

Reinhart Koselleck

# ESTRATOS DO TEMPO

## ESTUDOS SOBRE HISTÓRIA

COM UMA CONTRIBUIÇÃO DE  
Hans-Georg Gadamer

TRADUÇÃO  
Markus Hediger

CONTRAPONTO



© Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main, 2000

Todos os direitos reservados e controlados por Suhrkamp Verlag Berlin

Título original: *Zeitschichten. Studien zur Historik. Mit einem Beitrag von Hans-Georg Gadamer*

Direitos adquiridos para a língua portuguesa por Contraponto Editora Ltda.

Vedada, nos termos da lei, a reprodução total ou parcial deste livro, por quaisquer meios, sem autorização, por escrito, da Editora.

**Contraponto Editora Ltda.**

Av. Franklin Roosevelt 23 / 1405

Centro - Rio de Janeiro, RJ - Brasil

Cep 20021-120

Telefax: (21) 2544-0206

Site: [www.contrapontoeditora.com.br](http://www.contrapontoeditora.com.br)

E-mail: [contato@contrapontoeditora.com.br](mailto:contato@contrapontoeditora.com.br)

**Editora PUC-Rio**

Rua Marquês de S. Vicente, 225

Projeto Comunicar - Casa Agência/Editora

Gávea - Rio de Janeiro, RJ - CEP 22453-900

Telefax: (21) 3527-1760/1838

Site: [www.puc-rio.br/ediorapucrio](http://www.puc-rio.br/ediorapucrio)

E-mail: [edpucrio@puc-rio.br](mailto:edpucrio@puc-rio.br)

Conselho Editorial

Augusto Sampaio, Cesar Romero Jacob, Fernando Sá, Hilton Augusto Koch,

José Ricardo Bergmann, Luiz Alencar Reis da Silva Mello, Luiz Roberto Cunha,

Miguel Pereira e Paulo Fernando Carneiro de Andrade

1ª edição: agosto de 2014

Tiragem: 2.000 exemplares

Preparação de originais: César Benjamin

Revisão tipográfica: Tereza da Rocha

Projeto gráfico: Regina Ferraz

CIP-BRASIL CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO  
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ

K88e Koselleck, Reinhart, 1923-2006

Estratos do tempo : estudos sobre história / Reinhart Koselleck ; tradução

Markus Hediger. - 1. ed. - Rio de Janeiro : Contraponto : PUC-Rio, 2014.

352 p. ; 23 cm

Tradução de: *Zeitschichten. Studien zur Historik. Mit einem Beitrag von Hans-Georg Gadamer*

ISBN (Contraponto) 978-85-7866-099-4

ISBN (Ed. PUC-Rio) 978-85-8006-135-2

1. História. 2. Historiografia. I. Título.

14-11503

CDD: 901

CDU: 931.1

## História, direito e justiça

A temática escolhida – história, direito e justiça – soa pretensiosa. Três conceitos de peso devem ser relacionados entre si, conceitos que, ao longo da *história* [*Geschichte*] (assim denominada somente a partir do século XVIII), significaram ou designaram fatos ou aspirações bem diferentes. Ninguém questiona a historicidade desses três conceitos. Caso contrário, eles não seriam tema e desafio das ciências que se compreendem como ciências da história e, especificamente, da história do direito.

No que se segue, porém, não tentarei rastrear ou esboçar uma história desses conceitos centrais.<sup>1</sup> Minha reflexão se dirige, antes, à relação entre a história geral e a história do direito. Tentarei tratar dessa questão com a distância do historiador geral, ou seja, do leigo profissionalizado. Evitarei o debate travado pelos historiadores do direito nas duas últimas décadas, pois me faltam conhecimentos em dogmática jurídica.<sup>2</sup> Quando essas disputas ocorreram no âmbito da história geral, as questões foram formuladas de maneira análoga àquelas que têm preocupado também os historiadores. A relação entre uma hermenêutica geral e a hermenêutica dos textos, as perguntas sobre os critérios de objetividade e o contexto social do historiador, sobre a estrutura, os acontecimentos e o processo, sobre a evolução da relação com ciências próximas, em particular com a história social e econômica, tudo isso tem sido debatido tanto pelos historiadores gerais como pelos historiadores do direito – por estes últimos de forma menos veemente, mais silenciosa e calma, sem perder a compostura. Mas é inegável a osmose entre essas áreas, seus traços comuns.

<sup>1</sup> Cf. Fritz Loos e Hans-Ludwig Schreiber, "Recht, Gerechtigkeit", in Otto Brunner *et alii* (orgs.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, v. 5, Stuttgart, 1984, p. 231-311.

<sup>2</sup> Para evitar a necessidade de mencionar títulos individuais, remeto o leitor ao tratado crítico, orientado pela história social, sobre o debate dos métodos dentro das faculdades jurídicas de Marcel Senn, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, dissertação, Zurique, 1982, e a Diethelm Klippel, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Gießen, 1985 (Gießener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, v. 4), cujas premissas sobre a temporalidade serão diferenciadas neste ensaio. Ambas as obras apresentam uma boa bibliografia.

A despeito das diferenças de detalhes, podemos obter um consenso relativamente amplo na formulação das questões, assim como em muitas determinações e respostas teóricas.

A seguir tentarei destacar algumas áreas centrais que remetem a história do direito à história geral e vice-versa. Evitarei as areias movediças do puro debate metodológico, mesmo que por isso eu venha a ser acusado de permanecer em um terreno demasiadamente geral: afinal, este é o único – e talvez duvidoso – privilégio a que o historiador geral pode aspirar entre especialistas que ocupam um lugar preferencial em todas as demais questões.

Usarei o mínimo de método, dando dois passos: primeiro, tratarei da relação entre história e justiça. Mais precisamente, da pergunta: o que se pode fazer para vincular a experiência histórica a algo que se possa chamar de justiça? Aparentemente, história e justiça permanecem em uma tensão constante e indissolúvel, que provoca sempre novas tentativas de resolução, mas sem que os dois conceitos consigam convergir. Como se pode interpretar cientificamente essa relação?

