O Papel do “Tribunal da História” na Constituição do Direito

Resumo

A noção de *rule of law* (Estado de direito) é central no conceito moderno de direito e nos debates atuais em torno do direito e da legitimidade dos governos. Este artigo reflete sobre a figura do “tribunal da história” na constituição do direito e aponta para a necessidade de que a defesa do projeto substantivo do *rule of law*, exemplarmente encampada por David Dyzenhaus, seja acompanhada de uma filosofia crítica da história.

Palavras-chave: *Rule of law*, Estado de direito, Tribunal da história, Filosofia crítica da história, Filosofias da história

Abstract

The notion of **rule of law** is central to the modern concept of law and the current debates about law and the legitimacy of governments. This article reflects on the figure of the “court of history” in the constitution of law and argues that the defense of the substantive project of the **rule of law**, exemplarily encamped by David Dyzenhaus, must be accompanied by a critical philosophy of history.

Keywords: *Rule of law*, Estado de direito, Court of History, Critical philosophy of history, Philosophies of history.

Introdução

O conceito de *rule of law* é central para a compreensão do direito moderno, pautando o debate contemporâneo acerca da organização jurídica e da legitimidade das ações dos governos das sociedades ao redor do mundo.¹ É, sem dúvida, um conceito político fundamental, daqueles que figuram no coração das disputas e tensões sociais, caracterizados por uma polissemia inerente. Por um lado, é um conceito elusivo, impossível de ser definido peremptoriamente; por outro, carrega um valor positivo, a favor do qual todos pretendem estar. Como diz Brian Tamanaha (2012, p. 232), é como a noção do “bem”: todos estão do

Prof. Me. Gustavo Angelelli

Doutorando e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade Cruzeiro do Sul.

E-mail: gustavo.angelelli@cruzeirodosul.edu.br

¹ O termo costuma ser traduzido como “Estado de direito”, mas essa tradução traz consigo problemas, uma vez que o conceito do mundo anglófono e o da língua portuguesa têm histórias próprias. Por isso, decidimos manter a expressão em inglês, que é a adotada por David Dyzenhaus, principal autor com quem este texto dialoga.

lado do bem, embora tenhamos ideias diferentes acerca do que isto significa.

Esse mesmo autor apresenta uma primeira definição aproximativa do conceito de *rule of law*, “a qual desenvolve posteriormente. Segundo ele, “o *rule of law* significa que os funcionários do governo e os cidadãos estão vinculados e são respeitados pelo direito”. (TAMANAH, 2012, p. 233)² Essa definição, aparentemente simples, envolve uma série de desdobramentos. Por exemplo, para que esse significado se efetue na realidade, o direito precisa ser conhecido e compreendido pela generalidade das pessoas, deve ser aplicado igualmente a todos, deve estar acompanhado de mecanismos e instituições que façam cumpri-lo.

Percebe-se, assim, que o tema é mais complexo do que aquela definição insinua à primeira vista. A discussão sobre o *rule of law* gira em torno de uma série de fatores: quais são os requisitos mínimos para a sua configuração; quais são os seus elementos; quais os seus limites; que benefícios traz (TAMANAH, 2012, p. 232). A título de exemplo, há, por um lado, quem considere (como a Organização das Nações Unidas) que a democracia e o respeito aos direitos humanos sejam constitutivos do *rule of law*; já Brian Tamanah entende que se trata de três conceitos distintos, que devem ser mantidos separados.

David Dyzenhaus é um autor que se posiciona do lado dos teóricos do direito que atribuem o caráter de necessidade a uma concepção substantiva, e não meramente procedimental, do *rule of law* na constituição do direito. Para ele, “o *rule of law* é uma regra de princípios constitucionais fundamentais que protege os indivíduos da ação arbitrária do Estado”³ (DYZENHAUS, 2006, p. 2). Essa concepção requer a cooperação de todos os ramos do poder – judiciário, legislativo e executivo –, com destaque para a atuação dos juízes na proteção do direito e do *rule of law*. Sem os juízes, não há como o *rule of law* se sus-

tentar; e, sem este, não há propriamente direito. A tese do autor é que, “[...] em circunstâncias em que a sociedade decide governar/regular-se por meio do direito, ela também decide sujeitar-se aos princípios constitucionais do *rule of law*, quer articule, ou não, aqueles princípios em uma declaração de direitos”. (DYZENHAUS, 2006, p. 4)⁴ Em seus textos, ele objetiva restabelecer as bases da discussão do direito em sistemas jurídicos perversos (DYZENHAUS, 2010) ou em tempos de tensão (DYZENHAUS, 2006), refutando que o *rule of law* possa ser afastado em situações de emergência.

Como método de análise e estratégia de defesa do *rule of law*, Dyzenhaus estuda não somente as decisões tomadas nos casos relevantes na tradição da *common law*, mas chama a atenção também para os votos dissidentes em tais casos, ressaltando a importância da divergência na proteção do direito frente às ameaças e às violações políticas decorrentes de medidas de governo. Em um dos vários votos estrategicamente escolhidos pelo autor para a sua abordagem teórica, o Justice Jackson, vencido no caso *Korematsu versus United States* (1944), destaca o papel das cortes na proteção do direito, mas reconhece que elas pouco podem fazer frente à força física do poder de guerra, que está nas mãos das autoridades militares. Nestes casos, em que o povo é quem tem poder para refrear as medidas perversas, Dyzenhaus ressalta, a partir da fala do Justice Jackson, que o papel das cortes consistiria em cumprir até o fim o seu *dever de defesa do “rule of law”*, a fim de iluminar a questão e mostrar ao povo a sua recusa em legitimar os atos inconstitucionais (DYZENHAUS, 2006, p. 64-65).

