# HISTÓRIA DO DIREITO

Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD

Vol. 1
Nº 1
2020
ISSN 2675-9284

ibhd

UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

# História do Direito

**Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD**

**Curitiba/PR**

**ISSN 2675-9284**

**Vol. 01**

**N° 01**

**Jul/Dez 2020**

**EDITOR**

Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

**EDITORES EXECUTIVOS**

Thiago Freitas Hansen (UFPR)
Walter Guandalini Junior (UFPR)

**CONSELHO DE REDAÇÃO**

André Peixoto de Souza (UFPR)
Danielle Wobeto de Araújo (UFPR)
Luis Fernando Lopes Pereira (UFPR)
Sergio Said Staut Jr (UFPR)

**CONSELHO EDITORIAL**

Airton Seelaender (UnB)
Alfredo de J. Flores (UFRGS)
Andrei Koerner (UNICAMP)
Antonio Carlos Wolkmer (UNILASSALE)
Arno Wehling (ABL)
Carlos Petit Calvo (Universidad de Huelva)
Christian Edward Ciryl Lynch (IESP-UERJ)
Cristiano Paixão (UnB)
Cristina Nogueira da Silva (Universidade Nova de Lisboa)
Ezequiel Abásolo (Universidad Catolica Argentina)
Gilberto Bercovici (USP)
Giovanni Cazzetta (Università degli Studi di Ferrara)
Gustavo Cesar Machado Cabral (UFC)
Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)
José Ramón Narváez Hernández (Universidad Autónoma de Mexico - UNAM)
José Reinaldo de Lima Lopes (USP)
Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)
Massimo Meccarelli (Università degli Studi di Macerata)
Monica Duarte Dantas (USP)
Paolo Cappellini (Università degli Studi di Firenze)
Paolo Grossi (Università degli Studi di Firenze)
Pietro Costa (Università degli Studi di Firenze)
Samuel Rodrigues Barbosa (USP)
Tamar Herzog (Harvard University)
Thomas Duve (Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie)

**PARECERISTAS**

Alan Wruck Garcia Rangel (UERJ), Alberto Spinosa (Università della Tuscia- Itália), Alexander Rodrigues de Castro (CEUMAR), Alexandre Da Maia (UFPE), Alfons Aragoneses (Universidad Pompeo Fabra – Espanha), Andrés Botero Bernal (Universidad Industrial de Santander - Colômbia), Claudia Paiva Carvalho (UFRJ), Douglas Pinheiro (UnB), Eric Palma (Universidad de Chile – Chile), Fernando Nagib Coelho (UFBA), Gustavo Castagna (UFPel), Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL), Humberto Morales (Benemérita Universidad Autónoma de Puebla - México), Jacqueline Blanco Blanco (Universidad Militar Nueva Granada - Colômbia), Juan Carlos Abreu y Abreu (Universidad La Salle - México), Juan Carlos Frontera (Universidad del Salvador – Argentina), Julio Rocha (UFBA), Laila Galvão (IFPR), Marcelo Casseb Continentino (UFPE), Maria Pia Guerra (UnB), Mario Cajas (Universidad ICESI – Colômbia), Paulo Emilio Borges de Macedo (UERJ), Pedro Cantisano (University of Nebraska – EUA), Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA), Raphael Peixoto de Paula (IDP-UFERSA), Wagner Feloniuk (FURG).

# SUMÁRIO


8 Apresentação (n. 1, v. 1, 2020)
Ricardo Marcelo Fonseca

**EXPERIÊNCIAS**

12 Direito dos Letrados nos Confins da Expansão Portuguesa
Ouvidores Régios de Paranaguá/São Paulo em Curitiba (1711-1738)
Luis Fernando Lopes Pereira

33 Os Desembargadores da Casa da Suplicação na Estrutura de Poder
O Caso da Assembleia Constituinte
Arno Wehling

64 Ideología e Independencia
Los Fundamentos Intelectuais de Los Protagonistas de 1810
Jacqueline Blanco Blanco

84 La constitución republicana española de 1931 y su ambiente intelectual en la Asamblea Constituyente brasileña de 1933-1934
Ezequiel Abásolo

96 O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841
Dois Modelos de Organização dos Poderes
Monica Duarte Dantas

122 Uma história do crime de adultério no Império do Brasil (1830-1889)
Gustavo Silveira Siqueira

132 Um código de sociólogos?
O caso do código da propriedade do Principado do Montenegro
Carlos Petit Calvo

141 A Eficácia da Justiça
A Formação e a Seleção de Magistrados Antes e Durante a Segunda República Espanhola
Manuel Ángel Bermejo Castrillo

164 "Uma Revista para o Direito Vivo"
Pontes de Miranda e a orientação da prática jurídica nacional na Revista 'Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros' (1934)
Alfredo de J. Flores

183 A Questão Agrária na Era Vargas (1930-1964)
Gilberto Bercovici

227 Entre regra e exceção
Normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985)
Cristiano Paixão

FERRAMENTAS

243 'Moderno' y 'posmoderno' en la historia del derecho en Italia
Paolo Grossi

250 'Dizer a verdade'
Uma missão impossível para a historiografia?
Pietro Costa

274 Como comemorar duzentos anos de constitucionalismo?
Cristina Nogueira da Silva

291 L'ipotesi Tocqueville
Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico'.
Paolo Cappellini

317 O que entendemos quando falamos de inovação jurídica?
Um olhar a partir da História do Direito
Massimo Meccarelli

331 Direito e história
Questões para uma estranha disciplina
José Reinaldo de Lima Lopes

351 Traditions, Translations, Betrayals
Dialogues among legal cultures
Ricardo Marcelo Fonseca

363 Historia Plural del Derecho
José Ramón Narváez

387 O *Sattelzeit* diferido da América Ibérica
Reflexões sobre uma história dos conceitos políticos fora do mundo europeu
Christian Edward Cyril Lynch

**RESENHAS**

404 Corporativismo e autoritarismo em perspectiva transnacional
Resenha de Authoritarianism and corporatism in Europe and Latin America: crossing borders (New York, Routeledge, 2019), de A. C. Pinto e F. Finchelstein.
Maria Pia Guerra

412 Os conceitos e as coisas ou as palavras e os vestígios?
Resenha de Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção? (São Paulo, contraponto, 2020), de Michael Stolleis
Samuel Rodrigues Barbosa

418 Historicizando a "grande dicotomia"
Resenha de Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica (Bologna, Il mulino, 2020), de Bernardo Sordi
Sergio Said Staut Junior

424 Leituras introdutórias de uma longa história.
Resenha de A short history of European law: the last two and a half millennia (Cambridge, Harvard University Press, 2018), de Tamar Herzog
Gustavo César Machado Cabral

430 As tensões do Estado constitucional
Resenha de Il cerchio e l'elisse: I fondamenti dello Stato costituzionale (Roma/Bari, Laterza, 2020), de Maurizio Fioravanti
Walter Guandalini Junior

HISTÓRIA DO DIREITO

# Apresentação (n. 1, v. 1, 2020)

A história do direito no Brasil, como se sabe, é uma disciplina jovem. Embora possamos identificar seus cultores desde o século XIX e ao longo de todo o século XX, ela se estabelece como disciplina acadêmica presente nos cursos universitários há somente pouco mais de vinte anos. Mas foram anos prolíficos: a história do direito se organizou neste país como área, estabeleceu alguns padrões metodológicos (ainda que com origens e premissas às vezes muito diversas), estabeleceu importantes redes nacionais e internacionais de diálogo e colaboração e inaugurou uma tradição de congressos que se tornou – é forçoso dizer – uma referência para juristas e historiadores. A área da história do direito fez, em cerca de duas décadas, mais do que a maior parte das áreas não fez em um século.

Claro que aqui se refere muito mais a um sucesso de "crítica" do que a um sucesso de "público". Mas em um país em que existem mais faculdades de direito do que em qualquer outro lugar no mundo e onde há, justamente por causa dessa circunstância, disfunções muito peculiares tanto no ensino quanto na própria produção do saber jurídico, manter-se como uma área que nasce e cresce tendo consciência da necessidade de não fazer concessões ao rigor acadêmico torna-se um diferencial e também um norte. Quando parecemos viver num ambiente de obsessão na direção do discurso fácil, frágil, consumível e digerível, a insistência em estabelecer uma área com um discurso que mire padrões internacionais, que almeje sofisticação e que não faça concessões ao populismo acadêmico, tende a ser uma flor diferente no meio do jardim que cresceu em nosso entorno nos últimos tempos. Apesar dos nossos tempos (como já ocorreu em outros tempos, como sabem os historiadores) muitas vezes desqualificarem o rigor acadêmico e os complexos procedimentos da "ciência" como se fossem meros pernosticismos, a área da história do direito brasileira – ainda em consolidação, claro – insiste a remar contra esta maré.

Não é justo separar esse momento de obsessão pela qualidade acadêmica e de pujança da área, que já dura algum tempo, da própria existência do IBHD – o Instituto Brasileiro de História do Direito. Associação científica criada no início deste século, o IBHD foi o catalisador de pessoas, ideias e iniciativas que de certa maneira viabilizaram encontros e produziram os caldeirões de debates que explicam aquilo que a história do direito no Brasil veio a se tornar hoje. E ciente de seu papel, o IBHD trazia consigo há muito tempo a pretensão de produzir uma revista que pudesse ao mesmo canalizar o conhecimento da área e divulgá-lo. Era um projeto que cabia muito bem na própria natureza do instituto, plena de rede de relações acadêmicas no Brasil e no estrangeiro, e plena de vocação de produção acadêmica que sempre aspirou qualidade.

E esta é a revista, é este o projeto, que finalmente toma a luz do dia: "História do Direito - Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito", projeto que foi abraçado e é executado pela Universidade Federal do Paraná, pela sua unidade de manutenção de periódicos e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito.

ISSN 2675-9284

Olhando por um lado, dada a justa expectativa que havia, o projeto talvez tenha demorado um tanto mais do que devia. Samuel Rodrigues Barbosa, presidente do IBHD até 2019, sempre pretendeu levar adiante a ideia – e não foi sua responsabilidade que não tivesse acontecido até então. Agora, já sob a gestão de Christian Lynch, as condições se viabilizaram, acumulando todos os esforços anteriores. Olhando por outro lado, porém, ver nascer essa revista neste ano de 2020 – no atual grau de desenvolvimento da área – pode ser também um presságio de poder colher frutos mais maduros. Talvez o momento para que finalmente haja esse "locus" de encontro e divulgação de ideias para a história do direito no Brasil nunca tenha sido tão adequado.

A 'História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito' é lançada com os parâmetros já conhecidos pelo Instituto: prezar pelo *diálogo* e pela *qualidade*. Diálogo, claro, entre historiadores do direito. Mas também diálogo entre aqueles que se ocupam deste saber nas diversas faculdades que de algum modo não diletante têm se ocupado do passado jurídico, como tem ocorrido desde a formação do Instituto: professores de direito, de história, de filosofia, de ciência política, etc. Mas também – e não menos importante – diálogo entre juristas, ou entre historiadores do direito e os cultores do direito positivo que tenham a sensibilidade de buscar pontos em comum. Afinal, acender ou reforçar a centelha que chama a atenção para a necessidade da compreensão adequada do passado do direito aos próprios juristas parece também tarefa de primeira ordem. De outra parte, como se dizia, prezar pela qualidade: este espaço tem a pretensão de ser o lugar privilegiado de circulação comum de ideias de pesquisadores brasileiros e de seus colegas de fora, de debates e projetos comuns, de experiências do passado e de metodologias, de divulgação de obras recentes e relevantes.

Este primeiro número da revista, creio, dá bem o tom da sua vocação, antes referida: Vozes com diferentes procedências disciplinares (embora confluindo de modo comum para a História do Direito), muitas vozes nacionais e estrangeiras. Mas todas vozes de qualidade e em diálogo num plano comum.

Na primeira parte (na sessão da revista 'Experiências') temos a artesania historiográfico-jurídica de autores e autoras que se debruçaram sobre a compreensão de momentos como os da instituição da ouvidoria nos confins da colônia portuguesa no século XVIII (por Luis Fernando Lopes Pereira, da UFPR), do papel dos desembargadores da Casa de Suplicação na Assembleia Constituinte Brasileira de 1823 (por Arno Wehling, da Academia Brasileira de Letras e IHGB), sobre as relações entre ideologia e processo de independência no vice-reinado de Nova Granada em 1810 (de Jacqueline Blanco Blanco, da *Universidad Militar Nueva Granada*, Colômbia), sobre a relação entre a Constituição espanhola de 1931 e o processo constituinte brasileiro de 1933-1934 (de Ezequiel Abásolo, da Univ*ersidad Católica Argentina*), sobre o código de processo criminal de 1832 e a reforma de 1841 no Brasil (de Monica Duarte Dantas, do Instituto de Estudos Brasileiros da USP), sobre a história do crime de adultério no Brasil Imperial (de Gustavo Silveira Siqueira, da UERJ), sobre o fascinante e pouco conhecido Código Civil do principado de Montenegro, de 1888 (por Carlos Petit Calvo, da *Universidad de Huelva*, Espanha), sobre a formação e seleção de magistrados na segunda República Espanhola, na primeira metade do século XX (de Manuel Ángel Bermejo Castrillo, da *Universidad Carlos III de Madrid*, Espanha), sobre uma nova luz no autor Pontes de Miranda a partir de uma revista por ele publicada a partir de 1934 (por Alfredo de Jesus Flores, da UFRGS), sobre uma ampla história da questão agrária no Brasil, desde a Era Vargas até 1964 (por Gilberto Bercovici (da USP) e sobre os instrumentos normativos (sobretudo as emendas constitucionais e os atos institucionais) durante a ditadura militar brasileira de 1964-1985 (por Cristiano Paixão, da UnB).

Na segunda parte (na sessão 'Ferramentas'), temos textos de natureza teórico-metodológica ou com estas fortes implicações, seja para a disciplina histórico-jurídica, seja num campo metodológico mais geral e vemos contribuições como as de Paolo Grossi, professor Emérito da *Università degli Studi di Firenze*, ex juiz da Corte Constitucional Italiana e um dos decanos e maiores referências da nossa área (sobre sua acepção de "moderno" e "pós-moderno" nas experiências jurídicas italiana e espanhola); de Pietro Costa, professor Emérito da *Università degli Studi di Firenze*, numa fala preparada para o Congresso brasileiro de história do direito em 2015 (sobre a relação entre a 'verdade' e a historiografia); de Cristina Nogueira da Silva, da *Universidade Nova de Lisboa* (num texto que, resgatando metodologicamente o legado da revolução liberal portuguesa de 1820 e a Constituição portuguesa de 1822, reflete sobre os sentidos das comemorações do bicentenário do constitucionalismo português); de Paolo Cappellini, da *Università degli Studi di Firenze* (que, tomando o gancho deste ano de pandemia, reflete sobre a questão das limitações de direitos e sobre a teoria democrática); de Massimo Meccarelli, da *Università degli Studi di Macerata* (que reflete sobre o conceito de 'inovação jurídica' em tempos históricos de transição); de José Reinaldo de Lima Lopes, da USP (que num texto finamente metodológico reflete sobre as relações entre direito e história); de Ricardo Marcelo Fonseca, da UFPR (que tomando o problema teórico das relações entre as tradições jurídicas no tempo – que partem de noções como recepção e transplante – propõe o uso da noção de tradução jurídica); de José Ramón Narváez, da *UNAM – Universidad Autónoma de Mexico* (que, em aporte metodológico original, explora novas trilhas para a disciplina histórico jurídica na direção de uma 'história plural do direito'); e de Christian Edward Cyril Lynch, da UERJ (que retoma as ferramentas europeias da 'história dos conceitos' de R. Koselleck para refletir sobre sua aplicação no contexto da América Ibérica).

Por fim, na última parte deste número (na sessão 'Resenhas'), vemos a análise nas resenhas de obras importantíssimas publicadas muito recentemente, como o *Authoritarianism and corporatism in Europe and Latin America: crossing borders*, organizado por Antônio Costa Pinto e Federico Finchelstein (2019) (resenhado por Maria Pia Guerra, da UnB); de *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção*, de Michael Stolleis (traduzido no Brasil em 2020) (resenhado por Samuel Rodrigues Barbosa, da USP); de *Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica*, de Bernardo Sordi (2020) (resenhado por Sergio Said Saut Junior, da UFPR); de *A short history of European Law*, de Tamar Herzog (2018) (resenhado por Gustavo Cesar Machado Cabral, da UFC); e de *Il cercio e l'elisse: i fondamenti dello Stato costituzionale*, de Maurizio Fioravanti (2020) (resenhado por Walter Guandalini Junior, da UFPR).

São com estas expectativas e premissas que nasce a "História do direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito" (RHD), esperando de fato que faça confluir aqui – e para um bastante futuro bastante longo – um campo catalisador de trabalho comum, de encontros, de ideias, de diálogos e de qualidade.

Ricardo Marcelo Fonseca

Editor

# Experiências

HISTÓRIA DO DIREITO

# Direito dos Letrados nos Confins da Expansão Portuguesa

## Ouvidores Régios de Paranaguá/São Paulo em Curitiba (1711-1738)

*Literate law in the Portuguese expansion's backlands*

*Royal Ouvidores of Paranaguá/São Paulo in Curitiba (1711-1738)*

**Luís Fernando Lopes Pereira**[1]

1 Universidade Federal do Paraná.

## RESUMO

O objetivo do artigo é, a partir de duas fontes principais, processos crime que tramitaram pelo Juízo Ordinário de Curitiba e pela Ouvidoria Geral de Paranaguá e correições dos ouvidores régios, analisar a cultura jurídica criminal do período colonial (1711-1736). A intenção é verificar a relação das ações de representantes régios na área criminal, em particular nas devassas abertas para crimes. Atuação que de um lado representa a tentativa do Império Português e das autoridades jurídicas coloniais em tentar levar os crimes de sangue para que fossem julgados pela elite letrada; de outro, percebe-se uma ação pouco punitivista destas autoridades que eram também responsáveis pela concessão da graça e pela decisão sobre os livramentos crime e sobre as cartas de seguro, instrumentos jurídicos do direito criminal colonial português.

**Palavras-chave:** ouvidores régios, cultura jurídica criminal colonial, devassas, livramentos crime, cartas de seguro, correições.

## ABSTRACT

The objective of the article is, from two main sources, criminal proceedings that were processed by the Ordinary Court of Curitiba and the General Ombudsman of Paranaguá and corrections by the royal ombudsmen, to analyze the criminal legal culture of the colonial period (1711-1736). The intention is to verify the relationship of the actions of royal representatives in the criminal area, in particular in the devassas open for crimes. Performance that on the one hand represents the attempt by the Portuguese Empire and the colonial legal authorities to try to take blood crimes to trial by the literate elite; on the other hand, there is a little punitive action by these authorities, who were also responsible for granting grace and for deciding on "livramentos crime" and insurance letters, legal instruments of Portuguese colonial criminal law.

**Keywords:** royal ombudsman, colonial criminal legal culture, devassas, livramentos crime, insurance letters, corrections.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78718

## 1. Introdução

A História do Direito, como nos ensina Ricardo Marcelo Fonseca[2], deve buscar uma visão do passado sem as lentes do presente, evitando o anacronismo e demonstrando as particularidades dos períodos históricos e deve se debruçar especificamente sobre um objeto jurídico.

A história institucional e jurídica tem se preocupado em resgatar as formas de administração do período colonial, destacando variados aspectos da justiça no Império Português. Sobre os poderes do centro há boa produção bibliográfica, como o estudo sobre o Desembargo do Paço de José Subtil[3], ou os clássicos estudos sobre os tribunais da Relação do Brasil colonial, de Stuart Schwartz[4] e de Arno e Maria Wehling[5].

Mas na arquitetura dos poderes[6], pouca atenção tem sido dada a um personagem fundamental para a construção da cultura jurídica colonial no Antigo Regime Português, o Ouvidor Régio. A pretensão do artigo é de discutir seu papel na administração da justiça colonial e na difusão de um direito letrado entre os rústicos, entre os anos de 1711 e 1738, na relação entre o Governo da Capitania de São Paulo, a Ouvidoria de Paranaguá e a Vila de Curitiba.

Duas fontes principais são mobilizadas para tal intento: de um lado os processos do Juízo Ordinário da Vila de Curitiba que estão no Departamento Estadual de Arquivo Público do Paraná[7] e que demonstram a atuação do Ouvidor Régio como segunda instância, recebendo agravos e apelações de decisões feitas no âmbito do Juízo Ordinário. Por si só este intento é esclarecedor, posto que é corrente em análises histórico-jurídicas a indicação dos Tribunais da Relação como segunda Instância, esquecendo do papel fundamental destes oficiais régios, em particular nos confins da expansão portuguesa.[8]

Esta atuação dos Ouvidores Régios que também agiam aqui como Corregedores, o que faz com que tenhamos outra fonte importante aqui utilizada que foram as Correições feitas por eles na Vila de Curitiba que geraram uma série de provimentos que regulam questões jurídicas e tentam trazer certa homogeneidade à administração da justiça. Nas Correições, publicadas nos boletins do Arquivo da Câmara de Curitiba por Francisco Negrão, os Ouvidores regulavam e ajustavam os desvios que encontravam na justiça local.

---

2 Fonseca, R. M. (2019). Introdução teórica à história do direito. Juruá.

3 Subtil, J. M. L. L. (2011). O desembargo do Paço (1750-1833). Universidade Autônoma.

4 Schwartz, S. B. (1973). Sovereignty and society in Colonial Brasil: the high court of Bahia and his judges, 1606-1751. University of California Press.

5 Wehling, A. & Wehling, M. J. (2004). Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Renovar.

6 Hespanha, A. M. (1998). História de Portugal: o Antigo Regime (Vol. 4). Estampa.

7 O início da catalogação destes processos foi feito através de um Projeto de Extensão Universitária coordenado por mim e do qual partuiciparam então alunos do primeiro ano da Faculdade de Direito da UFPR aos quais agradeço a inestimável contribuição para a pesquisa acadêmica. Registro o agradecimento especial a dois alunos desta turma que seguiram suas brilhantes trajetórias na História do Direito, sendo por mim orientados até o doutorado: Judá Leão Lobo e Vanessa Caroline Masuchetto. A catalogação chegou até o ano de 1739 (embora deste ano tenham sido catalogados apenas quatro processos). Por isso o recorte vai de 1711 (quando a região é formalmente vinculada à Coroa Portuguesa) até 1738. Foram analisados 234 processos e destes, particular atenção foi dada aos 39 que subiram à Ouvidoria Geral e aos 2 que foram encaminhados à Relação da Bahia.

8 Hespanha, A. M. (2019). Filhos da terra: identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa. Tinta da China.

A partir destas duas fontes principais pretende-se traçar algumas linhas sobre os Ouvidores Régios. Para tanto, traçaremos algumas linhas iniciais sobre o Direito no Antigo Regime Português para depois focar na figura deste personagem e ao final analisar as fontes aqui citadas.

## 2. O Direito em uma Monarquia Corporativa

A historiografia do sistema de governo e da administração é dominada pelas perspectivas contemporâneas acerca da natureza do Estado e das suas relações com a sociedade civil, retroprojetando a centralidade estatal do século XIX para o período imediatamente anterior, do Antigo Regime, o que pode sugerir que por si só, a presença de tais autoridades régias representasse um controle eficaz por parte do Império.

Mas não se pode esquecer do alerta feito há tempos pelo mestre António Hespanha que desde As vésperas do Leviatã[9] destacou o peso insuspeitado dos poderes locais na Monarquia Corporativa[10] na qual o poder real partilhava espaço político com poderes de maior ou menor hierarquia, para não falar de limitações por parte dos deveres morais[11] e usos locais.

Por isso, interpreta-se aqui a figura dos Ouvidores como ambígua. As relações nem sempre eram convergentes entre as autoridades do Império e a nobreza da terra, mas representam, sem sombra de dúvidas, a presença de um direito letrado e profissional mesmo nos extremos do Império, uma circularidade entre a cultura jurídica dos letrados e a dos rústicos.

Trataremos no texto, portanto, de um personagem fundamental do corpo burocrático, que se confunde com os letrados, que possui autoridade técnica, permitindo a substituição de uma administração rústica da justiça, feita pelo *honoratiores* locais pelos burocratas[12] indicados pela Coroa e que já circulavam pelo Império Português posto que fizeram as provas da Faculdade de Direito de Coimbra para ingresso na burocracia.

Embora membros de uma escala periférica[13], possuíam na colônia a mesma competência dos Corregedores: fiscalizar e instruir os juízes locais. Sua jurisdição era própria em alguns casos e julgava em segunda instância os feitos dos juízes ordinários.

## 3. Os Ouvidores Régios: o direito dos letrados nos extremos do Império

Os Ouvidores se situavam entre as elites administrativas portuguesas e tinham grande circulação no Império Português e considerável parcela de poder como agentes do Estado [14], possuindo grande autonomia e respondendo diretamente ao Rei[15].

9 Hespanha. A. M. (1994). As vésperas do Leviathan: instituições e poder político, Portugal século XVII. Almedina.

10 Hespanha, A. M. (2001). A constituição do império português: revisão de alguns enviesamentos correntes. In J. Fragoso (org.) *O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII)*. Civilização Brasileira.

11 Hespanha, A. M. (1993). La gracia del derecho: economia de la cultura en la Edad Moderna. Centro de Estudios Constitucionales.

12 Hespanha, A. M. (1982). Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Calouste Gulbenkian.

13 Camarinhas, N. (2010). Juízes e administração da justiça no Antigo Regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII. Calouste Gulbenkian.

14 Wehling, A. & Wehling, M. J. (2004). Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808) (p. 80). Renovar.

15 Santos, A. C. de A. & Pereira, M. R. de M. (2001). Para o bom regime da república: ouvidores e câmaras municipais no Brasil Colonial. *Monumenta*, *Inverno 2000*, *Aos Quatro Ventos*, v. 3(10), 1-19.

Os Ouvidores de comarca no Brasil do século XVIII desempenharam importante função de trazer as formas do direito dos letrados mesmo para os extremos dos domínios portugueses na América. Até porque a justiça é o primeiro objetivo do governo, pois tem a função de manter a ordem das coisas.[16]

Seus cargos eram de múltiplas funções, como de todo acaba sendo o contexto de Antigo Regime. De acordo com Arthur Virmond de Lacerda possuíam competências administrativas, jurídicas e de polícia.[17] Já segundo Jonas Pegoraro, o destaque ficaria para as duas primeiras.[18]

O que se pretende destacar aqui é a função de administração da justiça prestada pelo Ouvidor Régio em porções remotas da Colônia, como a pequena Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba. Por isso, de um lado se destacará as Correições feitas pelos Ouvidores[19], de acordo com as funções que tinham, similares às do Corregedor[20], conforme as Ordenações Filipinas, Livro I, Título 58.

A segunda faceta a ser destacada neste texto é a atuação em nível recursal, como segunda instância das decisões feitas no âmbito do Juízo Ordinário de Curitiba entre 1711 e 1738. A competência recursal é destacada pelo Regimento dos Ouvidores Gerais do Rio de Janeiro, onde se destaca a necessidade de agir conforme o direito, remetendo ao Conselho Ultramarino as queixas contra abusos de autoridades e recebendo agravos das decisões dos juízes ordinários.[21]

Foram analisados 234 processos, dentre os quais, 39 subiram à Ouvidoria e 2 à Relação da Bahia. Optou-se por uma descrição mais detalhada dos processos pela inexistência de catálogo e pela possibilidade que este dado possa ter de fornecer pistas para estudos mais verticalizados nos temas tratados pelas lides. Dos 234 processos destes 28 anos, 119 envolvem dívidas e são processos simples (assinação de dez dias, ação d'alma). Os demais estão ao menos elencados aqui. Aos processos acrescentou-se os dados das Correições feitas por cada Ouvidor em ordem cronológica.

16 Hespanha, A. M. (2006). O direito dos letrados no Império Português. Boiteux.

17 Lacerda, A. V. de. (2008). As ouvidorias do Brasil Colônia. Juruá.

18 Pegoraro, J. W. (2007). *Ouvidores régios e centralização jurídico-administrativa na América Portuguesa: a comarca de Paranaguá (1723-1812)* (Dissertação de Mestrado em História, UFPR)

19 33. "E bem assi inquirirá, quando chegar a cada hum lugar de sua correição, huma só vez em cada hum anno, sobre os Juízes ordinários, Juízes dos Orphãos, Juízes das Sizas, Scrivães dellas, Procuradores, Meirinhos, Alcaides, Tabelliães, Coudeis e quaisquer outros Officiaes de Justiça e dos Concelhos dos lugares de suas correições, per onde andarem..." IN: Almeira, C. M. de. (1870). Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal: recompilados por mando d'El Rey D. Phillippe I (14a ed., p. 103). Typographia do Instituto Philomathico.

20 "Quando pozermos por Ouvidor de alguma terra algum Juiz de Fora, pôsto per nós em alguma cidade ou vila, quando estiver no lugar de sua Ouvidoria, conhecerá de todo que conheceria o Corregedor da Comarca, e usará de todo o que o Corregedor per seu Regimento hi pode usar, e terá a alçada, que tem no lugar de seu Julgado, e não agravarão delle para o Corregedor, senão para onde poderiam aggravar do Corregedor..." Ordenações Filipinas. Livro I, Título 59. IN: Almeira, C. M. de. (1870). Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal: recompilados por mando d'El Rey D. Phillippe I (14a ed., p. 112). Typographia do Instituto Philomathico.

21 Nas Vizittas, e Correição que fizerdes, procurareis o que Comforme e direito Vos pareçer hé nesseçro., e fazem os Corregedores das Comarcas,e Vos enformareis Se os Donatrios VZam de mais poder, ejurisdiÇam do que lhe São Conçedidos por Suas doassoins. ProViZoins minhas, eforma da ordenação, e não lhe ConÇinteis o Contrario, e medareis Conta do que nisso achardes Com o mais que Vos paresser neceçario por Verçe, dando Rezoins, quepara isso há, que Remetereis ao Conçelho Ultramarino ao Sacretario delle; (...) Nas terras onde estiverdes equinze Legoas ao Redor Conheçereis de accam Nova no civel, e Crime, e tereis no Civel a Alçada athe Sem mil reis, Sem appelaçam, nem aggravo, e Sendo mais quantia dareis appelação, e aggravo, para a Relação do Brazil, requerendo, suas partes; E porque aos ouvidores das Capitanias tenho Concedido até Vinte mil réis de alçada, apelando as partes dele, ou agravando Vossa Repartição, tomareis Conhecimento, e despachareis como for Justiça, dando apelação, e agravo para a Relação do Brasil, no que não couber em Vossa Alçada; [...]. Prefeitura de São Paulo. (1935). Ordens Reaes (1700-1725): tres lado do regimto, dos ouvidores gerais de Rio de Janeiro &a. *Revista do Arquivo Municipal de São Paulo*. 8(114), 55-60.

## 4. Ouvidor Raphael Pires Pardinho: costurando vilas às teias do Império (1711-1721)

Pardinho assumiria a Ouvidoria Geral da Capitania de São Paulo em 1717 quando contava mais de cinquenta anos de idade e tinha assento na Relação do Porto. Voltaria à região em 1734, aos setenta anos, já desembargador da Suplicação de Lisboa, para o cargo de intendente de diamantes.[22]

Este primeiro recorte temporal dos processos nos revela pouco na medida em que as pistas deixadas são escassas. Em 1711 foi a Capitania de Paranaguá conjuntamente com as demais terras da doação feita em 1534 a Pero Lopes de Souza, vendidas à Coroa por 40.000 cruzados, pelo Marques de Cascais, sendo assim incorporadas ao patrimônio e jurisdição da Coroa, sofrendo interferência direta das autoridades régias, em particular dos Governadores de capitania e dos Ouvidores. Deste ano até 1723 quando é criada a Ouvidoria de Paranaguá, a vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba e as demais da Capitania eram controladas pelo Ouvidor Raphael Pires Pardinho.

Dos sete processos que nos restam deste recorte todos passaram pela Ouvidoria. Em 1711, há apenas um processo[23] catalogado e preservado no Arquivo Público do Paraná, o inventário de Manoel Alves Pedroso que possuía dívidas com a fazenda morta. O Ouvidor pede a presença das duas herdeiras e da esposa. O mesmo ocorre em processos seguintes nos anos de 1715[24] e 1720[25], em que a autoridade régia agiu sobre os inventários, sempre por conta das dívidas com a fazenda. Ainda em 1720 outro inventário passaria pelo governador e capitão geral de São Paulo e Minas, D. Luís de Mascarenhas.[26]

Em 1714 o mesmo Pardinho intervém também no único processo restante do ano, mas desta vez em um processo crime, exigindo a oitiva de testemunhas em um processo originário de uma briga entre dois moradores da vila de Castro. [27] Exige em carta inquisitória, mesmo instrumento usado em outro processo, este de Curitiba, instruído pelo mesmo ouvidor, mas desta vez sobre não pagamento de dívidas, já em 1721.[28] As intervenções em processos crime seriam comuns por parte dos Ouvidores que, em suas Correições demonstravam preocupações com o tema, posto que, aparentemente, as formas particulares de justiça neste campo ainda eram a regra. O Império Português estava ainda distante de conquistar o monopólio da violência e o controle social desejados.

O mesmo Pardinho apareceria ainda em um processo de 1723, mas por conta do suposto desaparecimento dos autos de inventário da Ouvidoria[29] de Paranaguá (de Francisco Pinto). A

22 Marcondes, M. (1923). Documentos para a história do Paraná. Typographia do Annuario do Brasil.

23 BR.APPR PB045.PC05.1

24 BR.APPR PB045.PC 07.1. Inventário de João Ribeiro da Silva.

25 BR.APPR PB045.PC09.1 - Inventário de Antonio da Fonseca Pinto. Ouvidor pede sequestro de bens para pagamento de dívidas que constam nos autos e que estão sem certidão, tendo sido notificado pela correição.Vigário Miguel de Faria Fialho atesta existência de uma filha bastarda que ganha a liberdade.

26 BR.APPR PB045. PC10.1 - Inventário de Jorge da Costa de Vasconcelos

27 BR.APPR PB045. PC02a.1

28 BR.APPR PB045. PC12.1

29 BR.APPR PB045. PC14.1 -

Ouvidoria decidiria sobra um litígio quanto a dois escravos legados em testamento que seriam solicitados por Antônio Ribeiro da Silva por ter pago dívidas do falecido. Após apresentar testemunhas, pede novamente.

Como dito anteriormente, a autoridade dos Ouvidores era grande e sua autonomia também, respondendo apenas ao Rei. Pardinho faria visitações em todas as vilas sob a jurisdição da Capitania de São Paulo em 1720, assim relatando em carta ao Rei suas viagens:

> Senhor. Em 7 de Junho de 1720 dey conta à Vossa Magestade de ter passado em Correyção às Villas do Rio São Francisco, Ilha de Santa Catherina, e de Santo Antônio da Laguna penultimas povoações de todo o Estado; Depoes subí à Villa de Curithiba a fazer correyção, e voltey a fazella tambem nesta de pernagua, em que tenho consumido este anno. (...) Para esta Villa de pernagua voltey meado de Fevereiro (...) Tenho tirado sette devaças de mortes atroces, que alguas se não tinham tirado (Marcondes, 1923).[30]

Destas devassas, Pardinho destaca duas: uma da morte de dois escravos presos que teriam sido executados pelos parentes das vítimas e do que não se tirou devassa. A outra da morte de Joseph Dias por um carijó. Relata também ter feito correição nas demais devassas que achou mal inquiridas. Pardinho dá conta de tudo isto em carta endereçada ao Rei, ao qual remete também cópias das Correições feitas.

Segundo Ermelino de Leão, Pardinho foi "notavel magistrado e estadista português que relevantes serviços prestou à Capitania de São Paulo, nomeado Ouvidor Geral e Corregedor da Capitania, tomando posse do cargo a 17 de setembro de 1717 ".[31] Destaca ainda o historiador que Pardinho teria herdado o estado fora de controle, pois seu antecessor o Ouvidor Sebastião Galvão Rasquinho[32] não teria concorrido para implementar a ordem. A observação parece pertinente pois não encontramos este agente régio nos processos de Curitiba.

Foi responsável, portanto, pela primeira Correição nas vilas do sul, onde deixa longos provimentos com 178 itens, iniciando com o reforço de que a vila de Curitiba seria uma vila da Coroa Real. Trata aqui dos mais diversos assuntos, como a necessidade de frequentar o culto divino por parte dos oficiais da Câmara que, incorporados deveriam também participar das procissões. Determina a necessidade de delimitar o Temo da Vila[33], destacando que não poderiam dar terras além do Rocio e regulando as construções para o Termo, além de delimitar sua fronteira com a Vila de Nossa Senhora da Ponte de Sorocaba (o rio Itararé)[34].

30 Marcondes, M. (1923). Documentos para a história do Paraná. Typographia do Annuario do Brasil.

31 Leão, E. A. de. (1926). Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 1, p. 1833). Empreza Graphica Paranaense.

32 Chega a destacar como elemento comprobatório da negligência o assalto feito à Provedoria da Real Fazenda em Santos por Bartholomeu Fernandes de Faria e seu bando, presos por Pardinho. IN: Leão, E. A. de. (1926). Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 1, p. 1833). Empreza Graphica Paranaense.

33 11. Proveo que ahinda que athe o preente não tenha determinado Termo desta Villa com as mais circumvezinhas: Como Sua Mag.de, que Deus Guarde, sendo servido mandar G.or para a Cidade de Sam Paullo, e Minas Gerais; seprando o do Rio de Janeiro. Determinou que este ficace com Jurisdição nas Villas que estão de Serra abayxo, e este com as que estão de Serra para Sima; nesta conformidade fica o terko desta Villa sendo o Pico da Serra para Sima, e della para bayxo Termo da Villa de Parnaguá como athé agora se praticou; e asim fica tembem sendo a respeito das mais villas que ficam da Serra para baixo, com quem podem confinar. Cap.os de Correição que faz o Cap.am Manuel de S. Payo Juiz Ordinário e orphãos da V.a de Pern.a e nella e sua Comr.a Ouvidor Geral pella Ley. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 10). Impressora Paranaense.

34 12. Delimita a fronteira entre a Vila de Curitiba e a de Nossa Senhora da Ponte de Sorocaba (o rio Hitararé) Jurisdição dos Juízes Ordinários. Tirando devaças, e recebendo querellas de todas as mortes e melafficios que nellas sucederem, e fazendo os enventarios, e arecadação dos bens dos defuntos, que dentro do territorio falecerem. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 10). Impressora Paranaense.

Trata ainda do Regimento das Ordenanças e companhias e igualmente dos vereadores e juízes ordinários e seus regimentos, citando várias vezes as Ordenações[35], destacando a necessidade de cartas de confirmação para os ofícios, incluindo os almotacés e o procurador do Conselho. Deixa uma planta para a casa do Conselho e Cadeia e uma arca de três chaves e determinou a escolha de um homem bom da freguesia de São José para o ofício de Juiz[36] e outro para escrivão.

Sobre questões estritamente da administração da justiça demonstrou uma preocupação especial com o direito criminal, o que aparece constantemente nas Correições dos Ouvidores e na fiscalização feita por eles destes temas. Vale lembrar aqui que no caso dos processos crime, sejam devassas sejam querelas, as mesmas deveriam ser remetidas à Ouvidoria para que esta julgasse a procedência ou não da concessão de cartas de seguro e de livramentos crime[37], reforçando o caráter de baixa punibilidade do Direito criminal português de Antigo Regime.[38]

Pardinho determinou que juízes ordinários deveriam tirar devassas[39] com trinta testemunhas, que cabia ao tabelião dar fé dos vestígios do crime, regulando também o procedimento quanto as queixas e querelas,[40] regulando ainda os procedimentos para a realização das devassas gerais[41], enviando os prisioneiros de crimes graves para o juiz de fora da Vila de Santos.

35 19. Proveo que os vereadores guardem e observem o seo regimento, que he na ord. do Lb. 1o. e tt.o 66, e os Juizes ordin.ros o seu que he o tt.o 65 do mesmo Lb.o E no fazer das Eleysões dos officiais que ham de servir no Conc.o Guardem o tt.o 67 do mesmo Lb.o fazendo Eleysão para 3 annos por Pellouros como elle D.zor Ouv.or Gl. lhes deixa feita; e não usem mais da Eleysam de hum anno como athe agora se fez; piis neste povo ha pessoas bastantes para a Eleysam Trianal. Os Pellouros e Pauta se guardarão no cofre das três chaves, q'terão os vereadores que acabarem, o qual estará fixado na arca do concelho de 3 chaves, que ham de ter os officiais actuais e por nenhu caso se abrirã o d.o cofre salvo q.do se quiserr tirar um dos Pellouros que será perante a Mayor p.te do Povo, e por um Minimo de Pouca Ydade, e logo se fexarão e Guardarão os mais, p.a q'sempre estejam em segredo os off.es q'houverem de sahir. E q.do no Pellouro q'se abrir se achar algum official que seja morto, empedido, ou auz.te se fará então Eleysão a mais votos da pessoa que entre a servir, em Lugar do morto, ou empedido. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 11). Impressora Paranaense.

36 73. Proveo que vista a distancia, que desta Villa fica a freguesia de Sam Joseph os Juizes e Off.es da Camara todos os annos no principio do mes de janeiro na forma das ord. Lb.o 1o. tt.o 65, parágrafo 74 elegerão hum homem bom da d.a freguesia o qual sirva de Juiz no destricto da d.a freguesia ao qual darão juramento em Camera para que bem sirvaa dita occupação. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 25). Impressora Paranaense.

37 Massuchetto, V. C. & Pereira, L. F. L. (2020). O rei como dispensador da graça: autos de livramento crime e cultura jurídica criminal em Curitiba (1777-1800). *Revista Tempo*, 26(1), 123-142.

38 Hespanha, A. M. (1993). Justiça e litigiosidade: história e prospectiva. Calouste Gulbenkian.

39 76. Proveo q'os juizes ordinarios tirarão as devaças ex-officoo q'sam obrigados, e manda a Ley, na Ord Lb.o 1o. tt.o 66 do parágrafo 31 ao 38 ...30 testemunhas, embora com as primeiras já possa pronunciar o réu para que ele seja preso. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 25). Impressora Paranaense.

40 78. Proveo que havendo algua parte queyxosa em caso que fôr de devaça poderá o Juis tomar-lhe sua queyxa no mesmo auto da devaça para ser melhor emformado, ou lhe tomará sua queyxa no livro das querellas, e perguntar-lhe a ella athe coatro testemunhas, alem das que se ham de preguntar na devassa, o que hé mais comforme o direito, porque nas querellas so se pregunta contra as pessoas querelladas, e de quem as partes se queyxão, e nas devaças geralmente se pregunta porquem cometeo o tal dellito, e forma como sucedeo, tendo sempre o Juiz o unico intento de averiguar a verdade, assim dos Reos do delito, como na forma, causa e resão porque se fez. No que elle Ouvidor Greal adverte muito aos Juizes ordinários pois no tirar bem ou mal hua devasa, ou querella, e averiguar, ou não nellas a verdade, vae o condenarce ao depois talves ahu ignocente, ou absolverse ahu culpado. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 27). Impressora Paranaense.

41 79. Proveo que os Juizes ordinarios tiracem todos os annos devasas Gerais que manda a dita Ley e seu Regimento do parágrafo 39 até 69 com as advertencias ahi declaradas. E o auto de deva;ca a que vulgarmente chamão janeirinha, e os Juizes dever tirar digo e o Jiiz mais velho deve tirar logo que principia a servir, formarão no modo em que se fês a dita devasa digo se fes o autto da dita devasa que este anno setirou dos officiais que servir!ao o passado Havendo algum culpado na dita devassa geral, remeterão logo o treslado della ao Ouvidor Geral como sam obrigados pello parágrapho 71 do dito seu Regimento pera na dita Ouvedoria se lhe dar livramento, e ser punido comforme o direito, o que athé agora se não fez nesta villa, antes nella se via tornarem a servir os mesmos juizes, que foram pronunciados por erros do mesmo officio, de que resultou que se mal servirtão a primeira ves, peor o fiserão as outras. Outros mais casos hã asim de devassas gerais, como particuilares que acharão pello corpo da ord.o e leys extravagantes e conforme ellas obrarão. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 27). Impressora Paranaense.

Regulou também as funções do tabelião e dos juízes ordinários na inquirição de testemunhas nas devassas e querelas[42], além das formas de atuar do escrivão da Câmara e do Alcaide.

Percebe-se na atuação do Ouvidor a necessidade de regular os atos jurídicos praticados pelos rústicos juízes ordinários da Vila de Curitiba que, com o passar do tempo, assimilam as formas do direito português não sem as traduzirem para seu contexto particular.[43]

## 5. A falta de Ouvidores: autonomia local (1722-1725)

Entre 1608 e 1612 foi criada a Repartição do sul, uma divisão administrativa do governo-geral do Estado do Brasil. Por este breve período a repartição do Sul ficou autônoma, administrando as regiões de São Vicente, Rio de Janeiro e Espírito Santo. Entretanto, independentemente de sua extinção, em 1612, a Ouvidoria Geral do sul continuou a existir.

Em 1709, o Estado português havia criado a capitania de São Paulo e Minas do Ouro e em 1720 a capitania de Minas Gerais; depois, em 1748, as capitanias de Goiás e Mato Grosso.[44]

Em 1660 a Capitania de Paranaguá (40 léguas do sul de Superagui a Laguna) estava sob o domínio do Marques de Cascais. Em 1711 a Capitania de Paranaguá era incorporada à Coroa e vinculada ao Governo da Capitania de São Paulo.

Embora em 1723 tenha sido criada a Ouvidoria de Paranaguá, o primeiro Ouvidor para a Comarca seria nomeado apenas em 1724, tomando posse apenas em dezembro de 1725. As vilas de Cananéia, Iguape, Paranaguá, Curitiba, São Francisco e Laguna recebem mercê igual a de São Paulo ou Rio de Janeiro.[45] A proposta de criação havia sido feita por Raphael Pires Pardinho que, em 1720 andou às vilas de sua jurisdição. A divisão foi feita em 12 de dezembro de 1725 e Paranaguá ficou com a jurisdição sobre as vilas da costa do mar –Iguape, Cananéia, São Francisco, Ilha de Santa Catarina, Laguna e até o Rio da Prata mais as vilas serra acima – Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba até as Furnas.[46]

Deste recorte temporal poucos processos restam, apenas cinco, todos sem a presença dos Ouvidores. O primeiro, de 1724, envolvia os padres jesuítas, terras e gado, com seguimento no ano seguinte, com o pedido de Francisco Jerônimo de Carvalho para que o reverendo João Gomes explicasse a ocupação das terras. Embora seja tema tratado pelas Correições dos Ouvidores Régios na região, este processo curiosamente não teve a intervenção desta autoridade, o mesmo

42 92. "Proveo que o dito taballião do judicial nos dois livros que hade ter para as querellas, e somarios, e ainda nas devasas e inquirições escreva sómente o que as partes, e testemunhas diserem sem acresentar nem demenuhir coisa algúa maso ao juiz que perguntar as testemunhas, lhe advertirá que preguntem pela razão do que diz, e como sabe o que depõem, e quando algua Testemunha deponha que hera presente com outrem,..." (...) 123. "Proveo que os juízes ordinários que ham-de servir de emqueredores do seu Juízo, guardem o regimento destes, que he na Ord. Lb.o 1º. Tt.o 85 sendo mui atentos em preguntar as testemunhas fazendo-lhe dizer a rezao, porque sabem, o que depuzerem, e mandando escrever seus ditos pella mesma forma e circunstancias, que os dicerem, tendo sempre entento de averiguar, e saber, por qualquer dos 5 sentidos corporais: - de ver, ouvir, cheyrar, gostar e apalpar." IN: Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná, (Vol. 8, pp. 32-42). Impressora Paranaense.

