processo de cognição que se inicia pela atividade de um intérprete (sujeito) que se dirige a uma “fonte”¹⁰ ou “conjunto de fontes” (objeto) reconhecidas pelo ordenamento jurídico como aptas a produzir Direito:

¹⁰ “(...) são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas” (BOBBIO, 1995, p. 161).

‘Norma’ é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou, especialmente, facultada, no sentido de adjudicada à competência de alguém. Neste ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, o ato de vontade é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. Por isso, a situação fática perante a qual nos encontramos na hipótese de tal ato tem de ser descrita pelo enunciado seguinte: um indivíduo quer que o outro se conduza de determinada maneira. A primeira parte refere-se a um ser, o ser fático do ato de vontade; a segunda parte refere-se a um dever-ser, a norma como sentido do ato (KELSEN, 1998, p. 06)

Esse processo cognitivo termina com a produção de um juízo que descreve as normas existentes nesse ordenamento, denominado por Kelsen (1998) de proposição jurídica¹¹. Tal descrição busca dizer quais ‘são’ as normas do ordenamento jurídico a partir de uma relação de adequação semântica¹² entre o sentido de dever-ser (Kelsen) ou de obrigação (Hart) extraído do signo e o enunciado emitido pelo jurista. Streck assim descreve tal processo:

Assim, no plano da sintaxe, ‘primeira’ parte da semiótica, é possível dizer que, do ponto de vista jurídico, uma expressão está sintaticamente bem formada quando o enunciado quando o enunciado acerca de uma ação encontra-se deonticamente modalizado. Já a maneira pela qual as palavras se aplicam aos objetos é estudado pela semântica. Sua preocupação é, pois, com a verdade dos enunciados. A verdade opera, assim, como condição de sentido, sendo que um enunciado não será semanticamente significativo se não for empiricamente verificável. Não têm sentido os enunciados que extrapolam as fronteiras do plano fático. A condição semântica de sentido pressupõe estar efetivada a condição sintática desse sentido. A junção das duas condições de sentido pode ser denominada condição positivista de sentido. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de qualificação. Com isto, pretendem os neopositivistas reduzir a significação ao campo referencial, construindo, dessa maneira, o mito do referente puro. (STRECK, 1999, p. 142-143)

Segundo os marcos metodológicos do positivismo, as “fontes” atuariam como moldura intransponível pelo intérprete no processo de cognição e determinação

¹¹ “Proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica – nacional ou internacional – dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas” (KELSEN, 1998, p. 80).

¹² O termo ‘semântica’ aqui se refere a uma das três dimensões da linguagem, que também possui as dimensões da sintaxe e da pragmática: “O signo, por sua vez, mantém três tipos de relação/vinculação: sintática, onde a relação ocorre entre os signos; semântica, quando a relação/vinculação ocorre entre o signo e os objetos designados; e pragmática, na relação do signo com o usuário” (STRECK, 1999, p. 142).

do sentido de dever-ser (norma) jurídico. Isso porque é condição para se qualificar uma norma como jurídica que ela provenha de uma fonte reconhecida como válida pelo direito. Caso o intérprete ultrapasse essa fronteira, ele deixa de descrever normas de caráter jurídico, já que elas perdem esse sentido especial.

Assim, o positivismo exige que o intérprete do direito esteja adstrito às fontes válidas de produção normativa de Direito, e somente a elas. Tais fontes, como visto, são aquelas emanadas pelo Estado. O sentido de dever-ser que é possível ser descrito dessa fonte se apresentará como a norma jurídica e a manifestação do Direito se restringirá a ela. Desse modo, o fenômeno do Direito se limita uma relação semântica entre significantes próprios (fontes válidas) e significados verdadeiros (descrição de sentidos de dever-ser que reflete de modo mais preciso possível a orientação contida nas fontes válidas). Assim, ao “cientista” do Direito, cabe o papel de observar e descrever corretamente a coleção dessas regras encontradas no ordenamento, à semelhança de um praticante das ciências naturais (BOBBIO, 1995).

Quais problemas uma abordagem do Direito dessa natureza poderia provocar na relação dialética entre Tempo e Direito? A investigação abandona temporariamente a reflexão teórica, volta-se às pistas deixadas pela imagem produzida na atividade literária e o conto *Memento Mori*¹³ (2002) de Jonathan Nolan passa a ser o fio condutor dos questionamentos.