Ao elaborar esse argumento, o Justice Jackson afirma que, mesmo que as cortes sucumbam, limitações ainda se impõem aos comandantes do poder de guerra, as prin-

2 Tradução nossa. No original: “The rule of law means that government officials and citizens are bound by and abide by the law”.

3 Tradução nossa. No original: “[...] the rule of law is a rule of fundamental constitutional principles which protect individuals from arbitrary action by the state”.

4 Tradução nossa. No original: “[...] my argument is that, in circumstances when a society chooses to rule through law, it also chooses to subject itself to the constitutional principles of the rule of law, whether or not it articulates those principles in a bill of rights”.

cipais delas sendo os julgamentos que eles terão de enfrentar: por um lado, o julgamento político por seus contemporâneos; por outro, o julgamento moral da história. O *rule of law*, portanto, deve ser garantido pelas cortes judiciais. Mas, quando tudo estiver perdido e estas cortes falharem, isto não significa a derrocada do direito: os governantes que adotarem medidas nefastas ainda serão responsabilizados perante a opinião pública e a história.

Este texto analisará especificamente essa ideia de uma responsabilização final não judicial – que está longe de ser o objeto principal dos argumentos de Dyzenhaus, mas nos parece merecer mais atenção, devido às suas implicações filosóficas. Assim, este texto buscará desvendar que tipos de tribunais são esses, encarregados de emitir julgamentos quando o judiciário não estiver mais apto a exercer o seu papel na proteção do *rule of law*. Sustenta-se que ambos, tanto a opinião pública quanto a história, são desdobramentos do tribunal da razão, e que este é fruto histórico do imaginário europeu dos séculos XVIII e XIX. Tendo em vista sobretudo o tribunal da história, pretende-se mostrar que esta alegoria é típica das filosofias da história europeias e fruto de um processo de secularização, contendo em seu âmago elementos da tradição religiosa.

Diante disto, argumenta-se que a defesa de uma concepção substantiva do *rule of law* requer não somente uma revisão do conceito de direito, mediante o reconhecimento de que o direito impera tanto em tempos normais quanto em tempos de tensão, como aponta Dyzenhaus em sua reflexão, mas também uma filosofia crítica da história que se mantenha alerta perante o imaginário racionalista europeu dos últimos 250 anos, em sua pretensão utópica de proferir julgamentos morais absolutos e supostamente universais. Afinal, como diz Paul Ricoeur, o desejo de imparcialidade nos julgamentos deve vir acompanhado do reconhecimento da impossibilidade de um terceiro absoluto (RICOEUR, 2010).

A concepção substantiva de *rule of law* e o crivo da história

Em *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency* (2006), David Dyzenhaus estabelece uma disputa com as concepções de *rule of law* de tendência schmittiana. Para o autor, mesmo em situações de tensão, como em tempos de emergência e em questões de segurança nacional, a atuação do direito enseja, necessariamente, a defesa de uma concepção substantiva do *rule of law*. Assim, seus rivais teóricos são aqueles que entendem que, naquelas situações, o *rule of law* cede espaço para a arbitrariedade ou, no máximo, tem um caráter meramente procedimental, ao passo que os rivais práticos de sua visão são os juízes que, em tais circunstâncias, sucumbem às pressões do governo e do legislativo, seja por falta de coragem, seja por prudência, seja ainda por encampar alguma das concepções teóricas referidas. Na raiz de tais concepções não-substantivas do *rule of law*, Dyzenhaus identifica uma vitória de Carl Schmitt no desafio lançado à filosofia política e à teoria do direito.

De acordo com Schmitt, haveria um espaço social não jurídico, dominado exclusivamente pelo político. Esse espaço teria um caráter não somente distinto, mas antecedente ao direito, uma vez que o político constituiria a dimensão existencial da sociedade, o campo da decisão primordial em que se reconhece o soberano, isto é, aquele capaz de decidir sobre o estado de exceção (se existe e como proceder em tal circunstância) e de realizar a distinção entre amigo e inimigo, que estabelece a própria identidade do corpo social. Deste modo, a concepção liberal burguesa do *rule of law* não seria senão um verniz, com a pretensão de maquilar o caráter puramente político da soberania com as cores do Estado de Direito.

Segundo Dyzenhaus, essa abdicação do caráter fundante do direito foi um poderoso desafio, ao qual sucumbiram, cada um à sua maneira, diversos autores, muitos dos quais comumente ligados à tradição liberal – ou seja, supostamente contrários à concepção schmittiana.

Dentre os teóricos da política e do direito, Dyzenhaus lembra, primeiramente, de Clinton L. Rossiter, o qual, logo após a guerra (1948), argumentou que, em defesa da democracia, é aceitável até mesmo uma ditadura temporária, a qual, todavia, deveria configurar-se como uma ditadura constitucional, com respeito a alguns critérios por ele delineados. Para Dyzenhaus, é questionável a capacidade de tais critérios de limitar o poder do ditador “constitucional”. Essa construção teórica serve para demonstrar, desde logo, o que Dyzenhaus considera um erro de princípio na resposta ao desafio de Schmitt: partir da premissa de que, durante o estado de exceção, não vigora – ou não vigora em sua plenitude – o *rule of law*.

Nessa chave de leitura, vê-se que Rossiter, como tantos outros, procura estabelecer o seu modelo teórico em torno da questão: que tipo de limitação pode haver no tempo de exceção, uma vez que o *rule of law* não atua (ao menos efetivamente)? Em decorrência de uma formulação deste tipo, a resposta é tendencialmente bifurcada: uma é a concepção de direito e *rule of law* para tempos ordinários; outra, se é que há, para situações extraordinárias. Isto fica claro na distinção projetada por Rossiter: ditadura constitucional versus ditadura. Ora, neste ponto, Dyzenhaus parece propenso a dar razão a Carl Schmitt: ou é uma ditadura, ou é constitucional. E Rossiter, ao procurar fundamentar uma ditadura constitucional, não faria mais do que abrir terreno para a ditadura, conceito político que não suporta qualificações restritivas, como “constitucional” – dando azo, portanto, à vitória da teoria de Schmitt.