43 PEREIRA, Luís Fernando Lopes. Cultura jurídica dos rústicos da América Portuguesa: juízes ordinários da vila de Curitiba no século XVIII. In: Santos, A. C. de A. & Pereira, M. R. de M. (2001). Para o bom regime da república: ouvidores e câmaras municipais no Brasil colonial. *Monumenta*, *Inverno 2000*, *Aos Quatro Ventos*, 3(10), 1-19.

44 Negrão, F. (Diretor). (1908). Fundação da Villa de Curytiba (1693-1735). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 6). Impressora Paranaense.

45 Salgado, G. (Org.). (1985). Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil colonial. Nova Fronteira.

46 Negrão, F. (1927). Genealogia paranaense. Impressora Paranaense.

acontecendo com os três processos mais simples de 1725, todos de cobrança de dívidas (tipo de processo predominante no juízo ordinário).

Esta lacuna demonstra a dificuldade do Império Português em estabelecer um controle social, político e jurídico adequado, em particular em suas fronteiras extremas, como no sul da América Portuguesa. Esta autonomia e falta de controle possibilitam uma administração da justiça local de forma mais particular.[47]

## 6. Ouvidor Antônio Alvares Lanhas Peixoto e Manuel de Sampayo (1726)

Antonio Álvares Lanhas Peixoto, natural de Braga, iniciou sua carreira como juiz de fora em Penamaior e Portoalegre e chegou a Paranaguá apenas em dezembro de 1725, tendo permanecido ali pouco tempo pois logo em 1726 recebeu ordens para tomar parte na comitiva do Governador D. Rodrigo César de Menezes que se dirigia às Minas de Cuiabá.[48] Em 1730 teria sido morto por indígenas, sendo substituído na Ouvidoria por Antônio dos Santos Soares. Mesmo tendo permanecido pouco tempo interveio em um processo que subiu do Juízo Ordinário de Curitiba para a Ouvidoria de Paranaguá, dos dez processos do ano.

A atividade dos juízes ordinários parece maior pois são dez os processos que tramitaram na primeira instância da justiça colonial, a maior parte envolvendo crimes: (4) uma queixa de ameaça de morte (corroborada por 5 testemunhas) rejeitada pelo juiz ordinário Salvador de Albuquerque, uma inquirição de testemunhas a pedido do juiz ordinário de Paranaguá, uma denúncia de roubo que pela oitiva de testemunhas não teve autoria comprovada.

O processo que envolve a Ouvidoria era um pedido de livramento crime[49] feito por Francisco Rangel de Mendonça. Solicitou carta de seguro que pretendia garantir a soltura do réu e livramento de culpa da acusação de agredir e retirar da cadeia de Paranaguá o negro João, assassino de seu tio, e no processo facilitar a fuga do carijó Diogo, acusado de assassinato. Com a carta de seguro, Francisco, acusado pela Ouvidoria, através do Ouvidor Geral de Paranaguá, Antônio Alvares Lanhas Peixoto, apela ao Tribunal da Relação da Bahia, mas morre antes de receber a resposta. Este é um dos dois processos de todo o recorte que sobem ao Tribunal da Relação e demonstram a preocupação dos Ouvidores com os processos crime.

Os demais processos envolvem lavra de ouro, justificativa de permanência do juiz ordinário de Paranaguá em Curitiba, emancipação, cobrança de dívidas (2) e novamente um processo que envolve os jesuítas e a posse de terras, com justificação de Francisco Jerônimo de Carvalho contra o reverendo João Gomes pedindo que este explique a ocupação das terras, ao Juízo Ordinário de Curitiba, novamente sem interferência da Ouvidoria.

Como destacado, o Ouvidor da comarca de Paranaguá encontrava-se ausente da comarca desde junho de 1726 e foi substituído pelo juiz ordinário e de órfãos da Vila de Paranaguá,

47 Pereira, L. F. L. (2011). Súditos d'El Rey na América portuguesa: monarquia corporativa, virtudes cristãs e ação judicial na Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brazileiro*, 172(452), 51-86.

48 Pegoraro, J. W. (2007). *Ouvidores régios e centralização jurídico-administrativa na América Portuguesa: a comarca de Paranaguá (1723-1812)* (Dissertação de Mestrado em História, UFPR)

49 BR.APPR PB045. PC27.2

Capitão Manoel de Sampaio, que promoveu a correição da Vila de Curitiba no final daquele ano[50], em casa da Câmara, em acordo para o bom governo. A primeira preocupação apresentada foi sobre a jurisdição real, destacando que a região pertencia à Coroa (régia) desde 1711.

Nos provimentos deixados destaque para as questões simbólicas que envolviam a administração da justiça e a nobreza da terra, afinal "Proveo e mandou que as varas dos juízes, e almotacéis se pagassem das Rendas do Conc.o e fossem passando de hus aos outros e o PR.o terá cuidado de as refaser e Reformar por conta da mesma Renda do Conc.o", (Negrão, 1924, p. 53).[51] Seus Provimentos resgatam os deixados por Pardinho, mas não são tão detalhistas quanto aqueles que funcionaram como guia de prática do direito nas vilas do sul e seriam relidos a cada ano quando da eleição dos oficiais da Vila de Curitiba.

## 7. Mais uma lacuna (1727-1728)

De 1727 temos sete processos que tramitaram junto ao juízo ordinário de Curitiba, a maioria (três) tratando de dívidas, duas reclamações de invasões de terras e uma petição que alega a compra por engano de um escravo já debilitado. Em 1728, dos dez processos seis eram cobranças de dívidas, dois discutiam posse de cavalos, um sobre ouro e um curioso feito crime em que Phelipe Rodrigues, réu preso em 1695 por ter cometido crime de ofensa física em Gaspar Fernandes Maluso que pede uma carta de éditos para que os herdeiros se pronunciem e, não o fazendo, o Juiz Amador Bueno da Rocha solta o demandante.[52]

## 8. Ouvidor Antônio de Miranda Coutinho (1729-1730)

De 1729 existem 17 processos deste ano, com dois indo à Ouvidoria. Dos quinze que ficam restritos à primeira instância, oito são de cobrança de dívidas, dois sobre gado, três inventários, uma emancipação e uma invasão de terras.

Os dois que tem a participação do Ouvidor Antônio de Miranda Coutinho são uma petição de reconhecimento de paternidade de Francisca Leme para conquista de liberdade, que foi julgada procedente porque já previsto em "lei"[53] e uma causa cível por embargos de João do Vale contra Sebastião dos Santos contra sentença desfavorável dada pela Ouvidoria Geral. O Ouvidor aceita as razões e remete os embargos para a Relação. Este é o segundo processo deste recorte que é encaminhado para a Relação da Bahia.[54] O aumento das atividades econômicas na região é perceptível pela presença de agravos em casos de dívidas, com montantes significativos, o mesmo ocorrendo em 1730.

50 Pegoraro, J. W. (2007). *Ouvidores régios e centralização jurídico-administrativa na América Portuguesa: a comarca de Paranaguá (1723-1812)* (Dissertação de Mestrado em História, UFPR)

51 Cap.os de Correição que faz o Cap.am Manuel de S. Payo Juiz Ordinário e orphãos da V.a de Pern.a e nella e sua Comr.a Ouvidor Geral pella Ley. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 53). Impressora Paranaense.

52 BR.APPR PB045. PC45.2

53 BR.APPR PB045. PC60.2

54 BR.APPR PB045. PC61.2

De 1730 são oito processos, um apenas subindo à Ouvidoria. Novamente a maioria dos que ficam na primeira instância (sete) são de cobrança de dívidas, quatro. Há também um conflito de terras entre viúvas (causa cível de embargo)[55], uma petição para negar conhecimento sobre soldado foragido e um conflito pela propriedade de um escravo.

O único que sobe para a Ouvidoria é um agravo de uma ação de penhora, em que o sargento mor Manoel Gonçalves da Costa cobra uma dívida de 430 cabeças de gado de Eusébio Simões da Cunha (este condenado pelo juiz ordinário de Curitiba, Francisco de Siqueira Cortes, que determina a penhora dos bens). Mas, como Eusébio recorreu à Ouvidoria, Antônio de Miranda Coutinho determinou que a penhora fosse suspensa até a decisão sobre o agravo.[56]

## 9. Ouvidor Geral Antônio dos Santos Soares e Gregório Dias da Silva (1732- 1734)

Antônio dos Santos Soares, natural de Lisboa, formado pela Universidade de Coimbra, iniciou sua carreira como Juiz de Fora de Olivença e depois em Santos. Segundo Ermelino de Leão[57], abandonou a magistratura e casou-se em Paranaguá com Joana Rodrigues de França, filha do último capitão mor da Vila de Paranaguá e senhora de bens e fortunas, motivo pelo qual abandonou o cargo de Ouvidor. Em representação feita pela Câmara de Paranaguá ao rei em 23 de agosto de 1732 lê-se: "Vemos o paternal affecto com que differe as petições destes seus humildes e sempre leaes vassalos" (Leão, 1926, p. 116).[58]

Os processos de 1731 provavelmente foram destruídos pelo incêndio que consumiu parte do acervo. O processo seguinte ao de 1730 está ilegível e queimado, voltando os processos em 1732, quando voltamos a ter dez processos registrados, cinco cobranças de dívidas, uma petição para medição de terras, um empréstimo do cofre dos órfãos e dois que contaram com a participação do Ouvidor Antônio dos Santos Soares, os dois tratando de disputas de terras, um entre Maria Leme da Silva e Pascoal Leite Rodrigues[59] e uma comprovação de pagamento da compra de terras.[60]

De 1733 há vinte processos, demonstrando um crescimento da atividade judicial na Vila. Dez são cobranças de dívidas, outros quatro cobranças de gado, fazendas (roupas) e erva mate não entregues. Um de posse de terras, dois inventários (um de Balthazar Carrasco dos Reis), e um pedido de liberdade.

Há apenas dois processos com a participação do Ouvidor Antônio dos Santos Soares, uma autuação a mando dele para embargar toda cavalgadura que vier do Rio Grande do Sul que

55 BR.APPR PB045. PC67.3 - a ré embargante quer reaver as terras que afirma serem suas por tempo de seu marido já falecido, morando e cultivando o local há mais de quinze anos. A embargada diz que seu marido comprou as terras do antigo dono por uma negra de nome Maria e que a escritura que a autora apresenta é falsa por ser contra a lei vender terreno onde mora alguém há mais de quinze anos

56 BR.APPR PB045. PC71.3

57 Leão, E. A. de. (1926). Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 1, p. 116). Empreza Graphica Paranaense.

58 Leão, E. A. de. (1926). Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 1, p. 116). Empreza Graphica Paranaense.

59 BR.APPR PB045. PC82.3

60 BR.APPR PB045. PC83.3

tiverem as marcas do defunto Custódio e as que tiverem outras marcas[61] e um livramento crime: Ventura, escravo do padre Antônio Ferreira da Cruz, morador da vila do Rio de São Francisco, da comarca de Paranaguá, preso na cadeia desta vila, solicita livramento da prisão. Ventura estava sendo acusado da morte de Antônio, também escravo do padre Antônio Ferreira da Cruz. Segundo Ventura, a morte de Antônio teria sido um acidente resultante de uma brincadeira com uma arma que julgava estar descarregada. O crime aconteceu em 1727, quando o réu tinha 14 anos, O Ouvidor o condena a 10 anos de degredo fora da vila de S Francisco, mas o réu apela para a Relação da Bahia.

Em 1734 o crescimento registrado no ano anterior se intensifica e temos trinta e nove processos. Vinte e três são de cobrança de dívidas, demonstrando indícios de um crescimento das atividades econômicas e uma maior litigiosidade. Um pedido de inclusão em partilha, habilitação de herdeiros, um inventário incompleto, um conflito de terras, uma denúncia de invasão de terras, um conflito por cavalos, uma petição para deixar de ser fiador, um pedido de anulação de nomeação para procurador do Conselho.[62]

Os demais são agravos e recurso. Um dos recursos é feito ao Conselho Camarário por se tratar de temas de competência da Almotaçaria, discutindo os preços de peixes e aguardente.[63]

Há outro processo que trata de disputas por gado, em uma apelação de decisão da Ouvidoria feita no âmbito do Juízo Ordinário. Domingos Rodrigues consegue na Ouvidoria sentença contra João Assis Domingues e sua viúva apela para o juízo ordinário pedindo as reses de volta,[64] em curioso processo em que se apela de uma decisão da Ouvidoria para o Juízo Ordinário.

Outro embargo foi feito por Salvador da Costa Colaço, preso na cadeia de Curitiba, entra com autuação de petição de justificação para comprovar que ele não era o criminoso mas sim um tal Salvador da Costa Quaresma, falecido.[65]

Os demais sete embargos são feitos junto à Ouvidoria Geral. O primeiro é um embargo de sesmarias já analisado em outra oportunidade[66], que teve a participação do Ouvidor Geral Gregório Dias Silva.[67] Um embargo de sentença de dívidas encaminhado à Câmara que aceita o pedido e remete à Ouvidoria[68], um mandado expedido pelo Juiz dos Ausentes para o tesoureiro comissário da Vila de Curitiba para rateio de cavalgaduras perdidas a pedido do Ouvidor Geral Antônio dos Santos Soares[69], uma cobrança de dívidas de espólio feita pelo mesmo Ouvidor[70], um

61 BR.APPR PB045. PC88.3- estabelece um prazo de dez dias para virem em juízo mostrar as outras marcas (dos animais) a que não pertencentes ao dito defunto. Depois de observados os animais e separados os do defunto, os demais são devolvidos aos requerentes. Processo declarado nulo pelo juiz Sebastião dos Santos Pereira

62 BR.APPR PB045. PC107.4

63 BR.APPR PB045. PC116.4

64 BR.APPR PB045. PC120.4

65 BR.APPR PB045. PC141.4- Para provar apresenta testemunha que confirma ser Quaresma o criminoso. O juiz ordinário Salvador de Albuquerque absolve o autor e manda emitir mandado de soltura, após ouvir sete testemunhas

66 Pereira, L. F. L. O regime das sesmarias à luz das fontes coloniais, América Portuguesa século XVIII. In R. M. Fonseca & G. Siqueira (Org.). *História do direito privado* (Vol. 1, pp. 134-156). Arraes.

67 BR.APPR PB045. PC118.4

68 BR.APPR PB045. PC126.4

69 BR.APPR PB045. PC128.4

70 BR.APPR PB045. PC129.4

auto de imunidade entre a justiça secular e a eclesiástica,[71] um agravo em que o agravante quer recorrer da condenação que sofreu pela Câmara por não ter colaborado com a construção de uma ponte sobre o Rio Grande[72] e outro agravo em que o autor reclama a herança que sua mulher tem direito por falecimento de seu pai e que o réu embargante não quer entregar. Foi ordenada a penhora de bens do réu, do que ele apresenta agravo ao Ouvidor Antônio dos Santos Soares.[73]

## 10. Ouvidor Manoel dos Santos Lobato (1735-1738)

Manuel dos Santos Lobato nasceu em Lisboa, iniciando sua carreira como juiz de Fora na vila Franca de Xira e, logo após, nas vilas de Torrão e de Ferreira.[74]

Segundo Ermelino de Leão[75], Lobato era Ouvidor Geral e Corregedor da Ouvidoria de Paranaguá e foi nomeado em 1736 Intendente das Minas, realizando a partilha das lavras de ouro o que o levou a um conflito com o pároco local, Manoel Domingues Leitão. Casou-se com Antônia da Cruz França, em Paranaguá, filha do capitão da tropa paga de Santos, Manoel Gonçalves da Cruz e de Joana Rodrigues França, que se casou em terceiras núpcias com o Ouvidor Antônio dos Santos Soares.

Ainda de acordo com Ermelino de Leão, Lobato "foi um magistrado correcto, executando o regimen odioso da Capitação (...) mas ouvindo queyxas do povo de Curityba" (Leão, 1929, p. 1240).[76]

De 1735 há vinte e dois processos, quatorze são cobranças de dívidas, um auto de prisão de João Pereira de Avelar feito pelo juiz ordinário Manoel de Lemos Bicudo a requerimento de Bento Soares, a quem o réu desafiava de morte[77], uma petição para reaver escravo, uma petição de autuação do padre missionário José Tavares Siqueira citado pelo superior de Paranaguá, Antônio da Cruz[78], um direito de herança e uma petição de entrega de gado.

Os demais seis processos também são agravos tem a ação do Ouvidor Geral Manoel dos Santos Lobato, a maior parte relacionada ao direito criminal (três). Em um deles, uma mulher (casada) atacou um homem com faca para se defender (por conta de sua fama de violentador) da invasão a sua casa, sendo condenado Manoel Dias Pereira, pelo Ouvidor.[79] No outro, peticionárias

71 BR.APPR PB045. PC131.4- em processo que discute se o réu deveria ter imunidade na prisão, uma vez que estava na igreja quando o escrivão lhe prendeu. São interrogadas testemunhas que afirmam que o escrivão não usou de violência e apenas chamou o réu para que fosse até a casa do juiz e então lhe prendeu. O juiz Salvador de Albuquerque e o vigário Manoel Domingues Leitão, decidem que a prisão é válida. O processo é remetido para a Ouvidoria de Paranaguá e o Ouvidor Antônio dos Santos Soares, também afirma que não tem lugar a imunidade do réu. Arrematarам bens do réu para pagamento das custas

72 BR.APPR PB045. PC143.4- Alega que contribuiu para a construção com um boi carreiro e que não foi até o local por estar com uma irmã enferma, mas que mandou um negro para auxiliar na obra. Em processo anterior o agravante foi absolvido mas o responsável pela obra, Pedro Carvalho, se queixou para a Câmara Municipal, que condenou o agravante. Este alega que a condenação foi feita em dia santo, o que era proibido, por isso agrava a decisão. Processo vai para a Ouvidoria de Paranaguá

73 BR.APPR PB045. PC145.4

74 Pegoraro, J. W. (2007). *Ouvidores régios e centralização jurídico-administrativa na América Portuguesa: a comarca de Paranaguá (1723-1812)* (Dissertação de Mestrado em História, UFPR)

75 Leão, E. A. de. (1929). Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 3, pp. 1239-1240). Empreza Graphica Paranaense.

76 Leão, E. A. de. (1929). Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 3, p. 1240). Empreza Graphica Paranaense.

77 BR.APPR PB045. PC156.5

78 BR.APPR PB045. PC161.5

79 BR.APPR PB045. PC76.3

denunciam um negro de nome Miguel sob a administração de Eusébio Simões; segundo elas o dito negro entrou em sua casa sem motivo e dirigiu-lhe palavras injuriosas e lhes deu bofetadas e pancadas com a espingarda que desfechou quatro vezes contra as mesmas. O réu é preso em flagrante e depois de feito o rol de culpa é mandado para a Ouvidoria.[80] O Ouvidor determina que por ser devassa deve ter ao menos 30 testemunhas. Há também uma denúncia que faz Manoel Correia contra Maria do Gentio da Terra[81], por esta ter lançado feitiços em sua mulher, sendo esta a causa das enfermidades desta. Em 1736 ela é solta da cadeia por despacho do Ouvidor Manoel dos Santos Lobato para cumprir degredo por 40 anos.[82] Há também um agravo da decisão do juiz ordinário Braz Domingues Veloso, mas o Ouvidor mantem a condenação a pagar duas arrobas de fumo.[83] E uma Petição em que Manoel Garcia solicita o embargo da execução da penhora feita a pedido de Joseph Jacome de Azevedo, alegando não ter ainda acabado o prazo da assinação de dez dias. O Juiz Ordinário Manoel Lemos Bicudo aceita, mas Ouvidor Manoel dos Santos Lobato mantém a penhora.[84] Um agravo de decisão sobre não inclusão em inventário[85] e uma autuação de petição de bens que foi embargada para a Ouvidoria que não aceitou os argumentos.[86]

No mesmo ano de 1735, em dezembro Lobato fazia sua primeira Correição e publicava seus Provimentos, "para o bom regimento desta Republica e para a utilidade e bem comum della" (Negrão, 1924, pp. 57-58).[87]. Destaca a necessidade de que se guardassem os Provimentos do Desembargador Raphael Pires Pardinho "cujas agudas diligências reduzirão a tão soberana praxe a sua jurisprudência o melhor regimen comporvado com as leis patrias (...) por serem muy com forme o direito" (Negrão, 1924, p. 58).[88]

Descreve o mal estado da Matriz, com uma Capela Mor sem a decência precisa, sem forro e telhado. Ordena o feitio de forro e tribuna para a imagem milagrosa de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais via esmolas e destaca a precariedade de caminhos e estradas públicas.

De 1736 são trinta e sete processos, mantendo o aumento das demandas e dos conflitos, embora possamos pensar também em uma maior eficácia e mesmo crença por parte da comunidade na via jurídica para resolução de conflitos. Vinte e seis envolvem cobrança e penhora de dívidas, incluindo embargos feitos ao próprio juízo ordinário. Há relato de fuga de um escravo de herança, uma petição contra o escrivão envolvendo negligência para encontrar depositário para os bens em processo[89], uma petição de habilitação em partilha, uma petição de paternidade e um

80 BR.APPR PB045. PC84.3

81 Processo transcrito e analisado anteriormente em: Araujo, D. R. W. De, Brighente & L. F. & Pereira, L. F. L. (2017). Direito e feitiçaria na América Portuguesa: a devassa movida contra Maria do Gentio da terra de Paranaguá. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brazileiro*, 178(475), 311-341.

82 BR.APPR PB045. PC163.5

83 BR.APPR PB045. PC153.5

84 BR.APPR PB045. PC155.5

85 BR.APPR PB045. PC162.5

86 BR.APPR PB045. PC167.5.

87 Correição e Provimentos de Manoel dos Santos Lobato. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, pp. 57-58). Impressora Paranaense.

88 Correição e Provimentos de Manoel dos Santos Lobato. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 58). Impressora Paranaense.

89 BR.APPR PB045. PC175.5

pedido de liberdade feito por Teresa Dias, gentio da terra, para provar que o filho é de seu administrador. Sem contestação, a liberdade é concedida pelo Juiz Ordinário Joseph Nicolau Lisboa.[90]

Os demais três processos tratam de embargos feitos à Manoel dos Santos Lobato. No primeiro, Manuel Pereira de Lima, que foi procurador e tesoureiro da Câmara de Curitiba e que havia sido condenado pelo Ouvidor Geral a pagar determinada quantia faleceu. Sua viúva, Luzia Martins das Neves, entra com um processo através de Joseph Dias Cortes, tutor de órfãos, alegando que a dívida seria oriunda da feitura de uma grade para a cadeia da vila e o Ouvidor Manoel dos Santos Lobato, aceita as justificativas, condenando apenas ao pagamento das custas.[91] No outro, que tem também a participação do Ouvidor Raphael Pires Pardinho, Diogo da Costa Roza se defende da acusação de Anastácia de Freitas Francoso, sobre o valor de dois barris de aguardente. O caso se dá em Paranaguá, como o embargante quer que testemunhas de Curitiba sejam interrogadas. As testemunhas afirmam que os barris foram apreendidos de Francoso pelos funcionários da Câmara e do estanqueiro que requereu a apreensão dos barris, não o justificante.[92] Em outro, este de dívida, a autora cobra uma dívida proveniente de um empréstimo feito a Manoel Picam Camacho de um valor procedido de venda de uma negra. O falecido era fiador de Manoel e por isso a autora vem cobrar a dívida de seus herdeiros. O juiz condena os réus ao pagamento de dívida, do que Joseph Palhano de Azevedo apelou.[93]

De 1737 são vinte e três processos. Quinze são de dívidas (cobranças, penhoras e embargos feitos ao mesmo juízo ordinário). Dois tratam de gado, um agravo de um despacho dos oficiais da Câmara de Curitiba que mandara condenar o agravante em 6000 réis por faltar à feitura do caminho da estrada da testada de suas terras[94] e um reconhecimento de paternidade.

Os demais quatro processos tratam de agravos à Manoel dos Santos Lobato. Um embargo de dívida[95], uma autuação de carta de inquirição, para justificação do réu Francisco Nunes, acusado de ter auxiliado o preso Antônio da Motta logo após sua fuga.[96] Uma sobre dívidas, em que Sebastião Gonçalvez Lapa, que foi procurador do Conselho da Câmara em 1729, afirma que foi condenado por capítulo do Ouvidor Geral à quantia de 24.840 réis referente a uma dívida de Thomé Pacheco de Abreu, à época escrivão da Câmara e que tinha por fiador Manoel de Lima Pereira, já falecido. Solicita que seja repassado um mandado de penhora sobre os bens do falecido.[97] Por último um em que o autor quer provar que não está de posse das terras que eram de seu pai, apenas alguns carijós, dos quais alguns faleceram e os outros são forros. Após a oitiva de testemunhas o Ouvidor aceita a justificativa e os embargos.[98]

Em novembro de 1737, em casa onde estava aposentado em correição o Ouvidor Geral Corregedor Manoel dos Santos Lobato para fazer os provimentos. Achou que não davam cabal

90 BR.APPR PB045. PC179.6

91 BR.APPR PB045. PC189.6

92 BR.APPR PB045. PC200.6

93 BR.APPR PB045. PC203.6

94 BR.APPR PB045. PC210.6

95 BR.APPR PB045. PC217.7

96 BR.APPR PB045. PC227.7

97 BR.APPR PB045. PC231.7

98 BR.APPR PB045. PC233.7

cumprimento dos provimentos anteriores, o dele e dos demais. Por isso "proveo que cumpram sob pena de multa de 12 mil réis para a Câmara" (Negrão, 1924, p. 58). [99]

De 1738 são dezenove processos. Seis de dívidas, incluindo uma execução e penhora que tem por objeto Pedro, gentio da Guiné.[100] Um inventário, quatro acusações, uma de invasão de fazenda e morte de gado que, sem provas, é arquivada pelo Juiz Ordinário Francisco de Siqueira Cortes[101], uma de roubo de gado, outra de invasão de terras e uma de saque[102]. Uma justificação de não ter matado gado, um requerimento para reaver ovelhas e um pedido de uma herdeira para administrar os bens do pai falecido.[103]

Os demais processos são agravos, um para a Câmara, contra a decisão de não permitir armazém com base nos provimentos do Ouvidor Raphael Pires Pardinho.[104] Os quatro processos restantes são remetidos para Manoel dos Santos Lobato. O primeiro envolve como autor uma figura conhecida do acanhado mundo jurídico curitibano, presente em vários processos como procurador de partes, embora não tenha o curso de Direito. Paulo da Rocha, pede que o réu seja citado por dívida referente à compra de fazenda. Manoel Correa de Castro, o réu, teria comprado uma fazenda de Paulo da Rocha descontando deste pagamento o valor de três moedas novas de 4.800 réis, relacionadas com jogos de azar que o réu tinha com Joseph Jacome de Azevedo. O juiz condena o réu ao pagamento da dívida de jogo e Joseph entra com processo na Ouvidoria contra o autor, justificando não estar envolvido em jogos proibidos e citando a dívida anterior de Paulo da Rocha. O Ouvidor Manoel dos Santos Lobato condena Paulo a pagar (e as moedas são destinadas a Irmandade de Nossa Senhora do Terço).[105] O outro processo que sobe à Ouvidoria é o que trata de embargo de compra de escravo. Manoel da Rocha em negociação com Pantaleão Rodrigues, trocou um escravo da nação Bengela de nome João por outro mulato de mesmo nome. Levou-o para São Paulo e descobriu porém se tratar de um mulato gentio da terra, considerado forro, impossibilitando Manoel de tramitar com tal mulato Solicita o autor junto à Ouvidoria a expedição de um mandado para o juízo ordinário de Curitiba a fim de que a negociação seja desfeita.[106] Outro que envolve dívidas é o movido por Ignácio Azevedo contra o réu Francisco Vieira Barreto referente a dívida no valor de 41 oitavas e um conto de ouro que, após carta de inquirição feita por Manoel dos Santos Lobato para o Juiz Ordinário Joseph Dias Cortes, confirma a dívida.[107]

O outro processo também envolve figura conhecida da pequena vila curitibana, o Vigário Manoel Domingues Leitão que aparece em processos de cobranças de dívidas tanto no polo passivo quanto no ativo, aparentemente atuando mais como agiota que como pároco. No processo

99 Provimentos de Correiçam. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 58). Impressora Paranaense.

100 BR.APPR PB045. PC251.7

101 BR.APPR PB045. PC235.7

102 BR.APPR PB045. PC240.7 - Manoel Gomes Bonacente acusa o espanhol de nome Nicolau de saquear seu sítio em Campos Geraes enquanto estivera ausente, se escondendo na casa de Sebastião Preto. Entre os bens roubados encontram-se uma égua, uma arma de fogo e roupas. Preso na cadeia de Paranaguá .

103 BR.APPR PB045. PC237.7

104 BR.APPR PB045. PC250.7

105 BR.APPR PB045. PC234.7

106 BR.APPR PB046. PC234.7

107 BR.APPR PB046. PC249.7

em questão, o vigário colocado na matriz de Curitiba faz citar o assistente Josephe Salomé de Azevedo por realizar calúnias contra sua pessoa. Ao ser excomungado pelo padre com armas de fogo o réu agrava à Ouvidoria que recebe agravo.[108]

Em dezembro de 1739, novamente Manoel dos Santos Lobato faz Correições, destacando que ainda nada se fez quanto à Matriz e "proveo que os Juizes ordinários e mais officiais da Camara desta Villa" tivessem muito cuidado e vigilancia para que nenhûa pessoa de qualquer calidade que seja pague per si ou por seos escravos couza algûa ao Reverendo Vigário desta villa[109], o que reforça o conflito entre o padre e o Ouvidor.

## 11. Considerações Finais

Dos 234 processos que compõem os 28 anos de atuação do Juízo Ordinário de Curitiba e sua relação com a Ouvidoria Geral de São Paulo e Paranaguá, algumas breves considerações são possíveis.

A primeira delas diz respeito à presença desta autoridade régia nesta região do extremo sul da América Portuguesa. A formação dos Ouvidores que tiveram contato com a Vila é a esperada e sua circulação por outros ofícios do Império, evidente. Exceto no caso de Gregório Dias da Silva e Manuel de Sampayo que assumem provisoriamente a Ouvidoria como juízes de Paranaguá. Percebe-se a sua autonomia e o fato de responderem diretamente ao Rei, o que fica evidente no exemplo de Raphael Pires Pardinho, que em carta comunica as Correições e recebe, também por carta régia ordem de fazer diligências. Em Carta Regia de outubro de 1717, sua majestade, Dom João Rey de Portugal e dos Algarves da q.m e dalem mar em Africa Sn.or da Guiné, etc ordena que se forneça força ao Ouvidor Pardinho para uma importante diligência.[110]

Percebe-se também a ausência de Ouvidores em um largo período. Dos 16 anos de existência da Ouvidoria de Paranaguá, seis anos estiveram sem a presença desta autoridade régia. Nestes recortes temporais (1722-1725; 1727-1728) destacam-se os conflitos com os jesuítas por posse de terras e gado e questões de direito criminal que ficam sem a interferência fundamental do Ouvidor que tinha competência exclusiva para os feitos de livramento e as cartas de seguro[111]. Em que pese os processos iniciais entre 1711 e 1721 serem mais escassos, percebe-se neles a intenção do Ouvidor Pardinho em intervir principalmente em questões que envolviam dívidas com a Fazenda e devassas. Destacando-se a correição que o mesmo realizou nas devassas de Paranaguá em 1720 que o fez criar uma série de Provimentos sobre o direito criminal e os cuidados necessários para a administração da justiça nesta área. Nos demais ciclos de Ouvidores percebemos intervenções em temas similares que envolvem dívidas (de grande monta, em geral envolvendo cavalgaduras), disputas de terras (sesmarias) e processos crime, com livramento.

108 BR.APPR PB048. PC234.7

109 Provimentos de Correiçam. *IN:* Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 8, p. 66). Impressora Paranaense.

110 Dom João por graça de Deus Rey de Portugal e dos Algarves da q.m e dalem mar em Africa Sn.or da Guiné, etc. Faço saber a vos Governador da Praça de Santos, que ao Ouvidor geral da Capitania de São Paulo Raphael Pires Pardinho fui servido encarregar por rezolução minha desde Outubro deste prezente anno tomada em consulta do meu Cons.o Ultr.o de hua deligencia de grande importanciaIN: Negrão, F. (Diretor). (1925). Provimentos e correições: resoluções, ordens, provisões. *BOLETIM DO ARCHIVO MUNICIPAL DE CURYTIBA: documentos para a história do Paraná*, (Vol. 14). Impressora Paranaense.

111 40. Cartas de seguro - E dará todas as cartas de seguro em sua correição aos que lhas pedirem e irão dirigidas para os juízes da terra. IN: Almeira, C. M. de. (1870). Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal: recompilados por mando d'El Rey D. Phillippe I (14a ed., p. 110). Typographia do Instituto Philomathico.

Personagens centrais, portanto, nas instruções de manejo dos instrumentais jurídicos dados pelas Correições, em particular a de Pardinho e na regulação dos procedimentos feitos, em particular em matéria criminal, mas não apenas. Embora nem sempre tenham revisado as decisões do Juízo Ordinário, efetivaram com estes rústicos uma troca cultural e uma circularidade que possibilitou um maior formalismo nas práticas locais e um certo nível de controle em relação às questões de justiça, mesmo nas partes mais extremas do Império Português.

## Referências

Almeira, C. M. de. (1870). *Codigo Philippino ou ordenações e leis do Reino de Portugal: recompilados por mando d'El Rey D. Phillippe I (14ª ed.)*. Typographia do Instituto Philomathico.

Araujo, D. R. W. De, Brighente, L. F. & Pereira, L. F. L. (2017). Direito e feitiçaria na América Portuguesa: a devassa movida contra Maria do Gentio da terra de Paranaguá. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brazileiro*, 178(475), 311-341.

Camarinhas, N. (2010). *Juízes e administração da justiça no Antigo Regime: Portugal e o império colonial, séculos XVII e XVIII*. Calouste Gulbenkian.

Fonseca, R. M. (2019). *Introdução teórica à história do direito*. Juruá.

Hespanha, A. M. (1982). *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*. Calouste Gulbenkian.

Hespanha, A. M. (1993). *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*. Calouste Gulbenkian.

Hespanha, A. M. (1993). *La gracia del derecho: economia de la cultura en la Edad Moderna*. Centro de Estudios Constitucionales.

Hespanha. A. M. (1994). *As vésperas do Leviathan: instituições e poder político, Portugal século XVII*. Almedina.

Hespanha, A. M. (1998). *História de Portugal: o Antigo Regime (Vol. 4)*. Estampa.

Hespanha, A. M. (2001). A constituição do império português: revisão de alguns enviesamentos correntes. In J. Fragoso (ORG.) *O Antigo Regime nos trópicos: a dinâmica imperial portuguesa (séculos XVI – XVIII)*. Civilização Brasileira.

Hespanha, A. M. (2006). *O direito dos letrados no Império Português*. Boiteux.

Hespanha, A. M. (2019). *Filhos da terra: identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa*. Tinta da China.

Lacerda, A. V. de. (2008). *As ouvidorias do Brasil colônia*. Juruá.

Leão, E. A. de. (1926). *Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 1)*. Empreza Graphica Paranaense.

Leão, E. A. de. (1929). *Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 3).* Empreza Graphica Paranaense.

Leão, E. A. de. (1929). *Contribuições históricas e geográficas para o dicionário do Paraná (Vol. 5).* Empreza Graphica Paranaense.

Massuchetto, V. C. & Pereira, L. F. L. (2020). O rei como dispensador da graça: autos de livramento crime e cultura jurídica criminal em Curitiba (1777-1800). *Revista Tempo*, 26(1), 123-142.

Marcondes, M. (1923). *Documentos para a história do Paraná*. Typographia do Annuario do Brasil.

Negrão, F. (1927). *Genealogia paranaense*. Impressora Paranaense.

Negrão, F. (Diretor). (1908). Fundação da Villa de Curytiba (1693-1735). *Boletim do Archivo Municipal de Curytiba: documentos para a história do Paraná,* (Vol. 6). Impressora Paranaense.

Negrão, F. (Diretor). (1924). Provimentos de correições (1721 a 1812). *Boletim do Archivo Municipal de Curytiba: documentos para a História do Paraná,* (Vol. 8). Impressora Paranaense.

Negrão, F. (Diretor). (1925). Correspondências e actos diversos (1721-1767). *Boletim do Archivo Municipal de Curytiba: documentos para a história do Paraná,* (Vol. 13). Impressora Paranaense.

Negrão, F. (Diretor). (1925). Provimentos e correições: resoluções, ordens, provisões. *Boletim do Archivo Municipal de Curytiba: documentos para a história do Paraná,* (Vol. 14). Impressora Paranaense.

Pegoraro, J. W. (2007). *Ouvidores régios e centralização jurídico-administrativa na América Portuguesa: a comarca de Paranaguá (1723-1812)* (Dissertação de Mestrado em História, UFPR)

Pereira, L. F. L. (2016). Cultura jurídica dos rústicos da América Portuguesa: juízes ordinários da vila de Curitiba no século XVIII. In A. C. de A. Santos (Org.). *Ilustração, cultura escrita e práticas culturais educativas* (Vol. 1). (pp. 69-88). Estúdio Texto.

Pereira, L. F. L. (2011). Súditos d'El Rey na América Portuguesa: monarquia corporativa, virtudes cristãs e ação judicial na Vila de Nossa Senhora da Luz dos Pinhais de Curitiba. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brazileiro*, 172(452), 51-86.

Pereira, L. F. L. (2015). O regime das sesmarias à luz das fontes coloniais (América Portuguesa, século XVIII). In R. M. Fonseca & G. Siqueira (Org.). História do direito privado (Vol. 1). (pp. 134-156). Arraes.

Prefeitura de São Paulo. (1935). Ordens Reaes (1700-1725): tres lado do regimto, dos ouvidores gerais de Rio de Janeiro. *Revista do Arquivo Municipal de São Paulo*. 8(114), 55-60.

Salgado, G. (Org.). (1985). *Fiscais e meirinhos: a administração no Brasil Colonial.* Nova Fronteira.

Santos, A. C. de A. ,& Pereira, M. R. de M. (2001). Para o bom regime da república: ouvidores e câmaras municipais no Brasil Colonial. *Monumenta*, *Inverno 2000*, *Aos Quatro Ventos*, 3(10), 1-19.

Schwartz, S. B. (1973). S*overeignty and society in Colonial Brasil: the high court of Bahia and his judges, 1606-1751.* University of California Press.

Subtil, J. M. L. L. (2011). *O desembargo do Paço (1750-1833).* Universidade Autônoma.

Wehling, A. ,& Wehling, M. J. (2004). *Direito e justiça no Brasil Colonial: o tribunal da relação do Rio de Janeiro (1751-1808).* Renovar.

Data de recebimento: 12/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Os Desembargadores da Casa da Suplicação na Estrutura de Poder

## O Caso da Assembleia Constituinte

*The Judges of the Casa da Suplicação (High Court) in the Power Structure*

*The case of the National Convention*

**Arno Wehling**[1]

1 Academia Brasileira de Letras.

## RESUMO

Análise do papel desempenhado pelos magistrados vinculados à Casa da Suplicação do Brasil na Assembleia Constituinte de 1823. Procurou-se distinguir posições corporativas e diferenças individuais, relacionando-as ao momento de formação do Estado brasileiro ao Primeiro Reinado. Foram identificadas posições consensuais como a defesa da monarquia moderada ou temperada, o perfil institucional do Imperador Pedro I, a ruptura com a sociedade estamental, a definição de liberdades e garantias, a hostilidade ao federalismo, a continuidade e a ruptura na legislação ordinária, ao papel da justiça, as influências doutrinárias e seu uso retórico. Outras temáticas tiveram posições matizadas, como a intervenção estatal na economia e à extensão da cidadania a portugueses e aos libertos. Semelhanças e diferenças político-ideológicas e de concepções jurídicas não se apresentaram em bloco, mas em posições transversais às classificações tradicionais de liberais, conservadores ou ultrarealistas.

**Palavras-chave:** Casa da Suplicação, Desembargadores, Liberalismo, Constitucionalismo.

## ABSTRACT

Analysis of de role played by the magistrates linked to the Brazil's Casa da Suplicação (High court) in the National Convention of 1823. It was sought to distinguish corporate positions and individual differences, relating them to the moment of the Brazilian State formation in the early Empire. Several consensus positions were identified such as: the defense of the moderate monarchy, the institutional profile of Emperor Pedro I, the rupture of the estamental society, the estamental society rupture, he definition of liberties and guarantees, the hostility to federalism, the continuity and rupture in ordinary legislation, the role of justice, the doctrinal influences and their rhetorical use. Other themes had nuanced positions, among the magistrates, like the state intervention in the economy and the extension of citizenship to the Portuguese and to the former slaves who became free. Political-ideological similarities and differences and also legal conceptions were not presented en bloc, but rather in positions that were transversal to the traditional classifications of liberals, conservatives or ultra-realists.

**Keywords:** High Court, Judges, Liberalism, Constitutionalism.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78719

Os desembargadores da Casa da Suplicação do Brasil tiveram uma preeminência significativa no processo de independência e no curso do Primeiro Reinado. Um relance sobre os principais cargos e situações surgidas no curso da formação do Império brasileiro fundamenta esta constatação, que pode ser corroborada estatisticamente. No entanto, a instituição continuava a mesma – e até estava com seus dias contados, de acordo com a Constituição – e os homens permaneciam basicamente os mesmos. Como essa preeminência não ocorria à época do Reino Unido, é importante procurar identificar as razões para a nova situação.

Há nítida mudança qualitativa no papel assumido pelos desembargadores da Casa da Suplicação no Antigo Regime e no Primeiro Reinado. No Antigo Regime constituíam um dos segmentos superiores da burocracia estatal, mas não ocupavam a direção política do Estado. Quando isso eventualmente ocorria, devia-se a situações fortuitas e a Casa da Suplicação, ou os correspondentes Tribunais da Relação fora da Corte, apenas cumpriam papel subsidiário[2]. O melhor exemplo dessas eventualidades era quando ocorria a ausência do cabeça do governo: com o deslocamento da Corte para o Rio de Janeiro, o Reino foi dirigido por um conselho de governadores, do qual fazia parte o desembargador pernambucano João Antônio Salter de Mendonça, da Casa da Suplicação, na condição – não a mais eminente – de secretário.

Em situações análogas no Brasil colonial a vacância do cargo de governador era suprida por uma junta interina de governo, da qual faziam parte normalmente o bispo, o comandante das armas e o chanceler da Relação ou o ouvidor da capitania.

Já no Primeiro Reinado a situação se altera. Mantendo seu papel de segmento superior da burocracia, os desembargadores da Suplicação passam a assumir uma atuação política, com presença em diferentes órgãos políticos e nas discussões sobre a organização da sociedade e do Estado.[3]

No governo brasileiro de D. João, especialmente após a elevação a Reino Unido, essa situação se prefigurara, embora não com tanta nitidez. Ocorreram eventos que ainda eram isolados, até porque faltavam as instituições representativas do liberalismo constitucional: um deles foi a atuação político-ideológica de José da Silva Lisboa, desde 1818 desembargador da Suplicação, mesmo ano em que publicou a panegírica *Memória dos benefícios políticos do governo* de *El Rei Nosso Senhor D. João VI* e desde sempre identificado com as ações do monarca e seu governo; outro, a firme ação política do desembargador José da Cruz Ferreira que, como ouvidor titular da comarca do Sertão foi tão importante no combate à Revolução de 1817 que D. João VI chegou a atribuir-lhe, não sem excesso retórico, sua permanência no trono.

De qualquer modo, é importante assinalar que se os papéis mudam – de membros exclusivos de um estamento burocrático para um desempenho ao qual se acrescenta a participação política direta – permanece a atitude básica de fidelidade ao trono, seja ele o do Reino Unido, seja o do Império do Brasil.

Ex-desembargadores da Suplicação, magistrados em exercício ou futuros desembargadores mas já com carreira judicial encetada participaram da representação brasileira às Cortes

2 A questão da posição da burocracia judiciária na máquina estatal foi estudada em Stuart Schwartz, *Burocracia e sociedade no Brasil colonial. O Tribunal Relação da Bahia*, São Paulo Perspectiva, 1979 e Arno Wehling e Maria José Wehling, Direito e justiça no Brasil colonial. *O Tribunal da Relação do Rio de Janeiro, 1751-1808*, Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p.581

3 Se magistrados, clérigos e militares foram os segmentos fundamentais para a constituição das instituições brasileiras no Império, os primeiros como um todo eram efetivamente a "espinha dorsal do governo". José Murilo de Carvalho, *A construção da ordem. A elite política imperial*, Rio de Janeiro, Campus, 1980, p. 133

portuguesas, da Assembleia Constituinte de 1823, da primeira e da segunda legislaturas da Câmara dos Deputados (1826 e 1830), do Senado, dos ministérios de Pedro I e da presidência de províncias.

Neste trabalho será considerada a atuação desses magistrados na Assembleia Constituinte e Legislativa, a partir dos registros publicados no *Diário* da Assembleia e nas *Actas das Sessões*.

No caso das Cortes portuguesas, tinham sido eleitos José Ricardo da Costa Aguiar de Andrada, por São Paulo, Lucas Antônio Monteiro de Barros por Minas Gerais e Pedro de Araujo Lima e Francisco Muniz Tavares por Pernambuco, quatro num total de 71 representantes. O primeiro tomou posse mais tarde do que os demais membros da representação paulista e teve atuação em sintonia com a combatividade de seu parente Antônio Carlos Ribeiro de Andrada[4], recusando-se, como os demais membros da bancada de São Paulo, a assinar a constituição portuguesa de setembro de 1822. Alexandre, V. (1993), a atitude[5], aliás explícita nas Cortes e nas ruas de Lisboa[6].

Lucas Monteiro de Barros foi eleito pela província de Minas Gerais, embora ocupasse à época o cargo de chanceler do recém-criado Tribunal da Relação de Pernambuco. Barão de Javari *(1962),* como os demais membros da bancada mineira, à exceção de José Eloi Otoni, que se encontrava na Europa, Monteiro de Barros não tomou posse nas Cortes portuguesas[7].

Na Assembleia Constituinte e Legislativa de 1823 entre desembargadores que já tinham sido membros do tribunal, nele estavam ou que ingressaram posteriormente, foram 18 sobre cem constituintes. Dois já haviam passado pela Suplicação e exerciam outros cargos públicos. Dos dez que estavam em exercício no tribunal, três foram nomeados em março e abril de 1823, quando já tinham sido eleitos à Assembleia e um recebeu a nomeação em julho do mesmo ano. Dos seis que ingressaram mais tarde na corte, um o fez no mês seguinte ao do fechamento da Constituinte, em 6 de dezembro, outros dois ingressaram em 1824, dois em 1827 e um em 1830[8].

A distribuição regional dos magistrados-parlamentares cobria o país de São Paulo ao Ceará.