3 MEMENTO OU A AMNÉSIA DO DIREITO

Para caracterizar o problema da relação dialética entre Tempo e Direito, a investigação passa a recorrer ao auxílio do campo interdisciplinar Direito e Literatura¹⁴.

¹³ O referido conto deu origem ao filme *Memento* (2000) – lançado no Brasil sob o título de *Amnésia*, dirigido pelo irmão do autor, Christopher Nolan. Não há registro de publicação impressa do conto senão através de sua veiculação na imprensa quando do lançamento do filme no cinema. Para consulta do presente trabalho, utiliza-se a versão original do conto publicada na versão comercial do DVD (Digital Video Disc) do filme.

¹⁴ Ost (2005b) resume o movimento direito e literatura nas seguintes palavras: “*Os estudos comumente classificados sob o nome geral de ‘direito e literatura’ (nos Estados Unidos, Law and Literature) podem, em realidade, assumir formas bastante diversas que é possível agrupar em três correntes distintas. Ao lado do direito da literatura, que estuda a maneira como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária, distingue-se o direito como literatura, que aborda o discurso jurídico com os métodos da análise literária (é a abordagem dominante nos Estados Unidos), e por fim o direito na literatura, que é a perspectiva adotada no presente livro e que se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica*” (OST, 2005b, p. 48).

A partir da proposta de investigação denominada Direito *na* literatura (OST, 2005b), será analisado como o recurso ao gênero literário pode fornecer um esquema de formulação, compreensão e elucidação das questões relativas ao positivismo jurídico e dos distúrbios que promove na estrutura temporal do Direito. Seguindo esse viés, o problema ‘como os fundamentos do positivismo jurídico promovem o processo de destemporalização por encerrarem o Direito em uma clausura apartada da realidade?’ será abordado a partir do conto *Memento Mori* (2002), de Jonathan Nolan.

Memento Mori (2002) conta a história de Earl, um indivíduo que sofre um trauma craniano intenso e, por essa razão, sofre a perda da capacidade de registrar na memória suas experiências imediatas, fazendo com que tudo aquilo que fora vivenciado no passado recente seja perdido a cada instante no limbo do esquecimento. A violência física geradora do trauma é causada na ocasião em que sua mulher fora violentada sexualmente por dois homens, um deles morto por Earl e outro que fugiu do local.

Mesmo acometido da constante perda da memória recente, o desejo de vingar sua mulher permanece presente em Earl. Isso o leva a desenvolver um ‘sistema’ de sinais indicativos que lhe permite, sempre que se sucedem os lapsos memoriais, reconstruir a ‘estória’ que o leva a dar continuidade à busca do assassino de sua esposa. O ‘sistema’ desenvolvido por Earl registra a experiência relevante para a reconstrução da ‘estória’ através dos mais diversos signos possíveis, desde anotações e fotos, até a própria inscrição de tatuagens em seu corpo. A cada momento de ‘esquecimento’, segue-se que é possível a Earl trilhar as informações contidas nos registros e remontar novamente a estória que o põe no curso de sua saga.

Assim, Earl somente conta com dois elementos nessa constante reconstrução de sentido para a vida: os dados provenientes dos registros que possui e sua capacidade de processar esses dados segundo uma ordenação lógica de idéias.

O conto se desenvolve em uma estrutura binária, em que ora o leitor está diante das reflexões de Earl sobre sua própria condição, ora está às voltas com os relatos de uma narração em terceira pessoa que apresenta os acontecimentos que se sucedem à medida que Earl avança na associação de informações que o levam a ‘descobrir’¹⁵ o

¹⁵ Do mesmo modo como o conto deixa em aberto se Earl ‘descobre’ ou ‘inventa’ o assassino, a discussão sobre a natureza da atividade do jurista permanece em aberto na ciência do direito. Segundo o positivismo jurídico, estar-se-á sempre diante de um processo de cognição e, portanto, da descoberta do sentido correto da norma jurídica, esta criada somente pelo processo legislativo, tal como uma verdade

assassino. O clímax do conto é proporcionado no cotejo entre a descrição da cena final, em que Earl se encontra dentro de um carro – supostamente o carro de polícia que o prende por cometimento de um assassinato – e suas reflexões que o levam a constatar que sua ‘estória’ não se encerra naquele momento, mas, em função da amnésia continuada, permanecerá eternamente consigo desde que lhe seja possível reconstruir qualquer ‘estória’ portadora de sentido a partir dos signos que estão a sua disposição.