A proposta de Dyzenhaus é em sentido diverso: pela preservação do “constitucional”, sem a ditadura, de modo que mesmo em tempos extraordinários, ou seja, mesmo em questões de segurança nacional ou no estado de exceção, o *rule of law* tenha aplicação plena, em sua concepção substantiva e não meramente formal.

Com efeito, Dyzenhaus também critica autores como Bruce Ackerman e Cass Sunstein, para os quais há espaço para o *rule of law* nas situações excepcionais, mas apenas em uma concepção formal ou procedimental. Para o

primeiro, em tais situações, diante da impossibilidade de resguardar o *rule of law* de modo substantivo, seria necessário adotar medidas de contenção, a partir de uma nova arquitetura dos mecanismos de freios e contrapesos, a fim de criar incentivos e desincentivos aos poderes no exercício de suas funções. Esta posição, contudo, do ponto de vista de Dyzenhaus, consistiria em uma renúncia ao *rule of law* em nome do mero *rule by law*, ou seja, de uma limitação puramente formal e legalista à atuação discricionária e, no limite, arbitrária, dos órgãos de governo.

A posição de Sunstein é ainda mais fortemente criticada por Dyzenhaus, uma vez que a sua concepção “minimalista”, segundo a qual os juízes deveriam manter uma postura rasa e estreita diante de questões constitucionais, consistiria na defesa do *rule by law* em detrimento do *rule of law* não somente em situações excepcionais, mas inclusive em tempos ordinários. O nivelamento por baixo, retirando do judiciário a tarefa de proteger a concepção substantiva do *rule of law*, seria talvez a mais propícia estratégia para a garantia da atuação irrestrita do governo, cujos atos não sofreriam um efetivo controle judicial, sobretudo quando este se faz mais necessário.

De acordo com Dyzenhaus, posições como essas, que vislumbram a atuação do direito meramente como *rule by law* em tempos de tensão, formariam buracos cinzentos, diferentemente do buraco negro a que levam concepções mais radicais como as de Carl Schmitt e Giorgio Agamben. Para estes dois autores, haveria, respectivamente, um espaço além do direito (isto é, puramente político) ou uma total supressão do direito (ela própria juridicamente criada), de modo que a legalidade liberal não passaria de uma máscara. Já a defesa do *rule by law* (isto é, desta máscara de legalidade) não seria substancialmente diferente da noção schmittiana, mas formaria um buraco cinzento em vez de negro, que não assume a inexistência do direito, mas utiliza-o como subterfúgio para legitimar a atuação crua e irrestrita do político. Este simulacro de

direito, para Dyzenhaus, pode ser pior do que o reconhecimento de que o direito não tem papel nenhum – ou, em suas palavras, “[...] um pouco de legalidade pode ser mais letal para o *rule of law* do que nenhuma”. (DYZENHAUS, 2006, p. 50)⁵

Textos em torno desse tipo de minimalismo proposto por Sunstein têm sido publicados, sobretudo após o 11 de setembro, em defesa de um revisionismo na história jurídica estadunidense. Tais escritos propõem uma revisão da interpretação que se dá ao papel que tiveram na história decisões como a do caso *Korematsu versus United States*, julgado em 1944, em que a Suprema Corte do Estados Unidos da América conferiu legitimidade a uma ordem emitida dois anos antes, por meio da qual o governo estadunidense autorizara a evacuação de cidadãos americanos descendentes de japoneses da Costa Oeste, a fim de facilitar sua detenção e a definição pelos militares de quem, entre eles, era leal, e quem não era. Segundo essa corrente revisionista, tal decisão deve ser lida em conjunto com outras, como o caso *Endo* (*Ex parte Endo*, 323 U.S. 283, 1944), julgado no mesmo dia, em que foi protegido o direito do cidadão pelo judiciário, de modo que, em vez de consistir em um momento de desvio e fraqueza da história constitucional dos tribunais norte-americanos, representaria uma reverência da Suprema Corte à correta concepção de *rule of law*, a concepção que implica uma atuação mínima, estreita e rasa por parte do judiciário, com a deferência dos juízes às funções políticas majoritárias do Estado.

Dyzenhaus apoia-se em estudo de Patrick Gudridge para sustentar que os casos *Korematsu* e *Endo* são sobremaneira distintos para que seja feita uma simplista leitura em conjunto como a dos revisionistas. Em vez de ligá-las em um conjunto de decisões minimalistas, Dyzenhaus parece preferir deixar em aberto a interpretação histórica da atuação das cortes norte-americanas, indicando, contudo, que a decisão em *Korematsu*

foi uma ofensa à concepção substantiva do *rule of law*. Mas tal ofensa não foi um desvio na tradição de *common law*, como se costuma alegar, e sim a normalidade da atuação das cortes do *Commonwealth* em situações de tensão, o que se percebe desde o caso *Halliday* (1917), passando por *Liversidge* (1942) e *Rossouw* (1961), chegando à atualidade, como no caso *Hamdi* (2004).

Em decorrência desse registro histórico, a maioria dos teóricos parece abdicar desde o início da defesa de uma concepção substantiva do *rule of law* em momentos de tensão, sobretudo no que toca ao papel do judiciário, que teria sempre fracassado no exercício de seu dever de proteção do direito. A história é, assim, mobilizada, ainda que tacitamente, como pressuposto negativo à hipótese do governo do *rule of law* substantivo e do papel dos juízes de defendê-lo nas situações extraordinárias, hipótese esta que acaba, portanto, não sendo sequer aventada. Para Dyzenhaus, entretanto, este argumento histórico inquestionado não é determinante para afastar dos tempos excepcionais a atuação e a proteção do direito, revestido de forma substantiva pelo *rule of law*.