Cinco magistrados-parlamentares representavam a Bahia (José da Silva Lisboa, Luís José de Carvalho e Melo, Francisco Carneiro de Campos e Luís Pedreira do Couto Ferraz e Manuel Antônio Galvão), cinco Minas Gerais (Manuel Ferreira da Câmara Bittencourt e Sá, João Evangelista de Faria Lobato, Estevão Ribeiro de Resende, José Antônio da Silva Maia e Lucio Soares Teixeira de Gouveia), quatro Pernambuco (Antônio José Duarte de Araújo Gondim, Bernardo José da Gama, Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque e Nuno Eugênio de Lossio e Seiblitz), dois São Paulo (Antônio Rodrigues Veloso de Oliveira e José Ricardo da Costa Aguiar de Andrada) e um as províncias do Espírito Santo (Manuel Pinto Ribeiro Pereira) e Ceará (João Antônio Rodrigues de Carvalho).

4 Manuel Emílio Gomes de Carvalho, *Os deputados brasileiros nas Cortes de 1821*, Brasília, Senado Federal, 1978, p. 227.

5 Tal perspectiva, em Portugal, tem sido estudada recentemente mais como uma afirmação nacionalista, antibritânica e antibrasileira, do que propriamente recolonizadora; Valentim Alexandre, *Os sentidos do Império*, Porto, Afrontamento, 1993, p. 433.

6 Tal perspectiva, em Portugal, tem sido estudada recentemente mais como uma afirmação nacionalista, antibritânica e antibrasileira, do que propriamente recolonizadora; Valentim Alexandre, *Os sentidos do Império*, Porto, Afrontamento, 1993, p. 433.

7 Barão de Javari, *Organização e programas ministeriais*, Rio de Janeiro, Arquivo nacional, 1962, p. 269.

8 Museu da Justiça, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Livro de Posses de Ministros da Casa da Suplicação.

O Rio de Janeiro não tinha nenhum membro da Casa da Suplicação em sua bancada, mas o pai de um dos desembargadores: Antônio Pereira da Cunha, futuro marquês de Inhambupe. Seu filho Antônio Luís Figueira Pereira da Cunha fizera a "leitura de bacharel" no Desembargo do paço do Rio de Janeiro em 1818-1819 e rapidamente, para os padrões do *cursus honorum* dos magistrados, chegou à Suplicação, nomeado por D. Pedro I em 26 de novembro de 1822[9] sem ter tido experiência anterior na magistratura, pois sua primeira nomeação para um cargo público foi a de Intendente do Ouro[10].

Na geografia política da época isto significava que o Norte possuía 10 deputados originados do topo da magistratura e o Sul, 8.

Antes de analisar o desempenho dos magistrados vinculados à Casa da Suplicação na Assembleia Constituinte, é preciso considerar duas possíveis objeções.

A primeira poderia basear-se na contundente crítica de Armitage, J. (1965) em sua *História do Brasil* à qualidade dos participantes da Assembleia. Para ele, exceto os três irmãos Andradas, havia muito poucos, "se é que os havia, acima da mediocridade", possuindo "noções acanhadas, e inclinados à realeza[11]".

Só quarenta anos depois surgiria a primeira refutação a esta tese, feita por Homem de Melo, F. I. M. (1996)., trabalho que por sua vez provocaria ampla polêmica com José de Alencar[12]. A segunda é que, se o projeto não se tornou uma Constituição, seria irrelevante conhecer mais detalhadamente as posições assumidas por um dos segmentos participantes, exceto para o estudo de história das ideias políticas e jurídicas.

Quanto ao argumento de Armitage, a leitura do Diário e dos Anais não lhe dá razão. A participação não apenas do segmento dos magistrados da Suplicação, mas a de diversos outros deputados, demonstra que o debate se fundamentava num conhecimento razoável das questões filosóficas, políticas e jurídicas da época, bem como das condições do país. Ademais, se comparado com o de outras assembleias em circunstâncias semelhantes, o nível daquele conhecimento não destoa.

A segunda objeção que se poderia opor teria cabimento se o projeto tivesse sido inteiramente abandonado no discurso e na prática política e jurídica posterior. Foi o que Homem de Melo, em 1863, procurou refutar criticando a ideia então dominante que a Constituição fora fruto exclusivo do Conselho de Estado após a dissolução da assembleia. Comparando artigo a artigo o projeto e a Constituição, concluiu pela profunda semelhança, com poucas diferenças que assinalava, a mais importante das quais a ausência do Poder Moderador no primeiro.

Se bem pudessem ser acrescentadas algumas outras diferenças além das apontadas pelo autor, como Tobias Monteiro faria mais tarde, é irrefutável que a espinha dorsal do projeto da Constituinte se encontra no do Conselho de Estado e que este praticamente íntegro redundou na Constituição.

9 Idem, Livro de Posses..., fl. 30.

10 Laurenio Lago, *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, dados biográficos (1828-1939)*, Rio de Janeiro, Imprensa Militar, 1940, p. 42.

11 John Armitage, *História do Brasil*, Rio de Janeiro, Ediouro, 1965, p. 106.

12 F. I. Marcondes Homem de Melo, *A Constituinte perante a História*, Brasília, Senado Federal, 1996, p.2; Polêmica José de Alencar x Homem de Melo, in Octaciano Nogueira (org.), *A Constituinte de 1823*, Brasília, Senado Federal, 1973, p. 100.

Portanto, conhecer as posições defendidas na Assembleia por seus membros – no presente trabalho, de parte deles, os desembargadores da Suplicação – é relevante para a reconstituição de perspectivas da época e para entender o comportamento político de um grupo importante e com atuação institucional relevante não apenas no contexto de 1823 como no estabelecimento das instituições durante o Primeiro Reinado, instituições essas que se consolidaram ao longo do Império e foram parte integrante da *persona* institucional do Estado brasileiro.

No estudo do processo de independência as pesquisas, tanto as mais antigas quanto as mais recentes, Wehling, A. (2019), têm se encaminhado para outras questões, igualmente relevantes, deixando de desenvolver o aspecto que aqui recortamos.[13]

Deve ser lembrado que a sintonia entre os projetos e a Constituição não foi um acaso, nem pode ser explicado apenas por que eram concepções em voga. Havia opções claras a fazer, afirmações e omissões a realizar e a coincidência de nomes explica os objetivos buscados: o Conselho de Estado que elaborou, junto com o Imperador, o novo projeto constitucional tinha, em seus dez membros, seis ex-constituintes. Destes, dois tinham pertencido à Casa da Suplicação, sendo que um deles não fora constituinte. E sabemos que outro membro do tribunal, Francisco Carneiro de Campos, também constituinte, embora sem ter feito parte do Conselho, teve influência decisiva na elaboração do projeto – aliás, foi o parlamentar que, na Assembleia, defendeu a introdução do Poder Moderador, não tendo sua indicação recebido na ocasião o apoio necessário. Ademais, era irmão do também jurista José Joaquim Carneiro de Campos, futuro marquês de Caravelas, constituinte, membro do Conselho de Estado e tido como o principal autor do projeto que redundou na Constituição.

Para sublinhar a relevância dos desembargadores-deputados pode ser lembrada ainda outra situação, evidenciada num documento não assinado, mas provavelmente de autoria do ministro Francisco Vilela Barbosa, dirigido ao Imperador, sugerindo a criação de uma "junta" que foi o embrião do Conselho de Estado[14]. Nesse documento propõe-se que a comissão tivesse vinte membros, todos retirados da Assembleia extinta, dos quais cinco foram realmente escolhidos para o Conselho. O critério da seleção, além da fidelidade ao monarca, foi definido pelo autor: "vão alguns que passam por liberais esturrados, mas convém misturá-los com os outros mais prudentes; em poucos dias se pode apresentar a Constituição do Império".

Dos vinte nomes sugeridos, seis já tinham vínculo com o tribunal e um, Silva Maia, viria a ter. Varnhagen, F. A. (1972).[15]

Propostos por alguém como Vilela Barbosa, ultraconservador e da plena confiança do Imperador, ou por outro conselheiro de perfil semelhante, os nomes sublinham o perfil político e ideológico dos desembargadores, a despeito da referência aos "liberais esturrados", que certamente se aplicaria melhor a outros nomes da relação que não os magistrados do tribunal.

O estudo da atuação dos desembargadores da Casa da Suplicação na Assembleia Constituinte e Legislativa entre 3 de maio e 11 de novembro de 1823 evidencia que havia o grupo dos

13 Para a discussão de problemas relativos ao processo de independência, consideramos em outro estudo as principais contribuições historiográficas, sobretudo recentes, ao tema; Wehling, A. (2019). Reconfigurar a Corte/(Re)Construir o Estado: o horizonte de expectativas no Brasil do Reino Unido, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, (479),13-48.

14 Arquivo do Museu Imperial, Inventário, Manuscritos sem data, maço X, doc. 505.

15 O documento foi analisado por Helio Viana e se encontra em suas notas ao livro de Varnhagen sobre a independência; Francisco Adolfo de Varnhagen, *História da independência*, Brasília, INL, 1972, p. 350-351.

muito atuantes, que se manifestaram a propósito de praticamente todos os temas importantes do projeto constitucional e do momento político que viviam; o daqueles que se manifestaram predominante ou exclusivamente sobre temas específicos; e aqueles cuja atuação passou em branco, quer por absenteísmo, quer por não terem participado dos debates.

No último caso estão nomes relevantes, como o do desembargador Antônio Rodrigues Veloso de Oliveira, desde 1809 na Suplicação, chanceler que instituiu a Relação do Maranhão em 1812 e depois foi membro do Desembargo do Paço, autor de um importante levantamento da população brasileira. Por ocasião da Constituinte era regedor da Casa da Suplicação. Candidato a vice-presidente da Assembleia, foi derrotado por José Bonifácio[16]. Suas precárias condições de saúde, reiteradamente informadas à Assembleia, impediram participação mais ativa. Ou ainda o de Estevão Ribeiro de Resende, depois marquês de Valença, relator da Comissão de Poderes, mas cuja voz pouco se fez ouvir porque em 18 de julho foi nomeado Intendente Geral de Polícia da Corte.[17]

## Papéis e atitudes dos desembargadores

Podemos considerar a existência de um segmento "desembargadorista" nas bancadas provinciais? Possivelmente isso se verifique no caso da Bahia, Minas Gerais e Pernambuco

Na Bahia, a bancada era de 11 constituintes, cinco dos quais membros da Suplicação. Dos 20 deputados de Minas Gerais, 5 o eram. Em Pernambuco, a bancada de 13 tinha quatro atuais ou futuros magistrados do tribunal superior. Nas demais províncias a presença se diluía, pois, São Paulo tinha, em 11 representantes, 2, enquanto possuíam um desembargador o Ceará (em 8) e o Espírito Santo, sendo que neste caso o magistrado era o único deputado.

De qualquer modo, o vínculo institucional comum, se permite identificar nos três casos um segmento importante, não os fazia atuar de modo unívoco, nem corporativo. Havia uniformidade de apoio à monarquia de modelo constitucional[18] e sintonia com as posições emanadas de São Cristóvão sem dúvida, mas não identidade de posições em várias questões. Se nenhum dos magistrados defendia o Antigo Regime e o retorno ao estatuto colonial, notava-se alguma nuance entre posições mais ou menos enérgicas ao uso, se necessário, da força para combater o que se considerava excessos jacobinos ou republicanos. Poder-se-ia dizer que a sintonia no universo político era compensada no âmbito econômico e jurídico por posições bem mais diversificadas.

A Comissão de Constituição, que terminou seus trabalhos a 30 de agosto de 1823 e o apresentou na sessão de 1 de setembro, era composta por Antônio Carlos, José Bonifácio, Araújo Lima, Muniz Tavares, Pereira da Cunha, Aguiar de Andrada e Manuel Ferreira da Câmara. Dos sete, os dois últimos eram membros da Suplicação.[19]

Os desembargadores constituintes acabavam por representar uma transversalidade nacional, já que se estendiam do Ceará a São Paulo, com incidência nas províncias mais populosas

16 *Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 1973, vol. I, p. 22.

17 Idem, vol. I, p. 111.

18 Andréa Slemian, *Sob o império das leis unidade nacional na formação do Brasil (1822-– constituição e 1834)*, São Paulo, Hucitec, 2009, p. 101.

19 Idem, vol. III, p. 699.

e influentes, como Bahia, Pernambuco, Minas Gerais e São Paulo. O Rio de Janeiro, embora sem representação, era a província onde todos atuavam.

A uniformidade de suas orientações de certa forma deu substrato político-ideológico à Assembleia Constituinte, no sentido pretendido pelo Imperador e pela elite dirigente da qual eles próprios faziam parte: a definição da monarquia constitucional, "temperada", equidistante do absolutismo e do jacobinismo.

Sabemos que os magistrados, embora nascidos no Brasil tinham uma identidade ainda fortemente regional, como paulistas, mineiros, baianos ou pernambucanos. Isso era uma realidade geral, que Capistrano de Abreu magistralmente descreveu na conclusão dos *Capítulos de História Colonial*. A "inversão brasileira" do período joanino, como a chamava Silvio Romero, e a crescente percepção de que a independência ocorreria, entretanto, foram moldando a nova identidade "nacional", ainda hesitante, em formação e mais presente nas proclamações políticas do que na realidade concreta da vida econômica e social do País.

Como se comportaram os magistrados da Constituinte ante este problema? Podem ser percebidas tendências antagônicas, nacionais e regionais?

A maioria deles seguiu o caminho traçado por outro bacharel e antigo magistrado, provável autor do projeto de constituição da Revolução de 1817, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada, que a este respeito definiu na Assembleia a posição que predominaria:

> *Os nossos interesses são os mesmos, todas quantas províncias formam este vasto Império não são, nem podem ser, inimigas; o que uma faz bem, não pode danar a outra; todos constituímos um todo homogêneo. Não temamos, pois, de legislar, quando somos a pluralidade; temos o direito em nosso favor e a utilidade abonará os decretos. Se forem úteis a uma província, as outras não os desdenharão."*[20]

É o que se constata dos pronunciamentos, a propósito de diferentes questões, de magistrados como Luís de Carvalho e Melo, Francisco Carneiro de Campos, José Ricardo Aguiar de Andrada, José da Silva Lisboa, João Antônio Rodrigues de Carvalho, Antônio Rodrigues Veloso de Oliveira e Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque.

Quando o deputado baiano Antônio Ferreira França, que defendeu na Assembleia posições regionalistas, como a de preferir que naturais das províncias as governassem, mencionou numa fala que o "governo federativo" poderia ser "o meio de se as mesmas províncias engrandecerem", foi fulminado por duas intervenções doutrinárias de Carvalho e Melo e Silva Lisboa na tumultuada sessão de 17 de setembro, adiante analisadas.

Em outro debate, no qual se discutia sobre o número de conselheiros nos distritos eleitorais, o desembargador Aguiar de Andrada defendeu o mesmo critério para todas as províncias, grandes ou pequenas, manifestando-se contra o que chamou de "provincialismo", propondo que "acabe o espírito de província..."[21]

A costura aproximando as províncias, vocalizada na constituinte pelos desembargadores e outros deputados, deu-se também em outros segmentos. Sabe-se que nos anos anteriores

20 Idem, vol. I, p. 123.

21 Idem, vol. I, p. 234.

Gonçalves Ledo fizera a articulação entre comerciantes do norte fluminense, sul mineiros, São Paulo e recôncavo baiano, sedimentando a aliança da independência[22].

A questão envolvia no momento da Constituinte não apenas a relação centro-províncias, mas o problema dos portugueses – havia uma guerra de independência em curso em várias províncias - e de certa forma o anti-regionalismo definiu-se também como um anti-lusitanismo. O desembargador Rodrigues de Carvalho, na sessão de 1 de julho leu o projeto de lei da Comissão Especial, sobre mensagem do Imperador, no sentido de que se as regiões que já haviam aderido à independência "sem serem coactas pela força militar, se desunirem, fazendo causa comum com Portugal, ficam fora das leis ordinárias, para serem tratadas militarmente. " [23]

Além de Rodrigues de Carvalho, subscreveram o projeto os desembargadores-deputados Veloso de Oliveira e Aguiar de Andrada, além do futuro desembargador, então juiz de fora, José Antônio da Silva Maia.

Na discussão do projeto do deputado pernambucano Muniz Tavares sobre a naturalização dos portugueses, o desembargador Rodrigues de Carvalho pediu sua rejeição, pelo caráter vago do artigo primeiro – os portugueses que quisessem permanecer no País deveriam dar "prova inequívoca" de adesão à independência e pelo caráter inconstitucional do segundo, que previa que os suspeitos pela conduta poderiam ser expulsos pelo governo. Embora não houvesse ainda constituição, parecia a ele clara a futura inconstitucionalidade "porque expõe a segurança individual inteiramente ao arbítrio"[24] e já estavam explícitos os princípios liberais que a inspirariam.

A posição do magistrado representante do Ceará tornou-se mais clara na sessão seguinte, quando argumentou que a independência fora um Pacto Social. Logo, "todos os cidadãos portugueses residentes no Brasil que quiserem fazer parte da nação livre e independente serão contemplados cidadãos brasileiros, e os que não quiserem sairão do Brasil".

Encerrou afirmando que enquanto não fosse reconhecida a independência por Portugal, a nenhum português se permitisse a entrada no país.[25]

O desembargador Lucio Soares Teixeira de Gouveia, a 21 de maio de 1823, quando se discutia um projeto de lei anistiando portugueses que combatiam a independência, argumentou que o Imperador já havia baixado decreto de anistia logo após a proclamação da separação de Portugal. O projeto apresentado era, portanto, desnecessário e inútil, "para os que permanecem com as mesmas opiniões de antes" (contrárias à independência). "Bastam os inimigos internos que já temos",[26] dizia, votando contra o projeto.

Ambas as manifestações, recorde-se, ocorriam num clima conflituoso, com a resistência à independência ainda ocorrendo na Bahia, no Maranhão e no Pará.

A emergência de uma perspectiva nacional não impediu que, em determinadas circunstâncias, predominasse o espírito provincial ou, na expressão de José Honório Rodrigues, bair-

22 Cecília Salles de Oliveira, *A astúcia liberal. Relações de mercado e projetos políticos no Rio de Janeiro (1820-1824)*, São Paulo, EDUSP-Ícone, 1999.

23 *Diário...*, vol. I, p. 333.

24 Idem, vol. I, p. 251.

25 Idem, vol. I, p. 262.

26 Idem, vol. I, p. 93.

rista[27]. Este historiador dá como uma espécie de arquétipo bairrista o deputado Francisco Gê Acaiaba Montezuma, com sucessivas propostas de interesse da Bahia. Tratando-se, porém dos desembargadores da Suplicação e deputados, destacaram-se neste aspecto Teixeira de Gouveia, eleito por Minas e Pereira Sampaio, eleito pelo Espírito Santo.

O primeiro defendeu que uma das estradas para Minas Gerais, que já se encontrava parcialmente em boas condições, não mais justificava a cobrança do imposto cobrado naquela província para construí-la. Também protestava contra a isenção do imposto dada aos fluminenses, isto é, aos "moradores daquém do Paraibuna, medida esta que prova mui bem a parcialidade e afilhadismo de quem a sugeriu".[28]

Já o desembargador Manuel Pinto Ribeiro Pereira Sampaio, em meio à discussão do projeto sobre as atribuições dos presidentes de províncias, defendeu o arrematador do contrato das sisas e meias sisas do Espírito Santo, Manuel dos Santos Pereira, pedindo que a Comissão de Fazenda da Assembleia não demorasse a decidir assunto de seu interesse. Foi severamente admoestado por Antônio Carlos: "...desejaria era que os senhores deputados não afetassem de procuradores das partes: não acho isto nada bom".[29]

Na discussão sobre a criação e a localização de uma Universidade a questão nacional versus regional reapareceu. O tema já foi bem estudado sob esse ângulo por José Honório Rodrigues, que nele identificou o sentimento mais bairrista dos deputados, desejosos de trazer para sua província o novo órgão. Reconheceu como exceções e defensores de uma perspectiva nacional Carvalho e Melo, Silva Lisboa, Manuel Ferreira da Câmara e Nogueira da Gama, dois baianos e dois mineiros[30], os três primeiros aliás membros da Casa da Suplicação. Seria de justiça acrescentar o nome de mais um desembargador, o pernambucano Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque, que na primeira discussão, a 27 de agosto, defendeu pragmaticamente que se considerasse a criação do curso jurídico, e em São Paulo e não uma universidade, questão mais complexa e a exigir maiores recursos. [31]

No decorrer das discussões, até 4 de novembro, Carvalho e Melo acabou por defender dois cursos jurídicos, um em São Paulo e outro em Olinda, como ocorreu; Silva Lisboa e Ferreira da Câmara defenderam a Universidade no Rio de Janeiro, pela reunião do novo curso jurídico com as demais escolas superiores já existentes na Corte; Almeida e Albuquerque, São Paulo. Esses desembargadores-deputados tiveram apoio de outros constituintes defensores de uma perspectiva nacional, enquanto seu principal opositor – entre os membros da Suplicação – foi o mineiro Teixeira de Gouveia, defensor de Minas Gerais e depois São Paulo como sede da nova instituição.

A polaridade nacional-regional reapareceu na questão da língua, quando os baianos Carvalho e Melo e Silva Lisboa, a propósito da localização da Universidade, lembraram que no Rio de Janeiro ocorria a melhor pronúncia da língua portuguesa, no que foram contestados por Teixeira de Gouveia, para quem em Minas ocorria "o mais apurado dialeto", enquanto em São Paulo falava-se o pior português[32].

27 José Honório Rodrigues, *A Assembleia Constituinte de 1823*, Petrópolis, Vozes, 1974, p. 41.

28 *Diário*..., vol. II, p. 107.

29 Idem, vol. I, p. 335.

30 José Honório Rodrigues, op cit, p. 86.

31 *Diário*..., vol. II, p. 643.

32 *Actas das sessões da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, Rio de Janeiro, 1823, vol. VI, 203.

## Os desembargadores, o direito e as instituições

Embora fosse generalizada a percepção, na Assembleia, do sentido permanente da Constituição que estava para ser elaborada e da sua prioridade em relação aos demais temas, o fato de ela ser também legislativa facilitou no cotidiano dos debates e nos problemas trazidos ao plenário certa confusão entre as duas finalidades. No caso dos desembargadores, pelo menos daqueles que explicitaram em falas seus pontos de vista, entretanto, o sentimento era da relevância institucional do texto a ser elaborado.

A questão foi colocada com muita clareza por Luís de Carvalho e Melo, ao dizer que

> *...o juramento que prestamos foi para se fazer a lei constitucional, que há de servir de código fundamental da nação brasileira, primeira obrigação que nos impuseram os nossos constituintes; além da constituição, somente aquelas reformas urgentes e necessárias."*[33]

O desembargador Aguiar de Andrada, num debate sobre a promulgação de leis, fixou, porém, uma nuance, destacando o aspecto legislativo e regulamentar, ao argumentar que a reunião da assembleia não foi só para a elaboração da Constituição, "mas igualmente as reformas necessárias e indispensáveis, sem as quais a Constituição jamais poderá progredir. "[34]

Sempre pragmático, Aguiar de Andrada, várias vezes secretário da mesa da Assembleia, reclamou em outra sessão da extensão dos debates, comprometendo o projeto de constituição e a legislação complementar, dando como exemplo o tempo gasto na discussão do projeto do Juízo dos Ausentes.[35]

Outro desembargador-deputado, João Antônio Rodrigues de Carvalho, na sessão de 27 de junho, na qual se discutiu em demasia, a seu ver, o juízo eclesiástico, lembrou aos colegas que "nós viemos aqui para tratar da felicidade dos Povos... (sendo) a primeira tarefa estabelecer as leis primárias, cortar abusos e promover o bem dos particulares".

Se não adotassem um método eficaz de trabalho, acrescentou, "estaremos dez anos em Assembleia constituinte sem aparecer a Constituição... (e) ela deve servir de base a toda reforma".[36]

As atribuições simultaneamente constitucionais e legislativas da assembleia criavam assim diversas dificuldades para ambos os tipos de normas – o projeto constitucional, objeto principal da reunião, e a legislação ordinária de que o país necessitava. A todo momento surgiam problemas materiais e de processo, como o da sanção das leis.[37]

O ponto alto da distinção entre o essencial e o acessório, não apenas no dia a dia da assembleia, mas para a redação do texto constitucional, foi dado por José da Silva Lisboa, na sessão de 7 de novembro, vésperas do fechamento da Constituinte:

33 Idem, vol. IV, p. 43.

34 *Diário*..., vol. I, p. 309.

35 Idem, vol. II, p. 268.

36 Idem, vol. I, p. 315.

37 Idem, vol. I, p. 307.

> *Estou... (em) não convir incorporar-se na Constituição o que não for realmente constitucional; porque me parece contradição nos termos o ser ao mesmo tempo constitucional e inconstitucional. (...) Constituição traz a ideia de legislação imutável, ao menos no destino, bem que não no evento. (...) ...sempre entendi por Constituição de um Estado o complexo das leis, à que se destina a perpetuidade, qualquer que seja depois a instabilidade das coisas humanas. Em consequência, leis constitucionais, no meu humilde entender, são as que antes se chamavam Leis Fundamentais do Estado, que não se podem derrogar sem a ruína do mesmo Estado, ou de sua forma de governo. "*[38]

Admitia aliás um meio termo entre a ideia de imutabilidade da Constituição e a eventual necessidade de sua reforma posterior. Nem a concepção de que "a Constituição é para sempre", dizia, referindo-se à declaração da Assembleia francesa, nem "ir ao extremo oposto de deixar mãos largas aos futuros legisladores para alteração ou destruição dos artigos da nossa Constituição..."[39]

Outra questão jurídico-institucional básica era a da vigência de parte das leis portuguesas, de modo a garantir a continuidade das instituições e não abalar a segurança jurídica.

O deputado Antônio Luís Pereira da Cunha, pai do desembargador homônimo, que já se encontrava em funções na Suplicação desde o final do ano anterior, apresentou logo na segunda sessão após a abertura dos trabalhos da Assembleia, no dia 5 de maio, um projeto de lei determinando que toda a legislação até então promulgada por D. João VI e por D. Pedro, que não tivesse sido explicitamente revogada, fosse mantida em vigor, para por ela se regularem "os negócios políticos, civis e econômicos deste Império, enquanto não se organizar um novo Código, ou não forem especialmente alteradas."[40]

Aspectos relativos sobretudo à área penal, como a abolição da tortura e a supressão da censura à imprensa, já haviam sido objeto de normas anteriores.

As três discussões a que os textos deveriam ser submetidos se estenderam até setembro de 1823, transformando-se o projeto, com as emendas, na lei de 20 de outubro de 1823, acompanhada de uma tabela de normas para orientação da jurisprudência.

Nas discussões destacaram-se vários desembargadores-deputados, já que, dizendo respeito à vigência de leis, afetavam diretamente o modo como seriam aplicadas pelos juízes e nos tribunais, o que falava de perto à experiência profissional de cada um.

Manuel Caetano de Almeida e Albuquerque, na sessão de 15 de julho, lembrava à Assembleia que no caso da vigência das leis promulgadas por D. João VI o artigo que tratasse do tema deveria distinguir entre aquelas que efetivamente "se acham em execução" e os demais, já que nem todas o estavam.[41] Era uma advertência pragmática, como muitas que fez na Assembleia, a exemplo da de 24 de setembro, quando na continuação do tema apontou o desvirtuamento do sentido das intervenções, ao comentar que "a causa principal porque as nossas discussões se tornam de ordinário tão complicadas, é por não se dar toda a atenção ao verdadeiro estado das questões. "[42]

38 Idem, vol. III, p. 376.

39 Ibidem.

40 Idem, vol. I, p. 24.

41 Idem, vol. I, p. 316.

42 Idem, vol. III, p. 101.

Definiu-se a data limite para o recebimento da legislação portuguesa, admitindo-se que seria 12 de outubro, quando da aclamação do Imperador e data então considerada como início efetivo da independência. O deputado Araújo Lima havia sugerido a inclusão na tabela de um decreto das Cortes de 14 de outubro sobre diretos individuais e suas garantias, o que provocou grande polêmica, prevalecendo o entendimento da emenda de Antônio Carlos, segundo a qual somente poderiam ser admitidas as leis portuguesas já em execução no Império.

João Antônio Rodrigues de Carvalho por sua vez insurgira-se anteriormente contra quem afirmava não dispor o país de lei de imprensa, já que a lei portuguesa sobre a matéria fora sancionada por D. Pedro quando regente. A confirmação pela Assembleia de leis existentes, dizia, era inteiramente desnecessária.[43] Foi acompanhado no mesmo sentido também a propósito da lei de imprensa por outro desembargador-deputado, Aguiar de Andrada.[44]

O desembargador Teixeira de Gouveia, a propósito de outro tema, a anistia concedida pelo Imperador logo depois da independência, insistira ser desnecessária a apreciação de um projeto de lei sobre o assunto.[45]

Nos debates sobre a vigência das leis portuguesas destacaram-se também outros juristas da Assembleia. A Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769, instrumento fundamental de uniformização e modernização legislativa na ótica pombalina, foi várias vezes invocada nos debates, pela previsão da adoção de norma estrangeira. Francisco Carneiro de Campos ponderou que quando se tratasse de adotar legislação de outro país, o importante era atentar para a "utilidade pública e vantagem do povo", lembrando a Lei da Boa Razão, quando "os mesmos portugueses admitiram este princípio, pois determinaram que em certos casos as matérias políticas, econômicas e mercantis fossem julgadas pelas leis das nações cultas..."[46]

O desembargador-deputado refutava neste ponto intervenção anterior de seu colega de Suplicação Almeida e Albuquerque, que afirmara não ver sentido na referência à Lei da Boa Razão por Araújo Lima em sua proposta de adoção do decreto de 14 de outubro.[47]

Outra refutação de Francisco Carneiro de Campos dirigiu-se à intervenção de seu irmão José Joaquim Carneiro de Campos, futuro marquês de Caravelas, sobre a necessidade, na recepção da lei em apreço de que ela passasse pelas três discussões definidas no regimento da Assembleia. Esta posição, se interpretada de modo rigoroso, inviabilizaria a continuidade jurídica, obrigando o repasse de toda a legislação portuguesa vigente.

Dizia então Francisco Carneiro de Campos que

> *essa regra é aplicável ao direito novo, ou leis que a Assembleia originariamente organizar, conforme o que para este fim está determinado no regimento; mas de nenhuma sorte para estas leis que se mandaram incluir na tabela, que são leis já conhecidas e feitas por outros legisladores que já tiveram o trabalho de as discutir. "*[48]

43 Idem, vol. I, p. 113.

44 Idem, vol. I, p. 101.

45 Idem, vol. I, p. 93.

46 Idem, vol. III, p. 103.

47 Idem, vol. III, p. 101.

48 Idem, vol. III, p. 103.

O desembargador Luís de Carvalho e Melo, avançando na questão da recepção de leis estrangeiras – e não as especificamente portuguesas, quer as já vigentes no Brasil, quer as mais recentes vindas das Cortes portuguesas – defendeu o critério da justiça e da utilidade, pois o direito importado

> *Seja alemão ou francês, seja qual for sua origem, fica nacional pela adoção. Havemos de adotar muitas coisas da constituição portuguesa, não porque seja dela, mas porque são intrinsecamente boas, quero dizer, quando forem fundadas no direito natural, público e das gentes, bem como já na lei de 18 de agosto de 1769 se tinha determinado, dizendo-se que nas matérias de comércio e econômico-políticas se seguissem as leis das nações civilizadas, porque eram fundadas sobre princípios gerais de justiça e utilidade. (...) Quem lhe dá autoridade [às leis] é esta Assembleia: a verdadeira hipótese é marcada na emenda [de Antônio Carlos] que dirigiu os trabalhos da Comissão".*[49]

Foi assim se esboçando e consolidando entre os deputados a convicção da urgência de uma orientação geral para o conjunto da legislação admitida, afinal concretizada no decreto de 20 de outubro.

Não admira que fossem os desembargadores-deputados alguns dos constituintes que se distinguiram nos debates, pois conheciam do cotidiano dos tribunais a necessidade de segurança da orientação jurídica para a fixação das sentenças e acórdãos.

Outra matéria enfrentada pela Assembleia, característica da transição Antigo Regime – Constitucionalismo, foi a da acumulação de funções. Essa era marca do sistema anterior, com diferentes funcionários acumulando funções diversas, inclusive como meio de aumentar os proventos.

O padre Vieira, sempre muito citado nas intervenções dos parlamentares, já invectivava os beneficiados pelas acumulações com sua contundência usual, mas o funcionalismo de modelo patrimonialista e prebendário predominou na vida institucional metropolitana e colonial. Chegado o novo regime constitucional e a consequente separação de poderes, tais questões afloraram com maior nitidez.

As posições surgiram quando da discussão de projeto, da autoria de Araújo Viana, futuro marquês de Sapucaí, proibindo aos deputados constituintes a acumulação de outras funções públicas.

Os desembargadores-deputados se dividiram na matéria. Carvalho e Melo manifestou-se contra, lembrando a superioridade das funções de legislador e a necessidade de dedicação exclusiva à função. Não obstante, ele próprio, quando no tribunal da Relação do Rio de Janeiro, acumulara ambas as ouvidorias, a do Cível e a do Crime, com três juizados – dos Degredados, das Despesas e das Justificações da Índia e Mina e mais a intendência de polícia da cidade[50], sendo mais tarde desembargador do Paço e da Consciência e Ordens[51]. Silva Lisboa, que também ocupava vários cargos, ponderou pela acumulação, desde que houvesse compatibilidade de horários.[52]

49 Idem, vol. III, p. 104.

50 Almanaque histórico da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro 1799, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 267, abr.-jun. 1965, p. 130, 134 e 135.

51 Almanaque do Rio de Janeiro para o ano de 1811, in *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, vol. 282, jan-mar 1969, p. 165.

52 José Honório Rodrigues, op cit, p. 73.

A propósito da nomeação do constituinte Ribeiro de Resende para a intendência de polícia da Corte, em julho de 1823, o desembargador Almeida e Albuquerque invocou a boa razão e os "princípios adotados por outras nações civilizadas, e regime constitucional", entendendo que não haveria incompatibilidade entre a função legislativa e a ocupação de um ministério – posição que também era de Antônio Carlos, e que beneficiava José Bonifácio, então no governo. Mas em se tratando da Intendência de Polícia, Almeida e Albuquerque considerou pragmaticamente que se tratava de um cargo no segundo escalão do governo e que, ademais o intendente era "sempre muito impopular", optando que saísse da Assembleia.[53]

Sobre o mesmo assunto seu colega de Suplicação Rodrigues de Carvalho teve entendimento oposto, não vendo incompatibilidade entre as duas funções.[54]

Quando da discussão do artigo 3° do regimento o tema da sanção imperial foi trazido à baila: os decretos legislativos antes da promulgação da Constituição seriam baixados pela Assembleia, ou demandariam a sanção imperial? A questão envolvia não apenas o procedimento legislativo, mas uma dimensão política maior, como já ocorrera em outras assembleias, definindo na prática os limites dos poderes legislativo e executivo. Embora ainda se referisse ao regimento da assembleia e não à futura constituição, a polêmica foi ilustrativa da posição posterior da comissão encarregada do anteprojeto, num tema sabidamente delicado que trouxera muito dissenso em outras assembleias, como a francesa de 1790 e a espanhola de que resultou a Constituição de 1812.

As opiniões se dividiram entre a necessidade e a desnecessidade da sanção imperial, inclusive entre os desembargadores-deputados. Rodrigues de Carvalho defendeu que a Constituição como um todo não precisava ser sancionada pelo Imperador, apenas aceita. Já em caso de leis não constitucionais e no momento pré-constitucional que viviam, haveria esta necessidade. Com uma extensa justificativa político-institucional, sustentou que a sanção seria uma "barreira à arbitrariedade e ao despotismo".[55] Referia-se ao eventual arbítrio e despotismo da própria assembleia. Da mesma opinião foi Aguiar de Andrada, para quem a Assembleia deveria "marchar sempre de acordo com o Imperador", pois havia uma extensa série de leis a promulgar para realizar as reformas que a Constituição supunha.[56]

Almeida e Albuquerque teve entendimento diverso, aparentemente mais liberal. Afirmou que a sanção a decreto da Assembleia era um ato de soberania, como constava na Constituição francesa, devendo ser observada a existência de uma dignidade eminente, na pessoa do chefe da nação.[57] Entretanto - fundamentava-se em Mirabeau, citado em sentido inverso por outro orador - "só depois de feita a Constituição é que o poder de sancionar as leis podia pertencer ao Rei". E arrematava o raciocínio:

> *"Se se tivesse dado toda a atenção ao que muitas vezes aqui se tem dito que nós pelo nosso juramento nos ligamos a fazer a Constituição e as reformas indispensáveis; estava entendido que o artigo não fala das leis regulamentares, pois não é destas que nos devemos ocupar, e sim das matérias propriamente constitucionais; e nestas eu não sei como imaginar outra sanção que não seja a da vontade geral da Nação enunciada pela Assembleia Constituinte."*[58]

53 *Diário*..., vol. I p. 428.

54 Idem, vol. I, p. 428-429.

55 Idem, vol. I, p. 303.

56 Idem, vol. I, p. 309.

57 Idem, vol. I, p. 295.

58 Idem, vol. I, p. 307.

Outro aspecto significativo do ponto de vista da transição institucional e jurídica do Antigo Regime para o mundo constitucional foi a motivação ou não motivação das leis em seu texto. Discutiu-se assim a necessidade dos preâmbulos.

As leis do Antigo Regime usualmente continham preâmbulos com extensos considerandos, que as justificavam. Num contexto institucional no qual as normas eram elaboradas pelo governo real, sendo produzidas nas esferas administrativas das secretarias de Estado ou dos conselhos para aplicação por essas mesmas instâncias, precisavam ter certo sentido pedagógico para que sua intenção ficasse clara para todos os súditos – inclusive aqueles, como os magistrados, que eventualmente fossem aplica-las a contenciosos.

Saídos dessa realidade, os constituintes nas diferentes assembleias europeias e americanas fizeram-se a indagação sobre se tais preâmbulos deveriam ser mantidos.

O assunto foi tratado na Assembleia Constituinte na sessão de 14 de junho, quando se discutiu o artigo 49 do regimento. A questão colocada era se as leis deveriam ter um preâmbulo geral, por artigo ou nenhum.

Falaram poucos parlamentares: Paula e Melo, Ferreira França, Carneiro de Campos (futuro marquês de Caravelas), Almeida e Albuquerque e Aguiar de Andrada, os dois últimos da Suplicação. O embate ficou entre Carneiro de Campos e Almeida e Albuquerque, com o primeiro defendendo algum tipo de preâmbulo explicativo da legislação, e o segundo, manifestando-se contra. Segundo Almeida e Albuquerque, as leis deveriam iniciar-se pela parte imperativa. O preâmbulo da lei, "em nações livres" era ocioso, pois as deliberações que as produziam eram públicas. Nos "governos despóticos", aduzia, os fins da legislação "não são sempre os que vão enunciados nas leis", o que obrigava tanto aos magistrados ("enquanto não se desenganaram deste maquiavelismo do governo") como os particulares a tentar encontrar o "espírito das leis" – e quando o acham "vêm os tribunais superiores recusando suas razões".[59]

Já as leis elaboradas à luz do dia, em sessões públicas e com a publicação dos debates, seriam um precioso elemento para o próprio aperfeiçoamento da justiça. Se alguma dúvida pairasse sobre o sentido desejado pelo legislador, "ele tem nos Diários da Assembleia donde possa tirar todo equívoco, que descubra na Inteligência da lei. "[60]

O artigo foi aprovado como proposto por Almeida e Albuquerque, de modo que não houvesse preâmbulos.

Quanto à intervenção de Aguiar de Andrada, que secretariava a sessão, limitou-se a exigir que as propostas dos deputados, tão logo enunciada, fossem encaminhadas à mesa, para facilidade dos trabalhos e do registro.

## O projeto constitucional – convergências e divergências

Na elaboração do projeto constitucional da Assembleia de 1823 os bacharéis em direito naturalmente se destacaram, e entre eles os magistrados como os da Casa da Suplicação.

59 Idem, vol. I, p. 214.

60 Ibidem.

Podemos analisar sua participação a partir da estrutura do projeto, considerando os direitos, liberdades e garantias e a organização do Estado, destacando em item à parte as referências à organização econômica.

A prioridade formal para os direitos e garantias acompanhava a tradição iniciada na Revolução Americana e na Revolução Francesa, cujas declarações de direitos antecedem o texto constitucional. Assim, o projeto elaborado pela Constituinte, que ficou conhecido pelo nome de seu relator, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva, após mencionar num breve título primeiro o território do País, passava a definir no título segundo o "Império do Brasil", caracterizando os membros da sociedade brasileira, seus direitos individuais (título II, capítulo II), seus direitos políticos (título II, capítulo III) e os respectivos deveres (título II, capítulo III).

Quando da discussão dos direitos individuais,[61] o clima da Assembleia era de entusiasmo pela liberdade e condenação ao despotismo, embora sem concessões ao jacobinismo. Na discussão dos primeiros artigos do projeto que se referiam ao tema dos direitos individuais, os desembargadores-deputados participaram dos debates sobre os limites da cidadania, devido à existência dos escravos, a aquisição e perda da cidadania, a extensão da liberdade religiosa, aos direitos do cidadão no âmbito penal, a liberdade de emigrar e à do exercício profissional.

Sobre essas questões os parlamentares que eram desembargadores, de posição mais incisiva foram Silva Lisboa, Carvalho e Melo, Almeida e Albuquerque e Francisco Carneiro de Campos.

Na definição dos direitos individuais do cidadão surgiu o problema da delimitação da cidadania. No exercício da liberdade, quais dos habitantes do país a gozavam mais plenamente, na condição de cidadãos? Logo apareceu um tema espinhoso, a delicada questão sobre se o ex-escravo liberto se tornava automaticamente cidadão, uma vez recebida a liberdade. No projeto da Comissão previa-se a cidadania "aos escravos que obtiverem carta de alforria" (art. 5, inc. VI).

Delinearam-se nos debates duas correntes na Assembleia.

O desembargador Almeida e Albuquerque defendeu que o escravo, uma vez liberto, não se tornava ipso facto cidadão, pois uma das pré-condições da cidadania era a adoção da religião católica. Como no caso das naturalizações o texto estava se encaminhando para tal exigência, dizia, não fazia sentido que os escravos, sobretudo os recém-chegados da África, "pagãos e idólatras", entrassem pela nova condição no gozo inclusive dos direitos políticos.[62]

Já Silva Lisboa na mesma sessão defendeu o ponto de vista oposto, em nome da "causa liberal" e do humanismo, citando Terêncio ("Homo sum..."), afirmando que merecia ser cidadão brasileiro não apenas o escravo possuidor da carta de alforria como aquele que "adquiriu a liberdade por qualquer título legítimo", por determinação judicial ou força de lei, lembrando ainda que pela convenção assinada com a Inglaterra aqueles introduzidos ilicitamente ficavam livres depois de um tempo de tutela sob orientação da Comissão Mista que administrava o assunto.[63]

61 O tema, para o conjunto da assembleia, foi apresentado em Rodrigues, J. H. (1974) op cit, p. 108-112. Aqui consideraremos apenas a participação dos desembargadores-deputados.

62 *Diário*..., vol. III, p. 134.

63 Ibidem.

O tom geral da Assembleia sobre o problema foi dado de um lado por João Severiano Maciel da Costa, sempre muito conservador, contrário à extensão da cidadania ao liberto e de outro por Antônio Carlos, a favor da medida.

O arrazoado de Silva Lisboa, misto de liberalismo, catolicismo e entendimento do direito comum, a favor da extensão da cidadania ao liberto e sua discordância em relação a Maciel da Costa e outros políticos mais conservadores demonstra como algumas interpretações excessivamente esquemáticas de sua atuação, apresentando-o simplesmente como ultraconservador ou mesmo reacionário, não dão conta da complexidade dos fatos.

A discussão encerrou-se com a aprovação da emenda de Silva Lisboa. Ela dizia simplesmente que seriam cidadãos "os libertos que adquiriram sua liberdade por qualquer título legítimo".[64] Maciel da Costa ainda tentou apresentar outra emenda restritiva, que determinava serem cidadãos "os libertos nascidos no Brasil e os que, não tendo nascido no Brasil, casarem com brasileira e exercitarem algum gênero de indústria"[65], mas foi rejeitada.

Na questão dos filhos de pais que perderam a nacionalidade brasileira, Almeida e Albuquerque foi o único desembargador-deputado a observar que só precisariam de naturalização aqueles nascidos após a perda da condição pelo pai. Os anteriormente nascidos não poderiam perder a cidadania já alcançada pelo nascimento.[66]

Na discussão do art. 7, uma questão que poderia ser considerada à primeira vista apenas formal na realidade encobria outra mais substantiva. Sugeria-se no projeto a enumeração dos direitos individuais e o deputado Ferreira França, alegando que o texto constitucional não era obra didática, ponderou ser desnecessária.[67] Silva Lisboa propôs que a discussão fosse adiada para quando se apreciasse o art. 14, que tratava da liberdade religiosa no Império.185 Seu colega do tribunal, Aguiar de Andrada, pronunciou-se contra, argumentando que tendo sido o princípio geral do art. 7 já aprovado, "nada há tão natural como continuar-se na enumeração dos direitos individuais, que a Constituição garante a todos os brasileiros".[68]

Como o §8 do art. 5 também já aprovado considerava cidadãos brasileiros os estrangeiros naturalizados, qualquer que fosse sua religião, entendia ser necessário incluir os demais direitos, deixando para o art. 14 a definição da limitação da liberdade religiosa.

Na sessão de 8 de outubro Silva Lisboa, não conseguindo passar para o art. 14 a enumeração de limites da liberdade religiosa, explicitou ainda mais sua posição e propôs a supressão do parágrafo. Para ele, colocado na Constituição sem imediata definição, haveria o risco de permitir que a população desertasse da religião, para "professarem seitas e heresias de países estrangeiros". A liberdade religiosa seria sinônimo de "liberdade de perjúrio e liberdade de apostasia".[69]

Silva Lisboa posicionava-se assim não apenas como católico praticante, que afirmava a supremacia de sua fé em relação às demais religiões, sendo por isso contra "igualar coisas

64 Idem, vol. III, p. 136.

65 Idem, vol. III, p. 137.

66 Idem, vol. III, p. 164.

67 Idem, vol. III, p. 184.

68 Idem, vol. III, p. 185.

69 Idem, vol. III, p. 192-193.

desiguais", mas como um defensor da aliança tradicional – neste ponto inteiramente Antigo Regime – do trono e do altar.

Definiam-se dessa forma também duas posições em relação à matéria, a mais restritiva, de Silva Lisboa, buscando desde logo precisar os limites da prática religiosa acatólica e outra mais aberta – como defendido por José Joaquim Carneiro de Campo, irmão do desembargador-deputado Francisco Carneiro de Campos – contrária à restrição, por discordar, como disse, do receio de apostasia.[70] (III196)

A discussão dos artigos 9, 10 e 11 era cara aos novos tempos liberais, pois proibia a prisão sem culpa formada, exceto nos casos previstos em lei e definia a possibilidade de pagamento de fiança e a necessidade de sentença judicial, excetuado no caso de flagrante delito. Nos debates a figura dominante do magistrado-parlamentar foi Carvalho e Melo.

