

TÃO PERTO, TÃO LONGE: tempo, memória e a idéia de *chain of law*

Paulo Henrique Blair de Oliveira¹

La hermenéutica filosófica desarrollada por Gadamer y la cuestión de las condiciones históricas - por qué necesitamos comprender permanentemente si queremos vivir - están entrelazadas. Por eso, la hermenéutica de Gadamer tiene que ver con lo que la ciencia histórica reclama para sí misma en cuanto Histórica: esto es, tematizar las condiciones de posibilidad de historias, es decir, considerar las aporías de la finitud del hombre en su temporalidad.

Reinhart Koselleck

Das épocas que nos precederam, só podemos falar, portanto, a partir de testemunhas. Estamos, em relação a elas, na mesma situação de um juiz de instrução que procura reconstruir um crime a que não assistiu..

Marc Bloch

1 - Introdução: há uma dimensão temporal na proposta hermenêutica do *chain of law*.

Já no prefácio de sua obra "O Império do Direito", RONALD DWORKIN propõe a seguinte questão: em que condição alguém se submeteria, legitimamente, à condição de "súdito" de um império cujos comandos são enunciados de forma abstrata? Mesmo naquelas linhas iniciais, ele se volta à necessidade de que tais comandos sejam reconstruídos de forma narrativa e argumentativa, na qual sejam visíveis as dimensões conflitantes presentes em sua formação e em sua aplicação.² Quanto à conexão existente nestes dois âmbitos de observação da norma (sua enunciação abstrata e sua incidência concreta), esta reconstrução vai se deparar com o debate sobre a existência de um "intuito originário" na edição das normas *versus* a possibilidade de que elas sejam recriadas no processo aplicativo. Ou, em termos mais simples: se o aplicador do direito "aclara" o sentido de uma norma abstrata ou se ele "adiciona" novos sentidos à norma.

Porém, DWORKIN enfrenta esta questão em um novo patamar: ele aponta que estas correntes de pensamento (mais comumente identificadas, respectivamente, como "originalistas" e "ativistas") em verdade não abrigam uma divergência teórica. Antes, ambas pressupõem que o Direito é uma simples questão de fato, e divergem somente em um ponto de vista de sua aplicação política. DWORKIN contudo deseja problematizar as condições nas quais surgem diferenças entre os sentidos atribuíveis ao direito, isto é, ele indaga sobre como normas jurídicas, sendo texto, são submetidas a um processo de compreensão. Assim, confessadamente DWORKIN aborda o problema pela via da hermenêutica, na qual o processo de compreensão de um texto sempre tematiza a reconexão de sentidos entre o leitor e o próprio texto - isto é, a relação dialógica na qual o intérprete contextualiza o que se acha posto para sua análise e reconstrói sentidos.³

A legitimidade desta reconstrução põe diante do intérprete a pergunta quanto à

¹ Mestrando - matrícula 2005/56947

² DWORKIN, 1999, XI.

³ DWORKIN, 1999, p. 11 e p. 21-22.

coerência de uma determinada interpretação, e esta dependerá da apreciação diacrônica do que já foi afirmado anteriormente sobre o sentido de uma norma, bem como da apreciação das possibilidades que uma nova interpretação daqui para frente. Por óbvio, este olhar reconstrutivo deve ser feito na perspectiva do presente, já que a coerência neste sentido requererá não tanto uma linearidade vertical, mas também uma apreciação horizontal de adequabilidade de uma interpretação ante um sistema de princípios.⁴ Neste ponto da exposição já se pode ver, com clareza, que esta proposta vai articular a dimensão do tempo e os sentidos que esta dimensão podem assumir - passado e futuro articulados no presente.

A perspectiva de DWORKIN quanto ao tempo histórico, quando este último é posto perante o Direito - ou, melhor dizendo, quando o Direito é posto ante ele - descola por completo a discussão sobre a existência ou não de um "intuito original" daquele que edita a norma, e passa a tratar a dimensão temporal como uma arena na qual a coerência argumentativa testará a ad equabilidade de uma interpretação. DWORKIN chamará este crivo diacrônico de *chain of law*⁵, uma expressão que, tomada da teoria da crítica literária, pode ser descrita como a compreensão das sucessivas decisões interpretativas no Direito como um romance "em cadeia", ainda que seus capítulos sejam escritos por autores distintos. Estes autores, a cada capítulo, tentarão manter fidelidade ao que seja o tema central deste romance, buscarão formular sentidos que guardem coerência com o que já fora escrito anteriormente e, simultaneamente, terão em mente as possibilidades que este novo capítulo abre no desenvolver futuro desta trama.⁶ A interpretação cabível desta coerência poderá levar um determinado autor a, em certo ponto da obra, romper com a linha argumentativa que vinha sendo seguida até então, precisamente para que o foco no tema do romance seja mantido ou mesmo para que seja feita uma releitura de adequação dos pressupostos da narrativa à luz de um contexto presente que não era visível nos capítulos anteriores. E isto não representará a negação de validade do que fora narrado até então, precisamente porque a articulação de coerência proposta aqui não é resumida a uma linearidade cronológica, mas a uma sucessiva articulação de sentidos.⁷

Mesmo que exposta de forma tão sucinta - na qual não foram consideradas as implicações extensas que DWORKIN faz sobre os níveis argumentativos que podem decorrer desta proposta, e das objeções a ela (particularmente ao subjetivismo da qual ela é acusada e as dúvidas que são trazidas em uma crítica cética)⁸ - é possível notar que a idéia de *chain of law* tematiza a relação entre o tempo e as condições da interpretação. O objeto do presente texto é, à vista desta articulação, apresentar algumas das indagações nascidas de um debate entre a hermenêutica e a historiografia contemporânea - em especial parte do que foi objeto do debate entre HANS-GEORG GADAMER e REINHART KOSELLECK e, em seguida, pensar a dimensão social do tempo histórico e confrontar a hermenêutica com as condições de ativação da memória do intérprete. A meta final é a penas detalhar, pela via do diálogo com a historiografia, os limites da pretensão do intérprete ante a idéia de *chain of law*.