Outro autor que busca cumprir essa tarefa de restauração do *rule of law* substantivo é Oren Gross, para quem em tempos excepcionais a melhor opção seria um modelo de medidas extra-jurídicas (“*Extra-Legal Measures model*”), o qual, diferentemente dos dois tradicionais, o modelo dos “negócios de sempre” (“*Business as Usual model*”) e o modelo da acomodação (“*Accommodation Model*”), resguardaria, em algum grau, a concepção substantiva do *rule of law*. De acordo com o referido modelo de medidas extra-jurídicas, as situações de tensão requerem a pronta atuação do governo, de modo que não é possível fazer uma limitação prévia pelo ordenamento jurídico vigente. Contudo, findos os fatos que ensejaram as medidas excepcionais, a responsabilidade dos agentes públicos seria aferida e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos garantida, resultando em uma concepção substantiva do *rule of law*, diferida e retrospectiva.

5 Tradução nossa. No original: “A little bit of legality can be more lethal to the rule of law than none”.

Isto, porém, não parece bastar para uma efetiva atuação do direito e proteção aos direitos, aos olhos de Dyzenhaus, para quem o controle de constitucionalidade das medidas do Poder Público, a responsabilização de seus agentes e a proteção aos direitos humanos fundamentais devem ser feitos a todo tempo. Para ele, o direito e a concepção substantiva do *rule of law* valem para todas as situações – sejam elas ordinárias ou excepcionais. É justamente nestas últimas, aliás, que o direito deve exercer com maior rigor e presteza a sua função. E, para isto, o judiciário joga um papel fundamental.

Diante disso, a leitura dos casos registrados na história dos tribunais apresenta-se como um exercício constante de defesa do direito, uma vez que, apesar de muitos desses casos darem um passo rumo à derrocada do *rule of law* e do papel dos juízes, os votos dissidentes representam baluartes da defesa desses valores democráticos. Para Dyzenhaus (2006, p. 65), no limite, é este o papel dos juízes: mesmo quando não tiverem voz suficiente para reverter decisões inconstitucionais, devem denunciar as violações desferidas contra o direito – se não para obter efeitos práticos, ao menos para mostrar para o povo, verdadeiro detentor do poder, a sua recusa de legitimar atos espúrios e o verdadeiro caminho da defesa do direito e da democracia.

Exercitando essa prática de leitura dos votos vencidos, Dyzenhaus narra que, no caso *Korematsu v. United States* (323 U.S. 214, 1944, p. 242-248, o Justice Jackson proferiu um voto dissidente, por entender inconstitucional a ordem do governo referida anteriormente, de evacuar os descendentes de japoneses. Em seu voto, Jackson refletiu sobre o papel do judiciário e reconheceu que os tribunais não têm poder suficiente para restringir o comando do poder de guerra. Na verdade, segundo ele, a grande limitação sobre aquele poder de manejo da força física, “[...] no futuro como no passado, deve ser sua responsabilidade perante os

juulgamentos políticos de seus contemporâneos e os julgamentos morais da história”.⁶

Aparentemente, poderíamos alinhar os dizeres do Justice Jackson sobre os julgamentos morais da história à concepção de *rule of law* de Oren Gross, para quem em tempos excepcionais a melhor opção seria um modelo de medidas extrajudiciais, com a responsabilização posterior dos oficiais, haja vista que em ambos os casos a aferição de culpas e responsabilidades é remetida para o futuro. Há, contudo, uma diferença importante entre as visões do Justice Jackson e de Gross: enquanto este vislumbra, de fato, a atuação, após o fim do estado de emergência, de tribunais institucionalizados (órgãos judiciários de controle e proteção do *rule of law*), a fala do primeiro indica que, mesmo na ausência destes, o referido controle a posteriori será indefectivelmente realizado por outros tipos de tribunais: em primeiro lugar, durante e imediatamente após a situação de emergência, haveria um julgamento político pelos contemporâneos – trata-se do tribunal da opinião pública. E, com o distanciamento dos fatos, outra corte assumiria a função de responsabilizar os agentes públicos pelas medidas adotadas: o tribunal da história.

Assim, do trecho citado do voto do Justice Jackson, podemos extrair uma visão de que os tribunais judiciais têm um papel de defesa do direito e do *rule of law* tanto em tempos ordinários quanto em tempos extraordinários – o que, afinal de contas, é o ponto defendido por David Dyzenhaus. Após a prevalência da força, contudo – isto é, após o fracasso dos tribunais judiciais –, são outros os tribunais que entram em jogo, tribunais estes que não

6 Tradução nossa. No original, citado por Dyzenhaus: “Towards the end of his dissent in *Korematsu*, Justice Jackson said that that (sic) the courts ‘wield no power equal to’ restraining the command of the war power, should the people let it ‘fall into irresponsible and unscrupulous hand’. Thus concluded that the ‘chief restraint upon those who command the physical forces of the country, in the future as in the past, must be their responsibility to the political judgments of their contemporaries and to the moral judgments of history’ (DYZENHAUS, 2006, p. 64; 323 U.S. 214, 1944, p. 248).

são instituídos por nenhuma lei da autoridade civil (são, no máximo, por ela permitidos ou regulados), mas que são constitutivos da própria sociedade civil – ao menos da sociedade moderna, que conhece a imprensa e que vive a reflexividade da consciência histórica.⁷ São tribunais da razão, que se encarregam de perpetuar a prevalência da racionalidade onde o *rule of law* não encontra mais a proteção dos tribunais judiciais.