Para ele, o princípio fundamental em matéria de direitos individuais era o da liberdade, já que "é esta a primeira vantagem que o homem procura em sociedade". (III244). Este direito estender-se-ia, naturalmente, inclusive ao réu e todo o processo deveria ser regulado o mais rapidamente possível, fosse por meio de um código criminal, fosse por lei regulamentar, se aquele demorasse a ser elaborado. (ib) A ordem judicial por escrito, para ele, era "a certeza de que contra o cidadão houve processo informatório, no qual foi declarado réu, ou é arguido de delitos, pelos quais a lei permite que possa ser preso sem culpa formada". Por outro lado, tratava-se de uma garantia de liberdade pessoal, "porque evita arbítrios e despotismos dos juízes, e firma mais a cada cidadão na posse dos direitos pessoais. "

O art. 12 permitia ao brasileiro ficar ou sair do país, desde que satisfizesse aos regulamentos policiais, vedando a estes procrastinar sua decisão. Tema caro a filósofos e publicistas sobretudo no Iluminismo, ensejou intervenções de Carvalho e Melo, Francisco Carneiro de Campos e Silva Lisboa. Para o futuro visconde da Cachoeira, a versão antiga da questão, admitindo a ideia de um pacto entre súdito e soberano, tornava o deslocamento uma concessão do soberano, ao passo que modernamente era uma decorrência do direito de ir e vir e, portanto, não dependente de autorização. Já Francisco Carneiro de Campos e Silva Lisboa entendiam o pacto social como sinalagmático, logo com obrigações mútuas, o que impedia uma decisão unilateral para sua ruptura, no caso a retirada do país. Ambos concordavam, porém que houvesse restrições em situações críticas para o país e que a faculdade de se retirar não abrigasse criminosos.

A liberdade de atividade econômica, já legalmente existente desde 1808, quando do alvará que liberou as indústrias, foi reafirmada com a extinção das corporações de ofícios, prevista no art. 17 do projeto. A matéria não suscitou maiores controvérsias e apenas Silva Lisboa dela discordou. Embora reafirmando o credo liberal e por isso a oposição aos monopólios, ponderou que seria melhor deixar para a legislação complementar o assunto, de modo a mais tarde compatibilizar os princípios liberais com a existência concreta das corporações. Lembrando que elas não tinham no Brasil o caráter rígido de Portugal, assinalava seu papel na formação dos quadros profissionais de que o país carecia. Aboli-las de chofre seria criar um vazio difícil de preencher.

70 Idem, vol. III, p. 196.

Justificava-se em nome do pragmatismo, dizendo que não acreditava em "vagos direitos individuais no estado civil, mas sim em práticos direitos sociais, em que se fazem necessárias as restrições da liberdade natural pelos interesses do bem público".[71]

A despeito de sua argumentação, foi vencido e a matéria, mantida no projeto.

A organização do Estado não aparece claramente delineada nas discussões da Assembleia Constituinte, uma vez que o exame do projeto se estendeu apenas até o art. 24. Entretanto, à luz das manifestações anteriores, pode ser pelo menos esboçada, inclusive no que diz respeito aos desembargadores-deputados.

O título I referia-se ao "território do Império do Brasil" e o art. 1 definia-o como "uno e indivisível", se estendendo da "foz do Iguaçu até os 34,5 graus sul".

Na discussão do art. 1, que mencionava os limites do Império, Carvalho e Melo ponderou pela supressão da referência aos pontos extremos do país, por ainda serem incertos e acrescentou que a seu juízo "só era própria dela [a Constituição] declarar e estabelecer os direitos políticos dos cidadãos". Defendia, entretanto a afirmação da indivisibilidade do país, não admitindo de qualquer brecha para eventual desmembramento, lembrando que na França o tema fora discutido no contexto da questão federativa. E antecipou posição que logo depois desenvolveria: a afirmação de indivisibilidade do Brasil não contradizia a parte do projeto que mencionava províncias e distritos, uma vez esta declaração dizia respeito à estrutura administrativa do País e não à sua organização política.[72]

No mesmo dia, 17 de setembro, já no âmbito do art. 2°, que mencionava as províncias, os arquipélagos e usava a expressão "por federação" a propósito do Estado Cisplatino, o deputado Ferreira França, propôs emenda para que a Constituição definisse que o Brasil "compreende confederalmente as províncias..."[73]

O deputado baiano tocou, provavelmente de modo involuntário, por suas intervenções posteriores, um nervo exposto do debate político.

Carvalho e Melo, dos mais antigos magistrados, desembargador da Relação do Rio de Janeiro desde 1794, referindo-se à emenda de Ferreira França, disse logo em intervenção seguinte:

> *Com que maravilha... vejo naquela emenda sustentar-se uma doutrina que pode trazer sobre nós males imensos! (apoiado) Só a inconsideração a podia ditar. (...) Federação, dizem os escritores políticos, é a união de associações e estados independentes, que se reúnem pelos laços de uma Constituição geral. (...) Que quer dizer um Império indivisível? Não existe já uma monarquia constitucional pelos próprios povos proclamada? O que é uma monarquia? É um todo composto de todas as partes dirigidas ao fim único da prosperidade geral erguida sobre a base de uma Constituição, que se compões de Leis Fundamentais, unidas com as regulamentares, estabelecidas com o mesmo fim. Se os povos já manifestaram a sua vontade, como, como havemos de ir contra ela? Como havemos de fazer uma nova forma de governo, se já está decretada pela unânime voz da nação a monárquico-constitucional? "*[74]

71 Idem, vol. III, p. 337.

72 Idem, vol. III, p. 31.

73 Idem, vol. III, p. 34.

74 Idem, vol. III, p. 35.

A unidade nacional nessa lógica pressupunha de antemão o modelo unitário e era assim indissoluvelmente ligada à monarquia constitucional, por força "da vontade dos Povos", de modo que "nós não estamos autorizados para deliberar sobre a melhor forma de governo que convém ao Brasil".[75]

O deputado Carneiro da Cunha objetou a Carvalho e Melo que a indivisibilidade definida no artigo anterior era garantia suficiente de que a ideia de federação não ameaçava a integridade do Império[76] e o deputado José Martiniano de Alencar ponderou que se o Maranhão e o Pará, que ainda não haviam aderido à independência, quisessem fazê-lo sob a forma federativa, as províncias restantes não teriam força, "e nem direito", a decidir em contrário.

No mesmo diapasão foi Montezuma, insinuando que o "deputado ancião" Carvalho e Melo não tivera a "moderação e a circunspecção" da velhice e investira "enfurecido" contra Ferreira França, para então aduzir seus argumentos de que uma federação ou mesmo confederação não seria sinônimo de desagregação.

Outro deputado, o Padre Venâncio Henriques de Resende, trouxe o exemplo do Império alemão, para concluir que uma confederação de províncias não afetaria o princípio da indivisibilidade do Brasil. Conformava-se, abandonando suas antigas convicções republicanas e federalistas de 1817, ao fato de que "a nação tem solenemente adotado uma monarquia constitucional sem federação".[77]

Em socorro do antigo desembargador da Relação e da Suplicação foi a fala de seu colega José da Silva Lisboa. Embora ressaltando a amizade que o ligava a Ferreira França, observou que

> *"...Federação... significa pacto e aliança com inimigos ou amigos independentes, para paz, ou guerra. (...). Nestes tempos de mudança de governo, cada um dos ambiciosos afetando de igualdade... só aspira a ser o Principal de sua província e por isso dá falsas esperanças de liberdade e fortuna ao vulgo crédulo. Como não é de admiração que o sr. França, depois desse votar nesta Augusta Assembleia o recebimento do primeiro artigo da Constituição, que declara o Império do Brasil uno e indivisível, tendo tão exata lógica, deduzisse uma conclusão que invalida tal declaração, propondo, não a União absoluta (que aliás é desnecessária e subentendida) de todas as partes do território do Brasil, mas a União Federal das Províncias do mesmo Brasil...? "*[78]

A discussão do artigo continuou no dia seguinte, 18 de setembro, com Carvalho e Melo reafirmando que com a adoção do federalismo pela constituição "desapareceria a solidez e força desta monarquia constitucional". Como o pacto social já estava celebrado com a nação e o imperador, somente poderia ser revogado por "fatos legais ou por meio de insurreição". Se os primeiros não existiam e da segunda não se devia cogitar por temor à anarquia, restava o princípio de que o governo representativo monárquico-constitucional "por sua natureza repele a do governo federativo".[79]

75 Ibidem.

76 Idem, vol. III, p. 36.

77 Idem, vol. III, p. 36-38.

78 Idem, vol. III, p. 39. Evaldo Cabral de Melo, A outra independência. O federalismo pernambucano de 1817 a 1824. São Paulo, Ediora 34, 2004, p. 111

79 Idem, vol. III, p. 46-47.

A excessiva liberdade em detrimento da ordem e da segurança, afirmava, ameaçaria a estabilidade do país.

Outro desembargador, Rodrigues de Carvalho, apoiou a posição de Carvalho e Melo, refutando o emprego da palavra "federação" fosse em sentido político ou administrativo – no caso das províncias e distritos. No primeiro caso, por ser "contraditória ao nosso atual sistema"; no segundo, por dar margem a equívocos.[80]

A pá de cal no assunto foi dada por Silva Lisboa, que falou novamente para concluir ser inviável admitir que "cada província, cidade, vila ou aldeia" tivesse a faculdade de "quebrar a união aclamada", pedindo a rejeição da emenda de Ferreira França, o que logo ocorreu.

Coube assim a três desembargadores da Casa da Suplicação, dois dos quais em atividade, liderar a rejeição a qualquer tipo de concessão federativa no momento da elaboração da constituição, contra as posições mais liberais representadas por França, Alencar, Montezuma, Resende ou Vergueiro e próximas à opinião do Imperador e de seus ministros.

Outros magistrados, embora sem se manifestar na matéria, tinham a mesma posição de condenar o federalismo, como os pernambucanos Almeida e Albuquerque e Bernardo José da Gama. Ambos próximos ao Imperador. O primeiro redigiu a representação dos pernambucanos residentes no Rio de Janeiro apoiando o "Fico"[81]. Gama publicou duas memórias em 1822 e 1823, defendendo a posição unionista contra o federalismo e afirmava em Pernambuco uma liderança monárquico-constitucional, simultaneamente anti-república, anti-federalista e anti--absolutista.[82]

Essa perspectiva embasou toda a tradição anti-federalista do Império e ainda encontramos o argumento da fragmentação na década de 1880, defendido pelo barão do Rio Branco a propósito dos projetos de federação.

Outra matéria de natureza constitucional a revelar diferentes posições na Assembleia e entre os desembargadores-deputados foi a definição do sistema judicial como instituição de "juízes e jurados". A sua discussão permite ainda identificar outra questão subjacente, a imagem que tinha a magistratura para os próprios magistrados que eram parlamentares.

A introdução do sistema de jurados, importação de origem anglo-saxônica da *common law*, foi claramente percebida como um enxerto estrangeiro na velha ordem jurídica ibérica. Na Constituinte fez-se sob o duplo influxo da matriz britânica e da sua recepção pelo constitucionalismo francês. Embora revolucionária, a inovação passou batida sem despertar a atenção de nenhum orador, quando se discutiu o art. 7°, § 2. E isto se deu por tratar-se de um consenso a sua introdução no Brasil, "uma das antífonas do dia", como o definiu Silva Lisboa em discurso de 21 de outubro de 1823, menos pelos seus méritos intrínsecos do que pela adoção "do sistema de governo misto, por imitação da Inglaterra", segundo o mesmo orador.[83]

O assunto entrou em pauta quando se discutiu o art. 13 do projeto, que previa a introdução dos jurados apenas no juízo criminal.

80 Idem, vol. III, p. 50-51.

81 Manuel de Oliveira Lima. O movimento da independência (1821-1822), São Paulo, EDUSP, 1989, p. 199

82 Evaldo Cabral de Melo, op. It., p. 84, 131 e 133.

83 Idem, vol. III, p. 274.

Os desembargadores dividiram-se entre os que apoiaram a proposta de haver apenas júri criminal, como Carvalho e Melo e Costa Aguiar de Andrada ou em ambos os juízos, como Manuel Antônio Galvão e Francisco Carneiro de Campos. Nenhum magistrado acompanhou a posição de José Joaquim Carneiro de Campos, que defendia sua introdução para o momento apenas no cível, considerando a arbitrariedade da legislação penal ainda vigente.

Tanto Carvalho e Melo quanto Aguiar de Andrada entenderam que sendo o sistema de jurados um dos pilares do constitucionalismo, pelo que representava de participação dos cidadãos na aplicação da justiça e n o exercício do direito de o membro da comunidade nacional ser julgado por seus concidadãos, deveria ser introduzido no país. Reconheciam, entretanto as dificuldades práticas para sua adoção simultaneamente nos dois juízos, de modo que defendiam o juízo criminal como uma primeira etapa, à qual se seguiria a promulgação de códigos modernos e só então se passaria aos jurados do cível.[84]

Já Manuel Antônio Galvão e Francisco Carneiro de Campos, tendo em conta a relevância da existência dos jurados para o sistema constitucional, entenderam que se justificaria a adoção simultânea. O segundo, no decorrer da discussão, chegou a propor uma emenda tornando facultativa à parte, mesmo sem a aquiescência adversa, solicitar o juízo por jurados.[85]

Silva Lisboa introduziu mais uma vez o argumento pragmático, afirmando que sem bons códigos criminais e civis a introdução dos jurados era temerária e acrescenta outro, caro aos liberais e frequentemente invocado: enquanto não houver suficiente educação popular e um nível maior de moralidade pública, será inviável sua adoção sem distorções no país. Propõe então que o detalhamento da matéria não seja constitucional, mas posteriormente regulamentado em lei.

A decisão da Assembleia foi pela adoção do sistema de jurados apenas no foro criminal, com o único voto contrário de Silva Lisboa e com 16 parlamentares votando por sua adoção também no cível.

A questão da composição da justiça em juízes e jurados abriu a discussão de um aspecto subjacente, mas muito presente na imprensa da época, bem como entre cronistas e visitantes estrangeiros, o dos problemas da justiça no Brasil e em particular os defeitos da magistratura.

> O assunto foi trazido à Assembleia logo no início da discussão do art. 13 pelo jovem deputado Manuel Antônio Galvão, representante da Bahia e que recentemente, em 1819, havia feito sua "leitura de bacharel", credenciando-se a ingressar na magistratura. Foi Juiz de Fora e Ouvidor, ingressando na Casa da Suplicação já no seu momento final, em 1830.

A defesa de ambos os juízos por jurados, em seu entender era modo de se evitar os defeitos claros da magistratura oficial. Frisando que se referia aos "velhos magistrados", elencava seus defeitos como sendo a ignorância da legislação, a ignorância de questões agrárias ("no interior das províncias o maior número de litígios versa sobre limites de terras e outras questões propriamente rurais"), a prepotência, a corrupção e o favoritismo.

84 Idem, vol. III, p. 280ss. O tema foi estudado, em particular sob os ângulos do exclusivismo da educação coimbrã e do corporativismo profissional, em Thomas Flory, *El juez de paz y al jurado em el Brasil imperial*. México, FCE, 1986, p. 63

85 Idem, vol. III, p. 273.

*Desgraçado daquele que não tem dinheiro para fazer valer o seu direito, dizia da tribuna, dando o próprio exemplo no início de sua atuação como juiz de fora em Goiás.*[86]

Ecoava na Assembleia Constituinte a reação à magistratura do Antigo Regime, que ocorria também em outros países em graus variáveis, como na França. Apontava-se o autoritarismo, a venalidade, a arrogância dos juízes. No mundo luso-brasileiro acrescentou-se a crítica à ignorância enfatuada, feita por nacionais e estrangeiros, como lembrou Oliveira Lima a propósito da "Corte beata e intrigante" de D. Maria I. Tais críticas, para o historiador pernambucano, anteciparam a composição caricatural do Conselheiro Acácio[87].

Galvão foi apoiado por Vergueiro, que não era magistrado mas teve sua crítica à magistratura relativizada por três "velhos magistrados". Carvalho e Melo discordou da generalização, dizendo que era necessário apenas punir os delinquentes. Silva Lisboa repisou o argumento, lembrando que a generalização desacredita a justiça como um todo. Aguiar de Andrada utilizou o mesmo arrazoado, protestando contra a injustiça em relação a bons juízes e lembrando que havia funcionários corrompidos em todas os setores públicos.[88]

Nuances que afinal deixavam claro que ambos os lados tinham razão nos respectivos diagnósticos. Tanto se encontravam exemplos de atuação despótica e corrompida quanto de probidade e "limpeza de mãos". A questão estava não na natureza da magistratura, mas no grau de seu comprometimento com as tarefas que lhe cabiam. Ao historiador não é possível ir muito além dessa constatação algo tautológica, pois não há por ora dados que permitam aferir estatisticamente qual a tendência dominante. Uma análise quantitativa dos juízos de residência dessas autoridades – fonte por si só não inteiramente confiável, já que as "residências" eram feitas também por magistrados – talvez fizesse avançar o conhecimento nesse aspecto.

Nas matérias de natureza econômica, tanto em seu aspecto constituinte quanto legislativo, havia consenso quanto à necessidade de desmontar os resquícios e as práticas coloniais. O caminho a seguir, no que respeita aos desembargadores-deputados que se manifestaram sobre tais assuntos – e foram poucos - variou basicamente entre duas posições, a de um *laissez faire* mais forte e a que, aceitando as premissas do liberalismo econômico, admitia certo grau de ação estatal, vale dizer, de protecionismo.

As duas posições – certamente é prematuro chamá-las já correntes de opinião - concordavam, porém com a necessidade de abolir os resquícios da economia do Antigo Regime e em especial da política mercantilista. Foi o que ocorreu com o apoio dado pelo desembargador-deputado Carvalho e Melo à proposta de Miguel Calmon, ambos baianos, para a extinção das Mesas de Inspeção do açúcar, do tabaco e do algodão, que controlavam a exportação desses produtos e constituíam o principal pilar do controle estatal sobre a produção e exportação desses produtos, de elevada presença no comércio externo.

Em seu discurso, Carvalho e Melo lembrou que as mesas de inspeção foram introduzidas pelo marquês de Pombal, aplicando a Portugal as ideias de Colbert em matéria de protecio-

86 Idem, vol. III, p. 274.O tema foi estudado, em particular sob os ângulos do exclusivismo da educação coimbrã e do corporativismo profissional, em Thomas Flory, *El juiz de paz y el jurado em el Brasil imperial*. México, FCE, 1986, p. 63

87 Manuel de Oliveira Lima. *Pernambuco sem desenvolvimento histórico*. Recife, Massangana, 1997, p. 234

88 Idem, vol. III, p. 294-306.

nismo. Tais concepções foram posteriormente substituídas pela convicção "que na amplíssima liberdade de comércio em particular e em geral consiste o verdadeiro interesse público".[89] Por esse motivo propunha a extinção das Mesas e sua substituição por outra política.

A mesma posição foi adotada por Silva Lisboa, com a autoridade adicional de ter sido membro da mesa de inspeção do açúcar e tabaco da Bahia.

Outro consenso em relação à economia do Antigo Regime foi a abolição das corporações, que teve um reparo apenas lateral nas observações de Silva Lisboa sobre a continuidade da formação profissional.

As opiniões favoráveis ao *laissez faire* ou a certo grau de ação estatal geralmente se polarizavam quando das discussões sobre o protecionismo e o livre-cambismo. Foi o que sucedeu com o projeto do deputado Martim Francisco de Andrada para a proteção às metalúrgicas existentes ou por existir, apresentado em 5 de setembro de 1823. O projeto previa a isenção por dez anos de direitos de importação e exportação para os estabelecimentos.

Carvalho e Melo manifestou-se a favor da proposta, por entender que as fábricas nascentes precisavam de apoio para subsistir frente à concorrência dos sucedâneos importados. Não se tratava, dizia, de criar fábricas estatais, como tinha sido a prática pombalina, mas de instituir mecanismos de proteção, que não prejudicariam a agricultura.

Seu opositor na matéria, Carneiro de Campos fez um discurso fortemente livre-cambista, defendendo a primazia absoluta da agricultura, para ele a produção por excelência do Brasil.

Submetido a duas votações, o projeto foi aprovado pela Assembleia.

A Assembleia seguiu a mesma orientação no caso específico da fábrica já instalada de Ipanema, que demandava idêntica isenção tributária e mais uma vez coube a Carvalho e Melo a defesa dessa política.[90]

*

* *

Pelo desempenho demonstrado na assembleia constituinte, parece claro que os desembargadores da Casa da Suplicação do Brasil, a despeito de pertencerem a uma instituição fadada à extinção pela nova ordem constitucional, tiveram papel não só preeminente como superior ao que vinham desempenhando até então na cúpula do Estado português e no Reino Unido. Isso até certo ponto constitui um paradoxo, especialmente se considerarmos que em outros locais onde ocorreram processos de ruptura com o passado imediato, os juízes do Antigo Regime foram tratados de modo profundamente hostil e excludente. Não obstante a existência de críticas, inclusive na Constituinte, ao despotismo e corrupção dos magistrados, pelo menos os da Suplicação gozaram de um status privilegiado na organização inicial do Estado brasileiro.

Certamente seu posicionamento doutrinário foi fundamental para que isso ocorresse, como de fato se deu, logo após a independência e ao longo do Primeiro Reinado.

Assim, as atitudes que tiveram e as concepções que defenderam no processo político-institucional e jurídico da Assembleia Constituinte e Legislativa tornaram-se relevantes para a institucionalização do Estado liberal-constitucional.

89 Idem, vol. II, p. 583.

90 *Actas..., vol. IV, p. 113-115. A análise dessa posição foi feita por José Honório Rodrigues, op cit, p. 168.*

Muito se falou e por muito tempo, sobretudo criticamente, do que seria o "desembargadorismo" dominante no país. Ao tratar a história do ministério da Justiça, Calmon, P. (1972) faz coincidir o Primeiro Reinado com uma "fase dos desembargadores" na condução da pasta, crucial justamente para essa institucionalização[91]. O que se pode constatar é que, ampliado o foco, ver-se-á esta fase em toda a escala estatal, pois além do judiciário, eles aparecem destacadamente no executivo e no legislativo.[92]

O fenômeno começa a se evidenciar na Assembleia Constituinte e Legislativa. Ao contrário da representação às Cortes, que teve limitada representação de futuros membros da Suplicação (embora não de outros magistrados e bacharéis em direito), a Constituinte foi seu território, quantitativa e qualitativamente.

Se não participaram da assembleia de modo simplesmente corporativo, a análise de sua atuação permite identificar quais os valores e posições dominantes entre eles, distinguindo-se entre aquelas sobre as quais havia um efetivo consenso, de outras em que ocorriam variações.

Identificamos oito posições que podemos denominar *consensuais* e quatro posições que surgem com *matizes* intelectuais, ideológicas e pragmáticas.

Desde logo aparece em todos os magistrados que se manifestaram ao longo da Assembleia o alinhamento com a *monarquia temperada,* fórmula encontrada para sublinhar o caráter constitucional, equidistante do absolutismo e do republicanismo, liberal e não democrático do novo regime. O despotismo anterior é sistematicamente criticado e o arbítrio do monarca e sobretudo dos altos funcionários do Estado aparece não só como limitador das liberdades individuais, mas também como um entrave ao desenvolvimento das potencialidades do país, já que pressupunha favoritismos e compadrios ou, na expressão de um dos desembargadores da Constituinte, o "*afilhadismo*".

Tal situação se chocava com o liberalismo lido em Adam Smith, Filangieri e autores do Iluminismo francês, que pressupunha o individualismo como mola propulsora do progresso social e via o privilégio como seu principal óbice.

Parecia assim a estes adeptos da monarquia "constitucional" que esta seria, como disse Carneiro de Campos, o ponto de equilíbrio entre as duplas exigências da liberdade e da autoridade, ou uma "monarquia sem despotismo e uma liberdade sem anarquia[93]"

Não havia espaço político institucional nem ideológico para *corcundas* portugueses ou brasileiros pró-portugueses, defensores do Antigo Regime[94].

A pura doutrina, contudo, precisava ser concretizada de modo mais empírico. Dessa forma, ao alinhamento doutrinário à *monarquia temperada,* seguiu-se o alinhamento político à figura do Príncipe Regente e logo Imperador Pedro I, alicerçado pela proximidade pessoal nas lutas políticas da independência. Havia assim uma referência segura carregada de simbolismo tradicional e dinasticamente legitimada a garantir que o processo político seria *moderado*, sem admitir situações extremas como a fragmentação do país e firme o suficiente para enfrentar os riscos da guerra civil e da rebelião escrava. A aclamação do Imperador a 12 de outubro, dia de

91 Pedro Calmon, *História do Ministério da Justiça*, Brasília, DIN, 1972, p. 48.

92 José Murilo de Carvalho, op. Cit., p. 133-136

93 Christian Lynch, *Brésil de la monarchie à l´oligarchie construction de l'État, institutions et represéntation politique (1822-1930)*, Paris, L'Harmatan, 2011, p. 52-53

94 Lucia Bastos Pereira das Neves, *Corcundas e constitucionais. A cultura política da independência (1820-1822)*, Rio de Janeiro, Revan, 2003, p. 55.

seu aniversário, cumprindo antiga tradição de Portugal, a coroação e sagração a 1 de dezembro, evocando a Restauração da independência portuguesa liderada pela dinastia de Bragança em 1640 e a presença de traços napoleônicos e da coroação dos imperadores do Sacro Império nesta cerimônia, como destacou Oliveira Lima, sublinhavam o caráter conservador, mas também eclético da nova monarquia.[95] Ademais seu casamento com uma princesa Habsburg, oriunda do país que liderava a reação antirrevolucionária na Europa era garantia adicional dessa situação. Por outro lado, seu claro engajamento com o liberalismo moderado e o constitucionalismo, atitude que não era meramente retórica, compensavam qualquer leitura neoabsolutista que se procurasse fazer do novo regime.

Nos magistrados-parlamentares era consensual também a ruptura com a sociedade estamental e suas características percebidas como mais anacrônicas: os estatutos privilegiados do clero, nobreza e corporações, a desigualdade perante a lei, a discriminação no exercício das funções públicas, o reconhecimento do nascimento em lugar do mérito. Eram pessoas formadas no ambiente iluminista, embora sua atitude mental valorizasse a versão ibérica, católica do Iluminismo. Se não mais admitiam a intolerância pré-iluminista e o espírito inquisitorial – não há nenhum discurso sequer vagamente simpático ou compreensivo à Inquisição mesmo nas manifestações mais conservadoras da Constituinte - admitiam limites ao Iluminismo. Conheciam, em geral bem, Montesquieu, Condorcet, Burke, Gibbon, Filangieri ou Vattel, que aparecem em seus discursos citados com propriedade, mas não tinham nenhuma simpatia por Rousseau ou pelo jacobinismo. O território intelectual, tanto quanto o político, aparecia claramente delimitado.

Essa disposição intelectual e moral tornava explícita e sem maiores contradições a relação de direitos e garantias constitucionais que subscreviam: a liberdade, antes que tudo e como valor maior, a segurança, sinônimo de direito à vida, a propriedade, tida como sagrada embora submetida ao bem comum e a igualdade ante a lei. Tal enunciado não se chocava, na sua percepção, com o fato de que esses direitos e garantias precisavam ser introduzidos num país de tradição colonial e com larga população escrava, pois viam no próprio liberalismo que esposavam a definição de limites para a "cerebrina garantia de direitos do cidadão brasileiro"[96], expressão utilizada por Silva Lisboa às vésperas do fechamento da Constituinte e que quadrava bem com a *moderação* que defendiam.

Outro consenso era constituído pela noção de indivisibilidade do território. A questão, suscitada pelo estatuto diferenciado que se atribuía à província Cisplatina, envolvia outro problema muito mais delicado, o próprio sistema concebido para a organização política do país. Quando o deputado Antônio Ferreira França mencionou a possibilidade de vínculos federativos, a reação fulminante de Carvalho e Melo e Silva Lisboa, dois dos juristas mais experientes e mais identificados com as soluções *temperada* e *moderada* da monarquia constitucional acenaram com os riscos de fragmentação do Brasil, mormente no momento em que ainda havia o rescaldo dos conflitos que adiaram a adesão da Bahia, do Maranhão e do Pará à independência. Qualquer concessão a um estatuto federativo foi assim percebida como risco à integridade física do país e tal foi a posição vitoriosa na assembleia, em estreita sintonia com o ministério e o Imperador.

Também consensual foi a posição dos magistrados-parlamentares ante a necessidade prática da segurança jurídica, traduzida pela continuidade da maior parte da legislação portuguesa

95 Manuel de Oliveira Lima, *O movimento da independência (1821-1822)*, São Paulo, Edusp-Itatiaia, 1989, p. 315.

96 *Diário...,* vol. III, p. 337.

vigente no período colonial. Desde a regência de D. Pedro, em 1821, começaram a aparecer normas, sobretudo no âmbito penal, que desmontavam a face mais negativa do Antigo Regime, o do Livro V das Ordenações. O risco de enorme hiato jurídico provocado por uma extensa *vacatio legis* que deixasse o país à deriva do ponto de vista normativo naturalmente chocava a formação jurídica de tantos constituintes, fossem apenas bacharéis, ou magistrados. Os longos debates que se consubstanciaram tanto no projeto constitucional da assembleia, discutido até o art. 24, quanto na legislação de 20 de outubro de 1820, que definiu a vigência das normas portuguesas no Brasil, evidenciou a formação técnico-profissional dos magistrados-parlamentares. Eles acabaram por ter papel capital no projeto e nos decretos de 20 de outubro que deram o arcabouço legal do país independente, caracterizando a ruptura no âmbito do direito penal, a inovação no conjunto do direito público e a continuidade no âmbito do direito privado. Ficou para a Constituição elaborada pelo Conselho de Estado – de que aliás alguns participaram - o eixo estruturador do universo jurídico e para a legislação complementar e os códigos os ajustes e atualizações ditados pelo tempo.

Quanto à justiça, percebida especialmente sob a ótica do desempenho da magistratura, não se furtaram a discutir e mesmo apresentar as críticas aos juízes, como o fez Manuel Antonio Galvão, embora a tendência fosse contemporizá-las, lembrando a necessidade de distinguir entre bons e maus profissionais. Despóticos uns, justos outros, corruptos ou com "limpeza de mãos", a questão estava, para os magistrados da Suplicação, muito mais na boa gestão do sistema judicial, que poderia corrigir os excessos e abusos. De qualquer modo, todos concordaram – por estarem convictos ou para acompanhar a "antifonia do século" como disse Silva Lisboa – na definição constitucional da justiça como algo a ser realizado por juízes e jurados, isto é, magistrados profissionais e representantes dos cidadãos. Era uma forma, por todos reconhecida, de aproximar administração da justiça e sociedade, de modo a superar as críticas severas que se faziam no regime anterior à magistratura.

Quanto à retórica que embasava todo esse consenso, fundamentava-se em argumentos derivados das posições políticas, ideológicas e jurídicas oriundas do racionalismo e do empirismo. Combinavam muito de Montesquieu e Burke, de longe os autores não apenas mais citados, mas cujos argumentos eram frequentemente apenas pressupostos, com as demais leituras iluministas, evitando com cuidado as posições radicais. Isso fazia com que Rousseau fosse sempre adjetivado negativamente. Nas referências à política europeia, predominavam percepções simpáticas ao evolucionismo político inglês em contraste com a Revolução Francesa e, nesta, a valorização das posições moderadas, feuillants, e a condenação explícita de Robespierre e Marat.

Os matizes que existiram nas diferenças de posição dos desembargadores-deputados, surgiram em pelo menos quatro aspectos significativos.

No caso da liberdade religiosa opuseram-se Silva Lisboa e Rodrigues de Carvalho de um lado e Francisco Carneiro de Campos, de outro. O futuro visconde de Cairu, defensor de um catolicismo à *outrance*, via no pluralismo confessional um risco menos pela diversidade religiosa ou pelas eventuais implicações políticas para o Estado, do que pelo caminho que abriria à "impiedade" e mesmo ao materialismo. A sociedade desprovida de uma larga adesão ao catolicismo, que via como a "religião verdadeira", incorreria em dois riscos sucessivos: conflitos religiosos a partir do choque das diferentes confissões e, fato a seu ver mais grave, alargamento da descrença, solapando-se assim seus fundamentos morais e inviabilizando-a. Admitia que

ao lado da religião oficial existisse uma política de tolerância em relação a outras confissões, mesmo as não cristãs, como em relação a judeus e muçulmanos, pois dizia não querer coonestar as antigas perseguições religiosas, mas afirmava a necessidade de se evitar a livre conversão do catolicismo para as demais. Ser tolerante não deveria implicar em leniência com a apostasia.

Rodrigues de Carvalho foi pelo mesmo caminho, criticando o luteranismo e as confissões calvinistas e, indo além de Silva Lisboa, pediu a supressão do artigo sobre a liberdade religiosa.

Francisco Carneiro de Campos, nesse ponto acompanhando a intervenção de seu irmão José Joaquim Carneiro de Campos, manifestou-se pela liberdade religiosa definida constitucionalmente. Embora fazendo profissão de fé católica, não concordou com o argumento de Silva Lisboa do perigo de indiferentismo religioso e da apostasia. Mesmo que esta ocorresse, a sua prevenção seria problema da Igreja e não do Estado.[97]

A questão do protecionismo e do livre cambismo, já momentosa na época pelo acirramento da concorrência inglesa à produção industrial nascente de vários países, apareceu também na Assembleia, menos por seu caráter constituinte, mais pelo legislativo. O problema se inseria noutro maior, o da presença (ou ausência) do Estado na atividade econômica.

Dois dos desembargadores se manifestaram claramente por algum tipo de proteção às atividades industriais ou extrativas. Seu contraponto foi José Joaquim Carneiro de Campos, defensor de um liberalismo doutrinariamente impecável nos moldes da escola manchesteriana. Já Silva Lisboa e Carvalho e Melo, egressos da burocracia neo-pombalina e com a experiência adquirida ao longo de anos de observação e assessoria governamental, renderam-se pragmaticamente à evidência de que seria inviável o surgimento de qualquer atividade industrial sem um mínimo de proteção, quer alfandegária, quer fiscal.

A crítica que ambos fizeram às mesas de inspeção, pugnando pela extinção desse mecanismo mercantilista de controle econômico, não os fazia defensores de um liberalismo radical, mas mitigado e sobretudo setorizado, ditado pelas circunstâncias que bem conheciam por longa atuação na máquina governamental. Silva Lisboa enfrentara a crise do abastecimento de farinha em Ilhéus na década de 1780 como ouvidor ad hoc e depois fora membro da própria mesa de inspeção do tabaco e açúcar em Salvador[98]. Carvalho e Melo fora juiz da Alfândega no Rio de Janeiro, ademais de suas outras funções no Tribunal da Relação.

Nas discussões sobre a cidadania e o estatuto a ser dada aos portugueses que desejassem permanecer ou instalar-se no Brasil, também não houve unanimidade entre os magistrados-parlamentares. A despeito da guerra de independência e do sentimento anti-lusitano no Rio de Janeiro, ainda assim a presença do comércio português era suficientemente forte para promover certo equilíbrio de forças e soluções de transação. Se o desembargador Rodrigues de Carvalho defendeu na Assembleia que aos portugueses fosse dada a opção de aderir à independência – e à nova nacionalidade – ou retirar-se do país, quando se discutiu um projeto de anistia aos que nas províncias do norte apoiavam a causa portuguesa, coube a Teixeira de Gouveia ponderar ser a proposta desnecessária, já que o Imperador desde o ano anterior já tomara semelhante medida. Reiterá-la seria apenas, como disse, alimentar os "inimigos internos".

97 Idem, vol. III, p. 195 e 213.

98 Elyseo de Oliveira Belchior, *Visconde de Cairu, vida e obra*, Rio de Janeiro, CNC, 2000, p. 22-31.

Quanto à cidadania para os libertos, foram emblemáticas da própria assembleia as posições de Almeida e Albuquerque e Silva Lisboa, o primeiro defendendo que eles não a obtivessem, o segundo considerando-a incompleta se homens livres de qualquer tipo não pudessem ser cidadãos. Almeida e Albuquerque representava uma corrente minoritária na constituinte, vencendo a tese de Silva Lisboa, que acabou por se constituir num dos pilares da tese dominante no universo jurídico imperial, o de que o "favor da liberdade" se sobrepunha a outras considerações de qualquer natureza.

Os desembargadores-deputados não foram um microcosmo da assembleia constituinte, porque sua homogeneidade como grupo era superior à daquela. Representaram, entretanto um segmento com clareza de objetivos, uniformidade de discurso, fundamentação jurídica e experiência administrativa capaz de dar sustentação ao projeto político da monarquia constitucional.

Nem por isso marchavam em uníssono nem devem ser associados a posições doutrinárias reificadas como "liberais", "conservadores", "reacionários" ou "ultrarrealistas". Suas visões de mundo frequentemente eram transversais a tais etiquetas, além do que o momento transitivo em que viviam exigiam nuances que fugiam aos dogmatismos teóricos. Almeida e Albuquerque dispensava a sanção imperial às decisões da assembleia, posição liberal quase jacobina, para logo manifestar-se contra a concessão da cidadania ao liberto, o que o coloca desta feita no mesmo espectro ideológico do ultraconservador Maciel da Costa. Silva Lisboa, aliás coerente com seu catolicismo integral, defendeu a cidadania ao liberto como decorrência lógica do direito natural da liberdade, mas recusou a possibilidade de o mesmo cidadão retirar-se do catolicismo, porque a apostasia favoreceria a irreligiosidade e a quebra da unidade moral da sociedade.

Ainda uma vez o historiador precisa reconhecer que os modelos conceituais facilitam o acesso ao passado, mas são suscetíveis à construção de falsos problemas do conhecimento.

## Referências

*Actas das sessões da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil*, (1823).

Almanaque histórico da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro 1799, (1965). *In Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro,* (267), pp. 130-134/135.

Almanaque do Rio de Janeiro para o ano de 1811. (1969). In *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, (282), jan./mar.

Alexandre, V. (1993). *Os sentidos do Império* .Afrontamento.

Armitage, J. (1965). *História do Brasil.* Ediouro, 1965.

Arquivo do Museu Imperial (s. d.). *Inventário/Manuscrito*.

Barão de Javari (1962).*Organização e programas ministeriais* .Arquivo nacional.Belchior, E. de O. (2002). *Visconde de Cairu, vida e obra.* CNC.

Calmon, P. *História do Ministério da Justiça* (1972). DIN.

Carvalho, J. M. (1980). *A construção da ordem: a elite política imperial* .Campus.

Carvalho, M. E. G. de (1978), *Os deputados brasileiros nas Cortes de 1821* .Senado Federal,

*Diário da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil (1973).* Senado Federal.

Homem de Melo, F. I. M. (1996). A Constituinte perante a História. *In Nogueira O. (1973), A Constituinte de 1823* .Senado Federal.

Lago, L. (1940). *Supremo Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, dados biográficos (1828-1939)*. Imprensa Militar.

Lima, M. de O. (1997). *Pernambuco sem desenvolvimento histórico*. Recife, Massangana, Lynch, C. (2011). *Brésil de la monarchie à l´oligarchie construction de l'État, institutions et represéntation politique (1822-1930). L'Harmatan.*

Melo, E. C. de (2004). *A outra independência. O federalismo pernambucano de 1817 a 1824.* , Editora 34.

Museu da Justiça,(s.d). *Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Livro de Posses de Ministros da Casa da Suplicação.*

Neves, L. B. P. das (2003). *Corcundas e constitucionais. A cultura política da independência (1820-1822*). Revan.

Oliveira, C. S. de (1999). *A astúcia liberal. Relações de mercado e projetos políticos no Rio de Janeiro (1820-1824*). EDUSP-Ícone.

Rodrigues, *J. H. A Assembleia Constituinte de 1823. (1974).* Vozes.Slemian, A. Sob o império das leis: unidade nacional na formação do Brasil (1822-– constituição e 1834).(2009).Hucitec.

Schwartz, S. (1979). *Burocracia e sociedade no Brasil colonial: o Tribunal relação da Bahia* .Perspectiva.

Varnhagen, F. A. (1972). *História da independência*, INL.

Wehling, A. (2019) Reconfigurar a Corte/(Re)Construir o Estado: o horizonte de expectativas no Brasil do Reino Unido. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, (479), 13-48.

Wehling, A. & Wehling, M. J. (2004). *Direito e justiça no Brasil colonial: o Tribunal da relação do Rio de Janeiro*, 1751-1808 .Renovar.

Data de recebimento: 24/08/2020

Data de aprovação: 10/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Ideología e Independencia

## Los Fundamentos Intelectuais de Los Protagonistas de 1810

*Ideologia e Independência*

*Os Fundamentos Intelectuais dos Protagonistas de 1810*

*Ideology and Independence*

*The Intelectual Foundations of The Protagonists of 1810*

**Jacqueline Blanco Blanco**[1]

1 Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada

## RESUMEN

El presente trabajo analiza la relación ideología-independencia, una conexión de causa-efecto que derivó en los acontecimientos del 20 de julio de 1810 ocurridos en Santa Fe de Bogotá, virreinato de la Nueva Granada. La temática referida se abordó a partir de los métodos histórico y de análisis, los que permitieron conocer el proceso de formación intelectual de la generación de hombres que llevó a la declaratoria de independencia, así como su formación académica y las actividades que les posibilitaron desarrollar y cultivar el debate y la crítica. El análisis lleva a concluir que fueron treinta años de preparación ideológica los que antecedieron a la independencia, a lo largo de los cuales, fueron varios los eventos desde donde se construyó el pensamiento libertario neogranadino.

**Palabras clave:** Ideología, independencia, formación académica, influencia intelectual.

## ABSTRACT

This work analyzes the ideology-independence relationship, a cause-effect connection that led to the events of julio 20 of 1810, that occurred in Santa Fe de Bogotá, viceroyalty of Nueva Granada. The aforementioned subject was approached from the historical and analytical methods, which allowed knowing the intellectual formation process of the generation of men that led to the declaration of independence, as well as their academic training and the activities that enabled them to develop and cultivate debate and criticism. The analysis leads to the conclusión that it was thirty years of ideological preparation that preceded independence, throughout which there were several events from which neogranadino libertarian thought was built.

**Key words:** Ideology, Independence, academic training, intelectual influence.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78720

## Introducción

La independencia de la Nueva Granada, ocurrida en Santa Fe de Bogotá el 20 de julio de 1810, pierde importancia cuando se narra a partir de un incidente local propiciado por algunos criollos en contra de un viejo comerciante español. Por el contrario, vincular estos sucesos a la dinámica internacional, desde la revolución intelectual gestada en Europa y propagada al Nuevo Mundo a través de la literatura económica, política y social que narraba las experiencias liberacionistas de las tempranas potencias mundiales, amplía el panorama porque muestra a la Nueva Granada como una nación receptora de procesos globales, superando la concepción de una eventualidad eminentemente interna.

La independencia de la Nueva Granada no fue una experiencia pragmática resultado de una acalorada discusión entre criollos y el "chapetón" José González Llorente, tampoco militar, este artículo se escribe para confirmar que tuvo un soporte ideológico. Esta afirmación obliga a adentrarse en las fuentes intelectuales que alimentaron a la generación independentista de 1810, a la formación académica que recibieron, a las identidades sociales que surgieron de este proceso, en fin, al trasegar humano que se dejó cautivar por las novedades que el mundo exterior mostraba maravillado y del cual querían hacer parte.

La pregunta que orientó la investigación se plantea de la forma que sigue: ¿Cuáles fueron los antecedentes ideológicos que dieron lugar a la transformación del Nuevo Reino de Granada, mediante los sucesos ocurridos el 20 de julio de 1810, y que pusieron fin a la condición de colonia de la metrópoli española y al sistema monárquico absolutista?

En cuanto al objetivo, este artículo se propuso identificar el proceso ideológico que favoreció la transformación de la Nueva Granada de un sistema absolutista monárquico, que la había regido por más de tres siglos, a un sistema, inicialmente constitucional monárquico, y republicano.

## La Influencia Extranjera en Los Ilustrados Neograndinos

A finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, era común la proscripción de los libros que propagaran las novísimas liberales que hacían gala del humanismo y la democracia. Sin embargo, y pese al estricto control que mantuvieron las autoridades virreinales sobre el tráfico y comercio de libros clandestinos, los registros históricos muestran que desde muy temprano se evidencia el acercamiento de los intelectuales neogranadinos a la renovación del pensamiento que para entonces provenía de tierras extrañas:

> Desde los ominosos tiempos del antiguo gobierno, los tratados de legislación de Bentham hacían ya el objeto de los estudios y de las meditaciones secretas de los Camilo Torres, los Camachos, los Pombos y otros ilustres mártires y primeros fundadores de la independencia; sus doctrinas se insertaban en La Bagatela, que daba el general Nariño en la primera época de la república; los mejores senadores y representantes lo citan frecuentemente con respeto y admiración en los salones del Congreso; varias leyes han sido formadas conforme a sus principios; ¿y cuál es, finalmente, el patriota, el literato colombiano que no procure adquirir y estudiar a Bentham? No hay parte alguna de la legislación que no haya sido sondeada por este gigante, con una sabiduría y profundidad admirables; todas sus obras son clásicas; algunas son únicas en su género; y bajo su pluma parece que se ha creado por la primera vez la ver-

> dadera ciencia de la legislación. Teníamos antes de él a Montesquieu, a Beccaría, a Filangieri, pero estas obras, llenas ciertamente de riquísimas preciosidades, eran todavía muy imperfectas, no abrazaban varias materias, dejaban mucho que desear[2].

Así se fueron recepcionando en el Nuevo Mundo los trabajos de ilustres teóricos que ofrecían una concepción distinta a la elaborada por España. Se trataba de las últimas reflexiones en torno a los derechos del hombre, la democracia, el constitucionalismo, la humanización de las penas y las posibilidades de un autogobierno. La mayor parte del capital ideológico importado durante la transición provenía de Gran Bretaña, Francia, Norte América e Italia, superando las muy conocidas versiones grecorromanas, consentidas por la vieja escuela española.

Ahora bien, lo que puede denominarse una europeización del pensamiento ilustrado neogranadino no fue coyuntural. El movimiento cultural permaneció vigente y acompañó a los hombres que definieron el Estado hasta después de la independencia de 1819; así lo reconoció el connotado periodista, abogado y político santandereano Vicente Azuero Plata en una declaración que hizo en 1821, en la cual admitió el papel de Europa en el diseño de la primera carta política nacional:

> Si no han de ponerse en manos de la juventud más obras que las de católicos intolerantes y ultramontanos, es necesario echar al fuego la obras de Cicerón, de Virgilio, de Tito Livio, de Cornelio Neposte, de Fedro y de todos los escritores de la culta latinidad, porque todos ellos fueron gentiles, que no alcanzaron las luces de la religión: debemos también quemar nuestra Constitución y nuestras leyes, porque ellas contienen innumerables artículos y disposiciones, tomadas de los herejes de Inglaterra y de los Estados Unidos, y de los deístas, los protestantes e intramontanos de la Francia[3].

Bien entrada la República, se observa que la intervención ideológica foránea provocó entre los intelectuales neogranadinos una cierta ruptura con irreparables consecuencias. Este fenómeno se evidencia a partir de 1826 con la declaración de los llamados civilistas, dirigidos por Santander, como afectos al utilitarismo benthamista que, terminó ocasionando su expulsión de Colombia al ser acusado de liderar un atentado en contra del general Bolívar, su más conocido opositor. A la escisión entre estos dos grandes se suman las contrariedades de pensamiento entre los liberacionistas, o humanistas y promulgadores de las libertades y dignidades sociales, y los antiliberacionistas o conservadores del orden social heredado de la Colonia.