Segue-se então, como segundo ponto, que também a história e o direito – compreendido este último como manuseio e administração institucionalizada de uma concepção de justiça – sempre remetem um ao outro. Na segunda parte, sugiro algumas determinações temporais que nos permitem tratar de forma integrada a história geral e a história do direito, mesmo que elas possam ser – ou, como diz Luhmann, já sejam – diferenciadas.

### 1. História e justiça

O fato de a disciplina da história [*Geschichtskunde*] e a historiografia [*Geschichtsschreibung*] estarem sujeitas ao *éthos* da justiça é um aspecto inerente à narrativa histórica [*Historie*] desde Heródoto. A metafórica que remete ao processo judicial – mesmo que, segundo Cícero, o historiador deva "proceder sem a rispidez dos procedimentos legais e sem os ferrões das sentenças judiciais"<sup>3</sup> – está em vigor: para se chegar aos fatos verdadeiros, é preciso interrogar as melhores testemunhas, suas declara-

<sup>3</sup> Cícero, *De Oratore* II 15, 64, trad. alemã Raphael Kühner, Munique, s.d., p. 151.

ções devem ser comparadas e contrastadas, e também a parte contrária deve ser ouvida. A despeito de todas as diferenças metodológicas, essa aspiração da ciência da história vale até hoje: os princípios de um processo justo<sup>4</sup> fazem parte da apuração da verdade. No entanto, depois da narrativa histórica proposta por helenos e cristãos, produziu-se uma ampliação que, desde Ranke, já não é aceita por todos: a de que o historiador deve ir além de determinar os fatos e além de falar sobre as pessoas envolvidas neles. Porém, a crítica à função de juiz, quando exercida pelo historiador, é tão antiga quanto a reivindicação dessa função. Faz parte da tradição retórica que o historiador deva, se possível, permitir que os fatos estabelecidos falem por si mesmos, para que o próprio leitor forme seu juízo. Por trás disso esconde-se a instrução indireta de que o leitor deve formular um juízo moral. Assim, duas advertências convergem: as afirmações científicas devem ajustar-se ao seu objeto; além disso, elas devem emitir um juízo legítimo sobre esse objeto ou, pelo menos, preparar o leitor para emitir esse juízo. Trata-se então de conceitos de justiça, um mais restrito, outro mais amplo; ou eles visam apenas a um procedimento metodológico justo, à apuração dos fatos, ou então a uma legítima formação de juízo. Em termos modernos, ambos os conceitos são usados na polêmica sobre o juízo de valor. Ambos – o que se refere ao método e o que se refere aos juízos de valor – remetem um ao outro. A apuração de fatos e a formação de juízo não podem ser separadas.

Por isso, quero reformular a pergunta ao historiador: não apenas seu procedimento e seus juízos devem ser justos – uma exigência com a qual, como disse, precisamos lidar desde sempre. Quero retomar a pergunta sobre o tipo de justiça a que se refere a história narrada ou construída pelos historiadores. Será que eles estabelecem uma história que reivindica algum tipo de justiça que lhe seja inerente? Será que, uma vez formulada, ela constitui uma justiça, de modo que o juízo resulte quase automaticamente dos fatos históricos e não de sua apresentação literária e estilizada?<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Lukian, *Wie man Geschichte schreiben soll*, c. 41, org., trad. e apresentação H. Homeyer, Munique, 1965, p. 148.

<sup>5</sup> Veja a recente obra de Hayden White, *Auch Klio dichtet oder die Fiktion des Faktischen* (*Tropics of Discourse*, Baltimore, 1982). Trad. do inglês Brigitte Brinkmann-Siepmann e Thomas Siepmann, Stuttgart, 1986.

Essa pergunta se dirige primariamente à ciência da história e aos seus métodos. Podemos tipificar cinco respostas, que desenvolverei sucintamente aqui.

Primeiro: *a resposta de Heródoto*. Ele sempre oferece uma justiça que atravessa as histórias individuais.<sup>6</sup> Os homens produzem o próprio destino com arrogância e cegueira. São responsáveis, mas não soberanos, pois acima deles estão os deuses, e acima destes, o destino. Ao longo do tempo – mesmo que no decurso de gerações, como no Antigo Testamento –, esse destino garante que a injustiça seja punida, e os crimes, vingados. Todas as histórias contêm uma justiça que lhes é inerente, à qual ninguém pode fugir, e que o historiador deve encontrar e expressar. Ainda hoje podemos considerar plausíveis os padrões de interpretação da reflexão de Heródoto, que remete às histórias míticas sobre os deuses, com suas propostas de sentido. O historiador que investiga as campanhas de Carlos XII da Suécia, de Napoleão ou de Hitler na Rússia dificilmente se recusa a reconhecer que o deslumbramento selou esses destinos. Nesse sentido, é possível extrair da história uma justiça que lhe é inerente, quaisquer que sejam as explicações para as causas e o decurso dessas campanhas.

O diário secreto de Linnaeus,<sup>7</sup> editado por Lepenies e Gustafsson, registra histórias do cotidiano do século XVIII no norte da Europa. Seus padrões poderiam ser provenientes de Heródoto, como no relato que conta como o neto de um homem acusado de alta traição e perdoado por Pedro, o Grande mata o neto desse czar. Tal padrão interpretativo remete a uma justiça inerente aos contextos históricos. Essas histórias possuem início e fim, e nisso se parecem com os casos que encontramos nos processos penais, civis ou administrativos. Seria interessante investigar em que pontos eles se diferenciam. O juiz desvela a história tendo em vista aplicar a lei. Seu papel de administrar e aplicar a lei lhe confere uma posição mais importante que a do historiador na execução da justiça. Com sua narrativa, este último também constrói uma história depois de inter-

<sup>6</sup> Veja a opinião diferenciadora de Hermann Strasburger, *Herodot als Geschichtsforscher*, Zurique e Munique, 1980, esp. p. 54.

<sup>7</sup> Carl von Linné, *Nemesis divina*, org. Wolf Lepenies e Lars Gustafsson. Trad. do latim e do sueco por Ruprecht Volz, Munique e Viena, 1981. Veja J. H. Franklin, *Jean Bodin and the 16th Century Revolution in the Methodology of Law and History*, Nova York, Londres, 1961, 1966.

rogar testemunhas e analisar fontes. (O *Pitaval*\* oferece histórias para ambos, o historiador e o juiz.) Mas o juiz é obrigado a levar o caso até o fim, coisa que o historiador deve evitar.