Seguindo estas ideias, é possível entender a fala do Justice Jackson como uma resposta à pergunta: “– E se nada der certo?”, ou seja: “– E se o direito, entendido através da concepção substantiva do *rule of law*, fracassar?” A resposta parece residir em instâncias racionais, mas extrajurídicas: uma difusa e contemporânea – mas não por isso menos racional –, a opinião pública,⁸ a outra, distante no tempo, é a escrita da história presente de um ponto de vista privilegiado, o futuro. Que tribunal é este, especificamente, da história? Que autoridade o instituiu? Ou seria mera retórica do juiz dissidente no caso *Korematsu*? Nos próximos itens, buscaremos lançar alguma luz sobre a corte de Clio.

Interlúdio: o juiz e o historiador

Antes de levantar uma hipótese sobre a configuração e a origem da noção de um tribunal da história, cumpre notar que a associação entre a tarefa do juiz e a tarefa do historiador não é desprovida de sentido, nem passou despercebida. Paul Ricoeur (2010) dá a sua contribuição para compreender a correlação entre as duas tarefas.

Por um lado, Ricoeur (2010, p. 335) chama a atenção para o fato de que a função suprema da sentença não é propriamente o aspecto punitivo da pena (pensando-se, aqui, em uma decisão de caráter penal), mas sim “[...] a de afirmar o direito numa situação determinada [...]”.

Por outro lado, o filósofo francês ressalta que o historiador e o juiz são movidos respectivamente por uma intenção de verdade e de justiça, que os coloca na posição de terceiro relativamente aos protagonistas da ação social, o que manifesta um desejo de imparcialidade. E, para ele, este desejo

[...] depende de uma filosofia crítica da história, na medida em que a ambição de verdade e de justiça é objeto de uma vigilância nas fronteiras dentro das quais sua legitimidade é inteira. Assim, dever-se-á colocar o desejo de imparcialidade sob o signo da impossibilidade de um terceiro absoluto. (RICOEUR, 2010, p. 330)

À parte outros pontos relevantes levantados pelo filósofo, iremos nos concentrar nestes dois: a afirmação, a cada decisão, não somente de um caso particular, mas do direito como um todo, enquanto restaurador da ordem pública e protetor da “[...] dignidade das vítimas a quem a justiça é feita [...]”; (RICOEUR, 2010, p. 335) e a necessidade de uma filosofia crítica da história, como consequência do desejo de imparcialidade e com o reconhecimento da impossibilidade de um terceiro absoluto.

O tribunal da história

Retomando a questão em debate neste texto, levantada a partir dos argumentos de Dyzenhaus e das afirmações do Justice Jackson no caso *Korematsu*, é notório que a invocação de um futuro julgamento moral pelo tribunal da história não é nova. Sobre ela, podemos conceber, a princípio, duas hipóteses: ou se trata de um mero artifício retórico, sem maiores consequências, ou é expressão de algo mais profundo e significativo. Mesmo que a primeira hipótese se mostre forte,

7 De acordo com Hans-Georg Gadamer, o “[...] aparecimento de uma tomada de consciência histórica constitui provavelmente a mais importante revolução pela qual passamos desde o início da época moderna”. (GADAMER, 2006, p. 17)

8 Note-se que Dyzenhaus faz questão de desvincular essa noção de opinião pública de qualquer associação à vontade de uma maioria eventual: “Mas dizer que a opinião pública é a base final do *rule of law* não torna seus princípios contingentes com relação ao que o público pensa” (“But to say that public opinion is the ultimate basis of the rule of law does not make its principles contingent on what the public thinks”). (DYZENHAUS, 2006, p. 157)

parece-nos necessário uma indagação mais detida, pois a repetição desse tipo de alegoria, somada à sua força persuasiva, indicam um fenômeno mais complexo do que um simples jogo de palavras. Ou seja, mesmo que consista também em um artifício retórico, é fundada a suspeita de que a noção de um julgamento pela história seja mais do que somente isto.

Uma hipótese forte que se levanta neste tema é a de uma íntima correlação entre a visão de mundo religiosa, com sua noção de juízo final, e a noção de história como progresso, fruto da secularização que se efetuou no Ocidente, mediante a projeção para o mundo temporal das expectativas da salvação. De fato, como diz Fernando Catroga (2009, p. 11), a “[...] obsessão ocidental pela história e pela memória tem como principal fonte a influência, mesmo que indireta, da visão judaico-cristã do tempo”.

No âmbito do pensamento, foram sobretudo as filosofias da história que concentraram os esforços de secularização. A figuração diacrônica do tempo foi forjada na noção de progresso, acompanhada de uma percepção de aceleração do tempo histórico (KOSELLECK, 2014). E, sob a égide da razão, “[...] ‘esperanças matemáticas’ (certas ou prováveis) [...]” foram apresentadas, agindo como “[...] sucedâneas das ‘esperanças consoladoras’ semeadas pela religião”. (CATROGA, 2009, p. 14)

A história da salvação (*Heilsgeschichte*) secularizada reflete-se na exigência, na esfera das coisas mundanas, de um esforço pessoal para salvar-se, sendo os sinais do sucesso em tal empreitada visíveis neste mundo – ainda que o “espírito de trabalho” ou “de progresso” que costuma ser ligado ao protestantismo não possa ser entendido, segundo Max Weber (2004, p. 38), em sentido “iluminista”.⁹ Por outro lado, ocorreu também uma transferência do juízo final para o plano terreno: afinal, “[...] a história se objetiva como verdade que, se

salva, também julga [...]”. (CATROGA, 2009, p. 14) E assim “[...] se foi instalando uma ideia justiceira de futuro (‘a história nos julgará’), “podendo-se dizer com Hegel que “A história do mundo é o tribunal do mundo” (*Die Weltgeschichte ist das Weltgericht*). (CATROGA, 2009, p. 15)

Se o Oitocentos é o século da história, como se costumou dizer (NOVAIS; SILVA, 2011, p. 9), pode-se afirmar que não o é somente porque a história, enquanto saber, sofre uma revolução interna, de cunho cientificista, sob o impacto das ciências sociais nascentes, mas também porque a humanidade inteira – este sujeito das filosofias do progresso, que “[...] deveria ser conduzida em direção a um futuro melhor [...]” (KOSELLECK, 1999, p. 10) – adquire uma nova forma de consciência histórica, reflexiva, inserindo-se de maneira inédita a própria historiografia e a vivência presente em um fluxo temporal percebido como altamente mutável e aperfeiçoável. Relativiza-se o ponto de vista do próprio historiador, que se vê imerso na história, o que levará aos (hoje assim considerados) excessos do historicismo.