Partindo das reflexões de Earl sobre sua condição, há uma riqueza de imagens fornecidas pelo conto que ilustra a relação entre Tempo e Direito impossível de se analisar nesse trabalho¹⁶. O foco aqui recai sobre a noção de que a construção da verdade não será uma obra solipsista somente caso esse processo seja permeável ao Tempo através da ação e do recurso à memória. Com isso é possível diagnosticar a patologia do Direito sob a influência do positivismo. Ao se prender ao ‘texto’ de uma fonte normativa como exclusivo critério para definição do que é o Direito, a atividade do jurista (oficial ou não) se permite ser alheia à ‘memória cultural’ que se mencionou acima, provocando um rompimento na relação dialética entre Tempo e Direito. Afinal, para o positivismo jurídico basta ao Direito a produção de um sentido normativo decorrente de um texto, qualquer que seja o seu conteúdo¹⁷.

Desse modo, a imagem do personagem Earl é uma metáfora do que se tornou a ciência e a prática jurídica sob a influência do método positivista: uma atividade que pode ser realizada sem referência a uma memória, já que o texto contém em si toda a significação do Direito. Ele é o eterno presente do Direito¹⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

pré-existente (BOBBIO, 1995). Para uma análise desta reflexão em uma perspectiva filosófica, conferir *Sobre a essência da verdade* (1983) de Martin Heidegger.

¹⁶ Apenas a título de exemplo, relacionam-se outros diversos temas que podem ser abordados: ‘Como se apresenta a culpa e a responsabilidade diante da ausência de memória?’; ‘O que produz uma racionalidade que organiza abstratamente informações sem estar vinculada a um contexto?’ ‘Como é possível o perdão sem a lembrança?’.

¹⁷ Trata-se aqui do problema da discricionariedade e do vínculo do Direito a algum critério ‘meta-jurídico’ (segundo a visão positivista). Essa questão é amplamente tratada na literatura denominada pós-positivista (GALUPPO, 2005). Destacam-se aqui os trabalhos de Dworkin (2002), Alexy (2004), dentre outros.

¹⁸ Ost (2005a) refere-se a uma ‘concepção instantaneísta do Direito’ ao se viver o Direito sob os cânones do positivismo; Kirste (2004) denomina de ‘presentismo’ (*presentism*) os efeitos do apego ao Direito que decorre apenas da codificação e da legislação. Sobre como o apego à descrição promove semelhante efeito na literatura, veja-se Lukács (1965)

O presente trabalho se propôs a mostrar a existência de uma estrutura temporal imanente ao Direito e como o método positivista seria responsável por tornar o direito alheio a tal estrutura.

Para tanto, sugeriu-se o recurso à imagem literária presente no conto *Memento Mori* (2002), de Jonathan Nolan. Valendo-se de Ost (2005a) e Kirste (2004) foi possível demonstrar que o Direito está em intrínseca relação dialética com o Tempo e que esta relação é alimentada pela capacidade ativa de operar lembranças e esquecimentos da memória cultural em sua tarefa de produzir a identidade de uma sociedade. Viu-se também que o positivismo jurídico, em sua formulação dada por Kelsen (1998) e Hart (2001), prescinde dessa estrutura temporal ao conceber o Direito, pois sustenta que esse fenômeno cultural se restringe a sua dimensão normativa cuja verdade pode ser encontrada apenas em referência à fonte que lhe origina (texto).

Por fim, a partir da imagem literária presente no citado conto, caracterizou-se que o Direito padece de uma amnésia continuada caso limite a atividade do jurista à busca da ‘verdade’ da norma apenas ao significado presente no seu texto, prendendo-se, assim, a um eterno presente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2004;
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1996;
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002;
- ELIAS, N. *Du temps*. Paris: Fayard, 1996;
- GALUPPO, Marcelo Campos. A epistemologia jurídica entre o positivismo e o pós-positivismo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 01, n. 03, p. 195-206, 2005;
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001;
- HEIDEGGER, Martin. *Sobre a essência da verdade*. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os Pensadores);

LUKÁCS, Georg. Narrar ou Descrever? Contribuição para uma discussão sobre o naturalismo e o formalismo. In: *Ensaio sobre Literatura*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965;

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998;

KIRSTE, Stephan. *Law as cultural memory*. Heidelberg: Universität Heidelberg, 2004. Inédito.

MEMENTO. Direção: Christopher Nolan. [S.l.]: Columbia TriStar Home Vídeo – EUA, 2002. 2 DVDs (113 min.) . Special Edition.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005a;

_____. *Contar a lei: As fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005b;

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996;

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;