Por último, uma das formas mais antigas da historiografia, as memórias, nas quais ator e narrador convergem, também é motivada pela ideia de justiça. César, Frederico, o Grande ou Napoleão contam as próprias histórias, influenciadas e parcialmente produzidas por eles mesmos: nenhum desses autores conseguiu fugir à pressão de se justificar, por mais sublimada que ela apareça. Isso também vale para as grandes histórias de guerra de Churchill, que delas participou em posição de liderança. Toda justificativa parte do pressuposto de que há uma justiça inerente à história, diante da qual cada um crê que precisa se justificar, seja de forma afirmativa ou defensiva.

Segundo: *o modelo de Tucídides*. Tucídides compreendeu que o padrão interpretativo de Heródoto não abarcava todas as experiências dos homens na história. O homem pode se ver diante de alternativas que ele não escolheu e ser responsável por situações que lhe foram impostas. O acaso também entra no jogo. Assim, o homem assume culpas que não podem ser justificadas por nenhum direito.<sup>8</sup> Tucídides rejeita um direito fundado pelos deuses. Ele escreve em um século em que o conflito entre o antigo direito e o novo produzia situações sem saída, que só podiam ter um fim trágico.<sup>9</sup> Tucídides nos ofereceu uma resposta teórica, sofisticada: a separação entre poder e direito. Com isso, propôs uma temática que nos ocupa até hoje.

No diálogo sobre os mélios, os atenienses apelam ao fato de que o poder segue suas próprias leis e não adianta recorrer ao direito. Diante do poder desnudado, a insistência no direito pode se transformar e até mesmo ter um efeito ofuscante que conduz à morte. Esse é um pensamento que d'Aubigné propôs de forma análoga durante a guerra civil religiosa:

\* Famosa coleção de casos jurídicos e histórias criminais escrita por F. G. Pitaval (1673-1743). [N.T.]

<sup>8</sup> Tucídides, *Historiae* III 45, org. C. Hude, Leipzig, 1910, p. 220.

<sup>9</sup> Sobre tudo isso, veja Wolfgang Schadewaldt, *Die Anfänge der griechischen Geschichtsschreibung*, Frankfurt am Main, 1982, e Christian Meier, *Die Entstehung des Politischen bei den Griechen*, Frankfurt am Main, 1980.

quem apela à própria consciência se torna culpado; por isso, não pode culpar ninguém, senão a si mesmo.<sup>10</sup>

Tucídides também permanece sob a influência de Heródoto quando, ao extermínio dos mélios, agrega, sem mais comentários, a expedição dos atenienses à Sicília, cujos sobreviventes morreram nas pedreiras de Siracusa. Mas isso não muda em nada o fato de que os mélios assassinados, escravizados e vendidos continuam mortos, escravizados e vendidos; e de que sua cidade foi destruída. Tucídides não se permite estabelecer aqui uma conexão entre culpa e castigo; no máximo, deixa valer a lei de causa e efeito, embora a esconda por trás da descrição dos eventos. Se é mais fácil explicar o fim dos atenienses a partir de seu poder insuficiente ou de seu erro de avaliação, torna-se desnecessário recorrer a uma justiça inerente à história. Por contraste, o apelo dos mélios ao direito e à justiça, com suas referências à história, serve de pretexto para concluir que o poder – sua ascensão e seu declínio – cria suas próprias leis e contém em si a verdadeira natureza de todas as histórias. Dubček reconheceu isso em Moscou em 1968, quando repetiu com os russos a estrutura do diálogo mélio. O mesmo vale para o diálogo entre Háchas e Hitler, em 1939, em Berlim.\*

Ao destacar a oposição entre poder e direito, Tucídides abriu um espaço de experiência que permite abordar e interpretar qualquer história em todas as suas variantes. A “história universal como história do poder” é um modelo cujas raízes teóricas remetem a ele, passam por Maquiavel e chegam a Cartellieri, criador desse título. É um modelo consistente, mesmo que venha acompanhado de lamentações sobre a falta de justiça.

Quem assumiria a responsabilidade de legitimar o desaparecimento de milhares de unidades de ação políticas, que sumiram no decurso da história sem deixar vestígios, e defender o domínio de um poder superior?<sup>11</sup> Tucídides nos ensinou que a história não executa uma justiça que lhe seja

<sup>10</sup> Agrippe d'Aubigné, *La Confession du Sieur de Sancy*, in *Oeuvres complètes*, v. 2, Paris, 1877, p. 369ss. Veja Reinhart Koselleck, *Kritik und Krise*, Frankfurt am Main, 1973, p. 15.

\* Alexander Dubček, secretário-geral do Partido Comunista Tcheco, liderou a chamada Primavera de Praga em 1968, esmagada pela invasão de tropas soviéticas. Emil Háchas foi presidente da Tchécoslováquia entre 1938 e 1945, período em que o país tornou-se um protetorado da Alemanha. [N.T.]

<sup>11</sup> Veja o monumento de guerra ironizado de Kienholz, coleção Ludwig, Colônia.

inerente. Sua interpretação destaca a diferença entre poder e direito, evocada até hoje. O poder é o silencioso fundo de interpretação do direito, e vice-versa. A história do direito internacional não pode ser concebida sem esses pressupostos. Em seu trabalho sobre a expansão europeia e o direito internacional, Jörg Fisch demonstrou como e onde direitos excepcionais se escondem nos princípios de igualdade do direito natural: por trás desses princípios manifestam-se outro poder e seus interesses.<sup>12</sup>

No fundo, todos os impérios são grandes latrocínios, observou Agostinho oitocentos anos após Tucídides. Isso nos leva à terceira interpretação, que compensa teologicamente a insuperável tensão entre poder e direito.