⁴ idem, ibidem, p. 273.

⁵ Preferiu-se não traduzir a expressão *chain of law*, porquanto a tradução mais aproximada para a língua portuguesa (um "romance em cadeia") não expressa, de modo adequado, os vínculos associativos entre uma categoria crítico-literária e uma categoria jurídico-hermenêutica.

⁶ DWORKIN, p. 275-277.

⁷ idem, ibidem, p. 279 e p. 287.

⁸ Para uma análise mais detalhada do tema, e que escapa aos limites e aos objetivos deste texto, cf. DWORKIN, 1999, p. 287-331 e ainda DWORKIN, 1996, p. 2-6 e 9-18.

2 - A relação entre hermenêutica e história: algumas questões surgidas no debate GADAMER-KOSELLECK.

O sentido do debate GADAMER-KOSELLECK só pode ser adequadamente reconstruído quando se tem em mente que tanto filosofia hermenêutica, campo de investigação de GADAMER, quanto história (em particular a história feita sob o paradigma conceitual de KOSELLECK) versam sobre a compreensão de sentidos dados ao mundo na experiência humana. Até porque, depois de ultrapassada a abordagem hegeliana quanto a um "devir" histórico marcado por uma causalidade fixa, a experiência histórica pode ser abordada através de uma pragmática discursiva, isto é, de usos semânticos em uma perspectiva diacrônica. A significação destes usos é, por sua vez, o objeto da filosofia hermenêutica, e nisto são estabelecidos pontos de contato entre ela e o paradigma de investigação histórico.⁹

A pretensão inicial de GADAMER nesta relação é bastante assimiladora: ele propõe ver a histórica como uma narrativa hermenêutica, já que a compreensão do mundo é mediada pela linguagem, e toda a tematização de sentidos que se possa fazer requererá o uso de mais linguagem, em uma complexidade hermenêutica progressiva e inevitável, e assim história conceitual e filosofia são ambas narrativas que se reportam a tradições formadoras de pré-concepções, as quais são visíveis apenas em uma análise das práticas sócio-discursivas.¹⁰ O que KOSELLECK traz como objeção é, contudo, a noção de que faltaria à hermenêutica filosófica articular esta multiplicidade de sentidos em uma perspectiva diacrônica, na qual racionalidades distintas ou inclinações diversas para o uso de determinados sentidos no discurso social sejam observáveis.¹¹ E esta já é uma objeção de grande importância à hermenêutica dworkiniana do Direito, à medida que a idéia de *chain of law* tem a pretensão clara, como visto acima, de formular exigências temporais às condições interpretativas. Se a modernidade não apenas se põe como uma nova visão no tempo, mas como uma nova visão *do* tempo, em que o futuro não é mais a repetição do passado, mas há nele um horizonte em aberto, está também aberta a necessidade de que uma reconstrução de sentidos dados no passado a um determinado texto seja investigada pelos indícios "detectáveis" que estes sentidos deixaram ao longo de sua utilização. Assim, história não se confunde com hermenêutica, e nem pode ser reduzida a ela¹², já que, na afirmação de KOSELLECK, embora ambas reclamem a reconstrução de narrativas textuais, a história opera além dos limites da hermenêutica ao indagar das possibilidades de que tais relatos sejam reconstruídos. De outra parte, é quase curial dizer que, ao menos hipoteticamente, um texto corre sempre o risco de ser interpretado para além dos limites historiográficos.¹³

Logo, se a idéia de uma *chain of law* não lida diretamente com a historiografia, tal como lida com a hermenêutica, deverá ao menos ser operada tendo-se em vista os limites historiográficos da compreensão. Se a superação do modelo hegeliano de uma filosofia da história pode ser feita através de um paradigma conceitual da história, que atue como uma "antifenomenologia do espírito" na história, a reconstrução de mentalidades deverá sempre observar que, tal como as estruturas sociais, estas mentalidades não estão disponíveis para além

⁹ KOSELLECK;GADAMER, 1987, p. 9-10.

¹⁰ idem, ibidem, p. 18-20.

¹¹ KOSELLECK;GADAMER, 1987, p. 14.

¹² idem, ibidem, p. 23 e p. 28-29.

¹³ idem, ibidem, p. 68-70 e p. 93. Aliás, estas são razões que levam o historiador a problematizar as suas fontes de modo muito mais agudo que juristas ou filólogos, cf p. 91.

da fidelidade a seus contextos.¹⁴ É por esta razão que KOSELLECK vai observar, retomando as raízes da hermenêutica gadameriana, que mesmo que o ser-aí descrito por HEIDEGGER seja co-originário com o ser-no-mundo (isto é, mesmo que considerada a indissociabilidade entre inserção histórica e condições de compreensão do mundo da vida) apenas a historiografia pode revelar limites desta compreensão. O que KOSELLECK propõe, para tanto, é que a tensão nos sentidos da linguagem seja o guia no qual se procederá esta investigação, através de pares conceituais antitéticos que, vistos nas possibilidades de seus usos semânticos, tematizem a permanência e mudança de mentalidades, ainda que sobre tais mudanças se pretenda agora ver ou dizer aquilo que àquele tempo não poderia ser visto ou dito, já que os sentidos (ou mesmo as categorias formais) para esta análise ainda não existiam.¹⁵ Mais uma vez regressando à idéia de *chain of law*, é necessário que o intérprete, na reconstrução que faz de sentidos passados, esteja alerta a esta tensão e a este limite - a semântica utilizada pelo aplicador do Direito no passado era, ela própria, resultado de um embate entre sentidos possíveis, mas estas possibilidades são vistas agora somente sob uma luz interpretativa que não se achava disponível então, ao menos de forma completa.