Todavia, talvez mais do que a percepção de estar o presente imerso na história e em constante transformação, pode-se afirmar que foi a junção deste com o outro mundo que causou um choque de consciência. Este fenômeno, que costuma ser referido como o processo de “secularização” da sociedade ocidental moderna, transportou as expectativas referentes à salvação, até então referidas ao outro mundo, para o mundo terreno. O mundo das coisas humanas, que já via borrar-se a sua imagem de estabilidade havia algum tempo (sobretudo desde os séculos XV e XVI, em decorrência do encontro de povos desconhecidos, da reforma religiosa, das invenções tecnológicas etc.), entra em profunda crise, de maneira que o espaço de experiência conhecido, que dava segurança à vida comum, passa a estremecer. As expectativas relevantes, ligadas à salvação extraterrena, davam certa estabilidade à vida terrena, pois não era aqui que deveriam acontecer os fatos realmente relevantes – acima de tudo, o juízo final. No entanto, uma vez projetadas no mundo comum,

9 Diz Max Weber (2004, p. 38, destaques do autor): “Se é para encontrar um parentesco íntimo entre determinadas manifestações do antigo espírito protestante e a cultura capitalista moderna, não é em sua (pretensa) ‘alegria com o mundo’ mais ou menos materialista ou em todo caso antiascética que devemos procurá-lo, mas sim, queiramos ou não, em seus traços puramente **religiosos**”.

tais expectativas geraram um choque de realidade e uma crise sem precedentes.

Juntamente com a crise, a sociedade burguesa elaborou “[...] um auto-entendimento histórico-filosófico, predominantemente utópico [...]”, (KOSELLECK, 1999, p. 9) que alimenta a crise ao mascarar-la com os ideais da razão e do progresso. Segundo a tese de Reinhart Koselleck (1999, p. 9), a

[...] crise política (que, uma vez deflagrada, exige uma decisão) e as respectivas filosofias da história (em cujo nome tenta-se antecipar esta decisão, influenciá-la, orientá-la ou, em caso de catástrofe, evitá-la), formam um único fenômeno histórico, cuja raiz deve ser procurada no século XVIII.

Sem um enfrentamento direto da crise política, que era obscurecida pelos ideais de futuro planejados pelas filosofias da história e suas imagens utópicas, ela encaminhou-se rumo a uma decisão inesperada. Na gênese deste quadro está a transformação da história em processo, assim explicada por Koselleck (1999, p. 14):

No século XVIII, a intelectualidade burguesa transformou a história em processo, sem tornar-se consciente desta transformação. Este acontecimento, que inaugura os tempos modernos, é idêntico à gênese da filosofia da história. [...] O alto tribunal da razão, entre cujos membros naturais a elite ascendente se inseria, envolveu em seu processo, em diferentes etapas, todas as esferas da vida. Mais cedo ou mais tarde, a teologia, a arte, a história, o direito, o Estado, a política e, finalmente, a própria razão são citados e chamados a prestar contas. Neste comércio jurídico, o espírito burguês desempenhava a função de acusador, de instância judicativa suprema e – o que teria uma importância decisiva para a filosofia da história – de partido. Os juizes burgueses estavam sempre do lado do progresso. Ninguém – e nada – podia escapar à nova jurisdição. O que não resistisse ao juízo dos críticos

burgueses era entregue à censura moral, que se encarregava de discriminar o condenado e executar a sentença: “Quem não puder reconhecê-lo/ seja visto com desprezo”.

A ascensão da razão e da elite detentora do poder, justificada pela autoridade intelectual dos filósofos,¹⁰ que se dá na Europa moderna e se caracteriza pela pretensão de universalidade, é na verdade de um fenômeno histórico regional, que se expande e se impõe ao resto do mundo.¹¹ Ou seja, não se trata de um fenômeno universal, muito embora seja justamente a pretensão de universalidade a sua característica particular. E esta razão, no bojo de uma concepção secularizada de mundo, traz consigo as ideias de salvação e de julgamento, em que o espírito burguês, todavia, atua simultaneamente como acusador e julgador, e ainda toma partido trazendo nas mãos uma guilhotina moral prestes a executar os infelizes inimigos do progresso.

O projeto iluminista é levado ao extremo por Jean-Jacques Rousseau, “este primeiro democrata”, nas palavras de Koselleck (1999, p. 140), que acaba por estabelecer filosoficamente, mediante a noção de **vontade geral** – sempre incongruente com a vontade de todos –, uma espécie de ditadura permanente. Isto porque apenas aquele que executa a vontade geral hipostasiada é que está em condições de dizer se a vontade de cada um está de acordo com a vontade geral ou não.