Terceiro: *o modelo agostiniano*. Agostinho adotou padrões interpretativos que a tradição helênico-romana lhe oferecia: enquanto a mão de Deus castiga as injustiças gritantes deste mundo ainda neste mundo (o que é compatível com Heródoto), as injustiças no exercício do poder provocam novas misérias (o que é compatível com Tucídides). Mas a resposta realmente nova que esse padre da Igreja deu à situação de crise por volta do ano 400 foi que a verdadeira justiça repousa apenas em Deus. Os cristãos podem participar dela através da misericórdia, mas sua execução certa só pode ser esperada para o *iudicium maximum* após o fim dos tempos.<sup>13</sup>

Assim, as histórias são desobrigadas da pretensão fútil de gerar ou executar justiça a partir de si mesmas, mas sem que os homens abandonem a noção de uma justiça superior invisível. Os juízos de Deus são legitimamente secretos e secretamente legítimos.<sup>14</sup> Esse padrão interpre-

tativo se baseia na fé indemonstrável em uma justiça de Deus, da qual o ser humano só poderá compartilhar no fim da história. Apesar da participação potencial dos homens na justiça de Deus, a justiça não pode ser consumada e executada neste mundo, onde só pode ser alcançada de forma imperfeita.

Esse modelo agostiniano provocou duas respostas interligadas, mas diametralmente opostas.

Quarto: *a história absurda*. A história em si – um pensamento que só pôde ser concebido a partir da teologia – se torna absurda quando se abre mão da justiça compensadora do Juízo Final. Mesmo que o ser humano seja encarregado de buscar e, se possível, executar a justiça, tudo que ocorre neste mundo se subtrai à *justitia* invisível. No decurso da história medieval, a posição extrema de Agostinho foi ultrapassada na medida em que sua assimetria dos dois reinos foi territorializada e aplicada a unidades de ação eclesíásticas e seculares. Se o reino de Deus podia ser representado pela Igreja e o reino do mundo se realizava no império cristão, os eventos históricos podiam ser explicados a partir dos padrões interpretativos tanto de Heródoto quanto de Tucídides. Mas o absurdo potencial e a injustiça irresolúvel na história, que Agostinho havia introduzido no pensamento, permanecem como um espaço de experiência possível; basta pensar em *Cândido*, de Voltaire.

Aquele que tenta compreender Auschwitz mediante analogias não pode se esquivar da ausência de sentido de uma justiça que se retira, se é que pretende compreender a história. Nenhuma atribuição de culpa e nenhuma explicação podem reparar esse acontecimento. Agostinho nos forneceu uma possibilidade de experiência que, apesar de se basear em uma esperança teológica, faz com que toda justiça desapareça no além. Nesse sentido, superou Tucídides.

Aqueles que interpretam a expulsão dos alemães do leste como castigo justo para Auschwitz – como a Declaração de Stuttgart insinua – podemos responder com Tucídides: a expulsão teria ocorrido mesmo sem

<sup>12</sup> Jörg Fisch, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart, 1984.

<sup>13</sup> Compare a história dos conceitos da língua jurídica de Hans Hattenhauer, *Pax et Justitia*, Hamburgo, 1983 (protocolos das reuniões da sociedade das ciências Joachim Jungius, ano 1, caderno 3).

<sup>14</sup> Agostinho, *Civ. Dei*, livro 20, cap. 19: os condenados seriam seduzidos; os seduzidos, condenados, sendo que os condenados seriam seduzidos de acordo com as sentenças ocultamente justas e justamente ocultas – “*judiciis Dei occulte justis, juste occultis*” –, com as quais Deus, desde a queda, nunca teria cessado de julgar a criatura racional. Sobre a conclusão forçosa de Dante de exigir que os castigos não executados no aquém fossem executados de forma impiedosa e eterna no além como prova da graça divina, que assim se transforma em executor radical e impiedoso da justiça, veja Hugo Friedrich, *Die Rechtsmetaphysik der Göttlichen Komödie*, Francesca da

*Rimini*, Frankfurt am Main, 1942 (Das Abendland. Forschungen zur Geschichte europäischen Geisteslebens, org. Herbert Schöffler, v. VI). Sem interpretá-lo já de forma processual, manifesta-se aqui uma “posição intermediária” de Dante entre Agostinho e Hegel, que instiga outras diferenciações históricas, mas sem exigir que se abra mão de uma pretensão tipológica.

Auschwitz. Mas, seguindo Heródoto, poderíamos dizer: sem a obstinação dos alemães nenhum dos dois acontecimentos teria ocorrido. O que tornou Auschwitz possível foi a guerra desencadeada pelos alemães; como resultado dessa mesma guerra, os alemães do leste foram expulsos. Ambos os eventos podem ser remetidos a uma causa comum, mas sem que se estabeleça um vínculo causal entre ambos.

O evento em si – o extermínio de milhões de judeus e de outros grupos étnicos – não pode ser adequadamente interpretado, nem do ponto de vista moral nem do racional, por nenhuma ciência da história. Talvez seja necessário assumir o problema do absurdo ou, segundo Hannah Arendt, da banalidade do mal, mesmo que se continue aspirando a obter um ensinamento para o futuro, pois os homens – nesse caso, os alemães – precisam se responsabilizar pelos absurdos que cometem.

A experiência pós-agostiniana da negatividade, possibilitada pela interpretação do Padre da Igreja, caracteriza a nossa modernidade. Todo paralelo ou analogia estrutural com outras formas de “degeneração” falha como explicação. Quaisquer que sejam as explicações disponibilizadas, o fato de que existem histórias incomensuráveis com qualquer noção de justiça – e, por isso, absurdas – é um elemento da nossa experiência.

Isso nos leva à quinta posição, igualmente impensável sem Agostinho. Ela afirma o contrário: “A história do mundo é o juízo do mundo.” Essa máxima de Schiller foi formulada pela primeira vez na versão revisada de um poema de amor para Laura. Depois, Hegel a sistematizou, e desde então ela pretende harmonizar as interpretações divergentes de Heródoto e de Tucídides, inserindo ambas no *ordo temporum* da escatologia agostiniana. A máxima está contaminada por Heródoto. Como prosseguiu Schiller: “O que se esvai no minuto / nenhuma eternidade pode devolver.” Essa situação é irrecuperável, assim como cada época de Rank é imediata para Deus. O homem é responsável por todos os efeitos que ele, *nolens volens* [querendo ou não], causou. Erros ou ofuscações provocam vitórias irrevogáveis. Mas a justiça inerente à história se transforma em causa impulsionadora não só das histórias individuais, mas de toda a história do mundo, impiedosa e sem compaixão no Juízo Final.