A propósito de Bolívar, una de las mentes más preclaras de la independencia y el republicanismo, este tuvo que hacer pública su formación intelectual al lado de eminentes figuras de la academia extranjera; lo hizo en 1825 para restablecer su dignidad afectada por los comentarios hechos por el francés Gaspar de Mollién, quien pretendió deslegitimar su formación. Bolívar, sin mayor recato, expresó su vasto conocimiento sobre Francia, Inglaterra, Italia, España y parte del Mundo Antiguo:

> "No es cierto que mi educación fue muy descuidada". Menciona a sus maestros americanos Robinson, Bello, el padre Andujar, y prosigue: "Después me mandaron a Europa a continuar mis matemáticas en la Academia de San Fernando; y aprendí los idiomas extranjeros con maestros selectos de Madrid [...] Ciertamente que no aprendí ni la fi-

2 Representación dirigida al Supremo Poder Ejecutivo contra el presbítero doctor Francisco Margallo por el doctor Vicente Azuero en 1826, citado por HERNÁNDEZ DE ALBA, Guillermo y LOZANO Y LOZANO, Fabio. Documentos sobre el doctor Vicente Azuero. Bogotá: Imprenta Nacional, 1944, p. 289-290. MORENO DE ÁNGEL, Pilar. Santander. Bogotá: Planeta Colombiana Editorial S. A., 1989, p. 328.

3 Vicente Azuero al General Santander en contra del Padre Francisco Margallo y Duquesne [1826], citado por Ibíd., p. xi.

> losofía de Aristóteles, ni los códigos del crimen y del error; pero puede ser que Mr. De Mollién no haya estudiado tanto como yo a Locke, Condillac, Buffón, D'Alambert, Helvétius, Montesquieu, Mably, Filangieri [sic], Lalande, Rousseau, Voltaire, Rollin, Berthot y todos los clásicos de la antigüedad, así filósofos, historiadores, oradores y poetas; y todos los clásicos modernos de España, Francia, Italia y gran parte de los ingleses[4].

También mencionó su admiración por los escritos del señor Bentham, por supuesto antes de 1826. Bolívar mantuvo una relación cercana con el inglés mediante correspondencia personal; las indicaciones que recibía del extranjero le permitían redireccionar los conceptos importantes en materia de administración pública y del Estado:

> No es concebible el retardo que ha sufrido la honrosa carta de usted (de Bentham) de 13 de agosto de 1825, recibida en Guayaquil a fines del pasado. En ella me habla usted extensamente de las obras que ha tenido la bondad de remitirme, y habiendo experimentado el dolor de no recibirlas, sin haber visto tampoco al señor Mill, cuyo mérito y conocimiento usted me recomienda. Todo me ha sido igualmente doloroso [...]
>
> Por desgracia el peso de la esclavitud apaga los espíritus y los pone en estado de ser indignos de la libertad. Por eso es que tanto merece atención el cultivo de las ciencias de que usted me habla, para el hombre, aun en medio de sus cadenas, pueda descubrir siquiera que tiene derechos que vindicar[5].

Con el tiempo, la correspondencia entre Bolívar y Bentham se detuvo. Situaciones políticas que desfavorecieron la imagen de la celebridad europea a los ojos del Libertador llevaron al rompimiento de la relación. Como suele ocurrir, las teorías son interpretables, y Bolívar asumió que desde el santanderismo se había dado una lectura distinta al benthamismo, una especie de llamado a la desobediencia y a la insubordinación que terminó en un atentado contra su vida. En respuesta a lo anterior, expidió el Decreto del 12 de marzo de 1828 en el cual censuraba los textos del inglés en la Nueva Granada, particularmente los *Tratados de Legislación Civil y Penal*. Con este acto administrativo fue derogado el Decreto del 8 de noviembre de 1826 expedido por el vicepresidente Santander para institucionalizar los escritos benthamistas como obligatorios en las Facultades de Derecho[6].

Así pues, la reveladora adhesión al benthamismo por parte de los santanderistas terminaría provocando dos aciagos acontecimientos: la persecución emprendida por Bolívar después de 1828 y el rompimiento definitivo de las relaciones entre Bolívar y Santander, y entre bolivarianos y santanderistas; y el señalamiento de herejes que hizo el sacerdote Francisco Margallo, uno de los más fuertes detractores de Bentham[7] .

La noticia acerca de que los libros del inglés habían sido vetados en la Nueva Granada por el presidente Bolívar logró cruzar el océano. La versión de los hechos fue llevada a conocimiento del inglés por el general Santander, en cumplimiento del extrañamiento al que había sido con-

4 El general Bolívar al general Santander [mayo 20 de 1825], citado por ESCOBAR VILLEGAS, Juan Camilo y MAYA SALAZAR, Adolfo León. Ilustrados y republicanos. El caso de "La ruta de Nápoles" a Nueva Granada. Medellín: EAFIT, 2011, p. 78.

5 El general Bolívar a Jeremías Bentham [Caracas, 15 de enero de 1827], citado por LÓPEZ DOMÍNGUEZ, Luis Horacio. comp. Obra Educativa: La Querella Benthamismta 1748-1832. Tomo IV. Biblioteca de la Presidencia de la República, Fundación para la conmemoración del Bicentenario del Natalicio y el Sesquicentenario de la muerte del General Francisco de Paula Santander, Bogotá, 1993, p. 83.

6 HERNANDEZ DE ALBA, Guillermo y LOZANO Y LOZANO, Fabio. Documentos sobre el Doctor Vicente Azuero. Ob. Cit., p. 294.

7 El doctor Francisco Margallo y Duquesne era el sacristán de la parroquia de las Nieves de Santa Fe de Bogotá. Fue céleb re por sus ataques a Bentham, Constant, Lepage y Vatel, y a la inducción que a ellos hacían los Santanderistas, razón por la cual los juzgó de herejes y al colegio de San Bartolomé de "semillero de impiedad". Para ampliar sobre el tema ver: LÓPEZ DOMÍNGUEZ, Luis Horacio. comp. Obra Educativa: La Querella Benthamista 1748-1832. Ob. cit.

denado. La reacción de Bentham fue puesta en las líneas de una carta que escribió a su amigo el Almirante Mordvinoff, en las que deja ver el desmoronamiento de la imagen del caraqueño, a quien no dudó en llamar "tirano": "Bolívar ha sido echado a perder por el poder, y después de haber por tantos años merecido, y tan bien merecido el título que tomó de Libertador, se ha convertido después en tirano de su patria[8].

En un escenario distinto (hacia 1824), siendo profesor en ejercicio del Colegio Mayor de San Bartolomé, el doctor Ezequiel Rojas fue designado por el rector del claustro, don José María Estévez Ruiz de Cote, para que dictara la cátedra de Economía Política, según había sido establecido en el Decreto 1º publicado en la *Gaceta de Colombia* número 159 del domingo 31 de octubre de 1824. El cumplimiento de la misión asignada implicaba seguir los lineamientos que en la materia se tenían de otro célebre extranjero: "[...] se obligó a los profesores y estudiantes a seguir el texto del francés Juan Bautista Say publicado en Madrid en 1821: *Tratado de Economía Política* o *Exposición sencilla del modo como se forman, se distribuyen y se consumen las riquezas*, la cátedra tenía que ser estudiada por todos los estudiantes de derecho [...]"[9]. De esta cátedra de Economía Política, aplicada al Plan General de Estudios de San Bartolomé, se esperaba "la posibilidad de formar 'ciudadanos útiles al progreso' y al Estado, porque era "una fuente perenne y un manantial inagotable de riqueza y poder para la nación que los cultiva"[10]. De hecho, cuenta Escobar Villegas y Maya Salazar, que los temas de mayor relevancia y discusión en la clase de Economía Política estaban relacionados con el consumo general, los consumos públicos, las rentas de la sociedad, los empréstitos públicos, la naturaleza de las riquezas, las operaciones productivas, las monedas, la economía de las naciones, la distribución de las rentas y la población, y que los libros guía para el desarrollo de las clases eran los textos de Adam Smith, Benjamín Franklin, Gaspar de Jovellanos, Juan Bautista Say, Jeremy Bentham, Antonio Genovesi y Gaetano Filangieri, estos dos últimos especialmente referenciados por Say[11].

El maestro Ezequiel Rojas, el mismo que condujo la clase de Economía Política en San Bartolomé desde los lineamientos de Juan Bautista Say, fue el autor del programa oficial del liberalismo colombiano en 1848. Al igual que Bolívar, Santander o Azuero le dio la razón al tema que ha ocupado este primer apartado: la injerencia extranjera en el iluminismo criollo independentista y republicano:

> [...] influencia inglesa, francesa y norteamericana: Bentham, Tracy, Condillac, Stuart Mill, Augusto Comte, Herbert Spencer. Concibieron la libertad como el medio de hacer valer los tributos esenciales de la persona. El Estado concebido como la creación consciente y voluntaria de los individuos, quienes podían modificarla racionalmente en búsqueda de la felicidad para las mayorías. Cada individuo es considerado como una persona, igual y semejante, y con una fuerza social que lleva a la fraternidad [12].

De cara a un ideario político, social y económico diferente al concebido y trasladado desde España, se resalta el rol de la cultura intelectual colonizadora, materializada a partir de las obras

8 Jeremy Bentham to Admiral Mordvinoff [9 july 1830]. En: Ibíd., p. 91.

9 ESCOBAR VILLEGAS y MAYA SALAZAR. Ob. Cit., p. 122.

10 Ley 8 de marzo de 1826, Considerando primero, citado por ECHEVERRI, Alberto. Santander y la instrucción pública 1819-1840. Bogotá: Foro Nacional por Colombia, 1989, p. 101. En: Ibíd., p. 125.

11 Escobar Villegas Y Maya Salazar. Ob. Cit., p. 126.

12 Ocampo Lopez, Javier. ¿Qué es el liberalismo colombiano? Bogotá: Plaza y Janés, 1990, p. 109.

de connotados hombres de la Ilustración europea. Al respecto debe indicarse que no fue fácil lograr el contacto intelectual con los libros y sus autores, bien por la circulación limitada que hacía exclusivo este acercamiento, o bien porque el control del Gobierno había ordenado que los textos fueran quemados o decomisados, como ocurrió con la biblioteca del general Nariño, o simplemente enlistados y proscritos por la Inquisición: "Despreciar a Locke es el inicio de la sabiduría", decía el filósofo conservador Joseph de Maestre[13].

Con el tiempo, la restricción a la cultura literaria extranjera de tendencia liberal mutó para convertirse en el referente para seguir por las inquietas mentes de los neogranadinos. Cuenta don Florentino González Vargas, en sus *Memorias,* que la prohibición despertaba la curiosidad de los jóvenes colegiales bartolinos que atendían cuidadosamente los títulos objeto de la desaprobación de personajes como Francisco Margallo, porque contrariamente constituían los de mayor expectación:

De su boca (de Margallo) oí yo los nombres de Voltaire, Rousseau, Raynal, Volney, de los cuales tomaba nota para formarme el catálogo de libros que me había de proporcionar después.

> [...]
>
> En aquella cuaresma formé yo mi catálogo de libros, me los proporcioné prestados con bastante trabajo, y me ocupé todo el año con incansable tesón en su lectura. Entonces leí la filosofía de Voltaire, sus novelas y parte de su correspondencia, las obras todas de Rousseau, Las ruinas de Palmira y El viaje a Egipto y Libia, de Volney, La religiosa, El origen de los Cultos, y promiscuamente con todos ellos el Evangelio en triunfo, la Metafísica de Pará, las verdades eternas y varios otros libros devotos; pues quería comparar para formar mi juicio y saber en lo que debía fijarme[14].

Por fortuna, algunos maestros de San Bartolomé no compartían el fundamentalismo de Margallo, y gracias a ellos, señala Florentino González, tuvieron una segunda oportunidad para conocerlos:

> Debo hacer aquí mención de un incidente que ocurrió cuando empezamos a estudiar la lógica de Heinecio. Era catedrático de teología en el mismo colegio el doctor Francisco Margallo, eclesiástico de acendrada virtud; pero cuya religiosidad rayaba en fanatismo. Luego que este eclesiástico supo que los libros antiguos que servían para la enseñanza de aquella ciencia no serían el texto de nuestros cursos, y que el hereje Heinecio había de substituirlos, clamó altamente contra tal medida y suscitó contra ella a todo el clero. El resultado fue que Heinecio fue proscrito ostensiblemente, pero sus principios fueron consignados en el cuaderno de lecciones que nos dictó el catedrático, doctor José María de Latorre y Uribe[15].

La incoherente convivencia entre un tipo de educación clásica, eclesiástica y monacal, denominada por González Vargas como *imperfecta*, y el modelo educativo moderno, altamente influenciado por el liberalismo europeo, pero perseguido y satanizado por el absolutismo español, llevó a momentos difíciles en la formación intelectual de los colegiales. Además, no podía menos que generar disquisiciones clandestinas donde se expusieran y analizaran los puntos más diversos, a favor o en contra del coloniaje y del republicanismo. Así se fueron consolidando los círculos intelectuales que al final actuaron como una red en defensa de la soberanía americana.

13 Escobar Villegas y Maya Salazar. Ob. Cit., p. 28.

14 González Vargas, Florentino. Memorias. Medellín: Bedout, 1971, p. 84.

15 Ibíd., p. 72-74.

## 1.2 Las Fuentes de La Revolución Ideológica

El acceso a los títulos y a los autores fue renovándose a medida que el contexto así lo permitía. En esta dirección convergieron los intereses más inmediatos del momento y las posibilidades de conocimiento a las que fueron acercándose las generaciones de intelectuales.

A continuación se mencionan algunos títulos de los libros que circularon en la Nueva Granada, aproximadamente entre 1800 y 1850. Los listados, organizados cronológicamente de acuerdo con su periodo de vigencia, fueron tomados de las cartas testamentales y memorias de algunos de los protagonistas de esta investigación.

La primera y más antigua de las referencias bibliográficas enlistadas corresponde a uno de los personajes más polémicos del siglo XVIII: Salvador Hilario Plata González, conocido como el hombre que entregó a las autoridades virreinales al líder de la gesta comunera de 1782, José Antonio Galán. Don Salvador Plata y González, fue colegial de San Bartolomé, estudió filosofía, fue juez y alcalde del Socorro (Santander), tuvo otros dos hermanos colegiales sacerdotes, uno de ellos fue abogado de la Real Audiencia. Este notable criollo socorrano incluyó en su testamento un listado de títulos que dan cuenta de las corrientes que determinaron la formación en literatura, filosofía, política e historia de la época[16]:

- Instrucción Ordenandus.
- Proverbios.
- Recopilación de Indias.
- Bovadilla.
- Sueños de Quevedo.
- Villalobos.
- El teatro crítico de Feijoo.
- Las obras de Virgilio.
- Las oraciones escogidas de Cicerón y Villadiego[17]

n 1788, Miguel Tadeo Gómez Durán, hermano del estadista Diego Fernando Gómez, sobrinos de don José Acevedo y Gómez, el "Tribuno del Pueblo", declaró entre las obras de su propiedad las escritas por Condillac, Adam Smith, Rousseau, Mostesquieu, Alfonso de Molina, Lope de Vega, Calderón de la Barca, Cervantes y Condorcet[18].

16 Don Salvador Plata fue colegial de San Bartolomé; allí estudió filosofía y se graduó de maestro. Archivo del Colegio Mayor de San Bartolomé, expediente no. 1049, volumen 15, folios 8133-8147. En: JARAMILLO MEJÍA, William. Nobleza e Hidalguía. Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé. Colegiales de 1605 a 1820. Bogotá: Instituto de Cultura Hispánica, 1996, p. 629-630, Registro No. 1623,

17 Testamento de Salvador Plata. Archivo Histórico del Socorro Santander (en adelante AHSS). Fondo Notarial. Protocolo 1802, folios 757-786.

18 Don Miguel Tadeo Gómez estudió filosofía en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario; posteriormente concluyó jurisprudencia civil, canónica y derecho natural y de gentes. RODRÍGUEZ PLATA, Horacio. La Antigua Provincia del Socorro y la Independencia. Bogotá: Publicaciones Editoriales, 1963. Biblioteca de Historia Nacional. Vol. XCVIII, p. 175-179.

Una tercera renovación, con amplio sentido político, filosófico y económico, esta vez favorable al liberalismo francés, inglés y norteamericano, fue testada por el también colegial bartolino don Vicente Azuero Plata[19]. Entre los 167 títulos registrados en su testamento, además de las menciones hechas a los que estaban borrados, se pueden mencionar:

- Economie Politique, de John Stuart Mill.
- Principios de Legislación, de Jeremías Bentham (3 tomos).
- De la religión, de Benjamín Constant.
- Desileología, de Jeremías Bentham.
- El Príncipe, de Maquiavelo, comentado por Napoleón Bonaparte.
- Economie Politique, Argarzini.
- Exámenes de los delitos de infidelidad a la Patria.
- Ouvres de Constantine.
- Instituciones judiciales de Inglaterra.
- Obras de política, de Benjamín Constant.
- Tracté de Legislation, de Auguste Comte.
- Sisteme Anglaisd' Instruction.
- Obras completas de Voltaire (92 tomos).
- Tratados de economía política, del Conde Desttut de Tracy.
- Historia del matrimonio de los eclesiásticos.
- Diccionario de medicina (15 tomos).
- Arte de prolongar la vida (2 tomos).
- Historia de la América (4 tomos).
- Bogotá en 1836.
- Lecciones de Política.
- Bhu Book.
- Compendio de Blecir.

19 El doctor Vicente Azuero fue Vicepresidente del Cantón de San Gil de 1812 a 1814; miembro de los Colegios Constituyentes Electorales del Socorro; hasta 1816 fue oficial mayor de la Secretaría General del Gobierno de la Unión; diputado nacional de las provincias del Socorro, Casanare y Chocó en el Congreso de 1821; miembro del grupo de redactores del Código Penal en 1823; ministro del interior en 1830 y consejero de Estado en 1832; postulado a la Vicepresidencia de la República en 1833 y 1835 y a la Primera Magistratura en 1837 y 1840. Fue licenciado y doctor en Filosofía, Teología, Derecho Civil, Canónico y Público; se graduó de Bachiller en el Colegio de San Bartolomé en 1809. JARAMILLO MEJÍA, William. Nobleza e Hidalguía. Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé. Colegiales de 1605 a 1820. Ob. Cit., p. 394.

- Comentario sobre el espíritu de las leyes.
- Historia de los Estados Unidos.
- Delito y penas.
- Derecho de gentes, Vattel (2 tomos).
- Pruebas judiciales (4 tomos).
- Mill, Economía Política[20].

Entre los más recientes para el periodo que se estudia están los enlistados por quien fuera uno de los más importantes políticos del siglo XIX, don Florentino González Vargas, de conocido espíritu rebelde y liberal que le significó tantos afectos como desafectos por la crítica nacional. Los títulos que se enuncian a continuación corresponden a una descripción hecha por el propio González Vargas y que, en su momento, fueron objeto de proscripción por parte del Gobierno virreinal y por la Iglesia católica. Ellos fueron:

- El contrato social, de Rousseau.
- El espíritu de las leyes, de Montesquieu.
- El derecho natural de gentes, de Heinecio.
- Las instituciones, de Asso y De Manuel.
- La ciencia de la legislación, de Filangieri.
- El tratado de legislación, de Bentham.
- El derecho de gentes, de Vattel.
- La ciencia del derecho, de Lepage.
- La política constitucional, de Benjamín Constant.
- El tratado de los delitos y penas, de Beccaria[21].

De todas las referencias acerca de los libros que circularon en la Nueva Granada, la más completa se encontraba en la biblioteca personal del general Antonio Nariño, el traductor de *Los derechos del hombre y del ciudadano.* Otras bibliotecas conocidas, respetadas y deseadas por muchos intelectuales del momento pertenecieron al doctor José Antonio Ricaurte, director de la Real Biblioteca entre 1789 y 1790, y concuñado de Nariño; también estaban las de Juan

20 Testamento del Doctor Vicente Azuero Plata [Bogotá, 26 de noviembre de 1840], p. 20 - 25. Banco de la República, 1984. Boletín Cultural y Bibliográfico, vol. 19, no. 04. Banco de la República [documento en línea] Disponible desde Internet en: https://publicaciones.banrepcultural.org/index.php/boletin_cultural/article/view/3432/3530

21 González, Florentino. Memorias. Ob. Cit., p. 85-86.

Esteban Ricaurte, Camilo Torres, Joaquín Camacho, Frutos Joaquín Gutiérrez, Ignacio Herrera, y por supuesto la del botánico José Celestino Mútis, con más de tres mil títulos[22].

Acerca de la biblioteca del general Antonio Nariño, existe una nota de doña Soledad Acosta de Samper en la cual relata que "tenía una colección abundantísima de libros, muchos de los cuales tenía ocultos por estar en el Índice de la Inquisición y se castigaba severamente a los que los conservasen"[23]. El texto también refiere que la biblioteca tuvo cerca de seis mil volúmenes.

Esta riquísima biblioteca constaba de variados temas, de religión y teología con las obras de San Jerónimo, las enseñanzas de Fray Luis de Granada y los sermones de Bourdaloue. En materia jurídica contaba con Soto, Covarrubias, Solórzano Pereira, Saavedra, y Vizcaíno Pérez. Para el estudio del cuerpo humano y de la medicina tenía a su disposición a Arias Montano, Vilars, Bouddon, Tarteuse, Heister, sin descuidar la farmacopea de Palacios. En lo que respecta a la física, disponía de Orbarth, Báez, Benito Ruíz, el discurso sobre la astronomía de Le Meaur, o la traducción de Suárez Núñez sobre la máquina para elevar agua. En artes tenía Luján y Gauthier; en historia contaba con las obras de Plutarco, las cláusulas de oro de Hurtado de Mendoza y los relatos de Flavio Josefo. También tenía de Villegas, Sor Juana Inés de Asbaje, don Alonso de Ercilla. En conocimientos naturales tenía a Buffón y Duamel; en literatura a Homero, Cicerón, César, Tácito, Tito Livio, Salustio, en el Lacio; Milton con su perdido paraíso en la distante Albión. Así mismo, estaban Moliere con sus comedias en la corte de Luis XIV y las obras filosóficas de Sócrates, Voltaire, Montesquieu, Raynal, el conde Carli, Rousseau; además de los relatos independentistas de los Estados Unidos[24]. La biblioteca del general Nariño era igualmente conocida por su riqueza bibliográfica en francés, italiano, inglés y latín, con una consabida existencia de diccionarios. En lo que respecta al latín, conservaba "los preceptos de la Rethorica, los poetas fabulistas latinos como Phedro, Terencio, Cornelio Nipote, las Epístolas de Cicerón y de Ovidio"[25].

A la literatura moderna europea, Calderón y Thibaud agregan la importancia de los aportes del Mundo Clásico, un innegable antecedente en la formación intelectual neogranadina[26]. Por su parte, Ricardo del Molino ilustra la correspondencia entre la ilustración neogranadina y el sobreviviente grecoromanismo. La primera referencia tiene lugar el 27 de mayo de 1810, y está contenida en un discurso pronunciado por el general Antonio Nariño para solicitar a las destituidas autoridades españolas su libertad: "Jamás me avergonzaré de este paso que desgraciadamente se me frustró. Antes que yo huyera, habían huido Aníbal, Temístocles, Diágoras, Anaxágoras y Demóstenes, sin que estos grandes hombres hayan perdido nada de su reputación por haberse librado de la injusticia que los perseguía"[27]. Así mismo, el autor de *Historia que no cesa,* referencia cerca de cinco situaciones para demostrar la existencia del antecedente grecorromano y su pervivencia en tiempos independentistas; entre los más involucrados figuran don

22 Ruíz Martínez, Eduardo. La librería de Nariño y los derechos del hombre. Bogotá: Editorial Planeta, 1990, p.55.

23 Acosta De Samper, Soledad. Biografía del General Antonio Nariño. Pasto: Imprenta del Departamento, 1910, p. 11. En: Ibíd., p. 58-59.

24 Ibíd., p. 59.

25 Ibíd., p. 64.

26 Calderón, María Teresa y Thibaud, Clément. De la Majestad a la Soberanía en la Nueva Granada en tiempos de la Patria Boba (1810-1816). En: Las revoluciones en el Mundo Atlántico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 377.

27 Antonio Nariño a la Junta Provincial de Gobierno [Cartagena de Indias, 1810], citado por Molino Garcia, Ricardo Del. Nosotros los Clásicos: La Antigüedad Grecorromana en la primera República colombiana. En: Historia que no cesa. La Independencia de Colombia 1780-1830. Universidad del Rosario, 2010, p. 222-223.

Antonio Nariño y el Arzobispo de Santa Fe, el señor Caycedo y Flórez[28]. En una situación distinta, pero igualmente alusiva a la influencia grecorromana, Pedro Fermín de Vargas, tío de Nazario Florentino González Vargas, invitaba en 1810 a seguir el ejemplo de Licurgo, regenerador de una "nación pervertida", para sacudir los odios que había provocado el Gobierno monárquico entre los granadinos:

> El Rey ha procurado por cuantos medios le han sido posibles, fomentar entre todos la desunión y la discordia como medio seguro de tenernos siempre sujetos, siempre esclavos. A nosotros, pues, nos toca destruir esta máxima tiranía con su contraria, si queremos recuperar nuestra libertad [...] Cesen de una vez los odios, los desprecios, los malos tratamientos, y reine entre todos la fraternidad. En este particular convendría tomar a Licurgo por modelo, que teniendo que regenerar una nación pervertida, la sacó de un golpe del cielo de las pasiones desarregladas, de los vicios y del crimen, por una legislación imperativa y propia para sujetar inviolablemente al espíritu a toda la severidad de los principios[29].

Del Real señala que el conocimiento de la antigüedad grecorromana fue una "limitación cultural de la plebe"[30], y por el contrario, pese a que no definió correspondencia a una clase en particular, el manejo de esta referencia perteneció a una élite de ilustrados neogranadinos que luego se asomarían, para quedarse, a los europeos modernistas.

De acuerdo con Escobar Villegas y Maya Salazar, el constitucionalismo temprano en América hizo suyo el referente euroamericano de muy reciente acontecimiento y exitosos resultados; a su vez, los constitucionalistas se alimentaron de una y otra corriente que les fue aportando el panorama de mayor conveniencia a su realidad[31]. Pese a lo favorable del ambiente intelectual, en la práctica, la cultura nativa les recordó que las mayorías sociales clamaban por otro tipo de consideraciones, probablemente menos elaboradas, pero de mayores resultados.

Finalmente, es oportuno mostrar que ese primer constitucionalismo tuvo la opción de tomar lo mejor de las buenas experiencias externas. Retomando a Calderón y Thibaud, no basta con hacer un ejercicio de "circulación de difusión de los textos procedentes de los ámbitos ilustrados europeos"[32], se requiere un trabajo más amplio que permita identificar el grado de permeabilidad que tuvieron las ideas modernas en el mundo hispanoamericano[33].

## 1.3 Del Derecho a La Ilustración Al Poder de Los Ilustrados

El epicentro del encuentro intelectual que definió en los criollos su espíritu patriótico y los identificó como los protagonistas de la transformación de virreinato a república fue el Colegio de San Bartolomé, un claustro dirigido por los padres jesuitas, fundado en 1605.

28 Ibíd., p. 220.

29 Vargas, Pedro Fermín De. Notas, citado por Gómez Hoyos, Rafael. La revolución granadina de 1810. Ideario de una generación y de una época (1781-1821). Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, tomo I. 1982, p. 332, citado por Lomnè, Georges. Invención estética y revolución política. La fascinación por la libertad de los antiguos en el Virreinato de la Nueva Granada (1779-1815). En: Calderón, María Teresa y Thibaud, Clément. crds. Las revoluciones en el Mundo Atlántico. Ob. Cit., p. 107.

30 Molino García. Ob. cit., p. 222-224.

31 Escobar Villegas y Maya Salazar. Ob. Cit., p. 66-67.

32 MorellI, Federica. El trienio republicano italiano y las revoluciones hispanoamericanas: algunas reflexiones en torno al concepto de "Revolución Pasiva". En: Calderón, María Teresa y Thibaud, Clément. crds. Las revoluciones en el Mundo Atlántico. Ob. Cit., p. 93.

33 Ibíd., p. 93.

Los maestros bartolinos eran insignes hombres del virreinato formados, igualmente, en San Bartolomé y receptores de una vasta cultura adquirida en sus viajes al extranjero. Sobrevivieron a la decadencia de la monarquía absolutista y asistieron intelectualmente a la metamorfosis política, social y económica del Estado. Algunas de ellos fueron José Félix de Restrepo, Frutos Joaquín Gutiérrez, Crisanto Valenzuela, Emigdio Benítez, Ignacio de Herrera y Custodio García Rovira. Cada uno de estos nombres fue registrado en la historia de Colombia por su notable participación en la construcción del republicanismo. Así por ejemplo, Félix de Restrepo fue, junto con Juan del Corral, el creador de la discutida Ley de Libertad de Vientres. Frutos Joaquín Gutiérrez y Custodio García Rovira eran miembros de la tertulia del *Buen Gusto*, desde la cual se prepararon intelectualmente las agitadoras acciones del año 10. Crisanto Valenzuela fue fusilado en 1816 por nutrir los ánimos independentistas con obras de su autoría, como la titulada *Motivos que han obligado al Nuevo Reino de Granada a reasumir los derechos de su soberanía*; Emigdio Benítez Plata e Ignacio de Herrera actuaron como vocales de la Junta Suprema del 20 de julio. Una condición más de la valía intelectual de los criollos se encuentra en el hecho de haber podido y sabido multiplicar sus conocimientos y su espíritu libertario en quienes fueran sus estudiantes y posteriores agentes de cambio en la política interna, como Camilo Torres, Francisco José de Caldas, José Ignacio de Márquez, Francisco de Paula Santander, los hermanos Vicente y Juan Nepomuceno Azuero, Diego Fernando Gómez, entre muchos otros.

Pero la grandeza de maestros y alumnos se debió a un hecho en particular: al acceso limitado de la educación, pues esta era casi un privilegio. La exclusiva formación académica e intelectual llegó a significar una estrategia de conservación de clase que fortaleció los argumentos para autodesignarse como los sucesores de los españoles en el Gobierno, luego de los acontecimientos del 20 de julio de 1810. La endogamia de grupo fue alimentada por las mismas leyes que permitían la admisión de los colegiales; se conoció con el nombre de "limpieza de sangre"[34] y fue la prueba más excluyente a favor de los hijos de los europeos nacidos en América.

La "limpieza de sangre" era un requisito al que debían someterse los candidatos a colegiales en San Bartolomé, el Rosario o Santo Tomás. La prueba buscaba, a partir de evidencias, verificar que el futuro colegial, egresado y miembro del Gobierno o funcionario público (para lo que finalmente eran preparados) estuviera "limpio de toda mala raza de moros, judíos y penitenciados por el Santo Oficio"[35]. El registro de colegiales está contenido en el libro *Real Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé. Nobleza e Hidalguía* llega hasta 1820 y parte desde 1605. Corresponden a estos registros los informes de los colegiales Francisco de Paula Santander, Vicente y Juan Nepomuceno, hermanos Azuero Plata, Luis Eduardo Azuola, Emigdio Benítez Plata, Frutos Joaquín Gutiérrez, Liborio Mejía, José Manuel y José Félix de Restrepo, Antonio Ricaurte, además de otros muchos nombres ampliamente conocidos por su rol político en tiempos de la revolución.

La "limpieza de sangre" fue objeto de varias modificaciones a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX. El requerimiento exigía que los aspirantes debían demostrar, con pruebas físicas y testimonios orales, el cumplimiento de diez formalidades:

34 "[...] demostrar limpieza de sangre para tener acceso a profesiones, los gremios artesanales, la universidad, la iglesia, los empleos burocráticos y otras importantes posiciones de la Elite. La limpieza de sangre no sólo requería prueba de blancura, sino también de legitimidad de nacimiento y de una prolongada adherencia a la religión católica. Se trataba de un requerimiento racial, religioso y de rango que establecía una barrera adscriptiva entre el estrato superior y el estrato intermedio". Domínguez, Jorge. Insurrección o lealtad. La desintegración del Imperio Español en América. México: Fondo de la Cultura Económica, 1985, p. 45

35 Jaramillo Mejía. Ob. Cit., p. 52.

1. Nombres y apellidos: para establecer el título de don, transmitido por herencia.
2. Legitimidad: que indicaba hijos legítimos y legitimados, provenientes de la unión católica de sus padres.
3. Vecindad: mostraba el origen y la propiedad del bien raíz en el cual residían.
4. Legitimidad de los padres: refería que los padres del aspirante fueran hijos de padres casados bajo la bendición de la Iglesia.
5. Hidalguía: en propiedad o posesión notoria: demostraba que sin excepción los candidatos eran blancos en toda su ascendencia, herederos de españoles y por tanto nobles y caballeros.
6. Oficios nobles: es decir, que los miembros de la familia hubieran desempeñado oficios nobles de la república como ser parte de los cabildos, haber sido o ser alcaldes ordinarios, altos militares o jerarcas de la Iglesia.
7. Lealtad a la religión y a la Corona: establecía que ningún "ascendiente o colateral" hubiera sido tratado en el Tribunal de la Inquisición o hubiera participado de algún acto de desobediencia o traición a su majestad.
8. La buena conducta: averiguaba por el comportamiento social, civil y religioso de los ascendientes del candidato, si existía alguna memoria sobre causas penalizadas, comportamientos sociales indebidos o prácticas antirreligiosas.
9. El origen español: exigía que el colegial fuera de ascendencia "blanca española"; no admitía ninguna mezcla racial o "sangre de la tierra".
10. Oficios viles o mecánicos: como se había hablado ya de los oficios nobles, esta condición no aceptaba a quienes trabajaran en manufacturas o artesanías, tampoco a los militares de bajo rango[36].

Fue la discrepancia entre la realidad social y los contenidos que promulgaban los criollos durante la Independencia lo que constituyó un impedimento en la práctica política; es decir, que no es fácilmente identificable entre un grupo de rebeldes e insubordinados que reclamaban su lugar en la administración y en el Gobierno del virreinato, y un grupo de líderes que encarnaron los principios humanistas y democráticos a favor de la libertad de la Nueva Granada. De hecho, la "limpieza de sangre", una odiosa institución de selección y discriminación social, sobrevivió al modelo educativo implementado luego del 7 de agosto de 1819:

> [...] es de destacar que aún después de la independencia se siguieron levantando informaciones en San Bartolomé, tendientes a preservar la estructura social heredada de la Colonia, dentro de una mentalidad que siguió prevaleciendo. A este propósito, pueden leerse las informaciones levantadas en 1820 sobre un colegial de Barichara, Urbano Pradilla. Allí se puede observar que la única diferencia realmente substancial es, obviamente, el cambio en la lealtad política, que del Rey pasó a la naciente República[37].

36 Ibíd., p. 55-63.

37 Ibíd., p. 63.

Además del ambiente intelectual que unió y fortaleció políticamente a los criollos independentistas en San Bartolomé, el Estado monárquico, sin saberlo, propició un espacio diferente que dio lugar al reencuentro de los ilustrados nacionales, esta vez en torno al reconocimiento de la vastedad y riqueza del territorio. Se trataba de la Expedición Botánica, descrita por John Lynch como un tipo de modernización más cercano a la tecnología que a la política[38].

Con la dirección del maestro y naturalista gaditano José Celestino Mutis, la expedición convocó al más selecto grupo de estudiosos neogranadinos interesados en identificar las posibilidades económicas del territorio. Los nombres de Francisco José de Caldas, Eloy Valenzuela, Francisco Antonio Zea y Jorge Tadeo Lozano, y otros más, entraron a formar parte de esta enriquecedora experiencia. Es importante anotar que la convocatoria fue hecha a lo largo y ancho del territorio, por lo que el grupo de intelectuales fue bastante amplio y tuvo conexiones más allá de Santa Fe con Antioquia, Cauca, o el actual Santander. La consolidación de este vínculo regional fue muy importante porque permitió que los contactos ya establecidos facilitaran que la revuelta por la independencia superara la centralización territorial capitalina.

Un tercer espacio de discusión académica que produjo resultados muy importantes en la construcción del pensamiento independentista lo constituyeron las denominada tertulias, se trataba de lugares de encuentro amparados bajo la clandestinidad; el público asistente era variado, entre jóvenes y adultos, en ellas también participaban las mujeres quienes actuaban como anfitrionas.

Renán Silva afirma en su libro *Los Ilustrados de Nueva Granada, 1760-1808; genealogía de una comunidad de interpretación*, que las tertulias tenían dos características: "comienzan a incluir de manera habitual la lectura de libros, y enfrentan puntos de vista diferentes que tratan de dirimir a través del examen de las distintas opiniones de los asistentes"[39]. Igualmente, señala una descripción más cercana de lo que fueron las tertulias, publicada en un número del *Correo Curioso*: "estaban en buena tertulia y cháchara un viejo… una mujer… un letrado de profesión… y una dama… Hablaban sobre cosas indiferentes y disputaban sobre una jugada". [Pero de un momento a otro hace su interrupción un joven, quien] "traía en la mano un papel impreso", [el que una de las damas solicita, y empieza entonces la lectura colectiva]: "y empezó a leer… [El *Correo Curioso*]"[40]. La caracterización que hace el profesor Silva, en relación a las tertulias, indica varios elementos propios de dichos encuentros: el carácter espontáneo y voluntario con el cual se juntaban los miembros; la acción furtiva que impedía la popularidad del evento en cuanto a los lugares de encuentro y a sus invitados; la libertad de temas que podían tratarse, desde una conversación amena hasta una discusión participativa y deliberante propiciada por un asunto específico; y, finalmente, la selección de documentos que convocaban y argumentaban el debate, este tipo de documentos en ocasiones fueron trabajos manuscritos, una práctica estrategia que soportaba el control de publicación y circulación de textos por parte del gobierno[41].

38 Lynch, John. Hispanoamérica 1750-1850: Ensayos sobre la sociedad y el Estado. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro Editorial, 1987, p. 57.

39 Silva, Renán. Los Ilustrados de Nueva Granada, 1760 – 1808; genealogía de una comunidad de interpretación. Bogotá: Banco de la República, 2002, p. 313.

40 El *Correo Curioso* no. 8, abril 7 de 1801. En: Ibíd., p. 313.

41 Guerra, François Xavier. El escrito de la revolución y la revolución del escrito. Información, propaganda y opinión pública en el mundo hispánico (1808-1814). En: TERÁN, Martha, SERRANO ORTEGA, José Antonio. Eds. Las guerras de la Independencia en la América española. México: El Colegio de Michoacán, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2002, p. 128.

Una carta que don José Celestino Mútis escribió a doña Ignacia Consuegra, su cuñada y madre de su sobrino Sinforoso Mútis, fechada el 21 de abril de 1794, testimonia la existencia de varias tertulias, así como la censura de que fueron objeto y la intervención que el gobierno colonial hacía en ellas a través de alguna forma de espionaje: "Qué crédito fuera el nuestro, si por inconsideraciones de ese niño [Sinforoso] cayese en algunas tertulias (sobre las que hay espías muy secretas) y fuese hallado cómplice en conversaciones peligrosas?"[42]. En efecto, Carlos Altamirano en *Historia de los Intelectuales Latinoamericanos*[43], menciona algunos nombres de tertulias importantes: la "tertulia del Casino", fundada por don Antonio Nariño en 1789, la "tertulia eutropélica" en la que, según el autor, participó don José Celestino Mútis, curiosa afirmación si se compara con el contenido de la carta enviada por este importante hombre a su cuñada Ignacia Consuegra, en líneas atrás, en la cual revela temor por la participación de su sobrino Sinforoso en este tipo de encuentros. Con las tertulias de amigos, libres y espontáneas, vinieron otro tipo de reuniones más privadas, de absoluta clandestinidad, habiendo sido una de ellas la denominada "el Arcano Sublime de la Filantropía", y la "tertulia del Santuario", de las que se afirmaba su vinculación y participación con los principios de la masonería[44], en ellas figuraba el médico francés Luis de Rieux, de quien se dice que en 1793 había sostenido que ya era hora de "sacudir el yugo del despotismo y formar una república independiente a ejemplo de la de Filadelfia"[45].

Pero la alianza ideológica con los ideales norteamericanos y franceses y su contradicción al sistema monárquico, expuestas en las tertulias, fueron objeto de críticas por don Manuel del Socorro Rodríguez, en julio de 1791, desde las páginas del *Papel Periódico,* y posteriormente, en 1794, razón particular de una comunicación privada que escribió para lamentar el estado de descomposición política al que habían llegado los ilustrados neogranadinos:

> Desde la erección en república libre de las provincias angloamericanas, han tomado los pueblos de América un aspecto enteramente distinto del que tenían. Todos cuantos se precian de Ilustrados son una panegirista entusiasta [de los revolucionarios norteamericanos]… la materia común de las tertulias eruditas es discurrir y aún formar proyectos acerca de la facilidad que hay de gozar la misma independencia que ellos gozan". [Además, decía:] "los actuales sucesos de la Francia han dado un nuevo vigor a estos perniciosos raciocinios". [Los participantes en las tertulias] "se dejan transportar demasiado del entusiasmo patriótico" [hasta el punto de] "ponderar los derechos de la naturaleza y de la humanidad" [y de olvidar] "que hay soberanos, leyes y religión[46].

La fuerza social y política que representaron los criollos no fue medida por los burócratas españoles, lo que les dio tiempo para preparar una reclamación sin riesgo de ser controlada. El exceso de confianza de los europeos no les permitió prever la desestabilización que se avecinaba, pero los neogranadinos estaban seguros de que "la independencia debía significar la prevalencia de los derechos de los criollos en la burocracia y la ejecución de sus planes económicos"[47], sin permitir mayores equivocaciones.

42 Silva, Renán. Los Ilustrados de Nueva Granada, 1760 – 1808; genealogía de una comunidad de interpretación. Ob. Cit., p. 115.

43 Myers, Jorge. El letrado patriota: los hombres de letras hispanoamericanos en la encrucijada del colapso del imperio español en América. En: Altamirano, Carlos. Director. Historia de los Intelectuales Latinoamericanos. Buenos Aires: Katz, 2008, p. 125-126.

44 Ibíd., p. 125-126.

45 Palacios, Marco y Safford, Frank. Colombia: país fragmentado, sociedad dividida, su historia. Bogotá: Norma, 2002, p. 173.

46 Ibíd., 171.

47 Garrido, Margarita. Reclamos y representaciones: Variaciones sobre la política en la Nueva Granada. 1780-1815. Bogotá: Banco de la República, 1993, p. 278-279.

Con un capital intelectual finamente elaborado gracias a los conocimientos adquiridos en los colegios santafereños y en la Expedición Botánica, y suficientemente cultivado al interior de los reservados debates gestados en las tertulias, los criollos dieron el paso que les permitiría poner a prueba las capacidades para ser autosuficientes a la hora de asumir la administración del virreinato. En efecto, al comienzo la revuelta se centró en abordar aspectos que daban cuenta del conocimiento acerca del territorio, de las riquezas que fortalecerían la autonomía económica, y por supuesto el manejo de un lenguaje humanista que les facilitaba proponer una organización social más justa y equitativa. Se trataba, entonces, de convocar a todas las fuerzas sociales y convencerlas del camino por seguir desde el liderazgo de sus hermanos americanos.

Sin embargo, mucho se ha dicho acerca de que la reclamación hecha por los criollos a las autoridades virreinales el 20 de julio de 1810, se hizo en razón a su inequitativa participación en la administración pública y política y que, contrariamente, en nada se compadeció con las necesidades del resto de los habitantes del virreinato. Ciertamente, las arengas de "Viva el Rey, muera el mal gobierno" declaraban que la postura de los insubordinados no era totalmente antihispánica. El afecto que manifestaban los euro-americanos por el rey Fernando VII fue expresado en varias oportunidades por los leales vasallos americanos que se aterrorizaban con la suerte de la monarquía española en manos de los franceses:

> Camilo Torres, por ejemplo, cuando se entera del apresamiento de la familia real eleva su plegaria a Dios para que "auxilie y proteja la suerte de la Monarquía Española", en tanto que Frutos Joaquín Gutiérrez escribe mostrando su confianza en la "predilección a la Monarquía Española" que siempre ha declarado la divina providencia, y subrayando entre otros méritos de la monarquía el de haberse proyectado a la América para "restablecer la humanidad degenerada a la nobleza de su primer origen". En un escrito reproducido por el Redactor Americano, por su parte, dan por inconcuso que el Gobierno Monárquico es "el más sabio y el más feliz de todos los sistemas gubernativos", algo que creen verlo dictaminado por la palabra divina, por la razón natural, por los hombres más doctos y por la experiencia[48].

Recuérdese, entonces, que con la instalación de la Junta de Gobierno en Santa Fe los ánimos revolucionarios se desvanecieron y quedó así la preocupación por la organización y dirección de una colonia recién independizada; incluso, las constituciones provinciales que se expidieron entre 1810 y 1815 manifestaron lealtad a la Corona española, un tipo de monarquía constitucional[49] ciertamente extraña, resultado de lo que Annick Lempérière ha denominado una "revolución conservadora". Esta última es también una revolución política en el sentido moderno de la palabra: "después de dimitir a virreyes y capitanes generales, crear instituciones nuevas, juntas soberanas que ejercen los derechos soberanos de la realeza, una 'junta central' que se denomina así misma Majestad"[50].

48 Carta de 20 de agosto de 1808. En: Archivo Histórico Fondo Camilo Torres, Carpeta 156, f. 6; Semanario del Nuevo Reino de Granada, no. 53, 45, enero 1 de 1809, noviembre 6 de 1808; "La voz del patricio leal a sus hermanos con el motivo de la real proclamación del S. D. Fernando VII, y la funesta crisis en que se halla la Monarquía", puesto enseguida del Redactor Americano del Nuevo Reyno de Granada, no. 44, septiembre 19 de 1808. En: Vanegas Useche, Isidro. Todas son iguales. Estudios sobre la Democracia en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 90.

49 "El Montalván". Santafé de Bogotá: Imprenta de Don Bruno Espinosa, febrero 8 de 1812; "Oficio del Sub-Presidente de San Gil mandando publicar la proclama de D. Antonio Baraya inserta". Gazeta Ministerial de Cundinamarca no. 63. Santafé de Bogotá (27, julio, 1812). Ibíd., p. 103.

50 Lempérière, Annick. Revolución y Estado en América Hispánica (1808-1825). En: Thibaud, Clément y Calderón, María Teresa. crds. Las revoluciones en el Mundo Atlántico. Ob. Cit., p. 63.

## Conclusión

La ideología que permitió llegar a la independencia de la Nueva Granada hizo parte del entramado cultural que se tejió con la transformación política vivida a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, entre los continentes europeo y americano, esto es, entre la desintegración del absolutismo monárquico y el surgimiento del Estado de Derecho.

La experiencia política, económica y social recibida de la literatura del momento, surgió de entre los clásicos del mundo griego y romanista y las obras cumbre del liberalismo referidas a la democratización del poder, al garantismo social y al reconocimiento del individuo como sujeto de derechos.