De outra parte, os argumentos de GADAMER quanto aos limites postos acima devem também ser tomados em conta. Ele reconhece que toda a aproximação hermenêutica, embora principie como um estranhamento do "outro", vai buscar anular esta distância¹⁶. Esta abertura para o "outro" é, aliás, condição necessária, do ponto de vista de GADAMER, para a visibilidade dos próprios limites do intérprete¹⁷. Esta aproximação poderá ser sim temporal (uma "presentificação"), até porque a forma de a modernidade compreender o futuro (como "aberto") é também a forma como uma modernidade tardia adquire reflexividade¹⁸, ao ver na linguagem também esta mesma abertura.¹⁹ Isto é, o discurso da modernidade sobre si mesma - e sobre a sua resignificação do passado - é simultaneamente aberto histórica e lingüisticamente, e a filosofia hermenêutica permite articular esta simultaneidade. Ainda que esta modernidade tardia pretenda bem menos da razão que invoca como seu fundamento - já que não é possível admitir que seres humanos historicamente inseridos exerçam "controle" da história - a precariedade desta razão histórica, no ver de GADAMER, não a desqualifica como razão. Em um diálogo interessante com NIETZSCHE, GADAMER vai apontar que o estranhamento da razão se faz pela própria razão, e, ao invés de reduzi-la ao mito, a melhor alternativa é posicionar esta precariedade da razão histórica - esta temporalidade - no centro da reflexão filosófica, retirando dela pretensões de saberes absolutos que "suspendam o passado" o que dele disponham ao seu bel-prazer.²⁰ Mais uma vez voltando esta reflexão para o objeto central do presente texto, este alerta gadameriano reforça a exigência de coerência em uma *chain of law*:

¹⁴ KOSELLECK; GADAMER, p. 32 e p. 36.

¹⁵ idem, ibidem, p. 77, p. 85-87 e p. 92.

¹⁶ BREONE, 2000, p. 173.

¹⁷ GADAMER, 2003, p. 14-15.

¹⁸ É interessante notar que esta reflexividade, uma vez que pressupõe a idéia do "outro", não pode ser a objetivação do conhecimento. Portanto a tradição, no seu sentido gadameriano, não há de ser sempre confirmada hermenêuticamente. Ainda que ela não possa ser afastada dos elementos que são tematizados no processo de interpretação, a própria interpretação pode levar à dissolução, ruptura ou mudança da tradição ao ser resignificada a identidade a partir da observação e compreensão do "outro". Neste sentido, cf GADAMER, 2003, p. 12-13. O interesse particular desta colocação para o presente texto é que ele coincide com a afirmação de DWORKIN sobre a possibilidade de que a coerência exija não uma linearidade vertical para com a tradição, mas uma ruptura com ela, própria de um tempo que se percebe como "aberto" em suas possibilidades - cf nota 6.

¹⁹ KOSELLECK; GADAMER, p. 106.

²⁰ GADAMER, 1995, p. 117-121.

uma reconstrução interpretativa dos sentidos de aplicação do Direito no passado não pode abrigar a pretensão de ser totalizante. Até mesmo porque a descoberta de um tempo variável (descoberta responsável pela reaproximação das ciências naturais com as ciências humanas) é contemporânea do início da reflexão sobre a inexistência de uma causalidade histórica que seja determinável para acima de qualquer dúvida razoável. Assim, processos de interação humana, mesmo vistos diacronicamente, são sempre multifacetados, complexos, desafiadores das tentativas epistemológicas de sistematização.²¹

Uma racionalidade mais "despretensiosa" ao serem reconstruídos os sentidos abrigados em aplicações passadas do Direito deve ter presente a noção de que, mesmo em um recorte limitado, não é possível esgotar as alternativas de interpretação. A interpretação de textos, jurídicos ou não, quando observada em uma perspectiva temporal, não pode ser tomada como uma totalidade, já que ela reinventa seus limites enquanto tais limites são superados. A um só tempo, ela tende a confirmar-se a si própria, porém só o pode fazer de modo paradoxal, já que inventa os critérios de sua confirmação à medida que os aplica.²² Ao contrário do que uma impressão apressada sobre a proposta de DWORKIN possa parecer, a contribuição que ela contém não difere daquela dada pelas ciências do espírito na modernidade tardia: desvelar a inexistência de uma causalidade histórica e, assim, enveredar-se pela riqueza do que é humano, sem perder de vista os limites muito humanos desta trajetória.²³ Hermeneuticamente, o novo surge apenas através da mediação do antigo, e a única universalidade possível neste processo é a observação de que ambos - novo e antigo - são expressões lingüísticas de sentido. Não é possível, pois, determinar se a tradição será confirmada ou rompida. Mas, num ou noutro caso, o novo não perde o distanciamento temporal do antigo que ele confirma.²⁴ Ou, dito de outro modo: mesmo a confirmação da tradição a ressignifica.

Estas considerações levam, de pronto, à pergunta sobre a viabilidade de um acesso ao passado e a uma consciência histórica. A primeira parte da questão (a construção de um sentido social do tempo e o acesso ao passado) será enfrentada no tópico seguinte deste texto. Por ora, e como complemento do argumento gadameriano às objeções da historiografia contemporânea, fica-se com a análise dos limites do acesso a uma consciência histórica.

Na afirmação de GADAMER, os modernos são caracterizados por uma consciência histórica precisamente na dimensão reflexiva já dita acima: na modernidade se pode pensar a própria modernidade, o que, é claro, requer tanto a possibilidade de tematizar a tradição, como a possibilidade de um dissenso nesta tematização. Em última análise, portanto, tudo o que a história pode narrar acha-se aberto à interpretação na modernidade.²⁵ As narrativas históricas são causadoras de uma estranheza inicial própria de todo o processo hermenêutico, e, nesta medida, a interpretação destas narrativas não apenas propõe questões para a filosofia, mas também de filosofia. Isto é precisamente o que torna a dimensão histórica, narrada de forma reflexiva, infensa a um determinismo metodológico - seja qual for o método eleito para a sua análise - sem que, de outra parte, a historiografia deva abrir mão de pretensões de validade científica. Apenas estas pretensões são circunscritas à idéia de que as narrativas históricas não são gerais ou totais, mas sempre compreensões de uma singularidade ou descrevem, de modo

²¹ idem, ibidem, p. 153 e p. 156-157.

²² idem, ibidem, p. 159.