Para Kant, a ideia de uma recompensa ou de um castigo que nos espera no além é profundamente amoral, pois determinações heterônomas, ou seja, a esperança da recompensa e o medo do castigo, depravam a

moralidade pura. A moral precisa se justificar sempre no *hic et nunc* [aqui e agora], e não consolar-se com um além. Com essa exigência rigorosa, a determinação da diferença, por Tucídides, entre poder e direito se tornou ainda mais aguda – uma diferença que Kant nunca conseguiu eliminar, mas que foi nivelada pela simplificação de Hegel. A justiça também consagra a história do poder que se impõe de forma amoral e ilegal. O Juízo Final se manifesta na própria história: todo dia é o dia final. O pensamento de que o êxito não pode ser legítimo é anulado com Hegel: não há mais nenhum Juízo Final que garanta uma compensação, a própria história se transforma em processo e sua consumação se converte na última instância. Assim, o ser humano se vê exposto a uma enorme exigência que também chega às raízes do absurdo.

A diferença estabelecida por Tucídides entre poder e direito se manifesta diacronicamente como veículo do Espírito para fazer vigorar um “direito superior”. Também a história reduzida à história do poder se manifesta como história do direito no caminho para a liberdade. Aquilo que, em determinada situação, aparenta ser amoral ou ilegal pode se converter em direito ao longo do tempo. “Isso só é válido para o direito do Espírito absoluto e só podem ser consideradas as circunstâncias que propiciam um princípio superior do Espírito. Nenhum Estado pode recorrer a esse direito” – prossegue Hegel. Isso pode ser usado como objeção contra aqueles que interpretam Hegel só sob o aspecto do poder político: a história supera, para não dizer transcende, o homem que atua. Nesse sentido, Hegel é compatível com Agostinho. Unidades de ação políticas não devem tentar legitimar injustiças evidentes, reivindicando para si o direito supremo da história do mundo, por exemplo. “Precisamos respeitar o direito do Espírito contra as pretensões dos Estados.” Hegel insiste em que nenhum ator político pode reivindicar para si que esteja agindo em nome da história mundial. Onde o manto de formas jurídicas encobre lutas pelo poder entre povos eruditos e bárbaros, entre cristãos e pagãos, entre muçulmanos e infiéis, “não há nenhuma legalidade”, como Hegel pôde concluir de modo quase kantiano.<sup>15</sup>

Essa, então, seria a quinta posição aqui esboçada. Ela remete a fontes fragmentadas do idealismo alemão. O aspecto novo e comum é a tempo-

<sup>15</sup> Hegel, *Die Vernunft in der Geschichte*, org. J. Hoffmeister, Hamburgo, 1955, p. 147ss.

realização consequente. A justiça, qualquer que seja, sempre se realiza no conjunto da história do mundo e através dela. A predeterminação do “sempre já” e do “ainda não” cria no homem a necessidade de converter, de forma reflexiva e autoconsciente, suas limitações em justiça. Assim, a história pode ser interpretada em sua diacronia como caminho para o estado de direito, para a sociedade das nações. Ela age conforme esses parâmetros.

Não é mais a história individual, como em Heródoto, que manifesta uma justiça que lhe é inerente. É a história do mundo que, como uma totalidade aberta, está submetida à necessidade racional de conduzir o desenvolvimento do homem a situações asseguradas pelo direito e, sobretudo, justas.

Sabemos que esse padrão interpretativo que sustenta a experiência moderna também impregna o historicismo e conduziu a todos os esboços de história – liberais, democráticos e socialistas. Mas também sabemos que nossa própria experiência se opõe a essa interpretação esperançosa e utópica da história. Mesmo assim, não podemos abandoná-la completamente, pois nossas possibilidades de sobrevivência dependem de um mínimo de ordem jurídica, mesmo que esta precise ser conquistada e reafirmada a cada dia.

A experiência registrada e interpretada pela historiografia pode ser útil a esse respeito. A remissão às três formas pré-modernas, acima mencionadas, de determinar a relação entre história e justiça testemunha a atualidade delas: a experiência, formulada por Heródoto, de que na multiplicidade das histórias individuais concretas pode transparecer algo como um destino adequado ao homem; a experiência, induzida por Tucídides, de que o poder social, político ou econômico não pode ser diretamente relacionado ao direito, seja tradicional ou recente; e, por fim, a experiência que Agostinho extrai do conceito teológico de que o homem não pode realizar a justiça neste mundo e que experimentar um mundo sem Deus é absurdo. Ainda precisamos recorrer a esses padrões interpretativos, pois eles nos lembram do fardo jogado sobre o homem, ser que é forçado a realizar o direito a fim de sobreviver. O *páthos* do desencanto se impõe quando história e justiça são remetidas uma à outra.

No entanto, todo especialista poderá demonstrar que os cinco modelos de experiência aqui descritos não abarcam Heródoto, Tucídides, Agos-

tinho, Kant ou Hegel como um todo. E as variações da interpretação aumentam quando, nesse jogo de argumentos, introduzimos textos de outros autores ou lemos Agostinho não sob a perspectiva da recepção da teologia negativa, mas sob a perspectiva de uma doutrina estoico-cristã do direito natural.

Aqui pretendemos reforçar um argumento, elevando-o à condição de tese: existem experiências históricas que, ao longo do tempo, foram enriquecidas, refutadas ou ampliadas e que só puderam ser realizadas porque as histórias individuais e a história como um todo estão impregnadas de padrões interpretativos que remetem à ideia de uma justiça possível. Independentemente de ter sido compreendida de modos tão diversos ao longo da história, ela é uma condição necessária, embora insuficiente, para permitir a experiência do que é a história.

As cinco variantes que esboçamos podem ser estilizadas também como possibilidades antropológicas que convergem, após dois milênios e meio de experiência histórica refletida. Elevadas ao seu conceito, podem ser lidas como uma sequência da história do espírito. Todas as interpretações podem ser atualizadas, e sem elas a experiência histórica não poderia ser transposta para a ciência. Em outras palavras: os cinco padrões de experiência antecedem os passos metodológicos feitos pelo historiador ao investigar a história passada.