La revolución francesa, el humanismo italiano, la independencia de Estados Unidos y el liberalismo económico inglés, pusieron a la orden del día los textos para entonces denominados "revolucionarios", se trataba de un importante número de títulos de circulación clandestina indizados así por el "Santo Tribunal de la Inquisición"; esta forma de clandestinidad literaria hace pensar en la existencia de una especie de autodidactismo liberal. Así llegaron hasta los criollos neogranadinos, noticias de los más envidiables modelos del liberalismo económico, social y político, a través de las obras de Adam Smith, Benjamín Franklin, Gaspar de Jovellanos, Juan Bautista Say, Jeremy Bentham, Antonio Genovesi, Gaetano Filangieri, John Locke, Charles Louis de Secondat Barón de Montesquieu, Benjamín Constant, Juan Jacobo Rousseau, François-Marie Arouet Voltaire y Cesare Beccaria, entre muchos más.

Semejante alimento intelectual provocó una inevitable polarización ideológica entre los ilustrados americanos y los seguidores del absolutismo español que terminó con la independencia, y entre el grupo mismo de ilustrados, por ejemplo, entre los denominados santanderistas o civilistas y los bolivarianos o militaristas, enfrentados por las ideas de Jeremy Bentham, en otrora guía para el Libertador, a causa de los sucesos ocurridos en septiembre de 1828 conocidos como la noche septembrina. Un segundo momento que evidencia la polarización ideológica entre los ilustrados se dio en 1948 con la creación del partido Liberal por quien fuera el orientador de la clase de política económica en el colegio de San Bartolomé, Ezequiel Rojas, un convencido del manejo de la economía y de las rentas públicas como soportes de progreso y riqueza en un Estado, Ezequiel Rojas dio un temprano golpe al partido Conservador que vería la luz un año después; este sería el comienzo de una brega bipartidista que a futuro traería trascendentales e irreconciliables consecuencias para el Estado y para sus gobernados.

El artículo menciona tres eventos que propiciaron el desarrollo académico e intelectual de la generación de criollos que llevaría al fin del absolutismo monárquico a la Nueva Granada: el requisito denominado "limpieza de sangre" se convirtió en un elemento clave en la formación de la élite intelectual a la cual le estaba reservada la formación académica en la Nueva Granada. Las estrictas condiciones impuestas por la corona española favorecieron a los hijos de españoles nacidos en América, cerrando el círculo social y de poder al que no pudieron acceder miembros de otros sectores sociales que no poseían los abolengos y linajes requeridos.

Las tertulias fueron el complemento perfecto al que accedieron los jóvenes bartolinos para complementar y complejizar las discusiones académicas prohibidas en las aulas de San Bartolomé. Las tertulias funcionaron como escenarios sociales que albergaban la clase intelectual que renovaría la política neogranadina, creando, además, una compacta organización social.

Pero fue la Expedición Botánica el aprendizaje más importante para reconocer el territorio, sus riquezas naturales, sus posibilidades minerales y la variedad de sus gentes. La Expedición Botánica fue la empresa científica del mundo colonial, dirigida por don José Celestino Mútis, sería el instrumento que validaría la autosuficiencia económica que necesitaba conocer la generación neogranadina que declararía la independencia.

Tanto los nuevos modelos europeo y norteamericano, como la conformación de un grupo social e intelectual formado en San Bartolomé, los debates en las tertulias y la nueva visión del territorio logrado mediante la Expedición Botánica, actuaron como un boomerang que, con el tiempo, se le devolvería al sistema colonial monárquico que no pudo controlar los avances intelectuales de un grupo que se había formado para trabajar por su transformación. La corona, convencida en que la restricción por la fuerza era suficiente para contener a sus súbditos en América, se tardó casi treinta años, si se tiene en cuenta que la Expedición Botánica inició en 1783, en comprobar que la preparación intelectual daría sus frutos en 1810.

## Bibliografía

Altamirano, C. (Director) (2008). *Historia de los Intelectuales Latinoamericanos*. Katz

Archivo Histórico de la Casa de la Cultura *Horacio Rodríguez Plata*, Socorro Santander (AHSS). Fondo Notarial. Protocolo 1802, folios 757-786.

Boletín de la Academia Nacional de Historia (1989). 285, Tomo LXXII, enero-marzo.

Calderón, M. T., & Thibaud, C. (2006). *Las revoluciones en el mundo atlántico*. Universidad Externado de Colombia.

Laslett, P. (1987). *El mundo que hemos perdido, explorado de nuevo*. Versión española de N. A. Míguez. Alianza Editorial.

Chust, M. (Ed.) (2010). *Las Independencias Iberoamericanas en su laberinto: Controversias, cuestiones e interpretaciones*. Universidad de Valencia.

Domínguez, J. *Insurrección o lealtad. La desintegración del Imperio Español en América.* Fondo de la Cultura Económica, 1985.

Escobar Villegas, J. C., & Maya Salazar, A. L. (2011). *Ilustrados y republicanos. El caso de "La ruta de Nápoles" a Nueva Granada*. EAFIT.

Garrido, M. (1993). *Reclamos y representaciones: Variaciones sobre la política en la Nueva Granada*. 1780-1815. Banco de la República.

Gómez Hoyos, R. (1962). *La revolución granadina de 1810: Ideario de una generación y de una época, 1781-1821*. Temis.

González Vargas, F. (1971). *Memorias.* Bedout.

Guerra, F-X. (1995). *Las revoluciones Hispánicas: Independencias americanas y liberalismo español.* Editorial Complutense.

Hernández De Alba, G. & Lozano y Lozano, F. (1944). *Documentos sobre el doctor Vicente Azuero*. Imprenta Nacional.

Historia que no cesa: La Independencia de Colombia 1780-1830 (2010). Universidad del Rosario.

Jaramillo Mejía, W.(1996). *Nobleza e Hidalguía. Colegio Mayor y Seminario de San Bartolomé. Colegiales de 1605 a 1820*. Instituto de Cultura Hispánica.

López Domínguez, L. H. (Comp). (1993). *Obra Educativa: La Querella Benthamismta 1748-1832*. (Tomo IV). Biblioteca de la Presidencia de la República, Fundación para la conmemoración del Bicentenario del Natalicio y el Sesquicentenario de la muerte del General Francisco de Paula Santander,

Lynch, J. (1976). *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*. Editorial Ariel.

Lynch, J. (1987). *Hispanoamérica 1750-1850: Ensayos sobre la sociedad y el Estado*. Universidad Nacional de Colombia, Centro Editorial.

Molino García, R. (2010). Nosotros, los clásicos: La antigüedad grecorromana en la primera república colombiana. In P. Rodriguez Jiménez (Dir.), Historia que no cesa: La independencia de Colombia 1780-1830. Universidad del Rosario.

Moreno de Ángel, P. (1989). *Santander*. Planeta Colombiana Editorial.

Ocampo Lopez, J. (1990). *¿Qué es el liberalismo colombiano?* Plaza y Janés.

Palacios, M. & Safford, F. (2002). *Colombia: País fragmentado, sociedad dividida, su historia*. Norma.

Rodríguez Plata, H. (1963). *La Antigua Provincia del Socorro y la Independencia*. Publicaciones Editoriales.

Ruíz Martínez, E. (1990). *La librería de Nariño y los derechos del hombre.* Editorial Planeta.

Silva, R. (2002). *Los Ilustrados de Nueva Granada, 1760 – 1808; genealogía de una comunidad de interpretación*. Banco de la República.

Terán, M. & Serrano Ortega, J. A (Eds.). (2002). *Las guerras de la Independencia en la América española*.El Colegio de Michoacán, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Vanegas Useche, I. (2010). *Todas son iguales: Estudios sobre la Democracia en Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

Data de recebimento: 23/09/2020

Data de aprovação: 13/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# La constitución republicana española de 1931 y su ambiente intelectual en la Asamblea Constituyente brasileña de 1933-1934

*A Constituição Republicana Espanhola de 1931 e seu ambiente intelectual na Assembleia Constituinte brasileira de 1933-1934*

*The Spanish Republican Constitution of 1931 and its intellectual environment in the Brazilian Constituent Assembly of 1933-1934*

**Ezequiel Abásolo**[1]

1 Universidad Católica Argentina.

## RESUMO

Nessa contribuição -que se baseia na exaustiva verificação dos diários de sessão da assembléia- examina-se um aspecto da formação da constituição de 1934, durante a Era Vargas. Esse é o importante papel atribuído pelos constituintes brasileiros à constituição republicana espanhola de 1931 e à doutrina a ela ligada.

**Palavras-chave:** Constituiçâo de 1934, Era Vargas, Direito espanhol, transplantes legais, história comparada do direito, constituição republicana espanhola de 1931.

## ABSTRACT

This contribution -based on an exhaustive check of the assembly's session diaries- examined an aspect of the formation of the Brazilian constitution of 1934, during the Era Vargas. It is about the significant role assigned by the Brazilian constituents to the Spanish republican Constitution of 1931 and the literature of the experts.

**Keywords:** Brazilian Constitution of 1934, Era Vargas, Spanish law, legal transplants, comparative legal history, spanish republican Constitution of 1931.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78721

## Introducción

Integrada a un proyecto científico mayor[2], esta colaboración me aproxima una vez más a la constitución brasileña de 1934, a sus fuentes y al ambiente político e intelectual de su formación. En concreto, en esta oportunidad me ocupo de indagar sobre un fenómeno que ha pasado desapercibido tan por parte de la historiografía jurídica brasileña, como por la de otras latitudes. Me refiero a la gravitación ejercida en el Brasil por varias contribuciones jurídico políticas hispanas, muchas de ellas vinculadas con la aparición de la ley fundamental republicana de 1931.

Si bien la referida constitución española contó con una efímera vida, en tanto que su vigencia fue aplastada por los militares sublevados en 1936, tras una cruenta guerra civil, para el momento en que se reunieron los constituyentes brasileños de 1933 el documento español aparecía como una lozana promesa hacia el futuro. Siendo uno de los primeros frutos de la República -establecida en abril de 1931-, a tono con el extendido clima jurídico de la época en esta constitución no sólo se plasmó un cambio de régimen político (artículo 1), sino también una profunda renovación de varios de los principios basales del constitucionalismo tradicional[3]. Basten mencionar, entre otros, el abandono de la confesionalidad del estado (artículo 3), la constitucionalización del derecho internacional (artículo 7), la admisión del divorcio (artículo 43), y el sometimiento de la propiedad privada a los intereses de la economía nacional (artículo 44). El profesor Sebastián Martín entiende que estos nuevos dispositivos se integraron en un ambiente de modernización del discurso de los expertos sobre las funciones sociales del derecho y de simultánea europeización de la ciencia jurídica[4]. En cuanto al concreto itinerario de su realización, téngase presente que para comienzos de mayo de 1931 las autoridades republicanas convocaron a elecciones para integrar una Asamblea constituyente y establecieron una Comisión Jurídica Asesora, destinada a preparar un anteproyecto de constitución[5], teniendo lugar los comicios de marras el 28 de junio de 1931. Las reuniones de lascortes constituyentes se iniciaron en julio, y la nueva ley fundamental terminó siendo aprobada el 9 de diciembre del mismo año[6].

## Despliegue del interés brasileño por el derecho español durante los años ´30

Rara vecesatendida en el Brasilantes de la década de 1930, lasexperiencias jurídicopolíticas españolaspasaron a ocupar los primeros planos de la opinión local a partir delaño 1933,

2 Se trata del proyecto IUS-UCA (2019-2021) "Conservar, adaptar, reformar, sustituir. Itinerarios de las mudanzas en la codificación y en el constitucionalismo argentinos durante la primera mitad del siglo XX y sus vinculaciones con otras experiencias iberoamericanas" (Código 800 201901 00003 CT).

3 Respecto del ambiente jurídico que anticipó y preparó el establecimiento de la República, véase Alonso, C. A. (2017). El estado social de la Segunda República española (1931). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.* 46.

4 Cfr. Sebastián Martín, "Modernización doctrinal, compromiso técnico, desafección política. Los juristas ante la Segunda República", en Gordillo Pérez, L. I., Martín, S., y Vázquez Alonso, V. J. [dirs.]. (2017). *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español.* (p. 47). Marcial Pons.

5 Santos Juliá, (2009). *La constitución de 1931*. (Vol. 8, pp. 34 y 35) Iustel.

6 Sobre el proceso formativo de la constitución de 1931, véase Suanzse-Carpegna, J. V. (2017). La constitución española de 1931 (fuentes, rasgos, influencias). In Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac,Gregor, E. *Influencia extranjera y transcendencia internacional. Derecho comparado. Primeira parte.* Secretaria de Cultura, INEHRM, Senado de la República, Universidad Nacional Autónoma de México.

llegando hasta a aplaudirse en los medios periodísticos algunas novedades jurídicas ibéricas, como el temprano reconocimiento de los derechos políticos de la mujer[7]. Una evidencia incontrastable del novedoso clima jurídico brasileño prohispano lo ofrece la mudanza en la "Relación de obras ingresadas" a la biblioteca de la prestigiosa Facultad de Derecho de São Paulo. Mientras que para 1932 las únicas incorporaciones españolas consistieronen los primeros seis volúmenes de la *Crónica de las Cortes Constituyentes*de 1931*,* editada por Arturo Mori, durante los nueve meses iniciales del año siguiente, además de los volúmenes 7 a 12 de la misma *Crónica,* se sumaron a la bibliotecalas siguientes obras y ediciones, en su mayor parte por compra: los códigos civil, comercial y penal españoles; la *Rebelión de las Masas*, de José Ortega y Gasset; el *Derecho Administrativo y Procesal de las corporaciones de trabajo*, de Alejandro Gallart Folch, publicado en Barcelona en 1929; la *Introducciónal derecho mercantil comparado,* de Agustín Vicente y Gella; el *Estudio crítico de la teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, de Luis Legaz y Lacambra; *La idea pura del Estado* y los *Principios de sociología*, ambos de Adolfo González Posada; la obra de Joan Vallés y Pujals, *Del préstamo a interés, de la usura y de la hipoteca*; *Endocrinología y criminalidad*, de Funes M.Ruiz; *La responsabilidad médica y el nuevo código penal*, de Vilanova y Morales; un texto de derecho administrativo del profesor de Murcia Recaredo Fernández de Velasco y Calvo; un tomo del *Derecho Penal,* de Eugenio Cuello Calón; *La acción declarativa*, de Leonardo Prieto Castro; y las *Lecciones de legislación del trabajo*, de Juan Balella[8].

Por cierto, no resultó ajeno a esta singular situación el genérico predicamento alcanzado por el método jurídico comparatista, el cual, a semejanza de lo que venía sucediendo en Europa desde hacía décadas[9], también envolvía la atmósfera de trabajo de los operadores del derecho iberoamericanos desde las postrimerías del siglo anterior. De este modo, en el Brasil en concretolos prestigios del comparatismo habían dado lugar a comienzos de la centuria, tal como lo recordaría en el seno de la misma asamblea constituyente el jurista gaúcho Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, al establecimiento de referencias universitarias de legislación extranjera, con las cuales "cansava-se a memoria dos rapazes com a obrigaçâo de, ao citar um texto, declarar qual o número do artigo correspondente do Codigo Frances, Hespanhol, etc."[10]. Sin embargo, entiendo que lo que realmente gravitó en este fenómeno fueron otros dos factores. Por un lado, la formidable curiosidad que todo lo vinculado con la posible renovación del derecho nacional suscitaba entonces entre los operadores jurídicos brasileños, particularmente en lo relativo al derecho público, tópico que, tal como se planteaba incluso en el nivel de la prensa periódica, se encontraba "más que nunca, en boga" en el país[11]. Por otro, no debe dejar de considerarse el ambiente de conmoción normativa universal, que iniciado con la reforma constitucional mexicana de 1917, y protagonizado por la sucesión de nuevas constituciones europeas aparecidas tras la primera posguerra -con la constitución alemana de Weimar a la cabeza-, pareció culminar con la sanción de una constitución republicana española que proporcionó en varios

7 Cfr. el artículo (1932, 5 fevereiro). Os direitos políticos da mulher na Espanha republicana. In *Jornal do Brasil.* p. 8.

8 Cfr. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 29 (1929), p. 457 y sigs.

9 Sobre este asunto, véase Soleil, S. (2017). Pourquoi comparait-on les droits au XIX siècle?. *Clio@Themis*. 13. https://www.cliothemis.com/Pourquoi-comparait-on-les-droits

10 Sesión 10, 27 de noviembre de 1933, *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte 1933/1934*(en adelante, *AAC 1933-1934*), t. 1, p. 423. Sobre el jurista citado, puede consultarse Ezequiel Abásolo, "Los *Comentarios a la Constitución* de Carlos Maximiliano Pereira dos Santos y la repercusión de la cultura jurídica argentina en el Brasil durante la primera mitad del siglo XX", en *Revista de Historia del Derecho* (Buenos Aires), núm. 47 (enero-junio de 2014).

11 Cfr. el artículo "Bibliografía", en *Jornal do Brasil* (Rio de Janeiro), 26 de diciembre de 1933, p. 12.

rincones iberoamericanos significativas referencias para la elaboración de un nuevo derecho constitucional[12]. Así las cosas no resulta sorprendente que al decir del constituyente y sacerdote católico Manuel Leoncio Galrão en la convención constituyente brasileña de 1933/1934 España y sus experiencias resultasen invocadas "a toda hora"[13].

Mientras que importantes medios de la prensa periódica carioca admitieron desde sus columnas que "os assuntos de Direito Publico estão hoje, mais do que nunca, em voga no Brasil"[14], la extendida curiosidad de entonces por la situación del derecho constitucional comparado propició empresas como la de Víctor Viana, quien en 1932 publicó un pequeño volumen titulado *A Nova constituição hespanhola: liberalismo, democracia*. Por otra parte, y en cuanto al papel intelectual ejercido durante aquellos días por España en el proceso de renovación jurídica del Brasil, no podemos dejar de mencionar el impacto que supuso la difusión en el país de materiales oriundos de otra latitudes. Al respecto, sabemos que en la asamblea constituyente brasileña se recurrió a la siguientes traducciones castellanas editadas en España: de Adolfo Weber, *La economía mundial al alcance de todos,* traducción española de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1933; de John Donaldson, la traducción española de sus *Relaciones económicas internacionales* (publicada originariamente en Nueva York por Longmans, Green & Co. en 1928 en un volumen de alrededor de 700 páginas),efectuada por Manuel Vallvé y Evenor Hazera, Barcelona, El Consultor Bibliográfico, 1930, pp. 100-111[15]- y de Mouskheli, su *Teoría Juridica del Estado Federal,* publicada en 1931[16].

## Relevancia y consideración de la constitución republicana española de 1931 en la asamblea constituyente brasileña de 1933-1934

Sea en el sentido que fuere -a favor o en contra- lo cierto es que la constitución española de 1931 lejos permaneció de resultar indiferente a los constituyentes brasileños. Por el contrario, su invocación se convirtió en un verdadero tópico[17]. Así, para el abogado y periodista bahiano Joao Pacheco de Oliveira[18], convencido de que los fundamentos de la nueva organización de los estados debían asentarse sobre el principio de la solidaridad humana, subordinando cada vez más los intereses individuales a los de las colectividades y clases, bastaba "lançar um golpe de vista sobre as constituiçôes mas recentes",como la española, para comprobar su aserto. Oliveira sostuvo también que el segundo párrafo del artículo 94 de la constitución española de 1931 –que consagraba que la República garantizaba "a los litigantes económicamente necesitados la

12 Cuento con referencias sobre el significativo impacto de la constitución española de 1931 en las reformas constitucionales y en la elaboración doctrinaria de Perú, Uruguay, Argentina y Colombia.

13 Enmienda 759, proponiendo la supresión de la letra d, parágrafo 1, del artículo 138 del anteproyecto de constitución, en *AAC 1933-1934*, t. 18, p. 392.

14 *Jornal do Brasil*, 26 de diciembre de 1933, p.12. "Bibliografía".

15 Cfr. el comentario bibliográfico contemporáneo sobre esta obra, aparecido en Chicago en el *Journal of Political Economy,* vol. 37, núm. 3 (junio de 1929), p. 357 y sigs. Justificación de la enmienda 413, relativa a competencias tributarias, presentada el 18 de diciembre de 1933 por los convencionales Joao Alberto Lins de Barros, Arruda Camara, Augusto Cavalcanti y Agamemnon Magalhaes. En *AAC 1933-1934*, t. 4, pp. 63 y 64.

16 *AAC 1933-1934*, t. 3, pp. 324 y 325.

17 Véase un ejemplo en la sesión 90, de 9 de marzo de 1934, en *AAC 1933-1934*, t. 11, p. 35.

18 Véase Christiane Jalles de Paula y Fernando Lattman-Weltman, *Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro*, 3ra. edición, disponible en cpdoc.fgv.br (en adelante, *DHBB*), voz "Joao Pacheco de Oliveira".

gratuidad de la Justicia"- era la fuente inmediata del artículo 64 del anteproyecto constitucional brasileño -que desapareció de la redacción definitiva de la ley fundamental sancionada- le concedía a los pobres la gratuidad de la administración de justicia[19].En apoyo de la enmienda presentada el 22 de diciembre de 1933 proponiendo la sustitución del artículo 91 del proyecto oficial y la consagración de la inamovilidad de los funcionarios públicos y de un régimen especial de jubilación, antigüedad y licencias, sus autores -que fueron los constituyentes Nogueira Penido, Moraes Paiva, Ferreira de Souza y Luis Sucupira- se apoyaron en "os principios de um socialismo racional e adiantado, e segundo a tendencia das Constitucôes modernas, notadamente dos Códigos de Weimar (artigos 129 e 130) e de Madrid (artigos 40 e 41)"[20].Por su parte, Lino de Morais Leme, profesor de derecho civil en la Universidad de Sao Paulo[21], aludió al principio de la soberanía popular de los poderes estatales, conforme se lo consagraba, entre otras, la constituciónespañola[22], mientras que la médica paulista y primera mujer en actuar como convencional constituyente del Brasil, Carlota Pereira de Queirós[23], fundó su propuesta de inclusión de los derechos femeninos, entre otros, en el artículo 36 de la constitución española, que concedía "os mesmos direitos eleitorais a cidadâos de um e outro sexo"[24].Lejos del entusiasmo de los anteriores testimonios por la ley fundamental peninsular, un sector de la asamblea constituyente liderado por el ingeniero civil e industrial Alexandre Siciliano Junior[25] pretendió evitar la incorporación de un dispositivo equivalente al previsto en el párrafo quinto del artículo 44 de la constitución española de 1931, que disponía que el estado podría "intervenir por ley [en] la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional"[26].

Entre otros testimonios más sobre la deferencia asignada a la constitución española de 1931 puede recordarse al criticar, por su potencial conflictividad, la existencia de poderes concurrentes entre el gobierno federal y los gobiernos estaduales, el abogado fluminense y dirigente de la prestigiosa Ordem dos Advogados do Brasil Levi Fernandes Carneiro[27]sostuvo, entre otros argumentos-aunque sin brindar mayores precisiones-, que en la constitución española de 1931 se establecía que la eventual colisión entre competencias con las regiones autónomas, prevalecían lasdel Estado español[28].También que ante la posibilidad de incorporar a la estructura constitucional brasileña un Consejo Supremo, tal como lo había propuesto en su momento Afrânio de Melo Franco, primer canciller de Getulio Vargas y responsable de dirigir los destinos de la denominada Subcomisión de Itamaraty –la cualpreparó el anteproyecto de

19 *AAC 1933-1934,* sesión 117, 10 de abril de 1934, t. 13, p. 543. El texto del artículo 64 del anteproyecto puede consultarse en *AAC 1933-1934*, t. 1, p. 146.

20 *AAC 1933-1934*, t. 4, p. 251.

21 Voz "Lino de Morais Leme", en *DHBB*.

22 *AAC 1933-1934,* sesión 137, 5 de mayo de 1934, t. 16, p. 412.

23 Voz "Manuel Leoncio Galrão", en *DHBB*.

24 Sesión 93, 13 de marzo de 1934, en *AAC 1933-1934,* t. 11, p. 273.

25 Sônia Dias, voz "Alexandre Siciliano Junior", en *DHBB*.

26 *AAC 1933-1934*, t. 19, p. 398. La cita del artículo de la constitución española está en castellano en el original.

27 Robert Pechman, voz "Levi Fernandes Carneiro", en *DHBB*.

28 Sesión 142, 11 de mayo de 1934, en *AAC 1933-1934*, t. 20, p. 336. Véase al respecto lo que establecía el artículo 21 de la constitución española de 1931.

reforma constitucional, en 1933[29]-, el abogado oriundo de Pernambuco con actuación pública en Amazonas, Leopoldo Tavares da Cunha Melo[30], se manifestó contrario a la propuesta en dictamen suscripto el 26 de enero de 1934. En su lugar, se inclinó por una solución próxima a la prevista por el artículo 93 de la constitución española –que contemplaba el dictado de una ley especial que regularía la creación y el funcionamiento de órganos asesores y de ordenación económica de la Administración, del Gobierno y de las Cortes-, lo cual consideró una interesante propuesta conciliadora[31].

Como posible explicación de la abundancia de argumentos brasileños fundados en referencias españolas, creo entrever comunes actitudes constitucionales de inspiración sociológica entre brasileños y españoles. Al respecto, entiendo por demás sugestivas opiniones como la del convencional Hugo Napoleão, quien no por nada sustentaba su juicio en el criterio del profesor español Luis Recaséns Siches. "A nossa futura Constituiçâo -decía el convencional brasileño citado- deverá obedecer as normas gerais do Direito, mas não escravizar-se ao rigorismo da técnica jurídica, quando esta colida com as nossas necessidades sentidas. Façamo-la com a técnica com que os juristas fazem os contratos de Direito Privado, isto é, obedecendo ás normas objetivas e subjetivas que são impostas á sua eficácia pelas leis civis ou comerciais, mas contendo cláusulas claras e precisas que traduzam fielmente a vontade das partes na sua mais extensa compreensibilidade, embora sem obediência ás minutas clássicas dos formulários. O que é preciso, sobretudo ... é que, na frase de Recasens, a nossa Constituiçâo seja impregnada da palpitação das ruas e afervorada pela emoção popular"[32].

## Encumbramiento de la inclinación brasileña hacia la cultura jurídico política española

Como ya se ha anticipado, como consecuencia de la profunda simpatía que suscitóentre los brasileños la constitución republicana española cobró fuerza en el país una desconocida atención sobre una pluralidad de productos intelectuales peninsulares, más allá del texto de la ley fundamental de 1931.Así, entre algunas de las más curiosas expresiones de esta tendencia que se evidenció en el curso de los debates constituyentes brasileños me viene a la memoria la referencia hecha a *De Iustitia et Iure*,del jesuita Luis de Molina (1535-1600),como parte de una erudita argumentación anticlerical del constituyente socialista Zoroastro Gouveia,nacido en Bahia y graduado de bacharel por São Paulo[33]. Entiendo análoga en sus pretensiones, aunquedotada de rasgos menos exóticos, la decisión de los convencionales Odilon Braga, Pires Gayoso y Abel Chermont de recurrir al exitoso *Diccionario de Legislación y Jurisprudencia*decimonónico

29 Paulo Brandi, voz "Afrânio de Melo Franco", en *DHBB*.

30 Vilma Keller, voz "Leopoldo Tavares da Cunha Melo", en *DHBB*.

31 *AAC 1933-1934*, t. 10, p. 418.

32 *AAC 1933-1934*, sesión de 29 de noviembre de 1933, t. 1, p. 450.

33 Sesión 118, 11 de abril de 1934, en *AAC 1933-1934*, t. 14, p. 105. Sobre la actuación de Zoroastro Gouveia durante la época de la Asamblea, puede consultarse Dainis Karepovs, "PSB-SP: socialismo e tenentismo na constituinte de 1933-34", en *Esboços: histórias em contextos globais* (Florianopolis), núm 16 (2006).

del español Joaquín Escriche -cuya primera edición data de 1831[34]- para explicarle a los colegas del recinto el significado del verbo *promulgar*[35].Por su parte, el bacharel fluminense Antônio Máximo Nogueira Penido también acudió a otro argumento español decimonónico. En efecto, al manifestarse en pro de que la Asamblea sancionase una amplia amnistía nacional, Nogueira

Penido reprodujo varios trechos de un elocuente discurso pronunciado el 8 de marzo de 1869 por el tribuno español Emilio Castelar, en el ámbito de una asamblea constituyente peninsular[36].

En cuanto a autores contemporáneos, digamos ahora que durante el curso de los debates constituyentes le cupo al abogado y periodista gaúcho Pedro Vergarainvocar la opinión del intelectual y diplomático español Salvador de Madariaga, reconocido entonces como autor del libro *Ingleses-franceses-españoles* -cuya primera edición en la lengua de Shakespeare apareció en 1928, y fue considerado por nuestro convencional como un aporte "notable, por su profundidad y minuciosa capacidad de análisis"[37]-. Por aquel entonces Madariaga se desempeñaba simultáneamente como embajador de su país en Francia y como delegado permanente de la República Española ante la Sociedad de las Naciones[38].Unos meses antes, para apoyar su punto de vista sobre el creciente imperio de la técnica jurídica en el constitucionalismo surgido tras la Guerra Mundial, el ya mencionado Levi Fernandes Carneiro invocó la opinión del profesor de la Universidad de Madrid Nicolás Pérez Serrano, quien había destacado la "hiper-valorização da forma"en la constitución española[39]. Tiempo después, por su parte, el abogado y periodista mineiro Belmiro de Medeiros hizosuyas las palabras que Carlos García Oviedo, catedrático hispalense de derecho administrativo y futuro rector de la Universidad de Sevilla,incorporó en su libro *El constitucionalismo de la posguerra*. Aclaro que García Oviedo fue un autor que también suscitó la elevada consideración de una de las principales figuras en la elaboración de la constitución brasileña de 1934. Me refiero a Carlos Maximiliano Pereira dos Santos. Así lo

34 Sobre la obra citada puede consultarse con provecho María del Refugio González, "El derecho indiano en el *Diccionario de Escriche* anotado por Rodríguez de San Miguel", en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano,* t. I, México, Escuela Libre de Derecho-Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico D.F., 1995, p. 543 y sigs.; y Ana María Barrero, "Los repertorios y diccionarios jurídicos desde la Edad Media hasta nuestros días (Notas para su estudio)", *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. 43 (1973), p. 341. En cuanto algunos aspectos de la circulación de este *Diccionario* en Hispanoamérica durante el siglo XIX, puede verse Alberto David Leiva, "El rol de la Librería Internacional en la difusión de la literatura jurídica. El caso de Rosa & Bouret en el Río de la Plata", *Revista de Historia del Derecho*, núm. 33 (2005), pp. 165 y 168.

35*AAC 1933-1934*, t. 17, p. 483. La edición parisina de 1851 del *Diccionario* de Escrichepuede consultarse actualmente en biblio.juridicas.unammx/libros/1/364/1.pdf.

36 La cita de Nogueira Penido se produjo en la sesión 33, de 23 de diciembre de 1933, en *AAC 1933-1934,* t. 5, p. 25. En su peroración, Castelar dijo: "Al fin, los delitos comunes sufren el rigor de la ley y el rigor de la conciencia humana; pero en los delitos políticos el criterio cambia todos los días. El ajusticiado de ayer es el mártir de mañana. El cadalso se convierte en un altar, donde van las jóvenes generaciones a inspirarse en el númen del progreso. Hoy bebemos el lictor del pensamiento libre en la misma copa donde Sócrates bebía la cicuta. La cruz, el patíbulo del esclavo; la cruz, el símbolo de todas las ignominias de las antiguas sociedades, es hoy la cúspide de todas las virtudes y grandezas en la sociedad moderna". Cfr. Emilio Castelar, *Discursos parlamentarios de Don Emilio Castelar en la Asamblea Constituyente*, t. I, Madrid, Carlos Bailly-Bailliere, 1871, p. 69. Respecto de la figura de Castelar, pueden consultarse con provecho: Nancy Rosenblat, "Emilio Castelar, teórico, publicista y político republicano", *Revista de Estudios Políticos,* núm. 186 (1972). María del Carmen García Tejera, "Biografía de Emilio Castelar", en https://www.ensayistas.org/filosofos/spain/castelar/biografia.htm (consultado el 1 de diciembre de 2020).

37 Citado en *AAC 1933-1934*, sesión 134, 2 de mayo de 1934, t. 16, pp. 223 y 224.

38 Sobre este autor, puede verse Pedro Carlos González Cuevas, "Salvador de Madariaga, pensador político". En *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 66 (octubre-diciembre de 1989).

39 Véase la sesión 3, de 18 de noviembre de 1933, en *AAC 1933-1934*, t. 1, p. 249. Sebastián Martín proporciona una interesante caracterización de Pérez Serrano en el estudio preliminar a Francisco Ayala, Eduardo L.Llorens y Nicolás Pérez Serrano, *El derecho político de la Segunda República*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2011.

atestiguan los términos de una misiva que el jurista gaúcho le dirigió a Getulio Vargas en 13 de octubre de 1932. En efecto, en la misma calificó al profesor sevillano como una alta autoridad en Derecho Público[40]. Volviendo ahora a los conceptos del maestro español seguidos concretamente por Belmiro de Medeiros, éste reprodujo lo siguiente: el estado "já não é um organismo como fora antes -méra entidade aseguradora de pessoas e bens. O papel do Estado *gendarme* passou á história. O Estado, hoje, despido das insígnias do velho liberalismo, pretende erigir-se em agente vigilante do bem estar social, mediante a organização de uma vasta trama de serviços"[41].

## Las mayores contribuciones intelectuales españolas

Más allá de lo dicho hasta el momento, lo cierto es que del conjunto de múltiples referencias doctrinales españolas invocadas por los constituyentes brasileños de la década del ´30 sobresalieron, por la mayor frecuencia en su cita, los nombres de tres distinguidos intelectuales de la época. Se trata de Adolfo González Posada, de José Ortega y Gasset, y de Luis Jiménez de Asúa.Los tres permancieron especialmente cercanos a la formación de la constitución republicana española de 1931. González Posada como integrante de la comisión redactora de su anteproyecto y como posterior comentarista del texto sancionado, mientras que Ortega y Gasset y Jiménez de Asúa hicieron lo propio como diputados en las Cortes que lo aprobaron.

El caso del profesor asturiano Adolfo González Posada -también identificado como Adolfo Posada, a secas, tanto en Brasil como en su propia patria- es el de un intelectual maduro y de fuste, ya consagrado décadas atrás,no sólo en su país sino en el resto deEuropa y en toda Hispanoamérica[42]. Precedido su prestigio en tanto que autor de un *Tratado de Derecho Político*, de un estudio preliminar a la edición de las *Constituciones de Europa y América,* efectuada en 1927,y de una serie de publicaciones en francés sobre la constitución republicana española[43], las referencias a sus puntos de vista, experiencias e informaciones no resultaron infrecuentes en las discusiones brasileñas de 1933 y 1934. Calificado como "notável autor de Direito Público" por el abogado bahiano y futuro Director de la Casa Rui Barbosa, Homero Pires, y también reconocido por el ya recordado abogado mineiroy líder de la UDN durante la década de 1940, Odilon Braga[44], Posada también fue tenido en alta consideraciónpor otros destacados convencionales brasileños, debiendo lamentarme que, infelizmente y por el momento aún no he podido identificar con precisión el origen cierto de varias de las citas del profesor español que se localizan en el cuerpo de los diarios de sesiones. En cuanto al particular,el convencional alagoano y oficial del

40 Cfr. Fundação Getulio Vargas, Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC), Arquivo Getulio Vargas, pieza (GV) c.1932.10.13.

41 La cita de las pp. 101 y 110 del libro de Carlos García Oviedo - publicado en 1931 en Sevilla en la Tipografía de M.Carmona- se efectuó en la sesión 131, de 27 de abril de 1934, de la asamblea constituyente brasileña. Cfr. *AAC 1933-1934*, t. 16, p. 48. Los datos biográficos de Belmiro de Medeiros han sido tomados del *Dicionário Biográfico Brasileiro*, mientras que los de Carlos García Oviedo fueron consultados el 23 de octubre de 2014 de http://sevillanosilustres.wikispaces.com.

42 Sobre Adolfo González Posada, su pensamiento y su obra, pueden consultarse: Ángel Luis Sánchez Marín, "La concepción de la sociedad y del estado en Adolfo Posada", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho,* núm. 6 (2002/2003). Mónica Soria Moya, *Adolfo Posada: teoría y práctica política en la España del siglo XIX,* Valencia, Universitat de Valencia, 2003. Joaquin Varela Suanzes-Carpegna, "La trayectoria intelectual y política de Adolfo Posada", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25 (2010).

43 Cfr. Adolfo Posada, "Avant-projet de constitution espagnole", *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*(octubre--diciembre de 1931). La Constitution de la République espagnole du 9 décembre 1931, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*(abril-junio de 1932). Adolfo Posada, *La nouvelle constitution espagnole. Le régime constitutionnel en Espagne, évolution, textes, commentaires* (con prefacio de Joseph Barthélemy y Boris Mirkine-Guetzevitch), Paris, Recueil Sirey, 1932.

44 *AAC 1933-1934,* t. 2, pp. 82 y 84, sesión 17, 5 de diciembre de 1933.

Ejército Agenor Monte -conforme con el cual "o estado deve ser considerado uma consequencia natural das sociedades organizadas, no desejo imensurável do bem estar coletivo"- hizo suyas aquellas palabras del profesor español, de acuerdo con las cuales "a vida social se desdobra em uma série de necessidades e em um sistema de meios para satisfazé-las"[45].Ocupándose del alcance del concepto de representación, por su parte, el abogado paulista Lino de Morais Leme tomó unos conceptos de Posada a tenor de los cuales "a atividade política não pode realizar-se senão através dos membros do Estado, que são naturalmente -sociológicamente – seus orgãos, e jurídicamente seus representantes"[46]. Asimismo, para el bacharel fluminense Antônio Máximo Nogueira Penidoel pensamiento de Adolfo Posadamerecia especial consideración en cuanto afirmaba que "uma nacão não se compõe somente de individuos e de grupos de individuos, formando partidos políticos e sociais, mas também dos grupos fundados sobre a comunidade dos interesses e dos trabalhos, os grupos profissionais e sindicatos"[47]. Amén de lo anterior, la obra de Posada tambiénsirvió de fuente de información del derecho comparado, permitiéndole, por ejemplo, al abogado pernambucano José Tomás da Cunha Vasconcelos acceder al conocimiento de la organización estatal argentina y cubana en materia de territorios nacionales[48].

Respecto de José Ortega y Gasset, pensador y publicista de renombre universal[49], en cuanto a su mención en el curso de los debates constituyentes brasileñospuedo recordar ahora que el abogado fluminense y futuro ministro del Superior Tribunal Federal (1965-1968) José Eduardo de Prado Kelly[50] admitió no tener "duvidas sobre a verdade da frase de Ortega y Gasset, de que o fato mais importante da atual vida pública é o advento das massas ao pleno poderío social"[51].Por su parte, el militar cearense y convencional por Pernambuco Humberto Moura-[52]adoptó con ligeros cambios las palabras vertidas por el pensador peninsular en *La Rebelión de las Masas,* conforme con las cuales "la vida creadora supone un régimen de alta higiene, de gran decoro, de constantes estímulos, que excitan la conciencia de la dignidad. La vida creadora es vida enérgica, y esta sólo es posible en una de estas dos situaciones: o siendo uno el que manda, o hallándose alojado en un mundo donde manda alguien a quien reconocemos pleno derecho para tal función; o mando yo, u obedezco. Pero obedecer no es aguantar -aguantar es envilecerse-, sino, al contrario, estimar al que manda y seguirlo, solidarizándose con él, situándose con fervor bajo el ondeo de su bandera"[53].Asimismo, el abogado cearense Valdemar Falcão, profesor universitario de Economía Política y de Derecho Administrativo, Ministro de Trabajo del Brasil entre 1937 y 1941, e integrante del Superior Tribunal Federal durante los años 1941

45 *AAC 1933-1934*, t. 16, p. 175, sesión 133, 30 de abril de 1934.

46 *AAC 1933 1934,* t. 16, p. 411, sesión 137, 5 de mayo de 1934.

47 Enmienda 1209 al anteproyecto de constitución, presentada el 21 de diciembre de 1933 por Nogueira Penido, Morais Paiva y Edwald Possolo; en *AAC 1933-1934*, t. 3, p. 374.

48 "Pareceres e substitutos de emendas, em primeira discussão, ao Anteprojeto de Constituição", en *AAC 1933-1934*, t. 10, p. 486.

49 De la vastísima producción bibliográfica motivada por Ortega y Gasset, sugiero las siguientes lecturas complementarias, relativas a sus concepciones políticas: Alejandro de Haro Honrubia, "El pensamiento político de José Ortega y Gasset", *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, vol. 32, núm. 2 (2015). Carl Antonius Lemke Duque, "El trasfondo weimariano de la filosofía política de José Ortega y Gasset: *España invertebrada* (1922)", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 179 (octubre-diciembre de 2015). Fernando Llano Alonso, "Ortega y Gasset ante la Segunda República y la Constitución de 1931"; en Luis I.Gordillo Pérez, Sebastián Martín y Víctor J.Vázquez Alonso [dirs.], ob.cit.

50 Sônia Dias, voz "Prado Kelly", *DHBB*.

51 *AAC 1933-1934,* sesión 102, 23 de marzo de 1934, t. 12, p. 272.

52 Voz "Humberto Sales de Moura", *DHBB*.

53 *AAC 1933-1934,* sesión 132, 28 de abril de 1934, , t. 16, p. 97. La cita de *La rebelión de las masas* corresponde a la segunda parte, capítulo XIV, núm. 4.

a 1946[54], en su crítica al parlamentarismo y en su simultánea defensa del presidencialismo consideró oportuno invocarel pensamiento de Ortega y Gasset en tanto que "testemunho mais que insuspeito" en la materia. De este modo, trajo a colación que en las Cortes Constituyentes españolas el filósofo peninsular había sostenido que "durante el siglo XIX, el Parlamento lo fue todo; aquellos hombres sentían fruición por los debates de la Cámara, por su pompa y ritual; la vida era entonces menos urgente y áspera, y no se avergonzaban de confundir el deber nervioso y ágil de la política con la delicia de presenciar hora tras hora cómo de las bocas de los oradores salían las volutas rotundamente sonoras de los párrafos grandilocuentes"[55].

Para finalizar, toca ahora que nos refiramos a algunas de las alusiones hechas en la asamblea respecto de la figura del prestigioso penalista Luis Jiménez de Asúa, a quien le cupo actuar como presidente de la comisión redactora de la constitución de las Cortes españolas de 1931[56]. En cuanto a sus citas en la asamblea, mientras Leopoldo Tavares da Cunha Melo se refirió al "professor Jimenez de Asúa" como el "autor do projeto de recente Constituição"[57], en su oposición a quienes pretendían eliminar de la nueva constitución del país algunos dispositivos que estimaban inherentes a la normativa codificada -y no a la de una constitución- en tanto que presunta consecuencia de la tradicional separación entre derecho público y derecho privado, el constituyente Guedes Nogueira apeló al "notável discurso pronunciado nas Cortes Constituintes, de Espanha, por Jiménez de Asúa, presidente da comissâo que elaborou o anteprojeto da Constituiçâo Espanhola e respondendo as alegaçôes, de que certos dispositivos do anteprojeto nâo constituiam matéria constitucional"[58].

## Consideraciones finales

Tal como creo haber podido mostrar en las páginas anteriores, una sucesión de fortuitas circunstancias institucionales acaecidas a comienzos de la década de 1930, tanto en Brasil como en España -entre las cuales sobresalieron la veloz superación de los antiguos referentes normativos aceptados hasta comienzos del siglo XX, la avidez local por proveerse de experiencias y propuestas renovadoras destinadas a orientar y/o legitimar los cambios a los que se aspiraba, y la proximidad cronológica entre experiencias constituyentes-derivaron en que no sólo la constitución de un estado que hasta entonces apenas había despertado un discretísimo interés académico y político en el Brasil, sino que el mismo ambiente intelectual de su forja pasasen a entronizarse de forma abrupta como relevantes *modelos de referencia*. Si bien rápidamente dos vendavales sepultaron esta singular experiencia en el olvido -me refiero tanto a la Guerra Civil española como a la consagración del *Estado Novo*-, lo cierto es que este episodio no sólo nos ofrece nuevas perspectivas aptas para la comprensión de los rasgos de la cultura constitucional brasileña de aquellos días, así como para la de la génesis y el origen de algunas soluciones y/o puntos de vista aclimatados a comienzos de los años ´30 y actualmente en vigencia en el Brasil. La contemplación de esta singular microhistoria también nos ilustra sobre las concretas formas

54 Amélia Coutinho, voz "Valdemar Falcao ", *DHBB*.

55 *AAC 1933-1934,* sesión 115, 9 de abril de 1934, t. 13, p. 404. Las palabras de Ortega y Gasset fueron reproducidas en castellano por Falcâo.

56 Sobre Luis Jiménez de Asúa, véase el completo estudio biográfico de Roldán Cañizares, E.(2019). *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio.* Dykinson.

57 *AAC 1933-1934*, t. 10, p. 418.

58 *AAC 1933-1934,* sesión 118, 11 de abril de 1934, t. 14, p. 57.

en que las *autoridades* jurídicas pueden reconocerse y consagrarse en un momento y en un lugar determinado, con lo cual este filón de curiosas y ricas experiencias continúa invitándonos a seguir reflexionando sobre las modalidades y posibilidades de este tipo de fenómenos.

## Referências

Alonso, C. A. (2017). El estado social de la Segunda República española (1931). *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 46.

Balella, J. (1929). Lecciones de legislación del trabajo. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 29.

González Cuevas, P. C. (1989). Salvador de Madariaga, pensador político. *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 66, oct./dic.

Gordillo Pérez, L. I., Martín, S., y Vázquez Alonso, V. J. (Dirs.). (2017). *Constitución de 1931: estudios jurídicos sobre el momento republicano español.* (p. 47). Marcial Pons.

Roldán Cañizares, E. (2019). *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, Exilio.* Dykinson.

Santos Juliá (2009). *La constitución de 1931.* (Vol. 8, pp. 34-35) Iustel.

Soleil, S. (2017). Pourquoi comparait-on les droits au XIX siècle?. *Clio@Themis*. 13. https://www.cliothemis.com/Pourquoi-comparait-on-les-droits

Suanzse-Carpegna, J. V. (2017). La constitución española de 1931 (fuentes, rasgos, influencias). In Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac,Gregor, E. *Influencia extranjera y transcendencia internacional. Derecho comparado. Primeira parte.* Secretaria de Cultura, INEHRM, Senado de la República, Universidad Nacional Autónoma de México.

Data de recebimento: 10/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# O Código do Processo Criminal e a Reforma de 1841

## Dois Modelos de Organização dos Poderes

*The Code of Criminal Procedure and the 1841 Reform*

*Two Models of Power Organization*

**Monica Duarte Dantas**[1]

1 Universidade de São Paulo (USP).

## RESUMO

Em 1842, parte das elites de São Paulo e Minas Gerais pegou em armas contra as chamadas reformas conservadoras, com destaque para a Lei de 3 de dezembro de 1841 que reformava o Código de Processo Criminal de 1832. A se considerar os documentos produzidos à época, a referida reforma tinha papel central no descontentamento dos rebeldes. Dado o ineditismo de um movimento armado contra um diploma que alterava normativas atinentes à organização judiciária e à ordem do processo, o presente texto visa a discutir as inovações trazidas pelo projeto de Código elaborado pelos deputados em 1831, profundamente emendado pelos senadores ao longo de um ano, sancionado em 29 de novembro de 1832 e que, passados nove anos, foi objeto de uma reforma que trazia importantes alterações no edifício jurídico construído em inícios da década anterior. Mediante a análise dos diplomas e, claro, das alterações propostas e efetivadas ao longo desse período, defendemos que a Reforma de 1841 implicou muito mais do que uma simples centralização do Judiciário, impondo, em verdade, uma nova forma de relação entre os poderes constituídos.