²³ GADAMER, 1995, p. 170.

²⁴ GADAMER, 2003, p. 15.

²⁵ idem, ibidem, p. 17-19.

parcial também, algumas das inter-relações que possam ser vistas nestas singularidades.²⁶ Em uma *chain of law*, portanto, convivem a reflexão quanto a uma singularidade traçada em meio a uma tradição e uma descrição parcial e precária das inter-relações de sentido que se estabeleceram na aplicação diacrônica do Direito a esta singularidade; sem que tal precariedade retire desta reconstrução a sua validade. MÁRIO BRETONÉ vai afirmar, aliás, que é necessária a reconstrução dos "fios invisíveis" que pendem entre o Direito e seu passado, de tal forma que se conheça a tradição ainda que para renegá-la, já que ela mesma, hermeneuticamente, é objeto de interpretação.²⁷

Em verdade GADAMER aponta para o fato de que uma busca de sentido total para a narrativa histórica é tributária de um cartesianismo latente que ele observa mesmo em hermenêutas com WILHELM DILTHEY. O estabelecimento de uma tentativa de compreensão do texto em si resulta, para GADAMER, em um esforço a-histórico que, neste sentido, não difere da presentificação operada em uma perspectiva hermenêutica romântica, na qual leitor e texto são tratados como contemporâneos por definição.²⁸ A interpretação que leva em conta a inserção histórica pode ser resgatada, portanto, apenas na perspectiva de sua reinserção em um mundo da vida em que atos intencionais humanos - ainda que não estabelecidos de um vínculo de causalidade - fazem da compreensão um verdadeiro "modo de vida". Neste modo de viver, segundo a análise que GADAMER toma de HEIDEGGER, compreender algo, em sua extensão, é tomá-lo para si, em um padrão intrincado que envolve a invocação e o esquecimento de experiências, bem como a abertura de novas expectativas.²⁹ Segundo BRETONÉ, o giro hermenêutico gadameriano retira o objeto histórico de diante do historiador e põe este último a transitar juntamente com este objeto no curso do processo de compreensão, de sorte que compreender a história agora não será distinto de aplicá-la lingüisticamente ao presente.³⁰

Neste ponto, é possível conectar o acesso a uma consciência histórica às questões sobre a definição social de um sentido de tempo e o acesso ao passado neste tempo, bem como as condições de rememoração deste conjunto de experiências. Estas questões são, sem dúvida, críticas para que se possa refletir quanto aos limites de uma *chain of law*.

3 - Para pensar a dimensão temporal: O passado acha-se disponível? Tempo ou tempos?

Embora já se tenha feito referência nos parágrafos anteriores a uma aproximação das ciências naturais com as ciências do espírito, a partir da constatação de que mesmo o tempo pode ser definido em função dos referenciais do observador, um paradigma historiográfico anterior, lidando com a limitação decorrente de que uma narrativa histórica é marcada por um recorte subjetivo não justificável de antemão, insistia na idéia de uma "mecânica funcional histórica" que buscava extirpar os elementos "não controláveis" da análise histórica e que, quando não poderia atingir este objetivo, renunciava a toda pretensão de validade científica da história e equiparava a sua narrativa à literatura.³¹ A diminuição das pretensões impostas à narrativa histórica, porém, viabilizou que nada se imponha à análise histórica senão a investigação em si. Se o objeto da história pode ser ele todo reconduzido à atividade humana, a natureza múltipla e contraditória dos atos humanos - e mesmo a inexistência de uma necessária

²⁶ idem, ibidem, p. 20 e p. 22-23.

²⁷ BRETONÉ, 2000, p. 132, p. 170 e p. 179.

²⁸ idem, ibidem, p. 34 e p. 36-37.

²⁹ idem, ibidem, p. 39, p. 41 e p. 43.

³⁰ idem, ibidem, p. 171-172.

³¹ BLOCH, 1976, p. 18 e p. 20.

conexão entre intenções e resultados - o passado não é um objeto disponível para apropriação. Ele apenas pode ser reconstruído (e parcialmente) a partir do presente, em que o sentido da tensão entre permanência e mudança não pode ser confundido com uma relação de nexo causal.³² O historiador vai buscar compreender mudanças sem reduzi-las a uma relação de causalidade, e sem reduzir o passado a uma categoria do presente³³, e isto já indica que a interpretação do Direito segundo uma *chain of law* não pode pretender a ratificação de um ponto de chegada já pré-definido pelo intérprete³⁴, e em estabelecer uma cadeia que vincule necessariamente uma decisão a outra que lhe precedeu. Embora estas decisões possam ter participado de uma circulação de sentidos na perspectiva diacrônica, o Direito manteve-se contingente a cada ato de aplicação. Ou, em outras palavras, não houve decisões que "necessariamente" tivessem um ou outro conteúdo como resultante daquelas que lhes precederam.

Se o conteúdo de sentido histórico produzido no passado não está disponível para uma apropriação subjetiva do intérprete, mesmo a sua dimensão factual não pode ser acessada a partir do presente sob a forma de indícios ou vestígios.³⁵ Eis aqui mais um ponto de contato importante entre o processo hermenêutico e o histórico: tais vestígios assumem a forma de comunicação (texto) e, sendo mediados pela linguagem (qualquer que seja ela), os silêncios e pausas comunicativas são tão ou mais relevantes ao processo de compreensão do que o que se acha expresso. Assim, ao dirigir seus olhos para um passado de decisões interpretativas no Direito, o aplicador deverá ter em vista não apenas a impossibilidade de um acesso direto a este passado, mas também a idéia de que a comunicação de sentidos, estabelecida nos textos de atos aplicativos anteriores, opera lingüisticamente - isto é, produz comunicação operando tanto a palavra como o silêncio; ainda que não se possa (é importante lembrar) atribuir uma natureza ou um papel causal a este silêncio.