Todas as hipóteses modernas e representações científicas que propõem diagnósticos históricos podem ser remetidas a esses padrões de experiência. Implícita ou explicitamente, sempre são mencionadas a justiça ou a injustiça de uma situação histórica, de uma mudança ou de uma catástrofe. Isso não vale apenas para a narrativa histórica moralizante, praticada desde o helenismo, que sobreviveu a Ranke e a Max Weber, prosseguindo até hoje. Também os chamados enfoques não valorativos contêm, implícita ou explicitamente, uma justiça atribuída à história e que influi na formação de juízo. Até mesmo a aceitação do absurdo permanece vinculada à tradição judaico-cristã, na medida em que esta pressupõe um Deus justo, cuja morte provoca uma ausência de sentido que outras culturas não conhecem.

O terror da Revolução Francesa, por exemplo, foi vivenciado primeiramente em termos morais: pelos que o exerciam, como execução de uma moral verdadeira; pelas vítimas, como uma ruptura com a moral

até então em vigor. Mas já a geração seguinte de pesquisadores, após o precedente de Foster e de Lorenz von Stein, interpretou esse terror funcionalmente, ou seja, como um meio necessário para suprimir a sociedade dos estamentos, insinuando assim que os jacobinos teriam executado uma justiça superior. Essa criação de sentido “isenta de valores” se nutre de uma justiça inerente à história ou de uma *logificatio ex post*, que não se pode aplicar a Auschwitz. Ninguém que pretenda reafirmar um direito supremo na história mundial ousará interpretar Auschwitz como um passo necessário para a criação do Estado de Israel ou para a introdução de uma Constituição que valoriza a liberdade na República Federal da Alemanha. Conceber esse pensamento significa falsear os fatos. É aquele direito que os russos marxistas reivindicavam ao exterminar os *kulak*, entendidos como uma injustiça em termos hegelianos.

Interpretar a história sob critérios de justiça é necessário, mas nunca suficiente. Com isso, tentei fundamentar minha primeira tese, que deve parecer evidente aos historiadores do direito. Chego, então, à segunda parte.

## 2. História e direito: algumas questões para a história do direito

Inicialmente, o exercício da justiça era interpretado como uma obrigação metodológica do historiador profissional; depois, tentou-se perceber a justiça como elemento de interpretação de toda história representada. Descobriu-se então que determinadas interpretações são compatíveis e outras se excluem. Mas nenhuma das interpretações oferecidas pode ser completamente invalidada ou é totalmente superada por sua idade ou por mudanças nas constelações. Seja por experiências realizadas, seja por se remeter a seus conceitos, tais propostas se repetem. A história oferece mais do que um decurso singular e único. Ela é isso também, mas é mais do que isso. Como os modelos de justiça da historiografia geral nos mostraram, a história está sujeita a uma sequência cronológica e, ao mesmo tempo, a uma estruturação sistemática.

No âmbito das ciências históricas não há uma disciplina especial mais capaz de confirmar esse diagnóstico do que a história do direito e – acrescento sem estabelecer diferenças – a história das constituições.

Lembro aqui as análises de Wieacker, realizadas para mensurar a contribuição da escola romanística do direito à adaptação do direito civil e mercantil às condições da industrialização. Determinadas regras jurídicas e propósitos formais sobre aquilo que se considera justo sobrevivem à mudança e à inovação no direito mercantil e processual, ao mesmo tempo que viabilizam essa mudança e essa inovação.<sup>16</sup>

A alternativa formulada por Betti e Wieacker, de uma história do direito mais contemplativa, preocupada com a descoberta das áreas temáticas passadas que devem ser reconstruídas, ou de uma história do direito mais preocupada com sua aplicabilidade – essa alternativa não pode ser determinada a partir de princípios; só pode ser usada pragmaticamente no âmbito da pesquisa. Ambas as abordagens não veem a história em sua singularidade diacrônica, mas sim como algo que se repete, seguindo estruturas determinadas. Precisamos então perguntar se, de modo análogo aos modelos de justiça que podem ser invocados desde a Antiguidade, também é possível recorrer a antigos diagnósticos jurídicos ou a regulamentos institucionais do passado para reivindicar sua validade ainda hoje, ou se eles remetem a equivalentes funcionais que pressupõem problemas comuns.

A possibilidade de repetir a história das constituições pode ser facilmente comprovada. A política aristotélica contém modos de procedimento e formas de domínio que, ainda hoje, poderiam ser formulados como regras jurídicas sem que perdessem sua força.

Formada a partir das *anfitionias* gregas, a história alemã oferece padrões de organização e regulamentações federais que não são singulares, mas transformáveis e aplicáveis no futuro. Lembro aqui a Hansa, que, como liga de grandes comerciantes, não era idêntica à soma das cidades que eles governavam. Usando termos modernos, Estado e soberania nem sempre convergem, o que invoca a necessidade de regulamentações federais. Recordemos a Suíça e os Países Baixos, que, seguindo a tradição jurídica federal alemã, conseguiram conquistar a soberania estatal como

<sup>16</sup> Franz Wieacker, *Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution*, in *Juristen-Jahrbuch*, 9 (1968-1969), p. 1-28; Stephan Buchholz, *Abstraktionsprinzip und Immobilienrecht*, Frankfurt am Main, 1978 (Ius Commune, Sonderhefte, Texte und Monographien, 8); Heinz Wagner, *Die Politische Pandektistik*, Berlin, 1985.



confederação. Ou recordemos a aliança aduaneira [*Zollverein*] que, em termos jurídicos, solucionou problemas análogos àqueles que hoje precisam ser solucionados pela Comunidade Econômica Europeia.

É claro que, em suas épocas, cada uma das ligas, alianças e associações mencionadas precisou lidar com desafios singulares. Os problemas políticos e econômicos do *Zollverein*, por exemplo, ocorreram à sombra do domínio britânico, tendo como horizonte de desejo a unificação nacional. Já os problemas da Comunidade Europeia abarcam um território maior e lidam com um horizonte de interdependência global e com uma tecnologia altamente desenvolvida. Aceitando-se, então, a singularidade diacrônica, é surpreendente a analogia estrutural das formas de regulamentação organizativa e jurídica das instituições inter ou multiestamentais e inter ou multiestatais. A história do direito e a história constitucional são as disciplinas que, por sua temática, nos dão instrumentos para observar a aplicação repetida desses marcos legais.