10 Tendo em vista especificamente a questão do direito, diz Antônio Manuel Hespanha: “O direito tinha sido brutalmente homogeneizado e colocado nas mãos de um grupo social restrito. Ou, dizendo o mesmo de outro modo, um grupo social especializado em pensar os problemas sociais de forma genérica e abstrata – os *philosophes* – tinha-se aproximado dos detentores do poder central e ganhado o poder de transformar os seus projetos filosóficos em normas de um novo direito, geral e sistemático, compacto e exportável”. (HESPANHA, 2018, posições 77-86)

11 É justamente com uma afirmação neste sentido que Koselleck inicia a sua tese: “De um ponto de vista histórico, a atual crise mundial resulta da história europeia. A história europeia expandiu-se em história mundial e cumpriu-se nela, ao fazer com que o mundo inteiro ingressasse em um estado de crise permanente”. (KOSELLECK, 1999, p. 9)

A tarefa do chefe, que deve se apresentar como aquele que é o mais esclarecido, é justamente “[...] criar a identidade fictícia entre moral e política [...]”, uma vez que o “[...] povo quer sempre o bem, mas não o conhece [...]” (KOSELLECK, 1999, 143). A ditadura diferencia-se, assim, do absolutismo, “[...] na medida em que deve abarcar o foro interior privado que Hobbes havia excluído do Estado [...]”. (KOSELLECK, 1999, p. 142) Há uma fusão artificial entre moral e política, que aparece como sendo esclarecida, submetendo as vontades individuais dos cidadãos à vontade geral do povo, enquanto coletivo estatizado. Em nome do povo, o ditador se coloca como aquele que realiza o futuro utópico planejado racionalmente pelas filosofias da história.

O tribunal da história, ou seja, a ideia de um julgamento moral pelo povo, por intermédio de juízes esclarecidos, os historiadores-cidadãos habitantes do futuro em que se cumprem as profecias-planejamentos, é uma figura retórica forte, que insiste no imaginário racionalizante das filosofias da história dos séculos XVIII e XIX.

Não é coincidência que se forme em definitivo e adquira tamanha potência, justamente nesses séculos, outro tribunal da razão, o tribunal da opinião pública. Afinal, a opinião pública dos contemporâneos e a descrição histórica dos futuros historiadores são, ambas, expressões da razão, esta “musa” do Iluminismo, que substitui aos poucos a esperança (e o medo) do julgamento divino pela esperança no progresso (e o crescente medo pelo futuro aberto que passa a se formar a partir de então).

O tribunal da história não é senão o tribunal da razão em sua forma temporalizada, remetido para o futuro. É, portanto, a atuação diferida da razão, diante da impossibilidade de efetuar-se no presente. Resguarda-se, assim, a razão, com toda a sua divina perenidade, para que ela realize, no futuro, o seu inevitável e implacável julgamento. A certeza do julgamento não somente permanece como aumenta, uma vez que os detratores da razão – isto é, aqueles que usam a força, a violência e a guerra –, criam ainda mais motivos para a sua condenação.

A defesa do projeto e a crítica da utopia

Diante desta hipótese de leitura da auto-compreensão histórica da sociedade ocidental moderna, podemos entender que o tribunal da história invocado pelo Justice Jackson, em seu voto dissidente, possui raízes profundas na visão de mundo que se foi consolidando com o referido processo de secularização. Defrontando-se com uma situação irracional, decorrente de um ato de governo que feria a Constituição (situação esta que estava prestes a ser legitimada pelos seus pares de corte, o que levaria ao agravamento da irracionalidade), Jackson manifesta uma triste resignação perante o triunfo da força física (ou seja, do irracional), mas, estando do lado da razão, não se dá por vencido. Exercendo até o limite o seu dever de proteção do *rule of law*, ele admite que, na prática, a violação dos limites da constitucionalidade, por um comando militar, até poderia ocorrer, mas como um mero incidente; a sua aprovação pelas cortes no controle judicial, todavia, significa a transformação do mero incidente em doutrina da Constituição, perpetuando a irracionalidade que, indevidamente, infiltrou-se no direito. Não obstante, se o tribunal judicial sucumbe, outros bastiões resguardarão a vitória do racional: na linha de frente, os contemporâneos exercerão o julgamento político da opinião pública; na retaguarda, quando não houver mais combatentes de corpo presente, a história fará a defesa final, apontando culpados, responsabilizando-os e estabelecendo novamente o reino da razão – ou seja, abrindo espaço para que o próprio direito, com a sua racionalidade, se restaure e volte a regular a vida social contra o arbítrio do poder de guerra.

Por isso, o voto do Justice Jackson é tão significativo na defesa da concepção substantiva de *rule of law* apresentada por Dyzenhaus: contra a noção schmittiana de um poder político soberano precedente a todo direito, que detém o poder sobre a exceção (e, conseqüentemente, sobre a própria normalidade) e que se apresenta como pura vontade, Dyzenhaus faz a defesa de um direito racional, com parâmetros e princípios

morais que prevalecem independentemente da vontade arbitrária e extemporânea do eventual detentor da força.

Com base nas ideias expostas, vemos que esse apelo à racionalidade leva mais longe: não se trata apenas da preservação do direito, mas da **defesa da razão**, que deve prevalecer onde puder se manifestar – se não no direito, na força democrática do povo e, em última instância, no implacável julgamento moral da história. Enquanto projeto, a concepção substantiva do *rule of law* mantém-se vinculada à expectativa de salvação terrena, como o ápice esperado do progresso moral da civilização, ao final do qual os bons e os maus serão julgados e responsabilizados.

A noção de projeto do *rule of law* de Dyzenhaus tem também, afinal, algo de teológico. Se não é a pura vontade de um deus soberano, é a esperança no progresso, sustentada pela expectativa do fim da história e de um julgamento final.

Não se pretende, com estas ideias, infirmar a pretensão de Dyzenhaus, que parece uma legítima e justa tentativa de manter um grau de racionalidade na constituição do direito, capaz de garantir a defesa democrática contra as arbitrariedades do poder, que ficam cada vez mais claras com a perpetuação das medidas de exceção – especialmente na tendência geopolítica de cruzada contra o terrorismo, que vem se instaurando após o ataque de 11 de setembro de 2001.

Não obstante, a ligação do *rule of law* com as filosofias da história dos séculos XVIII e XIX levanta algumas questões mais profundas. Se, por um lado, a figura do tribunal da história dá suporte à defesa substantiva do *rule of law*, mantendo a esperança mesmo quando o direito parece sucumbir à força, como uma espécie de “anjo” que garantirá a reviravolta jurídica – afinal, a razão é perene e, a rigor, infalível –, por outro, essa esperança é contraproducente. Afinal, o baluarte da razão contra a pura manifestação da vontade e da força tem a sua própria história, uma história de mascaramento da crise e postergação das decisões políticas.