Agora ainda resta abordar as questões sobre a acessibilidade ao passado por dois outros ângulos: uma articulação hermenêutica do tempo histórico e uma articulação social dele. Ambas têm em comum a constatação de que um tempo cronologicamente medido é apenas um referencial auxiliar de datação no processo histórico³⁶, mas tal processo deve ser compreendido para além desta simples datação. Por este motivo, ainda que mediante caminhos distintos, ambas as concepções historiográficas tocarão diretamente os limites da reconstrução do passado e as pretensões cabíveis na projeção de um futuro.

Chamo a primeira de articulação de hermenêutica porquanto ela, na formulação que lhe dá KOSELLECK, fica apoiada em categorias interpretativas postas em tensão em uma perspectiva nitidamente interpretativa³⁷. Ao trabalhar com a trajetória dos sentidos como "fio condutor" de indícios para o desvelamento de mentalidades ao longo da história - produzindo uma história conceitual - KOSELLECK observa que o tempo histórico pode ser visto como o enfrentamento de um espaço de experiências confrontado com um horizonte de expectativas. Se é certo que este espaço de experiências representa um acúmulo até mesmo geracional do

³² idem, ibidem, p. 26, p. 30-31 e p. 43.

³³ idem, ibidem, p. 44-45.

³⁴ Em paralelo com a investigação histórica, é interessante notar que BLOCH (1976, p. 60-61) define um pressuposto historiográfico relevante: uma investigação histórica deve selecionar de antemão as perguntas que formulará para si, porém não as respostas.

³⁵ idem, ibidem, p. 47 e p. 52.

³⁶ cf. KOSELLECK, 1993, p. 13-14 e BRAUDEL, 1992, p. 21-22.

³⁷ KOSELLECK, 1993, p. 334-335.

passado (aproximando-se, em boa medida, da tradição no sentido gadameriano³⁸), não é menos certo que este acúmulo somente pode ser ressignificado no presente mediante uma avaliação semântica feita "ex post", através de categorias formais e de conceitos não disponíveis no passado. Neste sentido, não é possível uma datação cronológica específica da experiência, já que ela funde momentos distintos e mesmo dados não racionalizados, "saltando" por entre tempos cronológicos variados de forma descontínua.³⁹

Neste ponto da análise é importante, para o objeto do presente texto, articular o conceito deste espaço de experiência com uma outra observação também feita por KOSELLECK: a constatação de ser inadequado o intuito de fazer da história - na perspectiva de sua análise do passado - uma mestra da vida (*magistra vitae*). Com efeito, o argumento prático de que a história nos desoneraria da necessidade de cometimento de erros já praticados no passado ignora que o espaço de experiências do passado não é puramente factual, mas está sujeito a um processo interpretativo em que os fatos se fundem à conexão de sentidos atribuídos às ações humanas.⁴⁰ Não que seja impossível falar da validade de uma análise histórica - até porque a afirmação de que nada se pode aprender com ela somente poderia ser feita, paradoxalmente, invocando-se também uma "certeza histórica"⁴¹ - mas não se pode pretender que a história cumpra, na perspectiva de um resgate do passado, o papel de "tribunal da humanidade". Ela pode, isto sim, servir à tematização de um complexo de trajetórias humanas, nas quais a intencionalidade e o não intencional se entrecruzam de modo não programado e nem programável, tornando impossível pensar-se em uma ciência histórico-pragmática.⁴²

Portanto, em uma *chain of law* a reconstrução das experiências aplicativas do Direito no passado não pode ser tomada como desoneradora da explicitação das razões de um aprendizado já que se repute como "já cumprido" geracionalmente. Se o espaço da experiência articulará o racional e o irracional, a exigência de DWORKIN para o "reencantamento" com o Direito impõe a explicitação argumentativa destas razões, sem o que não se poderia pensar uma interpretação como legítima.⁴³ DWORKIN explicitamente conduz esta exigência da reconstrução interpretativa à história.⁴⁴

A categoria que KOSELLECK opõe ao espaço da experiência é o horizonte de expectativas. A abertura que a modernidade dá ao futuro, vista tanto como aceleração do tempo (pelo intuito de "planejar" o que ainda virá) como pela dilação do tempo (já que a revolução, inaugurando um novo tempo, pretende "destruir" a experiência)⁴⁵, serve de abrigo inicialmente à idéia de "fazer a história", tornando o futuro disponível a um planejamento total.⁴⁶ A questão que se põe aqui, porém, é que planejamento e execução não são necessariamente coincidentes na complexidade de fatores históricos. Mais que isto, transitamos por estes fatores sem necessariamente uma intenção de modificá-los e, quando os modificamos, estas alterações podem tomar prazo tão longo que não lhe seja possível falar de uma "disponibilidade" do futuro histórico.⁴⁷ Assumida a incontabilidade do futuro, em contraste com o desejo de planejá-lo,

³⁸ cf. GADAMER, 1999, p. 559-566.

³⁹ KOSELLECK, 1993, p. 338-339.

⁴⁰ KOSELLECK, 1993, p. 43 e p. 50.

⁴¹ idem, ibidem, p. 48.

⁴² idem, ibidem, p. 61 e p. 65-66.

⁴³ DWORKIN, 1999, p. 490-491.

⁴⁴ idem, ibidem, p. 83.

⁴⁵ KOSELLECK, 1993, p. 27, p. 31 e p. 37.

⁴⁶ idem, ibidem, p. 253-255.

⁴⁷ KOSELLECK, 1993, p. 262 e p. 266.

um horizonte de expectativas associa anseios, medos e racionalização, tudo isto em um tempo fugidio que, por definição, não é experimentável. O espaço da experiência, na dinâmica da modernidade, apenas libera um horizonte de expectativas não controláveis ou planejáveis por inteiro.⁴⁸ Neste sentido, a modernidade tanto se alimenta do risco como por ele produz tempo.