O direito, para ser direito, deve ser aplicado de forma recorrente. Isso exige o máximo de formalismo e de regularidade que exceda o caso individual. A durabilidade relativa, assegurada pelas regras processuais, possibilita subsumir os casos individuais aos estatutos e à lei. Para expressá-lo de forma um pouco exagerada: as negociações que levaram ao Código Civil Alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch*], como sequência de eventos, fazem parte da história política. Aqui, ocorreram negociações e acordos para sustentar o direito por meio de uma legislação. A promulgação do Código Civil, como ato jurídico que integra a história política, pode ser identificada diacronicamente em sua singularidade. A história do direito, porém, apresenta outra estrutura temporal. Tanto as normas jurídicas herdadas, adotadas, adaptadas, modificadas ou reformuladas, como também as leis promulgadas, que entraram em vigor em 1900, reivindicam uma aplicabilidade duradoura.

Ninguém impedirá o historiador do direito de investigar a gênese de obras legislativas, mas, do ponto de vista de uma teoria dos tempos históricos, ele se manterá na visão diacrônica dos eventos, enfatizando sua sequência singular. No entanto, a medida temporal do direito – de qualquer direito – baseia-se em sua repetibilidade estrutural, não importa se ele reivindica uma duração eterna ou se já prevê prazos de validade. Sabemos empiricamente que a história do direito segue adiante em ritmos

temporais diferentes dos ritmos da história política e esta, por sua vez, em ritmos diferentes dos da história social ou econômica. O Código Civil permaneceu em vigor na Alta Silésia depois de 1945, mesmo com a ocupação. O *code civil*, na Renânia, e o Código Territorial Geral [*Allgemeines Landrecht*], em Ansbach-Bayreuth, também sobreviveram às mudanças no poder.

Podemos então dizer que, em termos teóricos, a história do direito também considera que as disposições legais singulares estão submetidas à necessidade de repetição e orientadas a uma aplicação recorrente, ou seja, dotadas de prazos e de duração relativamente longos. Ela trata de estruturas, não de eventos. O caso do moleiro Arnold\* não é apaixonante como história individual, mas sim encarado, na história do direito, como sintoma de uma mudança estrutural que exclui a repetibilidade de algumas pretensões do poder, para colocar em vigor e fixar a nova regulação de procedimentos jurídicos independentes.

Esse aspecto temporal, que confere à história do direito uma participação genuína na história geral, tem consequências tanto para a exegese específica de fontes como para sua relação com disciplinas vizinhas e suas áreas de pesquisa. Para finalizar, quero esboçar isso rapidamente.

1. Os textos jurídicos que constituem fontes do direito visam à duração, à aplicação repetida, ao contrário de textos narrativos, mesmo quando estes tratam de assuntos jurídicos. Textos narrativos ou documentos se referem a ocorrências singulares, das quais eles dão testemunho. Textos que sustentam o direito, documentos que também resultam de atos, sentenças decorrentes de processos e leis preestabelecidos ou contratos resultantes de negociações criam uma fissura nas sequências de eventos e inauguram uma nova duração. A fim de viabilizar esse tipo de durabilidade, direitos consuetudinários são repassados oralmente de geração em geração ou fixados por escrito. Todos esses textos reivindicam uma aplicação repetida que ultrapassa sua aplicação singular. Nesse sentido, a relação da história do direito com os textos é análoga à dos teólogos com a Bíblia, pois os textos, por si mesmos, não permitem reconhecer a presen-

\* O moleiro Arnold recusou-se a ceder seu terreno para permitir a ampliação do palácio de Frederico II, o Grande, em Potsdam. Recorreu à Justiça e venceu, levando o rei a proferir uma frase que ficou famosa: "Ainda há juízes em Berlim!" [N.T.]

ça do direito. A temática que expressam linguisticamente, sua terminologia, é diferente daquela que encontramos em discursos feitos por parlamentares para justificar uma nova lei e obter apoio da maioria. Uma declaração textual é conscientemente efêmera; a outra pretende perdurar.

Por isso, a dogmática se encontra igualmente na origem da história do direito, como uma hermenêutica que procura compreender o texto em sua singularidade. A profundidade da dimensão temporal, que nesse caso visa a uma duração relativa, confere às fontes específicas do direito um *status* próprio, que não deve ser confundido com o *status* de uma fonte política, comercial ou narrativa.

Existem, pois, fontes genuínas do direito que desde a origem visam à sua aplicação e cujo sentido não se reduz a uma situação singular ou à história de sua repercussão singular. Tanto as regulamentações processuais quanto as determinações de ordem material visam a ser aplicadas recorrentemente, têm uma estrutura iterativa, diferente das fontes que permanecem presas à história dos eventos.

2. Mas esse é apenas um aspecto. Precisa de um complemento. Com isso, chego à relação da história do direito com suas disciplinas afins. Todas as fontes têm em comum o fato de remeterem a uma realidade extra-textual. As fontes jurídicas compartilham esse *status* com os textos de todas as disciplinas históricas. Cada texto pode se transformar em fonte para cada indagação histórica. Assim, os textos que ambicionam uma validade jurídica específica podem ser lidos também sob uma perspectiva econômica, política, sócio-histórica, teológica, histórico-linguística ou qualquer outra, sempre que dirijam perguntas a cada uma dessas áreas. Isso vale também na direção inversa. Os historiadores do direito aproveitaram essa mudança de perspectiva em prol de sua própria historiografia, subordinando metodologicamente as ciências afins, auxiliares, à história do direito. Lembro aqui os procedimentos de Fehr em história da literatura, de Ernst Rudolf Huber em história política e social, de Sohm em história eclesiástica, de Max Weber em história da economia, de Radbruch em história da arte: todos os gêneros mencionados, juntamente com suas fontes específicas, são interpretados pela história do direito.