**Palavras-chave**: Processo Criminal, Organização Judiciária, Poderes, Brasil Império.

## ABSTRACT

In 1842, part of the elites of São Paulo and Minas Gerais took up arms against the so-called conservative reforms, especially the Law of December 3, 1841 that reformed the Criminal Procedure Code of 1832. Considering the documents produced at the time, this reform played a central role in the discontent of the rebels. Given the unprecedented nature of an armed movement against a law that altered regulations concerning the organization of the judiciary and the order of the process, this text aims to discuss the innovations brought by the Code's draft drawn up by deputies in 1831, deeply amended by senators over a year, sanctioned on November 29, 1832 and which, nine years later, was the object of a reform that brought important alterations to the legal structure built at the beginning of the previous decade. Through an analysis of the diplomas and, of course, of the changes proposed and made throughout that period, we maintain that the 1841 Reform implied much more than a simple centralization of the Judiciary, imposing, in truth, a new form of relationship among the constituted powers.

**Keywords**: Criminal procedure, judicial organization, powers, Imperial Brazil.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78722

Em 1842 parte das elites das províncias de São Paulo e Minas Gerais se insurgiu contra um conjunto de leis aprovadas nos últimos meses.[2] Feijó, um dos líderes da revolta, colocava, em manifesto, que o movimento tinha por programa o combate aos diplomas reacionários: a Interpretação do Ato Adicional, a reforma do Código do Processo Criminal e o retorno do Conselho de Estado. Caso não fossem atendidos, isto é, que as leis não fossem revogadas, estavam dispostos a pegar em armas. Porém, considerando a cronologia da revolta[3] – que eclodiu em maio, em São Paulo, e junho, em Minas Gerais – há que se perguntar o quanto da revolta dos liberais não se devia (além, da dissolução da câmara, ocorrida em maio de 1842) à aprovação da lei de reforma do Código, promulgada em 3 de dezembro de 1841?

Até pouco tempo atrás, era consenso considerar que a Interpretação de 1840 teria destruído o edifício liberal da regência, posição compartilhada, por exemplo, por Ilmar Mattos (1994) e José Murilo de Carvalho (1988). Já Miriam Dolhnikoff, em seu livro *O Pacto Imperial*, demonstra como, na verdade, a essência da reforma constitucional de 1834 manteve-se inalterada por todo o Império (Dolhnikoff, 2005). Ou seja, a divisão de competências entre o centro e as províncias, possível a partir da transformação dos Conselhos Gerais em Assembleias Legislativas Provinciais, continuou a viger, mesmo depois de 1840, quando a "Interpretação" foi aprovada por uma câmara ligada ao Regresso. Nesse sentido, a autora demonstra que, seja em 1832 – quando as matérias a serem reformadas foram discutidas no Legislativo Imperial -, seja em 1840, não havia uma discordância fundamental quanto à criação de uma instância legislativa provincial. Disso Dolhnikoff (2005) não subentende a inexistência de discordâncias, mas demonstra que havia sim importantes pontos de consenso. Afinal, a competência provincial para legislar, tributar, dispor de uma força policial e criar empregos provinciais e municipais, sem intervenção do governo central, não foi alterada pela Interpretação.

Em 1840, não eram apenas os políticos ligados ao regresso que viam a necessidade de rever a reforma constitucional de 1834. Certos artigos do Ato Adicional haviam, de fato, dificultado a governabilidade do país. Já em 1835, Antônio Paulino Limpo de Abreu, ministro da Justiça e interinamente do Império, assinou um decreto que dava instruções aos Presidentes das Províncias para a boa execução das leis de 14 de junho de 1831, sobre a eleição da regência e suas atribuições, e de 12 de agosto de 1834, "que reformou alguns Artigos da Constituição do Império". Reconhecia o ministro que, apesar do Ato Adicional ter dado às Assembléias Províncias a faculdade de criar, alterar e suprimir empregos provinciais e municipais era necessário observar o quão nocivo seria "à regular administração da justiça, e mesmo ao direito das partes, que elas alterem por qualquer maneira as atribuições que competem às autoridades judiciárias, pelo transtorno e confusão que semelhante medida imprimiria no sistema judiciário".[4]

Em relação à lei de 3 dezembro de 1841, muito foi dito acerca da existência de um certo consenso quanto à necessidade de reformulação da legislação penal e processual penal. Nesse sentido, toma-se como exemplo a nomeação, já em 3 de outubro de 1833, de uma comissão para

2 Uma versão bastante diferente do presente artigo foi apresentada, como conferência, junto ao IV Congresso do Instituto Brasileiro de História do Direito – Autonomia do direito: configurações do jurídico entre a política e a sociedade, São Paulo, Faculdade de Direito/ USP, 2009. O texto atual, ainda que siga o ordenamento básico das ideias elaboradas àquela época, traz mudanças importantes, derivadas de pesquisas realizadas nos últimos anos, contempladas com Bolsa Produtividade do CNPq, bem como do Pós-Doutorado desenvolvido junto à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2011-2012) e da tese de Livre-docência apresentada, em 2017, à Universidade de São Paulo.

3 Para intepretações recentes da Revolta Liberal, ver Roberto Saba (2012), Bruno Fabris Estefanes (2013) e Erik Horner (2014).

4 "Decreto de 9 de Dezembro de 1835. Dá instruções aos Presidentes das Províncias para a boa execução da Lei de 14 de Junho de 1831, que marca as atribuições dos mesmos Presidentes, e de 12 de agosto de 1834, que reformou alguns artigos da Constituição". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1864). Anno de 1835*: parte segunda. Typographia Nacional.

a revisão da legislação penal recém aprovada, especialmente os "defeitos e lacunas dos Códigos do Processo e Criminal".[5] Compunham a comissão, entre outros, Paulino José Soares de Sousa, futuro artífice do projeto que se transformaria na lei de 3 de dezembro de 1841.[6]

Se, então, desde a Regência, percebia-se a necessidade de interpretar o Ato Adicional e também de reformar o Código do Processo Criminal, o que teria levado à eclosão da revolta Liberal em 1842? Para tentar responder essa questão é necessário voltar às leis de 1832 e 1841, bem como a outros diplomas aprovados a partir de 1822.

## Da Câmara ao Senado: projetos e emendas (1830 a 1832)

Quanto ao "Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil", antes de adentrar em seu conteúdo, é preciso recuperar, ainda que brevemente, o processo legislativo que levou à sua elaboração e aprovação pelas duas casas do Parlamento. Em 8 de novembro de 1830, consta nos *Anais da Câmara*, que fora a "imprimir com urgência o projeto de código de processo criminal" apresentado pela comissão eleita para tal fim, composta pelos deputados Bernardo Pereira de Vasconcelos, Francisco de Paula de Almeida Albuquerque e José Cesário de Miranda Ribeiro.[7] O projeto, tal como o futuro diploma, já se dividia em duas partes, a primeira sobre a "organização da Justiça e, a segunda, intitulada "da forma do Processo" (Código do Processo, 1830)[8].

Mal abertos os trabalhos do legislativo, em 1831, e a questão do código retornou ao plenário. O próprio Miranda Ribeiro, membro da comissão eleita em 1830, requereu, aos 6 de maio, que fosse nomeada uma "Comissão Especial, que se encarregue da revisão do Código do Processo Criminal, que foi por esta Comissão apresentado na sessão passada, para corrigil-o, emendal-o, e pol-o em perfeita armonia [sic] com o Código Penal".[9] Não espanta, dada a conjun-

5 "Dentre a legislação aprovada entre 1830 e 1890 alterando pontos específicos do Código Criminal do Império, destaque seja dado à lei de 10 de junho de 1835, que, dentre outros pontos, previa a punição com morte aos cativos que atentassem contra a vida de seus senhores, facilitava a condenação à pena capital daqueles que consumassem o homicídio (bastando o voto favorável de dois terços do júri, e não mais a unanimidade demandada a estes casos) e estabelecia a execução imediata das penas de morte proferidas contra os mesmos, sem possibilidade de recurso à segunda instância. Em acordo com o texto original do Código de 1830, os escravos poderiam ser condenados à morte, como os livres, unicamente nos casos de homicídio com agravantes, roubo seguido de morte e crime de insurreição. Se um escravo matasse seu senhor, portanto, e este crime fosse considerado isento de circunstâncias agravantes, não se poderia, sob hipótese alguma, imputar a pena de morte ao réu. O mesmo valia para os casos de insurreição e roubo seguido de morte, em que a pena capital só se verificava no grau máximo. De acordo com a nova lei, pelo contrário, a imputação de morte aos cativos ficava assegurada nos casos de homicídio ou tentativa de homicídio, envenenamento e graves ferimentos ou ofensas físicas infligidos a seus senhores e feitores, ou aos familiares destes, mesmo na ausência de circunstâncias agravantes. Para além destes pontos do diploma criminal, a lei de 10 de junho de 1835, alterava ainda matérias reguladas pelo Código de Processo (dentre as quais a questão da unanimidade na imputação das penas capitais e a proibição de recurso aos réus), chamando a atenção ao fato de ambos os diplomas se destinarem não apenas à população livre, mas também aos escravos do Brasil. Quando perpetravam crimes, portanto, até então – sublinhando que tal condição se manteve, de todo modo, a outros crimes possivelmente praticados por cativos, que não os de homicídio e tentativa de homicídio especificados na lei de 1835 – os escravos brasileiros não respondiam nem a leis em separado, nem a um distinto processo legal. Para uma análise detalhada do processo de elaboração e aprovação final da lei de 10 de junho" (Dantas & Costa, 2018, pp. 157-158).

6 Faziam parte da comissão: Baltazar da Silva Lisboa, conselheiro da Fazenda aposentado; Antonio Rodrigues de Carvalho, José Antônio da Silva Maia, José Correa Pacheco e José Cesário de Miranda Ribeiro, desembargadores; Lourenço José Ribeiro, Paulino José Soares de Souza e Euzébio de Queirós Coutinho Mattoso Câmara, juízes de Direito; e Joaquim Gaspar de Almeida e Saturnino de Souza e Oliveira, também bacharéis em Direito. Decreto de 3 de outubro de 1833. "Decreto de 3 de outubro de 1833. Nomêa uma comissão para a revisão da legislação". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1873). Anno de 1833*: parte segunda. Typographia Nacional.

7 Para um detalhamento do trâmite dos projetos de Código do Processo, no legislativo imperial, ver Monica Duarte Dantas e Vivian Chieregati Costa (2018).

8 Faz-se necessário esclarecer que, a despeito do título do impresso, tratava-se, de fato, do projeto elaborado pela referida comissão.

9 Câmara dos Deputados. (1831). Atas da câmara: sessão de 6 de maio de 1831 (Vol. 1, pp. 15-15v). Arquivos da Câmara dos Deputados.

tura, o pedido de revisão do projeto elaborado, afinal, o país deixara de ser governado por d. Pedro I (que abdicara em 7 de abril).

Em 27 de agosto de 1831, a comissão especial – formada pelos deputados Antônio Paulino Limpo de Abreu, Manuel Alves Branco e Paula Albuquerque (que já participara da comissão anterior) – apresentou ao plenário o novo projeto de código, juntamente com a seguinte resolução:

> Art. 1º O Processo criminal será interinamente regulado nos Juizos de primeira instancia pelo presente Codigo, o qual fica tambem approvado na sua disposição provisoria acerca da administração da Justiça Civil nos mesmos Juizos.
>
> Art. 2º Ficão revogadas todas as disposições em contrario (Câmara dos Deputados, 1831, pp. 137-137v).[10]

Em 20 de setembro, entrou em discussão a resolução, sendo aprovada, na sessão seguinte, a fim de ser remetido o projeto de Código à Comissão de Redação.[11] Passada menos de uma semana, aos 27 de setembro, foi expedido ofício ao Senado, remetendo "a inclusa Resolução desta Camara sobre o Codigo do Processo Criminal de primeira instancia, o qual vai impresso em parte, por brevidade atesto a urgencia de [usar] semelhante objecto".[12]

O texto remetido à casa vitalícia (tal como o projeto de 1830) era dividido em duas partes, a primeira sobre a "organização judiciaria", com 54 artigos, e a segunda, acerca da "forma do processo", com 323 artigos.[13] Ainda que as semelhanças entre os dois textos fossem maiores que as diferenças, não se pode menosprezar algumas das alterações feitas pela comissão especial. Dentre estas, cabe destacar a mudança operada no "Appendice" do projeto de 1830 e a inclusão de um novo título.

O apêndice da comissão de 1830, que vinha logo após o título quinto, dispunha sobre a maneira como as pessoas que se considerassem injustamente presas poderiam demandar sua soltura. Em 1831, tal matéria passou a ser disposta em um título específico (título VI) acerca do "Habeas-Corpus", termo não utilizado no projeto de 1830, mas já incorporado no recém aprovado Código Criminal, e cuja utilização, no texto elaborado pela comissão especial, implicou uma reformulação profunda das prescrições redigidas anteriormente.

A comissão especial também introduziu um título novo, VII, com matéria totalmente ausente do projeto anterior. Doravante, o projeto de Código do Processo Criminal de 1ª instância teria disposições provisórias acerca da administração da justiça civil, regulamentando, em mais de duas dezenas artigos, dentre outras questões, a atuação dos juízes de paz nas conciliações (tal como previsto na Carta); a restrição da jurisdição contenciosa dos juízes de órfãos; as competências dos magistrados das municipalidades, doravante responsáveis pela preparação e processo dos feitos até a sentença e sua execução; além de matérias relativas às relações.

10 Câmara dos Deputados. (1831). Projetos da câmara, projeto numerado como 230 (pp. 137-137v). Arquivos da Câmara dos Deputados.

11 Câmara dos Deputados. (1831). Atas da câmara: sessão de 20 de setembro 1831 (Vol. 2, pp. 488v-490). Arquivos da Câmara dos Deputados.

12 Anais do Parlamento Brasileiro – Câmara dos Deputados, sessão de 27 de setembro de 1831 (doravante *APB-CD*); Arquivo da Câmara do Deputados, encadernados, Ofícios Expedidos, 1830 e 1831, ofício n. 43.

13 Infelizmente, não foi possível encontrar o texto do projeto que teria sido enviado pela Câmara à casa vitalícia em 27 de setembro, fosse no Arquivo da Câmara ou do Senado. Ademais, ainda que tenhamos localizado, no Jornal do Commercio, informação de que tal projeto, juntamente com as emendas da 1ª comissão do Senado, fora impresso e posto à venda ainda em 1831, não foi possível localizar tal publicação. Assim, a fim de comparar o conteúdo do projeto de 1831 com aqueles que o antecederam, bem como com o texto final devidamente emendado pelo Senado, procedeu-se à tarefa de "reconstrução" do projeto de 1831 a partir das rodadas de emendas e discussões ocorridas no Senado em 1831 e 1832. Para maiores referências e o arrolamento detido dos documentos utilizados, ver Dantas (2017).

Em verdade, tanto na parte criminal, como nas disposições sobre o civil, o projeto de 1831 trazia uma série de artigos que diziam respeito às Relações. Mas não só, tratavam também da extinção de certas funções, como da revogação de competências de diversas autoridades.

> Fica supprimida a jurisdicção ordinaria dos Corregedores do Civel, e Crime, e Ouvidores do Civel, e Crime das Relações, comprehendendo esta suppressão a jurisdicção de todos os Magistrados, que julgam em Relações tanto em primeira instancia, como em uma unica com Adjuntos. Os processos de responsabilidade, e os das appellações, em todas as Relações regular-se-hão pelas duas especies de processo, que tem lugar no Supremo Tribunal de Justiça, e sempre em sessão publica (Dantas, 2017, p. 576).
>
> Fica extincta a differença entre Desembargadores Aggravistas, e Extravagantes, e todos igualados em serviço. Igualmente ficam extinctos os lugares de Chanceller em todas as Relações, e estas presididas por um dos tres Desembargadores mais antigos, nomeado triennalmente pelo Governo; e para estes Presidentes, passarão, á excepção das glosas, que estão extinctas, as attribuições dos anteriores Chancelleres (Dantas, 2017, p. 577).

Dados os embates, nos últimos anos, entre as duas casas do legislativo e, paralelamente, à denegação de sanção, por d. Pedro I, a projetos de lei aprovados por ambas as câmaras, não espanta que tanto a comissão de 1830 e, depois, a comissão especial tenham visto na elaboração do Código uma possibilidade de já propor a alteração de várias atribuições das instâncias superiores então existentes. Àquela altura, a despeito de aprovada a lei que regulamentava o funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça (tal como previsto na Carta), os deputados não haviam logrado – em razão da discordância dos senadores – aprovar um regimento para as Relações e, tampouco, extinguir a Casa de Suplicação, retornando-a à condição de Relação do Rio de Janeiro. Ademais, o imperador negara sanção aos projetos de lei que extinguiam os foros pessoais e mistos (regulamentando os foros de causa), bem como a Intendência Geral de Polícia.[14]

O projeto da comissão eleita em 1830 fora escrito, então, com o fito de ser discutido na câmara logo no início dos trabalhos de 1831. Àquela época, a despeito das crescentes tensões com o monarca, fato é que Pedro I ainda era o imperador do país. Abertos os trabalhos do legislativo, em 1831, a situação não poderia ser mais diferente. Respondiam pelo Executivo e o Moderador, como regentes provisórios (com competências que viriam a ser alteradas pela lei de 14 de junho de 1831[15]), os senadores marquês de Caravelas e Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, e o general Francisco de Lima e Silva. Pouco depois, em meados de junho, uma nova regência foi escolhida, mantendo-se Francisco de Lima e Silva, mas sendo eleitos José da Costa Carvalho e João Bráulio Muniz, ambos deputados.

Assim, se, em 1830, a fim de ser aprovada no Parlamento, e devidamente sancionada, uma nova lei sobre a organização judiciária e a ordem do processo parecia necessário seguir certas prescrições de diplomas anteriores – especialmente aquelas introduzidas pelo Senado em projetos de lei elaborados pelos deputados –, bem como não mencionar algumas matérias que poderiam

14 Sobre projetos de lei e debates acerca tanto da organização judiciária, como da ordem do processo, desde a abertura do legislativo até a promulgação do Código do Processo, em 1832, ver Dantas (2017).

15 Destacando-se a proibição de dissolução da casa temporária e a mudança no procedimento de denegação de sanção dos projetos de lei apresentados pelo legislativo, alterando-se, substantivamente, a fórmula prescrita na Carta. "Lei de 14 de Junho 1831. Sobre a fórma da eleição da Regencia permanente, e suas attribuições". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1875). Anno de 1831*: parte primeira (pp. 19-24). Typografia Nacional.

levar o monarca a denegar sanção ao texto[16], doravante tornava-se possível recuperar demandas apresentadas pelos deputados, à casa temporária, desde a abertura do legislativo imperial.

Nesse ponto, faz-se necessário esclarecer que, a despeito de certas afirmações da historiografia acerca de uma suposta rapidez no tangente à elaboração do Código de Processo (rapidez, em tais casos, identificada com a ideia de um texto pensado às pressas e mal elaborado), em verdade a história é totalmente outra.[17] Ainda que a comissão que apresentou seu projeto à câmara, em novembro de 1830, tenha sido eleita em setembro daquele ano, e que as mudanças e inclusões da pena da comissão especial tenham sido redigidas em menos de quatro meses, as matérias tratadas em ambos os projetos há muito vinham sendo objeto de projetos e debates na casa temporária. Em verdade, algumas das disposições haviam sido longamente discutidas já em 1826, sendo que outras tantas ocuparam incontáveis sessões nos anos de 1827, 1828, 1829 e 1830. Ou seja, quando os membros das comissões, de 1830 e 1831, se prontificaram a redigir seus projetos, eles já possuíam um vasto material devidamente elaborado, discutido e revisto pelos representantes temporários.[18]

Em 28 de setembro de 1831 – dia seguinte ao ofício da câmara, remetendo aos senadores o projeto de "Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil" –, a casa vitalícia acusou a recepção do documento. Seu presidente, contudo, ponderando que o texto "vinha parte manuscripto e parte impresso, e havendo diversas opiniões", resolveu pela nomeação de uma comissão especial de cinco membros para examiná-lo[19]. Passada uma semana, em 5 de outubro de 1831, a comissão apresentou seu parecer, declarando que "não obstante conhecer a necessidade da aprovação no estado actual, [...] acha que alguns dos seus Artigos não podem passar sem alterações, e emendas, mas desejando combinar essa necessidade com a estreiteza do tempo, he de parecer que desde ja se ponha em discussão por Capitulo".[20]

No mesmo dia 6, após "mui longa discussão, o Sr. Presidente propôs á votação o Parecer, e foi rejeitado" (não constando nos *Anais do Senado*, contudo, os discursos feitos na ocasião). O próprio marquês de Inhambupe, partícipe da comissão, sugeriu que outra fosse eleita, agora com três membros, "para a revisão do Codigo".[21] Desta vez, os antigos deputados, Almeida e Albuquerque e Vergueiro, não lograram alcançar a votação necessária, sendo, contudo, reeleitos

16 No tangente às emendas apresentadas pelo Senado, modificando, em maior ou menor profundidade, os textos enviados pelos representantes temporários, vale mencionar, ao menos, o projeto de lei sobre os juízes de paz (sancionado em 1827), e aquele que tratava dos crimes de abuso de liberdade de imprensa, cujo texto foi remetido, pelos deputados, ao Senado, em 1827, de lá retornando apenas em 1830 e totalmente alterado (Dantas, 2017).

17 Para Thomas Flory, por exemplo, não só o Código foi rapidamente aprovado pela casa temporária "por aclamación", como teria sido redigido em sua maior parte por Alves Branco. Infelizmente, o autor não apresenta qualquer referência para embasar tanto uma, como outra afirmação (Flory, 1986, pp. 175-176).

18 Ademais, como em vários outros países, quando da elaboração de códigos, os deputados brasileiros – não só os membros das citadas comissões – tinham em mãos exemplares de vários livros, projetos e diplomas estrangeiros que tratavam da matéria em discussão. Circulavam à época, vários diplomas franceses – não apenas os napoleônicos -; os códigos ou projetos elaborados na Espanha do Triênio Liberal; os projetos de código redigidos por Edward Livingston para o estado da Luisiana (Estado Unidos); os códigos da Toscana, Áustria e Baviera; além das obras de Beccaria, Blackstone, Bentham, entre outras (não necessariamente no original). Sobre essa questão, ver Dantas (2011), Costa (2013), Dantas (2015) e Dantas (2017).

19 Foram eleitos João Antônio Rodrigues de Carvalho (CE), o marquês de Inhambupe (PE), e o marquês de Caravelas (BA), todos os três escolhidos senadores em 1826, além de Nicolau Vergueiro (MG) e Manoel Caetano de Almeida e Albuquerque (PE), ex-deputados à 1ª legislatura, e alçados à casa vitalícia em 1828.

20 Arquivo do Senado Federal, "Emendas ao Código do Processo", 1832. Avulsos, caixa 23, maço 2, pasta 17.

21 *Anais do Senado do Império do Brasil*, sessão de 6 de outubro de 1831 (doravante *ASIB*).

os outros três membros, ou seja, Inhambupe, Caravelas e Rodrigues de Carvalho. Eles apresentaram seu parecer, com quase 40 emendas, em 17 de outubro de 1831. Os senadores resolveram, então, debater não só o parecer, como todo o conteúdo do projeto, artigo por artigo, ao longo das 2ª e 3ª discussões previstas no regimento. Assim, apenas em 2 de outubro de 1832 – isto é, mais de um ano depois de acusado seu recebimento pelo Senado – os representantes vitalícios remeteram à casa temporária o projeto de Código do Processo, amplamente emendado.

Incluídas as alterações propostas nos pareceres, foram feitas quatro rodadas de emendas. Em termos de divisão e disposição das matérias, pouco foi alterado pelo Senado. O texto recebido pelos representantes vitalícios continha sete títulos, e assim se manteve após um ano de discussões. Doravante, porém, o último título não mais seria denominado "Título VII", e sim "Título Único", tratando, ao longo de seus 27 artigos, da "Disposição provisoria ácerca da administração da Justiça Civil". Ao se considerar, contudo, o conjunto de emendas apresentado, o cenário era outro. No tangente à primeira parte, sobre a organização judiciaria, o Senado propôs 40 emendas aos 53 artigos enviados pelos deputados. Comparativamente, a parte segunda foi objeto de um número menor de emendas: aos 323 artigos do projeto de 1831, os representantes vitalícios propuseram 130 emendas.

Há que destacar que das 170 emendas propostas, apenas algumas dezenas eram supressivas ou propunham uma redação inteiramente nova em relação ao texto enviado pelos deputados; a grande maioria dispunha sobre alterações de frases e orações, ou bem sobre a troca de uma ou algumas palavras. Ainda assim, não se pode desconsiderar o impacto de 170 emendas a um texto que contava, originalmente, com 376 artigos. Ou seja, considerando-se o texto enviado pelos deputados, ao retornar do Senado, as emendas compreendiam – com maior ou menor impacto – 45% do projeto original.

Na impossibilidade de tratar em detalhes de todas as mudanças trazidas pelas emendas dos senadores, faz-se necessário mencionar algumas das alterações mais importantes (considerando-se a temática do presente artigo)[22].

Os senadores suprimiram a menção à possibilidade de haver mais de um juiz de direito por comarca – a depender, consoante os deputados, de sua população e extensão (sendo três o número máximo de juízes) –, estabelecendo que apenas as "cidades mais populosas" poderiam contar com mais de um magistrado. Porém, mudança ainda mais importante vinha a seguir. Conforme formulação dos representantes vitalícios, em tais casos, isto é, da existência de três juízes "com jurisdicção cumulativa"[23], em uma cidade populosa, um deles seria o "Chefe da Policia". Os senadores criavam, então, uma nova autoridade – de nomeação do centro –, mas sem competências claramente definidas.

Outras emendas alteraram ainda mais o determinado pelos deputados no tangente aos juízes de direito. Conforme o projeto de 1831, os juízes de direito, a não ser por crime, só poderiam ser "tirados" de sua comarca ou província em caso de promoção para os tribunais superiores, a requerimento de dois terços dos vereadores das câmaras municipais pertencentes à comarca em que estivesse lotado, ou, finalmente, se optasse por trocar de lugar com outro magistrado (estando ambos de acordo). Ao retornar da casa vitalícia, determinava-se que os

22 Para uma análise detalhada das emendas propostas pelos senadores, ver Dantas (2017).

23 Doravante, todas as citações – não explicitamente referidas a outras fontes – remetem à "Lei de 29 de Novembro de 1832 – Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1974). Anno de 1832*: parte primeira (pp. 186-242). Typografia Nacional.

"Juizes de Direito não serão tirados de uma para outra Comarca, se não por promoção aos lugares vagos das Relações, a que tenham direito, ou quando a utilidade publica assim o exigir". Ou seja, retiravam-se as previsões acerca da decisão dos vereadores e da vontade dos magistrados, incluindo-se uma expressão deveras genérica, "utilidade pública", que obviamente abria um imenso caminho para o arbítrio dos ministros e presidentes de província. Finalmente, emenda supressiva do Senado fez desaparecer do texto previsão acerca da promoção dos juízes, que, conforme os representantes temporários, seria "regulada pela antiguidade, contada pelo tempo de serviço", desde a posse no seu primeiro lugar como magistrado.[24] Se não era muito, já limitava a atuação do governo, com o que não concordou a câmara alta.

Quanto às autoridades que serviam nas municipalidades, outra mudança alterava o projeto dos deputados. Não mais os magistrados que serviam nos termos seriam chamados "supplentes dos juízes de direito", doravante passariam a ser nominados juízes municipais.[25] Ademais, para além das atribuições adscritas pelos deputados, os senadores deram ao novo juiz municipal mais uma competência, a de "exercitar cumulativamente a jurisdicção policial". Ou seja, a jurisdição policial, adscrita pelos deputados somente aos juízes de paz, passava ser de atribuição cumulativa dos juízes municipais que, diferentemente dos anteriores, não eram escolhidos por sufrágio.[26] Tanto neste caso, quanto em se tratando da criação da figura do Chefe de Polícia, as emendas do Senado abriam espaço para disputas jurisdicionais.

Os artigos sobre os promotores também não passaram incólumes na casa vitalícia. Conforme o projeto dos deputados, poderiam ser promotores "todos os que podem ser Jurados, tendo-se attenção aos que forem mais instruidos nas Leis", sendo escolhidos por sufrágio. Ao retornar do Senado, ainda que as qualidades necessárias para exercer a função tenham sido mantidas, a forma de escolha fora profundamente alterada. Doravante, seriam "nomeados pelo Governo na Côrte, e pelo Presidente nas Provincias, por tempo de tres annos, sobre proposta triplice das Camaras Municipaes", isto é, a sistemática adotada para os "suplentes do juiz de direito", ou juízes municipais. No tangente aos promotores, até mesmo a forma de escolha dos suplentes foi alterada pelo Senado. Em acordo com o projeto da casa temporária, em caso de "impedimento, ou falta do Promotor nos termos a Câmara Municipal indicara quem faça as suas vezes, e nos julgados os Juízes de Paz da povoação da cabeça dele" (Dantas, 2017, p. 451). Ao retornar da casa vitalícia, contudo, ficava a cargo do juiz municipal indicar o promotor suplente.[27]

24 Discurso do senador José Teixeira da Matta Bacellar. *ASIB*, sessão de 4 de agosto de 1832.

25 Como formulado pelos membros da comissão especial, de 1831, em documento anterior ao projeto remitido ao plenário da câmara, em setembro, "nenhum tribunal ou juizo excepcional póde existir no imperio, senão os que vêm marcados na constituição" (Dantas, 2017, p. 439). Conforme a Carta, tratando-se da 1ª instância, só poderiam, então, existir juízes de direito, juízes de paz e jurados; daí a opção pelos suplentes dos juízes de direito para atuarem no âmbito dos termos.

26 "Quanto à forma de escolha, manteve-se que de três em três anos os vereadores fariam uma lista tríplice, dentre os 'habitantes formados em Direito, ou Advogados habeis, ou outras quaesquer pessoas bem conceituadas, e instruídas'. Tais listas deveriam ser 'remettidas ao Governo na Provincia, onde estiver a Côrte, e aos Presidentes em Conselho nas outras, para ser nomeado d'entre os tres candidatos um'" (Dantas, 2017, p. 449).

27 Conforme a lei de 15 de outubro de 1827, os Juízes de Paz eram eletivos "pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os Vereadores das Câmaras", podendo ser sufragados todos os que possuíssem qualidades exigidas aos eleitores. Em 1828, foi promulgado o diploma que regulamentava as câmaras municipais, determinado que os vereadores deveriam ser eleitos pelo conjunto dos votantes, em sufrágio direto; sistemática, portanto, que deveria ser adotada também para a eleição dos juízes de paz. As qualidades, para ser votante ou eleitor, vinham dispostas na Carta de 1824, em seus artigos 91 a 94. "Lei de 15 de outubro de 1827. Crêa em cada uma das freguezias e capellas curadas um Juiz de Paz e supplente", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1827*, parte primeira, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878; Lei de 1º de Outubro de 1828- Dá nova fórma ás Camaras Municipaes, marca suas atribuições, e o processo para sua eleição, e dos Juizes de Paz", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1827*, parte primeira, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878; "Constituição Política do Império do Brazil", Coleção de Leis do Império do Brazil. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886.

Os senadores também propuseram alterações ao que fora prescrito acerca dos conselhos de jurados. Se o número de jurados do 2º conselho (ou júri de sentença), não foi objeto de emendas, mantendo-se então a necessidade de 48 cédulas para que 12 jurados fossem sorteados, o mesmo não ocorreu com o 1º conselho (ou júri de acusação). Neste caso, os senadores propuseram o aumento de 12 para 23 jurados, sendo doravante obrigatória a disponibilidade de 60 nomes na urna (e não mais 48). À casa vitalícia coube, portanto, uma das previsões do Código que mais recebeu críticas, uma vez promulgado o diploma, tanto dos próprios representantes, como das autoridades responsáveis pela formação e funcionamento do júri de acusação. Vale destacar que a posição aprovada na casa vitalícia fora objeto de discussões acaloradas na Câmara, já em 1827. À época, muitos dos representantes temporários manifestaram-se contrariamente a um conselho composto por mais de 10 ou 12 pessoas, alegando que um número muito grande de jurados, no primeiro conselho, poderia não só inviabilizar as reuniões do júri, como até mesmo provocar o descontentamento da população, uma vez que os cidadãos com as qualidades necessárias para participar dos conselhos teriam que ser chamados a atuar repetidas vezes.

Outra alteração também veio a mobilizar os críticos nos anos subsequentes. Se, no projeto de 1831, já se previa, na seleção do júri de sentença, a faculdade de "recusação" de potenciais jurados pelas partes – determinando-se que, em caso, de mais de um réu, cada qual teria direito à metade, um terço, um quarto das recusações (e, assim por diante, a depender do número de réus) –, ao voltar o texto do Senado, determinava-se que, se os réus fossem dois ou mais, e não se acertassem quanto às recusações, "ser-lhes-ha permittida a separação do processo, e nesse caso, cada um poderá recusar até doze". Mais uma vez a emenda do Senado, incorporada ao diploma final, foi objeto de críticas por contribuir para o aumento do número de causas.

No tangente aos conselhos de jurados, contudo, o Senado propôs ainda mais alterações. Conforme o projeto de 1831,

> Art. [...] Todas as questões incidentes, de que dependerem as diliberações finaes em hum outro Jury, serão decididas pelos Juizes de Facto ou pelo Juiz de Direito, segundo a materia pertencer a huma ou outra classificação, conferindo entre si em caso de duvida.
>
> Art. [...] Na occasião de debate (mas sem interromper a quem estiver fallando), e antes que as questões do Art. 289 sejão propostas, póde qualquer Juiz de Facto fazer as observações, que julga convenientes; fazer interrogar de novo alguma testemunha; e pedir que o Jury vote sobre qualquer ponto particular, que julgar de importancia (Dantas, 2017, p. 566).

No caso do primeiro artigo citado, os representantes vitalícios suprimiram o final da sentença, depois da palavra classificação, adicionando a seguinte oração, "havendo duvida se a questão é de facto ou de direito, o Juiz de Direito decidirá com recurso para a Relação". Ou seja, doravante, caberia ao magistrado togado decidir se tal ou qual questão era de fato ou de direito, devendo, em caso de discordância, recorrer ao tribunal de 2a instância, também formado por bacharéis e de indicação do governo. Evidentemente, enfraquecia-se, assim, o poder dos jurados, o que também foi feito no artigo seguinte, ao adicionar-se, depois de "ponto particular", a expressão "de facto".

Os senadores também alteraram a quantidade de votos necessária, no 2º conselho de jurados, para ser condenado o réu. No projeto de 1831, constava que, em caso de sentenças que implicassem a imposição da pena capital, era necessária a unanimidade. Em todos os outros casos, ao menos 2/3 dos jurados deveria concordar com a condenação; sendo que, não

alcançados tais votos, o réu seria considerado inocente. Ao voltar do Senado, mantinham-se os 2/3 nos casos gerais, determinando-se, contudo, que, nos crimes que previam a cominação da pena de morte, não alcançando o júri unanimidade, bastaria 2/3 para condenar o réu na "pena immediatamente menor".[28]

Finalmente, vale mencionar ainda um duro golpe imposto pelos senadores. No projeto de 1831, constava que "todas as Autoridades Judiciarias ficam obrigadas a dar parte a Assemblea Geral de todas as duvidas, omissões, que encontrarem no presente Codigo". Por emenda, o Senado não só extirpou tal previsão como, em seu lugar, dispôs que, em tais casos, fosse notificado o Supremo Tribunal de Justiça, cujos membros, conforme lei de 1828, era composto por "dezassete Juizes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades".[29]

Os representantes temporários acabaram por acatar as emendas da casa vitalícia, afinal, há mais de um ano, esperava-se que o Senado devolvesse à câmara baixa o projeto de Código do Processo Criminal, "reclamado desde que apareceu a Constituição entre nós", a fim de se combater "a corrupção dos Magistrados" e, mais ainda, tornar a "Nação", por meio do julgamento por jurados, "verdadeiramente livre".[30]

Não espanta, portanto, que, pouco depois de sancionado o diploma, o ministro da Justiça, Honório Hermeto Carneiro Leão, assim se manifestasse no relatório da pasta de 1833:

> Julgo de meu dever declarar francamente que o novo Codigo tem defeitos graves, que necessitão de correcção; a pratica provavelmente descobrirá muitos, que por ora ainda não são vistos; entretanto já se enxerga que, além da falta de ordem, methodo, e clareza necessária em huma Lei, que tem de ser executada por homens não versados em Jurisprudencia, ha no Codigo de Processo repetições, omissões graves, e ate artigos inteiramente antinômicos.

Ou seja, para além das alterações propostas no Senado, havia ainda outros problemas no diploma sancionado em novembro de 1832. Dado que as emendas da casa vitalícia não passaram por uma comissão revisora (como ocorrera com o projeto de Código Criminal), não espanta que o ministro da Justiça apontasse a existência de antinomias, lacunas e omissões. Assim, se, de fato, pouco depois de aprovado o Código, muitos já indicavam a necessidade de revisão do diploma, as razões para tanto eram as mais diversas, desde o descontentamento com a inclusão das emendas da casa vitalícia, passando pelos problemas evidentes de um Código assistemático (para dizer o mínimo), até, claro, discordâncias gerais em relação a várias de suas prescrições.

Assim, quando a reforma do Código do Processo foi sancionada, aos 3 de dezembro de 1841, ela não só contemplava apenas parte dos descontentes, como introduzia modificações

28 A casa vitalícia alterou, ademais, as prescrições dos deputados acerca de novo julgamento. Segundo o texto elaborado na casa temporária, caso a pena imposta pelo juri de sentença fosse maior do que seis anos de degredo ou desterro, quatro anos de galés, ou capital, era facultado ao réu pedir novo julgamento por jurados, cabendo ao juiz de Direito tomar as providencias necessárias. Se a emenda proposta no Senado, por um lado, diminuiu as penas que facultavam ao réu requisitar um novo júri – doravante, "cinco annos de degredo, ou desterro, tres de galés ou prisão", mantendo-se, claro, a capital – por outro, tal conselho deveria ser aquele da capital da província, e não de qualquer outro termo. Em se tratando de províncias de grande extensão territorial e compostas por vários termos, o deslocamento para a capital, tanto do réu como das testemunhas, poderia implicar grandes custos e dificuldades, atingindo diretamente as garantias que visavam ser asseguradas por um novo julgamento.

29 Substituíam-se, então, os representantes pela mais alta magistratura togada, o que, em tudo, feria o espírito do projeto dos deputados. Ademais, àquela altura, dos dezessete membros do Supremo, quinze eram desembargadores da Casa de Suplicação, cuja extinção e retorno à condição de Relação do Rio de Janeiro, os representantes, há anos, vinham advogando, sempre com a resistência do Senado.

30 Discurso do deputado Antônio Pedro da Costa Ferreira em sessão da Câmara de 1832, *O Astro de Minas*, 25 de agosto de 1832.

contrárias aos desejos de muitos outros. A fim de melhor entender as mudanças operadas pela reforma e o quanto tais modificações justificavam que parte das elites de São Paulo e Minas Gerais pegasse em armas contra à novidade legislativa, faz-se necessário recuperar, em mais detalhes, certas prescrições do diploma de 1832 e as mudanças trazidas pela lei de 1841.

## Do Código de 1832 à reforma de 1841

O Código do Processo mantinha a divisão das províncias do Império em distritos de paz, termos e comarcas. Em cada distrito de paz haveria um juiz de paz, um escrivão e quantos inspetores de quarteirão e oficiais de justiça fossem necessários. Os juízes de Paz seriam eleitos na forma da legislação em vigor (ou seja, por eleição direta do conjunto dos votantes), sendo o mais votado o juiz e, outros três (por número de votos), seus suplentes.

Em cada termo, por sua vez, se reuniriam tanto os júris de acusação, como os júris de sentença. Nos termos haveria também um juiz municipal, um promotor público, um escrivão das execuções e quantos oficiais de justiça fossem considerados necessários. Para a nomeação dos juízes municipais as câmaras deveriam, de três em três anos, fazer uma lista de três candidatos, "tirados dentre os seus habitantes formados em Direito, ou Advogados hábeis, ou outras quaisquer pessoas bem conceituadas, e instruídas". Essas listas, no caso das províncias em que não estivesse a Corte, deveriam ser remetidas "aos Presidentes em Conselho [...] para ser nomeado dentre os três candidatos um, que deve ser o Juiz Municipal do Termo". Cabia, então, aos juízes municipais nomear os escrivães que serviriam nos respectivos termos.

Poderiam ser promotores todos aqueles aptos a serem jurados, sendo nomeados pelos "Presidentes nas Províncias, por tempo de três anos, sobre proposta tríplice das Câmaras Municipais"; na falta ou impedimento do Promotor, cabia ao juiz municipal nomear um interino.

Deveriam compor os conselhos de jurados todos os que tivessem as qualidades para serem eleitores. A elaboração da lista dos cidadãos aptos era de competência, em cada distrito, de uma junta composta por um juiz de paz, o pároco e o presidente da Câmara municipal; sendo que qualquer decisão, acerca da inclusão ou exclusão de nomes nas respectivas listas, seria resolvida por uma junta formada pelos juízes de paz dos distritos compreendidos no termo.

Nas comarcas haveria um juiz de Direito. Em se tratando de cidades populosas, até três juízes poderiam ser nomeados, dentre os bacharéis formados, sendo um deles o chefe de polícia. Ao imperante (fosse o monarca ou a regência que, em sua menoridade, respondia pelo governo) cabia nomear os juízes de Direito. Ficavam extintas, doravante, as ouvidorias, os juizados de fora, os juízes ordinários, e a jurisdição criminal de qualquer outra autoridade.

Os juízes de paz, além das funções determinadas pela lei de 1827[31], eram responsáveis por "formar a culpa aos delinqüentes"; obrigar à assinatura de termo de bem viver e de segurança; conceder fiança na forma da lei, aos declarados culpados no Juízo de Paz; bem como julgar as contravenções às posturas das câmaras municipais e os crimes a que não fossem impostas penas maiores que multa até cem mil réis, prisão, degredo ou desterro por até seis meses.

Formada a culpa pelo juiz de paz, deveria ele remeter os autos para o juiz de paz da "cabeça do Termo, e havendo mais de um, áquelle d'entre elles que ahi fôr o do Districto onde se reunir o Conselho dos Jurados", sendo de sua competência mandar "notificar as testemunhas, para comparecerem na proxima primeira reunião de Jurados". Ao juiz de Direto, restava, tão somente, notificar o presidente da Câmara, a fim de que este mandasse extrair, da urna dos jurados, sessenta nomes, notificando-lhes a data em que deveriam comparecer à sessão do 1º conselho. No dia aprazado, estando presentes "o Juiz de Direito, Escrivão, Jurados, o Promotor nos crimes, em que deve accusar, e a parte accusadora, havendo-a", o magistrado togado ordenaria a um menino sortear 23 cédulas, com os nomes daqueles que comporiam o 1º conselho. A este corpo de jurados competia decidir se havia ou não matéria para acusação. Em sendo a resposta negativa, "o Juiz de Direito, por sua sentença lançada nos autos, julgará de nenhum effeito a queixa, ou denuncia"; já em caso afirmativo, deveria o magistrado declarar "que ha lugar a formar-se acusação", notificando o acusado para comparecer à próxima reunião do 2a conselho, ou júri de sentença. A esse segundo Conselho, composto por doze jurados (também sorteados, por um menino, de um conjunto de 48 cédulas existentes na urna), cabia deliberar acerca da culpabilidade ou inocência do réu (ou réus), e mais questões incidentes. Finalmente, ao juiz de Direito competia, tão somente, se o réu fosse considerado culpado, aplicar as penas previstas no Código Criminal de 1830.

Em suma, no processo ordinário, do corpo de delito, passando pela formação da culpa, a decisão de pronúncia e, daí, até a sentença, tudo era essencialmente resolvido pelo magistrado eleito e pelos "Juízes do Facto". Tratava-se, então, apesar da pletora de emendas apresentadas pelos senadores (e que, como visto, alteraram, em profundidade, o texto originalmente aprovado, em 1831, na casa temporária), de uma *justiça cidadã.*[32]

Os "cidadãos", contudo, não se faziam representar apenas nos juizados de paz e nos conselhos de jurados. A despeito das alterações propostas pelos Senadores, juízes municipais e

31 Segundo o artigo 5º da lei de 1827, cabia ao Juiz de Paz: §1º, conciliar as partes, por meios pacíficos; §2º, "julgar pequenas demandas, cujo valor não exceda 16$000, ouvindo as partes, e à vista das provas apresentadas por elas; reduzindo-se tudo a termo na forma do parágrafo antecedente"; §3º, fazer separar os ajuntamentos, em que há manifesto perigo de desordem [...]; e, em caso de motim, deprecar a força armada para rebatê-lo [...]"; §4º, por em custódia o bêbado; §5º, evitar as rixas, procurando conciliar as partes; §6º, fazer destruir os quilombos; §7º, fazer auto de corpo de delito nos casos e modos marcados pela lei; §8º, sendo indiciado o delinqüente, fazê-lo conduzir à sua presença, interrogar as testemunhas, e provado por evidência, fazer prendê-lo na conformidade da lei, remetendo ao Juiz Criminal respectivo; §9º, ter uma relação dos criminosos; §10, fazer observar as posturas policiais da Câmara; §11, informar ao Juiz de Órfãos a existência de menores e outros de sua responsabilidade; §12, vigiar sobre a conservação das matas e florestas públicas; §13, participar ao Presidente de Província todas as descobertas que se fizerem no seu distrito, de quaisquer produções úteis ao reino; §14, procurar a composição de todas as contendas que se suscitarem entre vizinhos; §15, dividir o distrito em quarteirões, com não mais de 25 fogos, e nomear para cada um oficial. Três anos depois, conforme decreto de 28 de junho de 1830, atribuía-se aos Juízes de Paz também a presidência das Assembléias Paroquiais (revogando-se as instruções de 26 de março de 1824 e o decreto de 29 de julho de 1828). "Lei de 15 de outubro de 182 – Crêa em cada uma das freguezias e capellas curadas um Juiz de Paz e supplente", op. cit.

32 Tal expressão – cunhada em 2009, por ocasião da conferência que embasou a elaboração do presente texto –, pressupõe, obviamente, não só o entendimento hodierno da palavra cidadão (em tudo distinta do que se compreende hoje pelo vocábulo)?, mas também a oposição entre uma justiça que tinha na magistratura togada seu principal alicerce (como previsto nas normas herdadas de Portugal), e outra assentada em jurados e juízes eletivos, ainda que a decisão em nível recursal (fosse por meio de apelação para a Relação, ou recurso de revista para o Supremo Tribunal de Justiça) implicasse, necessariamente, a intervenção de magistrados nomeados pelo centro.

promotores não só não precisavam ser bacharéis, como deveriam ser escolhidos a partir de lista tríplice elaborada pela câmara municipal.[33]

Porém, antes de passar à discussão das mudanças operadas pela lei de 3 de dezembro de 1841, é mister recuperar certas especificidades dos governos provinciais no período em questão. Em 1832, a lista tríplice de juízes municipais e promotores não era encaminhado simplesmente ao presidente da província, mas sim ao "Presidente em Conselho".