Olhando para o conceito de *chain of law*, a categoria de horizontes de expectativas deve remeter o intérprete ao abandono do intuito de vincular o futuro. A preocupação com a seqüência que se dará à "narrativa" jurídica que é feita no presente atua como uma idealidade própria de um modelo de aplicação "exigente" do Direito, que admite - ou melhor dizendo, requer - um aperfeiçoamento incessante do ato interpretativo. Até porque, voltando à articulação conceitual proposta por KOSELLECK, o aperfeiçoamento humano e de suas instituições é uma pretensão abrigada no horizonte de expectativas.⁴⁹

Deve-se ainda observar que a tensão entre experiências e expectativas não se resolve por uma simetria conceitual. Estas categorias são assimétricas, na formulação de KOSELLECK, e o tempo presente é precisamente o resultado deste diferencial - o que nos conduz à variabilidade do tempo histórico.⁵⁰ Esta variabilidade, ao propor que o tempo histórico é socialmente construído não apenas de forma distinta do tempo cronológico, mas com uma diversidade interna própria da complexidade humana, é também um limite a ser levado em consideração tanto ao se reconstruir o passado como ao se abrigar expectativas para o futuro. A análise que será utilizada aqui é a formulada por FERNAND BRAUDEL, a qual parte da observação de que os fatos "iluminam" de forma muito precária a compreensão do tempo histórico, e que tomados apenas em si permanecem desumanizados, sendo uma simples sucessão de "panos de fundo".⁵¹

O que BRAUDEL propõe é uma "dialética da duração" que considere que o tempo, tal como percebido e construído socialmente, é ele próprio plural e não monolítico. Isto porque, em uma perspectiva apenas da sucessão de fatos e eventos, o tempo histórico se apresenta como de curta duração. Todavia, a história também lida com conjunturas observáveis e transformáveis em médio prazo - e aqui se mostra o tempo histórico de média duração - bem como com estruturas de uma estabilidade muito maior, cuja duração no tempo se protraí tanto como sustentáculos como aparentes limites da experiência humana, sendo este o tempo histórico de longa duração.⁵² Ainda que seja difícil pensar em termos estruturais para o tempo (isto é, pensar uma infra-estrutura longa para ele), BRAUDEL insiste que toda análise histórica deve levar em conta um encadeamento simultâneo destes diversos tempos em cada evento.⁵³ Importa, assim, atentar para a existência do que PHILIPPE ARIÈS denomina de mentalidade, as quais resistem a uma apreciação a-histórica, já que se posicionam no campo de um imaginário nem sempre explicitado de forma consciente. Segundo a sua observação, compreender mentalidades é visualizar diferenças, bem como as condições em que, no presente, estas diferenças são inteligíveis, o que, se é uma aproximação mais cautelosa quanto ao passado, paradoxalmente

⁴⁸ idem, ibidem, p. 340-341 e p. 356.

⁴⁹ idem, ibidem, p. 346.

⁵⁰ idem, ibidem, p. 342-343. cf. ainda ARAÚJO PINTO, 2002, p. 145-148.

⁵¹ BRAUDEL, 1992, p. 24-25.

⁵² BRAUDEL, 1992, p. 43-44 e p. 49-50. cf. ARAÚJO PINTO, 2002, p. 128, p. 135-137 e p. 152, indicando estas razões como explicativas da impossibilidade de que o tempo-calendário, medido cronologicamente de forma homogênea e constante, seja uma descrição adequada da complexa dinâmica social da relação passado/presente/futuro, já que a relevância deste tempo reside na significação social que lhe seja emprestada.

⁵³ BRAUDEL, 1992, p. 52-54.

viabiliza uma melhor compreensão dele.⁵⁴

Estes cuidados quanto ao tempo histórico são capazes de tematizar uma história para além de "flashes" factuais e para além do que se acha descrito de forma "expressa" na leitura do passado.⁵⁵ A repercussão desta análise na interpretação/aplicação do Direito segundo uma *chain of law* é uma advertência ao intérprete: uma linearidade temporal cronológica entre decisões é insuficiente à pretensão reconstrutiva dos fundamentos utilizados nas interpretações passadas. O sentido de interpretações anteriores somente podem ser tematizados de forma adequada quando a multiplicidade de tempos histórico-sociais é levada em conta.

4 - Hermenêutica e ativação da memória.

Antes mesmo que se possa pensar na relevância da ativação da memória no Direito, importa perguntar: se, mesmo ante a autonomia que a modernidade lhe confere, o Direito estende-se por todos os pontos da experiência humana, é possível falar-se em uma memória jurídica - ou mesmo em uma história do Direito? Esta questão é enfrentada por BRETONNE, que, para respondê-la, parte da proposta de que a norma jurídica seja vista não como um objeto da reconstrução histórica, mas sim como um indício para o desvelamento de nexos não expressos entre o passado e o presente. Trata-se, assim, de contrapor-se à idéia de uma "história dos dogmas", para abraçar o conceito de uma história social, precisamente para que a história do Direito não seja reduzida, em sua possibilidade de validade, a uma "história dos juristas", sendo esta a forma na qual BRETONNE repele os argumentos de BLOCH e MOMIGLIANO.⁵⁶ Até mesmo porque se a totalidade do fenômeno social não pode ser esgotada historicamente, tampouco o Direito pode fazê-lo. Estes limites não fazem cair por terra o *status* epistemológico de validade de uma história do Direito. BRETONNE aqui aponta na direção do que foi afirmado por POPPER: a divisão do conhecimento em campos seletivos é um artifício necessário ao conhecimento, e os limites destes campos são operados apenas como tensões, porém nunca como uma aquisição a ser incorporada.⁵⁷

Ultrapassada esta objeção inicial, e se é verdade que o tempo se incorpora ao imaginário social e à memória⁵⁸, a pergunta de GADAMER quanto às condições em que é feita a "transmissão do pensar" no sentido diacrônico (isto é, as condições de ativação da memória) também é um ponto em que se faz possível entrever uma relação entre história e hermenêutica. Ele aponta, com acerto, que monumentos são obras humanas voltadas à ativação da memória, evidenciando que a ativação desta memória não é um processo "naturalizável", porquanto uma "história do universo" não é, necessariamente, a história humana.⁵⁹ Ou, dito de forma mais específica: a ativação da memória é ela própria uma artificialidade (já que uma "história do universo" contada por homens será, aí sim, uma história humana) e uma artificialidade que faz uso da abertura hermenêutica. Não é por acaso que GADAMER faz referência à memória a partir de monumentos, os quais com frequência se valem da arte, e a arte por definição, guarda uma abertura hermenêutico-filosófica, sendo aliás um dos pontos de partida da reflexão gadameriana.⁶⁰

⁵⁴ ARIÈS, 2001, p. 154-155 e p. 170-172.