Por isso, podemos traçar duas fronteiras entre a história do direito e as disciplinas afins. A delimitação mais estrita se concentra em textos que transmitem conteúdos genuinamente jurídicos e servem-se das discipli-

nas afins apenas como auxiliares. A outra, a delimitação elástica, é mais abrangente. Aqui se revela que a história do direito não consegue existir sem a história política, social ou econômica, sem a história das religiões, da língua e da literatura etc. Isso caracteriza a posição atual da nossa pesquisa. Apesar das reservas necessárias, essa dependência recíproca oferece vias de interpretação. Aplicando-se o modelo de Tucídides, todo direito pode ser interpretado como meio de proteção dos interesses dos poderosos, quaisquer que sejam os acréscimos ideológicos. Todo direito pode ser interpretado como resposta a calamidades sociais ou desafios econômicos, podendo se tratar, para mencionar alguns exemplos, da regulamentação da prática do aborto, do direito contratual ou do direito internacional, que necessita de uma base sólida para se apoiar. Todo direito pode ser interpretado como reação a problemas ainda não regulamentados, a problemas até então inexistentes ou a disputas que surgem em contextos extrajurídicos. Nesse sentido, a história do direito permanece inserida na história geral, na história política e na história socioeconômica; mais recentemente, também na história da técnica.

Essas dependências não se estabelecem de forma aleatória; resultam necessariamente de uma exegese das fontes, que é imanente à história do direito. Toda polêmica histórica sobre a interpretação de normas jurídicas feitas para perdurar nos remete a desafios que antecedem o direito ou que, não sendo abarcados por ele, exigem uma resposta nova. Toda determinação da diferença entre o que é e o que deve ser suscita a pergunta sobre fatores pré ou extrajurídicos que condicionam essa diferença. Quando uma antiga transgressão se transforma em um novo direito — como no caso do direito ao divórcio durante o Iluminismo ou da atual regulamentação da prática do aborto —, predomina a necessidade de adaptação extrajurídica por motivos sociais ou políticos, e a pressão desses motivos pode gerar uma nova qualidade jurídica.

Mas também as inovações jurídicas, que surgiram sob as pressões da industrialização e que ainda surgirão sob as pressões dos crescentes condicionamentos globais e ecológicos, também elas só podem adquirir qualidades jurídicas se ajudarem a criar estruturas que possam ser repetidas. Aí aparecerá seu conteúdo de justiça. Isso vale tanto para os atos da administração e as sentenças jurídicas quanto para as leis e os tratados internacionais.

Para mencionar um exemplo histórico conhecido: as leis de reforma de Stein e de Hardenberg reagiram a uma mudança na estrutura social, em médio prazo, e a uma catástrofe política e econômica, em curto prazo. Seu impulso inovador pode ser avaliado de diversas maneiras; no entanto, o êxito da inovação dependia da repetibilidade das novas ordenações jurídicas. Em sua ordenação das cidades, Stein recorreu a antigos padrões estamentais. Tratava-se de uma reforma civil burguesa, e por isso foi bem-sucedida. Regulamentou-se o mínimo de delimitações estamentais para garantir o máximo de autonomia na administração financeira e civil. Sem o recurso aos costumes e às regras jurídicas estamentais, provavelmente a ordenação das cidades teria fracassado. As reformas econômicas de Hardenberg apresentavam uma força inovadora maior e, em parte por isso, fracassaram. Elas modificaram e decompuseram simultaneamente a ordem jurídica das cidades, estabelecida por Von Stein, insistindo numa ordem econômica estatal comum a todos os habitantes da Prússia. Foram necessários numerosos decretos administrativos e sentenças judiciais, além de leis e tratados interestatais adicionais, para configurar o espaço econômico que se pretendia criar, regido por regras jurídicas comuns.

Interesses – e direitos – dos antigos estamentos opunham-se aos novos interesses e às reivindicações jurídicas da burguesia, que exercia pressão para uma mudança acelerada. A resposta especificamente jurídica aos desafios dessa situação social confusa foi a busca de regulações jurídicas, que precisavam ser aplicadas repetidamente para comprovar sua eficiência, assim garantindo justiça. Analisar esse fenômeno é a tarefa genuína de uma história do direito que não queira se perder em uma história social genérica, mesmo que queira se ocupar com seu próprio núcleo de questões.

Se minhas informações forem corretas, a teoria administrativa de Lorenz von Stein, saturada de história social, foi a primeira e, até agora, a última tentativa de analisar essas interdependências e propostas, tanto em termos sistemáticos quanto em termos de uma comparação entre diversos países. Partindo dos métodos diferenciados e das novas abordagens de hoje, essa teoria precisaria ser reescrita.

Nossa estrita limitação a uma história do direito vinculada a fontes jurídicas genuínas nos levou a ampliá-la e a incluí-la em outros ramos

das ciências históricas. Mas não devemos nos satisfazer com as dependências constatadas, que remetem a história do direito a outras disciplinas, como quando relacionamos o direito com os interesses e as constelações de poder. Melhor seria dizer que certas condições mínimas da história geral só podem ser compreendidas e explicadas por uma história do direito. A redução da história do direito a mudanças de interesses e a histórias diacrônicas do poder destrói o conteúdo próprio de uma história do direito cuja estrutura temporal visa à repetibilidade. Quero, então, inverter a pergunta: que aspecto teria a história geral se não perguntássemos o que nela foi possível, mas só prestássemos atenção no que foi juridicamente condicionado e juridicamente estruturado?

Nossa pergunta inicial sobre a justiça imaginável, possível ou impossível foi ocultada. Em outras palavras: a história do direito é condição necessária, mas não suficiente, para a história geral. Por isso, deveríamos exigir uma história integral do direito. E poderíamos ter oferecido uma relação saturada de dados empíricos para sustentar minha primeira tese, a de que nenhuma interpretação da história pode excluir a pergunta referente à justiça.

A realização de uma história integral do direito deve identificar as diferenças temporais geradas pela reivindicação de perdurabilidade e repetibilidade de todo direito. Existem diferentes ritmos de mudança na história política, social, econômica, linguística e jurídica que interagem e convergem nas experiências do dia a dia de ontem, de hoje e de amanhã, consideradas como uma unidade. Suas diferenças objetivas também produzem atritos, e uma das tarefas duradouras do direito é ajudar a solucioná-los. Por isso, suponho que a história do direito escoe de forma mais lenta, com um ritmo de mudança diferente nas sequências de eventos, pelo menos quando comparada com a história política. Ela precisa de seu tempo. Talvez por isso os juristas sejam mais conservadores do que seus demais colegas: mais conservadores não por motivos políticos, mas porque têm todo o direito de sê-lo.