E esse diferimento parece favorável àqueles contra os quais se luta, justamente por manter, necessariamente, um poder provisório de decidir. Paradoxalmente, os tribunais da razão – o direito substantivamente sustentado pelo *rule of law*, a opinião pública, a própria história – são as figuras instituídas para se contrapor ao puro arbítrio e ao estado de exceção, e, ao mesmo tempo, sendo imagens construídas a partir das filosofias do progresso, o solo fértil sobre o qual a arbitrariedade e a exceção podem florescer. A razão e o arbítrio são faces de uma mesma moeda: a concepção utópica gerada pelas filosofias da história dos últimos séculos. Por isso, é importante uma reflexão como aquela desenvolvida por Dyzenhaus, cujo intuito é desmascarar as defesas do *rule of law* que, na verdade, contribuem para reforçar a ideia de exceção. Mas, por outro lado, é preciso ir além e perceber que a noção substantiva de *rule of law* em si, no contexto do direito moderno, precisa ter a sua relação com a exceção reavaliada, mas não à luz de seus próprios critérios e exigências, senão da crítica da filosofia da história, à qual está historicamente vinculada.

Assim, se o projeto de *rule of law* defendido por Dyzenhaus é, em vez de planejamento utópico, verdadeiramente **projeto** – com a historicidade e o caráter existencial da liberdade que Jean-Paul Sartre liga a este conceito (SILVA, 2016, p. 16) –, então ele se deve compor com a sustentação de uma filosofia crítica da história, renunciando a imagens utópicas que insistem em uma visão progressiva – para não dizer evolucionista – da história, com um fim predeterminado em que haveria o triunfo inextorável da razão, mediante o julgamento dos maus e da redenção dos bons. Este é, afinal, um plano **utópico**, emprestado de outro plano ao mundo terreno, mediante um processo de secularização que mantém, como juízes do alto tribunal da razão, alguns supostos esclarecidos que, no futuro, diriam qual é o bem que o povo quer, mas não sabe.

Apesar das boas intenções e da aparente racionalidade, um tribunal desse tipo parece, uma vez mais, sucumbir ao desafio de Carl

Schmitt. Para superar este desafio, talvez não baste que Dyzenhaus e os defensores do projeto da concepção substantiva do *rule of law* defendam a prevalência do direito e do *rule of law* em todos os tempos, ordinários ou extraordinários (DYZENHAUS, 2006, p. 58). É preciso também que a história seja concebida de outra maneira, fazendo-se uma crítica do projeto racional utópico da modernidade, reconhecendo-se a contingência histórica, em decorrência da qual o triunfo da razão não está garantido, e derrubando os totens da filosofia da história e do progresso que dominam a mentalidade ocidental e obscurecem a natureza da crise política da modernidade.

Considerações finais

Retomando os elementos destacados de Paul Ricoeur no item intermediário anterior, pode-se afirmar que a pretensão de autores como Dyzenhaus de defender, para todos os tempos, ordinários e extraordinários, a concepção substantiva do *rule of law*, exerce o importante papel de lembrar que, a cada decisão tomada, aquilo que é momentaneamente decidido não é o mais importante, mas sim a afirmação do direito (e do projeto substantivo do *rule of law*). Mais do que isto, Dyzenhaus nos lembra que esta afirmação do direito e do *rule of law* deve ter lugar não apenas em períodos de estabilidade, mas, sobretudo, quando as tensões agravam o contexto político e social. Este é um importante passo no sentido de não confiar excessivamente na razão, para não ter que ficar esperando por um triunfo seu que é constantemente adiado, postergado para quando alcançarmos, enfim, o **fim da história** ou a **paz perpétua**. Por outro lado, este papel poderá ser melhor cumprido se a proposta for sustentada por uma filosofia crítica da história, reconhecendo em seu próprio cerne uma projeção te(le)ológica (ainda que secularizada) e historicamente determinada, que não pode afirmar-se como tribunal **absoluto** da razão. Afinal, o desejo de imparcialidade não se pode efetuar senão acompanhado do reconhecimento da impossibilidade de um

terceiro absoluto – que foi a pretensão do espírito burguês. E isto talvez requeira superar esperanças demasiado ingênuas em um julgamento final pelo tribunal da história.

Referências bibliográficas

- CATROGA, F. A história do mundo como tribunal do mundo. **Saeculum – Revista de História**, João Pessoa, PB, p. 11-31, jul./dez. 2009.
- DYZENHAUS, D. **Hard Cases in Wicked Legal Systems: Pathologies of Legality**. 2th ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- _____. **The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- GADAMER, H.-G. **O problema da consciência histórica**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- HESPANHA, A. M. **O direito democrático numa era pós-estatal**. A questão de política das fontes do direito. [S.l.: s.n.], 2018.
- KOSELLECK, R. **Estratos do tempo: estudos sobre história**. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2014.
- _____. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**. Rio de Janeiro: Eduerj; Contraponto, 1999.
- NOVAIS, F. A.; SILVA, R. F. da. Introdução. In: _____. (Org.). **Nova história em perspectiva**. v. 1. São Paulo: Cosac Naify, 2011.
- RICOEUR, P. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas, SP: Unicamp, 2010.
- SILVA, F. L. e. Prefácio. In: ALMEIDA, S. L. de. **Sartre: direito e política: ontologia, liberdade e revolução**. São Paulo: Boitempo, 2016.
- TAMANAHA, B. Z. The history and elements of the rule of law. **Singapore Journal of Legal Studies**, p. 232-247, dec. 2012.
- WEBER, M. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.