⁵⁵ idem, ibidem, p. 60.

⁵⁶ BRETONNE, 2000, p. 135 e p. 140-141.

⁵⁷ idem, ibidem, p. 142-144.

⁵⁸ ARAÚJO PINTO, 2002, p. 125.

⁵⁹ GADAMER, 1995, p. 158.

⁶⁰ idem, 1999, p. 92-98 e p. 147-156.

Neste ponto já se pode introduzir a idéia de que a distância entre o observado e o observador - requisito necessário a um estranhamento que dá início à compreensão - pode ser vista também como uma distância temporal.⁶¹ A ativação da memória vai lidar com esta distância, ou, melhor dizendo, com uma trajetória percorrida no encurtamento desta distância. Sob a perspectiva hermenêutica, esta ativação faz apenas emergir temas de um pano de fundo de silêncio que antes era, ao menos lingüisticamente, consensual.⁶² Esta ativação, portanto, busca o imaginário em fontes que hermenêuticamente são todas reduzíveis a texto - embora o imaginário possa ter fontes iconográficas ou escritas em sentido estrito, consoante indica EVELYNE PLATAGEAN.⁶³ Aliás - e isto interessa particularmente à ativação da memória do Direito - esta historiadora relembra que, segundo demonstrou MICHEL FOUCAULT, a modernidade utiliza seu próprio imaginário para fazer a distinção entre o "normal" e o "louco", o que indica que este imaginário moderno também tem a pretensão de abrigar o parâmetro da normatividade.⁶⁴

Segundo CARLO GINZBURG, ao recordar ARISTÓTELES e HUME, a distância a que se referiu acima problematiza "sentimentos morais" de um imaginário que PLATAGEAN⁶⁵ aponta como "naturalizado", sendo capaz de tornar estes sentimentos mais agudos ou mais difusos - impactos que são maiores nas distâncias temporais do que nas espaciais e ainda mais agudos quando esta distância é passada do que quando ela é ainda futura.⁶⁶ Portanto, e considerada a modernidade, e a explicitação de seus riscos, um alerta importante ao que se debruça sobre nos limites desta distância é este: o distanciamento que me permite ver o "outro" pode servir também para ocultá-lo do horizonte de nossas decisões, como sugerem os exemplos que GINZBURG elenca sobre a forma "tecnológica" da guerra contemporânea ou sobre a despersonalização que é operada pela burocracia administrativa.⁶⁷ Este distanciamento do intérprete é precisamente o oposto do que uma aplicação "exigente" do Direito busca mediante uma *chain of law* - e, ainda assim, é um risco presente a todo instante. Mesmo a memória não mais pode ser tida como uma reserva "inalterável" de verdade, se os vestígios dela podem sofrer os efeitos da ação humana.⁶⁸

A operatividade da memória - sua ativação, como se denominou acima - faz ver a natureza fugidia deste conceito. De fato, memória existe apenas em uma perspectiva operacional, de sorte que, finda a reconstrução que se propôs fazer, ela não mais é visível como memória, mas como tema enunciado lingüisticamente. É esta articulação memória-linguagem que faz JACQUES LE GOFF afirmar que uma "amnésia" social é certamente danosa às próprias identidades coletivas.⁶⁹ Esta é uma consideração de grande importância para uma *chain of law* que abriga a pretensão de ativar a memória do intérprete do Direito, ainda mais quando se tem em conta que, como indica LE GOFF, mitologicamente o *mnemon* é um auxiliar que, a todo instante, recorda o herói da saga de qual ou de quais normas divinas não devem ser desobedecidas no curso das ações que estão sendo praticadas, sob pena de que o herói incida na

⁶¹ BRAUDEL, 1992, p. 57.

⁶² Sobre a tematização lingüística de sentidos que se achavam imersos em um pano de fundo consensual, cf. GADAMER, 1999, p. 636-662.

⁶³ PLATAGEAN, 2001, p. 293.

⁶⁴ idem, ibidem, p. 303.

⁶⁵ idem, ibidem, p. 305.

⁶⁶ GINZBURG, 2001, p. 202-203 e p. 213-214.

⁶⁷ idem, ibidem, p. 210-211.

⁶⁸ idem, ibidem, p. 216.

⁶⁹ LE GOFF, 2005, p. 421 e p. 469.

ira divina. Assim, *mnemones* são repositórios da memória normativa.⁷⁰ Para o aplicador do Direito, em particular, a abertura que a modernidade dá quanto ao futuro tem reflexos na ressignificação do passado e na ativação da memória. Ela não mais pode ser pré-orientada para um *telos* determinado de antemão⁷¹, e, de outra parte, os caminhos de sua ativação não mais se resumem à imagem ou à disposição de um ordenamento conceitual, já que, com o advento e difusão dos meios de imprensa e de transmissão da palavra, um leitor é exposto a um volume de textos maior do que jamais poderá explorar.⁷² Isto torna retirada a possibilidade de precisar uma linha causal direta na reconstituição dos caminhos pelos quais a memória foi ativada em interpretações passadas, sendo possível apenas extrair dos indícios uma inter-relação de fatores. Mesmo esta inter-relação já assume a sua precariedade na origem, eis que, metodologicamente, a sua reconstrução requererá sempre um "recorte" específico.

Mas, quando se deseja que o saber sobre o Direito não seja mera técnica, é necessário torná-lo reflexivo, e isto é particularmente verdadeiro quanto à questão da memória do jurista, se a jurisprudência, como define BRETONE, é uma das expressões do pensamento jurídico em movimento, acumulando, selecionando, conservando ou inovando sentidos.⁷³ A resposta construída por ele é a de que a ativação da memória do intérprete do Direito, tal como nos demais processos mnemônicos, não é fruto de uma técnica intencional ou de um paradigma científico, mas sim é uma interação lingüística destas mentalidades.⁷⁴ E isto apresenta mais um limite à idéia de *chain of law*: a reconstrução do passado interpretativo vai ativar memórias que não podem ser explicadas mediante uma "presentificação" do passado - mas, ao mesmo tempo, estas memórias só são relevantes na medida em que articulam sentidos para o presente. O exame dos indícios lingüísticos da trajetória desta memória é, portanto, tanto necessário quanto precário, ao menos sob a perspectiva de que a interpretação reconstrutiva que uma *chain of law* sugere requer, como condição de legitimidade da aplicação do Direito, que passado e futuro sejam articulados nas razões de decidir explicitadas no presente.

5 - Conclusão: dos limites da pretensão do intérprete.

Ao final, o que o tempo e a memória podem propor à idéia de uma *chain of law*? Nada mais que um cuidado com as pretensões que podem ser abrigadas nesta idéia. A coerência interpretativa a que se refere DWORCKIN neste conceito, embora fundada em bases hermenêutico-filosóficas (e até mesmo por esta razão) não ignora a dimensão do tempo. Portanto, os que lançam mão da idéia de uma *chain of law* devem necessariamente atentar para advertências da historiografia contemporânea. Não se podendo mais acolher a pretensão de uma "Filosofia da História", o resgate das mentalidades que uma *chain of law* tem diante de si deve notar que estas mentalidades não estão disponíveis para além de seus contextos. Mesmo as escolhas de sentido que possam ser recuperadas deste olhar retroativo não podem ser tidas como conseqüências necessárias - apenas como a utilização de uma das alternativas possíveis, lembrando que a visibilidade destas possibilidades no presente é feita com um instrumental de conceitos que não se achava completamente disponível no passado.

Isto é, a reconstrução feita em uma *chain of law*, até mesmo para guardar coerência hermenêutica, não pode abrigar a pretensão de ser totalizante; já que ela apenas

⁷⁰ idem, ibidem, p. 433-434.

⁷¹ idem, ibidem, p. 434.

⁷² idem, ibidem, p. 436 e p. 452.

⁷³ BRETONE, 2000, p. 16 e p. 30.

⁷⁴ idem, ibidem, p. 34.

tematiza no tempo, de forma parcial e precária, uma singularidade localizada em meio a uma tradição. Do contrário, ela não serviria a muito mais do que a confirmação de um ponto de partida interpretativo pré-ordenado, o que seria a negação da hermenêutica gadameriana. O abandono desta pretensão totalizante é, de outro lado, essencial para que se deixe de lado o intuito de desonerar o intérprete de suas razões, porquanto uma *chain of law* requer, centralmente, a problematização de aprendizados geracionais no Direito. A contingência do Direito na modernidade pode ser vista, do ponto de observação historiográfico, como a manutenção de um horizonte de expectativas em expansão. Embora não existam garantias desta expansão, uma interpretação hermeneuticamente reconstrutiva exige esta abertura para o futuro, sendo este o sentido plausível para um aperfeiçoamento interpretativo constante.

É esta abertura que também requer do intérprete que não tome a reconstrução do passado através de um sentido cronológico de tempo, mas sim de um tempo histórico-social, ou melhor dizendo, da multiplicidade destes tempos. Trata-se, é claro, de uma perspectiva que contém em si mesmo o risco presente no ato hermenêutico: o distanciamento necessário a uma postura hermenêutica ante a multiplicidade de tempos não pode servir de impedimento a que o intérprete transite junto com o objeto de sua interpretação. Dito de outra forma, a despeito dos limites de acesso ao passado (e, talvez, mesmo por força deles) uma *chain of law* não deve "sedar" o aplicador do Direito quanto aos resultados de sua escolha interpretativa. mas sim tornar mais aguda esta percepção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO PINTO, C. P. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ARIÉS, P. ; LE GOFF, J (org). *A história das mentalidades*. In: **A História Nova**, trad. Eduardo Brandão. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2ª tir. 2001.

BLOCH, M. *Introdução à História*, trad. Maria Manuel Miguel e Rui Grácio. 3. Ed. Lisboa: Publicações Europa-América, 1976.

BRAUDEL, F. *Escritos sobre a história*, trad. J. Guinsburg e Tereza Cristina da Mora, rev. Angélica Diogo Pretel e Vara Lúcia B. Bolognani. 2. Ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1992.

BRETONE, M. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. trad. Agencia Literaria Eulama. Fondo de Cultura Económica. 1. Ed. México, D.F., 1ª reimp. 2000.

DWORKIN, R. *Objectivity and truth: you'd better believe it*. **Philosophy and Public Affairs**, New York, v. 25, n. 2, p. 2-40, abr./jun. 1996.

GADAMER, H. G. *El Giro Hermenéutico*, trad. Arturo Parada. Madrid: Ediciones Cátedra, 2. Ed. 1995.

GINZBURG, C. *Olhos de Madeira: nove reflexões sobre a distância*, trad. Eduardo Brandão. 1. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2ª reimp. 2001.

KOSELLECK, R. *Futuro Passado*, trad. Norberto Smilg. Barcelona: Paidós, 1993.

KOSELLECK, R. ; GADAMER, H.G. *Historia Y Hermenéutica*, trad. Faustino Oncina. Barcelona: Paidós, 1987.

LE GOFF, J. *História e Memória*, trad. Irene Ferreira, Bernardo Leitão e Suzana Ferreira Borges. 5. Ed. Campinas: Ed. Unicamp, 1ª reimp. 2005.

_____. *O império do Direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, rev. Gildo Rios. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *O Problema da Consciência Histórica*, trad. Paulo Cesar Duque Estrada. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

PATLAGEAN, E. *A história do imaginário*. In: LE GOFF, J (org). **A História Nova**, trad. Eduardo Brandão. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2ª tir. 2001.

_____. *Verdade e Método*, trad. Flávio Paulo Meurer, rev. Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Ed. Vozes, 1999.