Em 1823, conforme lei de 20 de outubro, deu-se nova forma aos "governos Provinciais, creando para cada uma dellas um Presidente em Conselho". De acordo com o artigo 10, cada conselho seria composto por seis membros, eleitos pela mesma forma que se elegiam os deputados à Assembleia Geral Constituinte (sendo o mais votado o vice-presidente); a partir de 1824, o sufrágio passou a seguir as normas da Carta, reguladas pelo decreto baixado pelo imperador em 26 de março de 1824[34]. O diploma de 1823 determinava, ademais, que ao presidente cabia despachar "por si só" e decidir "todos os negócios, em que, seguindo este Regimento, senão exigir especificamente a cooperação do Conselho". Contudo, nas "matérias da competência necessária do Conselho, terá ele voto deliberativo, e o Presidente de qualidade". Dentre as matérias que exigiam o voto dos conselheiros, destacavam-se: a proposição de criação de novas câmaras ("onde as deve haver"), bem como a suspensão de magistrados e comandantes militares.

A diferença entre as matérias de deliberação do conselho e aquelas exclusivas do presidente ficava evidente, inclusive, na fórmula das resoluções. Se o Conselho deliberasse, a resolução teria a seguinte fórmula: "O Conselho resolveu..."; se o presidente decidisse por si só, conforme estabelecido no artigo 26, a fórmula seria então: o "Presidente temporariamente ordena..."; nas outras matérias em que era facultado ao presidente consultar, ou não, o conselho, as resoluções tomadas por ele seriam publicadas com a seguinte redação: o "Presidente ouvindo o Conselho resolveu...", ou o "Presidente ordena...".[35]

Em 1831, a lei de 14 de junho, "Sobre a forma de eleição da Regência Permanente e suas atribuições", permite entender melhor como alguns dos artigos da lei de 1823 passaram a ser interpretados depois da outorga da Carta e, especialmente, após a abdicação de Pedro I.

> Art. 17. A atribuição de suspender magistrados será exercida pela Regência cumulativamente com os Presidentes das respectivas Províncias, em Conselho, ouvindo o Magistrado, e precedendo informação na forma do art. 154 da Constituição.
>
> Art. 18. A atribuição de nomear Bispos, Magistrados, Comandantes da Força de Terra e Mar, Presidentes das Províncias, Embaixadores e mais Agentes Diplomáticos e Comerciais, e membros da Administração da Fazenda Nacional na Corte, e nas Províncias os membros das Juntas de Fazenda, ou as autoridades que por Lei as houverem de substituírem será exercida pela Regência.

33 A indicação do juiz municipal era tão mais importante na medida em que, como mencionado, em acordo com "Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil", a esse magistrado cabia preparar e processar todos os feitos, até a sentença final. Ademais, nas grandes povoações, em que a administração da justiça civil pudesse ocupar mais de um magistrado, haveria um juiz do cível "a quem fica competindo toda a jurisdição civil com exclusão dos Juízes Municipais, cuja jurisdição nessa parte fica cessando. A designação destes Juízes será feita do mesmo modo, que a divisão em Comarcas". A divisão das comarcas e termos, em acordo com o art. 3º do Código do Processo, era de atribuição do governo, na província onde estivesse a Corte, e nas outras províncias, do presidente em conselho. Em suma, questões fundiárias, por exemplo, passavam a ser de competência, no caso da maioria dos municípios do país, de um magistrado escolhido, em lista tríplice, por autoridades eleitas localmente, recaindo no "Presidente em Conselho", a nomeação de um dos três nomes indicados pelos vereadores.

34 "Decreto de 26 de março de 1824 - Manda proceder á eleição dos Deputados e Senadores da Assmbléa Geral Legislativa e dos Membros dos Conselhos Geraes das Provincias". *Colleção das Leis do Imperio do Brazil. (1886). Anno de 1824*: primeira parte. Imprensa Nacional, 1886.

35 "Lei de 20 de outubro de 1823. Dá nova forma aos Governos das Províncias, creando para cada uma dellas um Presidente e Conselho", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1823*, parte I, Rio de Janeiro, s/d, p. 10-15.

> *A atribuição porém de prover os mais empregos civis, ou eclesiásticos (exceto os acima especificados, e aqueles cujo provimento definitivo competir por Lei a outra autoridade), será exercido na Corte pela Regência, e nas Províncias pelos Presidentes em Conselho, procedendo as propostas, exames, e concursos determinados por Lei.*[36]

Assim, aos regentes cabia nomear magistrados, tal como antes era de competência do imperador (como chefe do Poder Executivo, que o exercia por seus ministros), em acordo com o artigo 102 da Constituição. Contudo, aos "Presidentes em Conselho" cabia suspendê-los, bem como prover todos os mais empregos civis (excetuando-se aqueles arrolados no artigo 18). Parece legítimo concluir, então, que, em acordo com o Código do Processo Criminal de 1832 – uma vez que os juízes municipais, como visto, eram de escolha do presidente da província a partir de lista tríplice das câmaras municipais –, o vocábulo "magistrados" remetia tão somente aos juízes de Direito (além, é claro, dos magistrados que serviam nas Relações e no Supremo Tribunal de Justiça).

Contudo, consoante o decreto de 13 de dezembro de 1832, que dava "Instruções para a execução do Código do Processo Criminal" (promulgado há menos de duas semanas), as atribuições dos "Presidentes em Conselho" eram bem mais amplas:

> Art. 9º. [...] as Câmaras Municipais remeterão ao Governo na Corte, e aos Presidentes em Conselho nas Províncias, as propostas para Juízes Municipais, para Juízes de órfãos, e para Promotores Públicos.
>
> Art. 12. Recebidas as propostas, estando elas nos devidos termos, o Governo na Corte e Província do Rio de Janeiro, *e os Presidentes em Conselho nas outras Províncias, nomearão, dentre os cidadãos propostas para cada um dos cargos, os que hão de servir de Juízes Municipais, Juízes de Órfãos, e Promotores* [...].
>
> Art. 30. Os *Presidentes em Conselho são autorizados a designarem dentre os Magistrados, que estiverem servindo nas suas respectivas Províncias, os Juízes de Direito para cada uma das comarcas, e os Juízes especiais do Cível,* havendo na Província alguma povoação nas circunstâncias declaradas no art. 13 do título único da Disposição Provisória acerca da Administração da Justiça Civil.
>
> Art. 33. Se na província não houver tantos Magistrados, quantos bastem para Juízes de Direito de todas as comarcas, que forem criadas, nem por isso se deixará de por em execução o Código em todas as comarcas; *devendo em tal caso os Juízes Municipais das comarcas, para as quais os Presidentes não designarem Juízes de direito por falta de Magistrados na Província, exercer como substitutos dos ditos Juízes, todas as suas funções nos respectivos termos.*[37]

Ou seja, os "Presidentes em Conselho" escolhiam, a partir de lista tríplice, os juízes municipais, de órfãos e promotores, preferencialmente dentre bacharéis formados, sendo facultado às câmaras, contudo, na ausência de bacharéis, indicar "pessoas bem conceituadas, e instruídas" ou, no caso do promotores, aqueles que tivessem simplesmente as qualidades necessárias para ser jurado. Mas, cabia também ao presidente e seus conselheiros – lembrando que, ao primeiro, nestes casos, era facultado apenas o voto de qualidade, ou minerva – determinar onde seriam lotados os juízes de Direito, bem como escolher os juízes do civil. Ademais, na ausência de

36 "Lei de 14 de junho de 1831. Sobre a forma da eleição da Regência permanente e suas atribuições". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1875). Anno de 1831*: primeira parte (p. 19-24) Typographia Nacional.

37 "Decreto de 13 de dezembro de 1832. Dá instruções para a execução do Código do Processo Criminal". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1874). Anno de 1832*: parte II (pp. 195-203). Typographia Nacional.(grifos nossos).

magistrados suficientes para servir em todas as comarcas, caberia aos juízes municipais (não necessariamente diplomados) servir como juízes de Direito substitutos.

Tais atribuições, do "Presidente em Conselho", permaneceram inalteradas até 3 de outubro de 1834, quando a lei de nº. 40 deu novo regimento para os presidentes de província e extinguiu o Conselho da Presidência, criado em 1823. Doravante:

> Art. 12. Fica extincto o Conselho da Presidência, e as attribuições, que competião aos Presidentes em Conselho, serão por elle somente exercidas.
>
> Art 13. Fica revogada a Lei de 20 de outubro de 1823, e as mais que estiveem em opposição à presente.[38]

Se, de fato, os eleitores das províncias deixaram de sufragar os membros dos Conselhos da Presidência, a partir de 1835 – em acordo com o Ato Adicional – eles passaram a escolher deputados às com Assembleias Provinciais que, conforme seu artigo 10, § 7, tinham a faculdade de criar, alterar e suprimir empregos provinciais e municipais. Tal atribuição, para desespero de mais de um ministro da Justiça, foi fartamente utilizada por várias assembleias provinciais. No Maranhão, por exemplo, os representantes chegaram até a criar uma nova figura, o delegado, atribuindo-lhe uma série de competências que, conforme lei geral (no caso, o Código de 1832), eram adscritas aos juízes de paz; invenção esta, dos delegados, que acabou por fazer eclodir uma imensa rebelião[39].

Mas isso só até 1840, quando aprovada, no Parlamento, a Intepretação do Ato Adicional, cujo texto, em seu artigo 2º, estabelecia claramente que a "faculdade de crear, e supprimir Empregos Municipaes, e Provinciaes", dizia respeito tão somente àqueles que não fossem "estabelecidos por Leis Geraes relativas a objectos sobre os quaes não podem legislar as referidas Assembléas". Contudo, em seu último artigo (de no. 8), determinava o diploma de 1840 que as "Leis Provinciais, que forem opostas à interpretação dada nos artigos precedentes, não se entendem revogadas pela promulgação desta Lei, sem que expressamente o sejam por atos do Poder Legislativo Geral". [40] Ou seja, se alguma província tivesse criado novos empregos, retirado ou atribuído novas competências a empregados provinciais ou municipais, ou mesmo modificado a forma de escolha de tais empregados – criados por lei geral –, apenas por meio de novas leis gerais é que poderiam ser revogados os diplomas provinciais.

38 Tal lei foi aprovada dois meses depois do Ato Adicional; o que significa que durante quase seis anos os Conselhos da Presidência conviveram com os Conselhos Geraes de Província, regulamentados em 1828. Em 1824, a *Constituição Política do Império do Brazil*, no capítulo V (do título 4º, "Do Poder Legislativo"), determinava a criação de "Conselhos Geraes de Província" a serem estabelecidos em todas as províncias onde não estivesse colocada a capital do Império. Os Conselhos deveriam contar com 21 membros nas províncias mais populosas e 13 nas outras, eleitos na mesma ocasião e pela mesma maneira que os representantes da Nação. Aos Conselhos cabia propor, discutir e deliberar sobre os negócios das respectivas províncias, sendo que suas resoluções seriam tomadas de acordo com a pluralidade absoluta de votos dos membros presentes. A carta previa que o "método de perseguirem os Conselhos Gerais de Província em seus trabalhos, e sua polícia interna e externa tudo se regulará por um Regimento, que lhes será dado pela Assembléia Geral". Os conselhos gerais, contudo, só foram estabelecidos quatro anos depois, com a aprovação da lei de 27 de agosto de 1828 que dava "Regimento para os Conselhos Gerais de Província". "Lei n. 10 – de 3 de outubro de 1834. Dá Regimento aos Presidentes de Provincia, e extingue o Conselho da Presidencia", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1834*. Parte primeira, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1866; "Constituição Política do Império do Brazil", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1824*, parte 1ª. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886, p. 7-36; "Lei de 27 de agosto de 1828. Dá regimento para os Conselhos Geraes de Província", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1828*, parte primeira, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878, p. 10-23.

39 Ver Assunção (2011).

40 "Lei de 12 de maio de 1840. Interpreta alguns artigos da reforma constitucional". *Collecção das Leis do Império do Brazil. (1863). Anno de 1840*. Typographia Nacional.

A lei de 3 de dezembro de 1841, "Reformando o Código do Processo Penal" – aprovada, portanto, pouco mais de um ano depois de revogado o direito das assembleias de legislar sobre empregos provinciais e municipais -, alterou substantivamente não só as competências de autoridades judiciárias e policiais (criando, inclusive, novos cargos), como modificou sua forma de escolha ou indicação.[41]

Primeiramente, no "Capítulo I – Da Polícia", estabelecia-se que em cada província, além de um chefe de polícia (já previsto em 1832), haveria delegados e subdelegados. Os chefes de polícia seriam escolhidos pelo imperador e pelos presidentes de província dentre os desembargadores e juízes de Direito. Já nas funções de delegado e subdelegado, também de escolha do centro, poderiam servir "quaesquer Juizes e Cidadãos". Chefes de polícia e delegados passavam a responder, dentre outras[42], pelas "atribuições conferidas aos Juízes de Paz pelo Artigo 12, §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do Código do Processo Criminal"[43]. Aos subdelegados, em seus distritos, por sua vez, ficavam adscritas "as mesmas attribuições marcadas no artigo antecedente para os Chefes de Policia e Delegados, exceptuadas as dos §§ 5º, 6º e 9º". Ademais, para dirimir quaisquer dúvidas, ficava explícito, no novo diploma, que as "atribuições criminais e policiais que atualmente pertencem aos Juízes de Paz, e que por esta Lei não forem especialmente devolvidas às Autoridades, que cria, ficam pertencendo aos Delegados e Subdelegados". Ou seja, em seus primeiros artigos, a reforma não só retirava a maioria das atribuições do magistrado eletivo (um dos pilares do Código de 1832), como criava autoridades policiais com competências concorrentes, abrindo imenso espaço para conflitos jurisdicionais que não demorariam a ocorrer.

Os juízes municipais, doravante nomeados pelo imperador dentre os bacharéis formados em Direito para servir por quatro anos, passavam a responder também pelas atribuições criminais e policiais que competiam aos Juízes de Paz (criando-se, claramente, mais um conflito jurisdicional no tangente às novas autoridades policiais); pelo julgamento do contrabando (exceto o apreendido em flagrante ou o de africanos); pela sustentação ou revogação ex-ofício das pronúncias feitas pelos delegados e subdelegados; e, tal como dantes, pela substituição dos juízes de direito em seus impedimentos.

41 "Lei no. 261 – de 3 de dezembro de 1841. Reformando o Código do Processo Criminal", *Collecção das Leis do Império do Brazil de 1841*. Tomo IV. Parte I, Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1842, p. 101-122 (doravante "Lei no. 261 – de 3 dezembro de 1841"). Doravante, todas as citações – a não ser que explicitamente referidas a outros documentos – remetem à referida lei de dezembro de 1841.

42 "§ 2º Conceder fiança, na fórma das leis, aos réos que pronunciarem ou prenderem. § 3º As attribuições que ácerca das Sociedades secretas e ajuntamentos illicitos concedem aos Juizes de Paz as leis em vigor. § 4º Vigiar e providenciar, na fórma das leis, sobre tudo que pertence á prevenção dos delictos e manutenção da segurança o tranquillidade publica. § 5º Examinar se as Camaras Municipaes tem providenciado sobre os objectos do Policia, que por Lei se achão a seu cargo, representando-lhes com civilidade as medidas que entenderem convenientes, para que se convertão em Posturas, e usando do recurso do art. 73 da Lei do 1º de Outubro de 1828, quando não forem attendidos. § 6º Inspeccionar os Theatros e espectaculos publicos, fiscalisando a execução de seus respectivos Regimentos, e podendo delegar esta inspecção, no caso de impossibilidade de a exercerem por si mesmos, na fórma dos respectivos Regulamentos, ás Autoridades Judiciarias, ou Administrativas dos lugares. § 7º Inspeccionar, na fórma dos Regulamentos as prisões da Provincia. § 8º Conceder mandados de busca, na fórma da Lei. § 9º Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circumstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa".

43 "§1º. Tomar conhecimento das pessoas, que de novo vierem habitar no seu distrito, sendo desconhecidas ou suspeitas; e conceder passaporte as pessoas que lhe o requererem.§ 2º. Obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por habito, prostitutas, que perturbam o sossego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou ações ofendem os bons costumes, a tranqüilidade publica, e a paz das famílias.§3º. Obrigar a assinar termo de segurança aos legalmente suspeitos da pretensão de cometer algum crime, podendo cominar neste caso, assim como aos compreendidos no parágrafo antecedente, multa até trinta mil réis, prisão até trinta dias, e três meses de Casa de Correção, ou Oficinas públicas.§4º. Proceder a Auto de Corpo de Delito, e formar a culpa aos delinqüentes. §5º. Prender os culpados ou o sejam no seu ou em qualquer outro Juízo. §7º. Julgar: 1º, as contravenções às Posturas das Câmaras Municipais; 2º, os crimes, a que não seja imposta pena maior que a multa até cem mil réis, prisão, degredo ou desterro até seis meses, com multa correspondente à metade deste tempo, ou sem ela, e três meses de Casa de Correção ou Oficinas publicas onde as houver". "Código do Processo Criminal", op. cit.

A formação da culpa, portanto, caberia, de 1841 em diante, a subdelegados, delegados, juízes municipais e chefes de polícia. Contudo, quando a pronúncia, ou não pronúncia, do réu fosse feita pelo delegado ou subdelegado, o processo deveria ser remetido ao juiz municipal para sustentá-la ou revogá-la, podendo proceder às diligências que considerasse necessárias para retificação das queixas ou denúncias e para esclarecimento do fato.[44]

Para ocupar o cargo de juízes de direito, de nomeação do imperador "na forma do Artigo 44 do Código do Processo", a nova lei determinava que, passados quatro anos de sua promulgação, só poderiam ser nomeados "bacharéis formados que tiverem servido com distinção os cargos de Juízes Municipais, e de órfãos, e Promotores Públicos, ao menos por um quatriênio". A mudanças operadas pelo diploma não se restringiam, contudo, a questões atinentes à nomeação. Doravante, além das atribuições prescritas no Código de 1832, também lhes competia, conforme o § 3, do artigo 25:

> Proceder, ou mandar proceder ex-ofício, quando lhe for presente por qualquer maneira algum processo crime, em que tenha lugar a acusação por parte da Justiça, a todas as diligências necessárias, ou para sanar qualquer nulidade, ou para mais amplo conhecimento da verdade, e circunstâncias, que possam influir no julgamento.
>
> Quanto aos promotores – pelo menos um por comarca -, passariam a ser nomeados e demitidos pelo imperador ou pelos presidentes de província, preferindo-se sempre os bacharéis formados, sendo que, na sua falta ou impedimento, seriam nomeados interinamente pelos juízes de Direito.

Mudança substantiva ocorria também com a instituição do júri. Primeiramente alteravam-se as exigências para a participação nos conselhos de jurados. Se, antes, bastava que tivessem as mesmas qualidades que os eleitores (conforme estabelecido na Constituição), doravante, nas cidades do Rio de Janeiro, Salvador, Recife e São Luís era exigida renda anual de 400$000 réis (renda equivalente ao que a Constituição determinava para deputados), 300$000 réiss nas outras cidades do Império, mantendo-se 200$000 réis nas vilas do país. Mas tal renda não mais poderia advir de qualquer atividade, contando-se apenas os rendimentos por bens de raiz ou "Emprego Público". Finalmente, os potenciais jurados deveriam saber ler e escrever. Ou seja, as novas regras, restringiam brutalmente a participação dos cidadãos nos conselhos de jurados.

Além disso, não mais cabia a uma junta, formada pelo pároco e mais duas autoridades eleitas localmente, o juiz de paz e o presidente da câmara municipal, organizar a lista de jurados; doravante, essa atribuição seria dos delegados de polícia. Feitas as listas, a este cabia enviá-las ao juiz de Direito que, juntamente com o promotor e o presidente da câmara municipal, passavam a constituir uma junta de revisão. Ou seja, uma junta formada por duas figuras indicadas pelo centro e apenas uma de eleição local, com faculdade de confirmar (ou não) se aqueles arrolados pelo delegado de fato possuíam as qualidades necessárias.

No que tange aos jurados, ficava abolido o "Jury de Acusação" (ou 1º conselho), cabendo a pronúncia, como anteriormente mencionado, aos chefes de polícia, delegados, subdelegados e juízes municipais. Quanto ao júri de sentença, não mais lhe competia julgar os processos de responsabilidade dos empregados públicos não privilegiados, como, tampouco, decidir qualquer questão de direito. Explicitava-se, na reforma, que ao juiz de direito, "depois que tiver resumido

44 As sentenças de pronúncia proferidas ou confirmadas pelos juízes municipais deveriam ser então remetidas ao juiz de Direito, na conformidade do Código do Processo Criminal de 1832, para que se procedesse ao julgamento.

a materia da accusação e defesa, proporá aos Jurados, sorteados para a decisão da causa, as questões de facto necessarias para poder elle fazer a applicação do Direito". Finalmente, a lei de dezembro de 1841 também alterou o número de votos necessários para a condenação do réu. Em caso de pena de morte, não mais era necessária a unanimidade, mas tão somente 2/3 dos votos; como visto, no Código, previa-se também a condenação por 2/3 (conforme emenda do Senado), mas, em tais circunstâncias, ao réu seria cominada pena imediatamente inferior à capital. Em todos os outros casos, a maioria simples tornava-se suficiente para condenar o réu[45], não mais sendo necessária a concordância de 8 dos 12 jurados.

As mudanças operadas pelo novo diploma alcançavam até mesmo os recursos e apelações. Conforme o Código:

> Art. 301. Das sentenças proferidas pelo Jury não haverá outro recurso senão o de appellação, para a Relação do Districto, quando não tiverem sido guardadas as formulas substanciaes do processo, ou quando o Juiz de Direito se não conformar com a decisão dos Juizes de Facto, ou não impuzer a pena declarada na Lei.
>
> Art. 302. Julgando-se na Relação procedente o recurso por se não terem guardado as formulas prescriptas, formar-se-ha novo processo na subsequente sessão com outros Jurados, remettendo-se para esse fim, os autos ex-officio ao Juiz de Direito, quando a accusação tiver sido por officio do Promotor; e entregando-se á parte interessada, quando fôr particular.
>
> Art. 303. No caso de imposição de pena, que não fôr a decretada, a Relação, reformando a sentença, imporá a que fôr correspondente ao delicto.[46]

A partir de 1841, ainda que mantidas as previsões do referido artigo 301, determinava-se que o juiz de Direito deveria apelar "ex-officio" sempre que achasse que o júri "proferio decisão sobre o ponto principal da causa, contraria á evidencia resultante dos debates, depoimentos, e provas perante elle apresentadas". Em tais casos, uma vez registrado "no processo [os] fundamentos da sua convicção contraria", seriam os autos remetidos para a Relação a fim de que esta decidisse se a causa deveria, ou não, ser apreciada por novo júri. Ademais, no tangente a tal discordância, apenas o juiz poderia apelar, não sendo facultado ao acusador ou promotor, e tampouco ao réu, fazê-lo.[47]

Por fim, no último artigo do diploma, de no. 124, dispunha-se que estavam doravante "revogadas todas as Leis Gerais, ou Provinciais que se opuserem à presente, como se de cada uma delas se fizesse expressa menção". Isto é, se a Interpretação deixara uma brecha nesse sentido, a Reforma, em um breve artigo, tornava sem efeito toda a legislação provincial que, direta ou indiretamente, tratasse da justiça de primeira instância, tanto criminal como civil.

No ano seguinte, pouco tempo depois de aprovada a reforma, o ministro da Justiça, Paulino Soares de Sousa – responsável pela elaboração do projeto da Reforma – baixou três decretos

45 No "caso do empate se adoptará a opinião mais favoravel ao acusado".

46 "Código do Processo Criminal", op. cit.

47 Em seu artigo 78, para além dos casos previsto no artigo 301 do Código, em razão de todas as mudanças feitas – como a criação de novas autoridades policias, a inclusão de atribuições dantes não previstas ou a alteração das anteriores (com a retirada de grande parte das competências da magistratura eletiva ou do 1º conselho de jurados, doravante adscritas às autoridades nomeadas pelo centro) –, os fautores da lei de dezembro de 1841 incluíram disposições até então inexistentes. Tornava-se possível apelar: "1º Para os Juizes de Direito, das sentenças dos Juizes Municipaes, Delegados, e Subdelegados, nos casos em que lhes compete o julgamento final. 2º Para ás Relações, das decisões definitivas, ou interlocutorias com força de definitivas, proferidas pelos Juizes de Direito, nos casos em que lhes compete haver por findo o Processo. 3º Das sentenças dos Juizes de Direito que absolverem, ou condemnarem nos crimes de responsabilidade".

regulamentando o diploma.[48] Em 31 de janeiro de 1842 foi publicado o "Regulamento n. 120", que "Regula a Execução da Parte policial e Criminal da Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841". Enquanto a lei de 3 de dezembro tinha 22 páginas, o regulamento chegava a quase cem páginas, detalhando, em minúcia, aspectos da lei.

No primeiro artigo das "Disposições Policiais", que determinava a quem incumbia a polícia administrativa e judiciária, esclarecia-se a hierarquia de mando: em primeiro lugar estava o ministro da Justiça "no exercício da Suprema inspeção, que lhe pertence como primeiro Chefe e centro de toda a Administração policial do Império"; em segundo, os presidentes de província "no exercício da Suprema inspeção, que nelas tem pela Lei do seu Regimento, como seus primeiros Administradores e encarregados de manter a segurança e tranqüilidade pública, e de fazer executar as Leis"; daí, por ordem, do 3º ao 8º lugar, os chefes de polícia, os delegados e subdelegados, os juízes municipais, os juízes de paz, os inspetores de quarteirão e, finalmente, as câmaras municipais e seus fiscais.

O capítulo 3 do "Regulamento" tratava das nomeações e substituições dos empregados. Haveria um chefe de polícia por província, um delegado em cada termo, e tantos subdelegados considerassem necessários os presidentes de província. Definia-se, então, que só poderiam ser escolhidos para chefes de polícia os juízes de Direito que tivessem servido ao menos três anos. Chefes de polícia, delegados e subdelegados seriam conservados enquanto bem servissem e julgassem conveniente os presidentes de província, ou seja, poderiam ser dispensados "por mera deliberação do governo".[49]

Os promotores seriam nomeados por tempo indeterminado, pelo imperador na Corte, e pelos presidentes nas províncias, e mantidos enquanto fosse de conveniência do serviço público, "sendo no caso contrário, indistintamente demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias nas mesmas Províncias". Na falta ou impedimento dos promotores, os juízes de Direito deveriam nomear interinamente quem os substituísse, participando aos presidentes de província, com informação circunstanciada das pessoas que julgassem dignas de nomeação, ficando, porém, inteiramente livres, os mesmos presidentes, para escolher outras, quando as julgassem idôneas.[50]

O "Regulamento" deixava mais evidente o que a lei de 1841 já demonstrava, que da *justiça cidadã*, do projeto de 1831 e do diploma de 1832, não sobrara quase nada. Ainda que as funções de juízes municipais, promotores e delegados, na ausência de bacharéis formados, pudessem ser exercidas por leigos, sua escolha (bem como a de seus suplentes) era, doravante, de inteira responsabilidade dos presidentes de província ou do imperador, na Corte. Os subdelegados, por sua vez, eram de sugestão dos delegados, mas cabia ao chefe de polícia nomeá-los. Este, uma das mais altas autoridades em questões policiais (antecedido apenas pelo ministro da Justiça e pelos presidentes de província), não só era de nomeação do imperador, como deveria ser juiz de Direito (e já com três anos de experiência) ou desembargador da Relação. Mesmo escrivães,

48 Os regulamentos foram publicados, o primeiro, em 31 de janeiro de 1842, o segundo em 2 de fevereiro e o terceiro em 15 de março do mesmo ano."Regulamento No. 120 – de 31 de Janeiro de 1842. Regula a execcução da parte policial e criminal da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841", pp. 39-134; "Regulamento no. 122 – de 2 de fevereiro de 1842. Contém disposições provisórias para a execução da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841", pp. 136-141; "Regulamento No. 143 – de 15 de março de 1842. Regula a execução da parte civil da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841"; *Collecção das Leis do Império do Brasil de 1842*. Tomo V. Parte II. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1843, 199-209.

49 Artigos 28 e 29, "Regulamento No. 120 – de 31 de Janeiro de 1842. Regula a execcução da parte policial e criminal da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841"; op. cit.

50 Artigos 216, 217 e 218, idem.

oficiais de justiça, carcereiros e inspetores de quarteirão não mais seriam escolhidos – tal como em 1832 – por alguma autoridade eleita localmente, como os juízes de paz ou vereadores. Quanto ao magistrado leigo eleito localmente, desnecessário ressaltar que perdera não só toda sua jurisdição "criminal", como também fora quase completamente destituído de sua autoridade "policial" (conforme a divisão proposta no "Regulamento").[51]

Por fim, como visto, os "Juizes do Fato", ou jurados, tiveram também suas atribuições sensivelmente reduzidas. Deixando de existir o 1º conselho, ou "Jury de Acusação", cabia, doravante, às autoridades nomeadas pelo centro, ou pelos presidentes de província, proceder (ou não) à pronúncia dos acusados. Restava tão somente ao "Jury de Sentença", mediante as perguntas do juiz de Direito, afirmar ou negar a culpabilidade do réu. Se, em 1832, ao magistrado da comarca competia, basicamente, aplicar as penas na forma da lei (isto é, conforme o Código Criminal de 1830 e alguns poucos e breves diplomas aprovados desde então), ele se tornava, a partir de 1841, figura central do edifício judicial. Não só ele podia apelar ex-oficio da decisão dos jurados, como também "decidir todas as questões incidentes, que forem de direito, e de que dependerem as deliberações finais do Júri"[52].

A "Reforma" e o "Regulamento" de 31 de janeiro, portanto, não alienavam apenas a localidade em relação à administração da justiça e aos negócios policiais, mas também desapareciam com a província como eventual instância decisória, uma vez que seus presidentes não eram eleitos – como os membros das assembleias e dos extintos conselhos –, mas sim indicados pelo governo central.

A lei de 3 de dezembro de 1841, ademais, já previa a punição daqueles que infringissem os futuros "regulamentos que o Governo organizar para a execução da presente Lei, guardado o respectivo processo, com a pena de prisão, que não poderá exceder a três meses, e de multa até duzentos mil réis". Conforme o regulamento do ministro, aprovado menos de dois meses depois da reforma:

> Art. 484. As penas de prisão e de multa estabelecidas no presente Regulamento, em virtude do Art. 112 da Lei de 3 de Dezembro de 1841 serão sempre impostas com audiência verbal ou por escrito (segundo o exigir a natureza do caso e as circunstâncias) da pessoas em quem tiverem de recair, e à sua revelia quando não responderem no prazo que lhe for marcado (o qual nunca excederá a três dias) ou não comparecer.
>
> Art. 485. Se esta em sua resposta alegar fatos e declarar que quer prová-los, ser-lhe-ão para esse fim concedidos 8 dias, dentro dos quais deverá apresentar todos os documentos e testemunhas que tiver em seu favor, cujos depoimentos serão escritos no Processo que se formar.
>
> Art. 460. Da imposição das penas de multa e prisão estabelecidas neste Regulamento por virtude do Art. 112 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, dar-se-á o recurso de apela-

51 O "Regulamento No. 120" dividia-se em 2 partes. A primeira tratava das "Disposições policiais" e subdividia-se nos seguintes capítulos: cap. I "Da policia em geral"; cap. II "Da organização da Policia, e seu expediente"; cap. III "Da nomeação, demissão, vencimentos, e substituição dos empregados"; cap. IV "Das atribuições dos empregados de Policia"; cap. V "Da forma por que se há de proceder nos differentes actos da competência da Policia"; cap. IV "Da correspondência das Autoridades policiaies"; e cap. VII "Das audiências". A segunda parte, sobre as "Disposições Criminaes", dividia-se em 17 capítulos: cap. I "Das autoridades criminaes"; cap. II "Dos Promotores"; cap. III "Dos jurados, e do modo de os apurar"; cap. IV "Do Foro competente"; cap. V "Das suspeições e recusações"; cap. VI "Do auto de corpo de delicto"; cap. VII "Da formação de culpa"; cap. VIII "Da Prescripção"; cap. IX "Da pronuncia, da sua sustentação, e da ratificação do Processo da formação da culpa"; cap. X "Das Fianças"; cap. XI "Dos preparatórios da accusação; da accusação, e da Sentença"; cap. XII "Do Processo de Contrabando"; cap. XIII "Do Processo de responsabilidade dos empregados não privilegiados"; cap. XIV "Da execução das Sentenças"; cap. XV "Dos Recursos"; cap. XVI "Dos emolumentos, salários e custas judiciaes"; e cap. XVII "Disposições Geraes". Idem.

52 Artigo 200, que regula as atribuições dos Juízes de direito na parte criminal, idem.

> ção para a Relação do Distrito, quando forem impostas pelos Juízes de Direito, e Chefes de Polícia, e para os Juízes de Direito, quando o forem por Autoridades inferiores.
>
> Art. 461. Esta apelação deverá ser interposta dentro de 24 horas depois de intimada a Sentença à Parte, e terá efeito suspensivo quando a pena for de prisão, procedendo-se na forma do Art. 458 § 2º deste Regulamento, quando for de multa.[53]

Não bastassem, porém, as quase cem páginas do regulamento de 31 de janeiro de 1842, passados dois dias, o ministro da Justiça baixou novo decreto, o "Regulamento n. 122 de 2 de Fevereiro de 1842", com "Disposições Provisórias para a Execução da Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841"[54]. Sucintamente, as "Disposições" determinavam que, uma vez publicada a referida lei na capital de qualquer província, aos chefes de polícia competia imediatamente proceder às nomeações de delegados e subdelegados, enquanto aos presidentes de província cabia fazer o mesmo em relação aos juízes municipais e de órfãos. Os escrivães deveriam, em seguida, remeter todos os processos em andamento às novas autoridades competentes (conforme prescrito na lei de 1841). Aqueles que não o fizessem estariam sujeitos a multa de 100$000 a 200$000 réis e, em caso de reincidência, a pena de prisão por três meses.[55]

Se, em termos de poder Legislativo, como bem aponta Miriam Dolhnikoff, as chamadas leis conservadoras não alteraram substantivamente o que fora aprovado em 1834, no que diz respeito ao Judiciário a situação foi inteiramente diferente. Conforme estabelecido pela reforma de 3 de dezembro de 1841 (e explicitado nos regulamentos do ministro da Justiça), às assembleias provinciais, autoridades eleitas localmente, magistrados e promotores em atividade, e aos jurados não sobrava muito (em termos de "Poder Judicial"), a não ser acatar, desobedecer ou pegar em armas, como fizeram parte das elites das províncias de São Paulo e Minas Gerais, e mesmo do Rio de Janeiro.[56]

## Dois modelos de organização política

Usualmente a historiografia tem se referido à lei de 3 de dezembro como uma "centralização do judiciário". Considerando, contudo, não só as mudanças operadas pelo diploma na administração da justiça e na forma do processo (conforme estabelecido no Código), mas também a prévia extinção do conselho da presidência, em 1834, e a proibição dos representantes provinciais de legislarem sobre empregos municipais e provinciais criados por lei geral, em acordo com a Interpretação do Ato Adicional, as inovações introduzidas pela Reforma e seus regulamentos implicavam mais do que simplesmente uma reordenação do chamado Poder Judicial. Com isto estava de acordo o próprio artífice da lei de 1841 e autor dos regulamentos de 1842. Para Paulino José Soares de Sousa, as diferenças entre a legislação aprovada na regência e as chamadas reformas reacionárias não poderiam ser explicadas simplesmente a partir do binômio descentralização-centralização.

53 O que significava que a multa deveria ser depositada em juízo. "Regulamento No. 120 – de 31 de Janeiro de 1842. Regula a execcução da parte policial e criminal da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841"; op. cit.

54 Regulamento no. 122 – de 2 de fevereiro de 1842. Contém disposições provisórias para a execução da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841",

55 O último regulamento, baixado em 15 de março de 1842, tratava, ao longo de seus 41 artigos, da "execução da parte civil da Lei No. 261 de 3 de Dezembro de 1841".

56 Estefanes (2013), especialmente capítulo 2.

Na década de 1860, Soares de Sousa, já então visconde do Uruguai, atentava, em seu *Ensaio sobre o direito administrativo*, para o que considerava a essência da oposição entre, por um lado, um sistema de governo baseado no *self-government*, de matriz anglo-saxônica, e, por outro, uma organização hierárquica de base francesa, assentada na magistratura togada e no papel exercido pelo governo central no tangente à nomeação das autoridades. Em suas próprias palavras, em capítulo intitulado "Applicação ao Brasil das instituições administrativas Inglezas, Americans e Francezas":

> Os paizes que não tomam por base exclusiva da sua organização administrativa o systema eletivo (isto é que não constituírem democracias puras) não tem remédio senão recorrerem à hierarquia. (Visconde do Uruguay, 1862, p. 263).
>
> Ou seja,
>
> Já se tentou entre nós excluir a hierarquia e instituir o systema dos Estados Unidos.
>
> A acção democratica que se seguiu ao 7 de Abril, em lugar de introduzir a luz e a ordem no chaos que a abdicação nos deixara, proveniente da luta entre os novos princípios constitucionais, e uma legislação de tempos coloniaes e absolutos; *de instituir uma hierarquia accommodada às nossas circumstâncias, que respeitasse quanto cumpre e convêm o princípio popular da Constituição*; de discriminar e definir bem as attribuições das autoridades, cercando-as de formulas e de garantias para os administrados, procurou o remedio exclusivamente no *systema eletivo e nos meios que lhes são peculiares.*
>
> *Entregou aos Juízes de Paz eletivos, exclusivamente, toda a policia municipal, geral, judicial e administrativa, e a formação da culpa em todos os crimes. Deu-lhes o julgamento definitivo dos delictos que não eram levados ao Jury.*
>
> [...]
>
> *Constituio os Juízes Municipais, de Orfphãos e Promotores (fazendo-os propor pelas Câmaras Municipaes) méras emanações da eleição popular*. (Visconde do Uruuguay, 1862, pp. 264-265).

Para Uruguai, em obra que visava não só a recuperar sua própria contribuição para o país, mas também dialogar com a política hodierna[57] – além, claro, de constituir um grande tratado de Direito –, o "princípio" que regia os Estados Unidos e Inglaterra estava, portanto, em desacordo com a "organização politica e administrativa" do Brasil (Visconde do Uruguay, 1862, p. 267).[58] Ou seja, a promulgação da Reforma de 1841, em relação ao prescrito no Código de 1832, ia muito além de uma simples centralização.

57 Sobre a atuação de Uruguai à época da redação da obra, ver Pedro Gustavo Aubert (2013), especialmente o capítulo 3.

58 Ainda que o capítulo anterior fosse intitulado "Da centralização", a leitura atenta de umas poucas páginas deixa evidente que o assunto tratado não dizia respeito, simplesmente, ao binômio centralização-descentralização. Ao mencionar os Estados Unidos, por exemplo, afirmava que a "maior ou menor centralização ou decentralização depende muito das circumsatancias do paíz, da educação, hábitos e caracter nacionais, e não somente da legislação. Uma nação acostumada por muito tempo ao gozo pratica de certa liberdades locaes; afeita a respeitar as suas leis e os direitos de cada um; que adquirio com a educação e o tempo aquelle senso pratico que he indispensavel para tratar dos negócios; que tem a fortuma de possuir aquella unidade, mais profunda e mais poderosa, que a que dá a simples centralização das instituições, a saber a que resulta da semelhança de elementos sociaes; essa nação póde sem inconveniente dispensar em maior numero de negócios a centralização. Estas breves considerações explicão o por que a decentralisação na Inglaterra e nos Estados-Unidos não produz os inconvenientes, que, levada ao mesmo ponto, infallivemente produziria em outros países". O mesmo pode ser percebido em suas ponderações acerca da França, "o paiz o mais vogorosamente centralizado da Europa. Não deve ella porém essa centralização somente ás suas instituições. [...] Deve-a ao seu caracter nacional, sociável, generalizador e expansivo; ás suas glorias militares, letterarias e scientificas que estreitão e unem; á universalidade popular da sua língua; ás suas Escolas, a seus Codigos, á uniformidade da instrucção; aos seus precedentes revolucionários; á sua administração intensa; ao seu governo unitário; ás suas divisões territorieaes; ao seu amos innato da igualdade, da independencia nacional e de gloria; á sua Capital, e finalmente áquelle instincto proprio do seu carcater nacional que a leva a generalizar os systemas; ao método dos seus livros, á codificação das suas leis, e á homogeineidade de todos os ramos do serviço publico" (Visconde do Uruguay, 1862, p. 173-176).

Em verdade, o que estava em questão eram dois modelos distintos de organização política, com diferentes concepções acerca dos poderes e das relações entre eles. A deputação que não só elaborou os projetos de código de processo (em 1830 e 1831), como formulou a lei da Regência e, finalmente, discutiu as bases da reforma constitucional (isto é, o projeto de lei de 1832 que autorizava a próxima legislatura a reformar a Constituição), claramente defendia um modelo de organização em que o poder legislativo se sobressaia em relação aos restantes, mormente o Executivo, um modelo que implicava um judiciário livre das imposições da magistratura togada (indicada pelo centro), assentado, portanto, em juízes leigos eletivos, magistrados (bacharéis ou não) selecionados por autoridades eleitas e, finalmente, jurados, isto é, cidadãos (na concepção da época, obviamente). Já os artífices da Reforma de 1841, propunham um modelo radicalmente distinto do anterior. Visavam a fortalecer o Executivo, o que implicava restringir, ao máximo, a existência de autoridades e instâncias eletivas, bem como a participação direta de cidadãos, mormente nos conselhos de jurados.

Dada a brevidade, e plasticidade, dos artigos da Carta acerca do "Poder Judicial", bastava um mínimo de hermenêutica para que ambos os lados defendessem, como constitucionais, suas posições. Não à toa, pouco depois de aprovada a Reforma, e previamente dissolvida a assembleia recém-eleita (em 1841), em que regressistas teriam minoria, eclodiu a Revolta Liberal. Como explicitado por muitos dos rebeldes, as leis reacionárias, isto é a Reforma do Código do Processo e a recriação, mesmo que em novas bases, do Conselho de Estado (extinto em 1834), implicavam um flagrante desrespeito à Constituição, à justiça e, até mesmo, à "decência".[59]

Parte da historiografia, contudo, talvez influenciada pelas obras deixadas pelos próprios artífices da Lei de 1841, tendeu a repetir a máxima de que os liberais, a despeito da rebelião, uma vez alçados ao poder, teriam se rendido à Reforma, isto é, às benesses advindas da faculdade de nomear as autoridades judiciárias e policiais. Tal tipo de afirmação, contudo, parece desconsiderar a história posterior. Passados poucos anos da promulgação da referida Lei, e alçados os liberais ao poder (no período genericamente chamado de quinquênio liberal), foram apresentados dois projetos que visavam a reformar o diploma reacionário.

Passados alguns anos, o próprio gabinete Saquarema, na figura de seu ministro da Justiça, Eusébio de Queirós – gabinete do qual fazia parte, inclusive, Paulino Soares de Souza –, baixou uma série de decretos que alteravam várias prescrições, ou omissões, da lei de 1841, em razão de problemas que sua aplicação vinha criando. Mudanças mais radicais foram novamente intentadas nas décadas de 1850 e 1860, tanto na vigência do ministério da Conciliação (que contava, como sabido, com um presidente saído das hostes regressistas), como no período da chamada Liga Progressista.

59 Assim se dirigiram os deputado paulistas, ao monarca, em 28 de janeiro de 1842: a "Assembléa Provincial de São Pualo, em cumprimento de seus deveres os mais sagrados, vêm ante Vóspedir que vos digneis sobreestar na execução das duas denominadas Leis das reformas do Codigo, e criação de hum Conselho d'Etado, até o tempo em que as possas rever, e revogar, como he de esperar atenta a sua inconstitucionalidade, e de involta implorar do Monarcha a demissão do actual Ministerio, cuja continuação no poder poêm em risco a paz do Imperio, a ordem da Provincia, até a segurança do Throno. [...] Demais não há lei sem imparcial, e concienciosa discussão, sobretudo quando se tracta do que he puramente constitucional; a fortaleza da Constituição se não deve levar de assalto, preciso he rodeal-a de regular assedio, e apoderar-se pouco a pouco das portas, que a defendem para que convencida pela necessidade capitulle a guarnição salvando sempre o que he essencial. Não foi assim que procedeo a corrompida ou iludida maioria da Assembleia passada; cega, e tumultuaria para levar avante os nefários projectos do governo, calcou todas as regras não só da justiça como até a da mais comum decência". Dezenas de outras petições, enviadas por câmaras municiais de São Paulo e Minas Gerais, para além da inconstitucionalidade das leis regressistas, mencionavam ainda, no tangente à Reforma de 1841, seu flagrante desrespeito em relação aos direitos dos cidadãos. Agradeço a Roberta Saba por ter me concedido cópia das petições existentes no Arquivo da Câmara dos Deputados, por ele fotografadas quando da elaboração de sua dissertação de mestrado.

Entre 1870 e 1871, as críticas à lei de 1841 acabaram por forçar um legislativo maciçamente conservador a aprovar um projeto de reforma da "Legislação Judiciária", promulgada em 20 de setembro de 1871. A despeito de certas interpretações que tendem a reforçar que as modificações trazidas pelo novo diploma não eram assim tão importantes, não comungavam dessa ideia muitos conservadores que se sentiram traídos por seus colegas de partido.

Domingos de Andrade Figueira, deputado conservador pelo Rio de Janeiro, assim se pronunciou acerca da matéria, anos depois:

> Aquela organização [da lei de 3 de Dezembro] é tão feliz, tão acomodada às circunstâncias do país, e entrou de tal maneira nos hábitos da nossa população que acha difícil a qualquer governo prescindir dela.
>
> [...] de 1871 para cá, em que a autoridade policial ficou desarmada, o número de crimes tem sido maior. Nem é possível doutra forma.
>
> [...]
>
> Inventem quantos corretivos quiserem para o arbítrio da polícia; tornem a sua responsabilidade efetiva; decretem processos sumários; esgotem enfim todos os meios para estabelecer corretivos eficazes contra o arbítrio da polícia, mas não a desarmem. Suprimam a polícia, mas não a desarmem. Melhor era suprimir a polícia que existe do que mantê-la no estado em que se acha, sem retribuição, sem força armada para a execução dos seus atos e até sem esta condição necessária de prender os criminosos.
>
> [...]
>
> Mas além disto, pela lei de 1871 já os inquéritos policiais eram insustentáveis; não só dificultam muito a administração da justiça, como são uma verdadeira superfestação [sic], um trambolho, na administração da justiça. [60]

Passados alguns anos da promulgação do diploma de 1871, que, como visto, descontentou muitos dos conservadores, os liberais, que haviam retornado ao poder em 1878, voltaram a defender novas, e profundas, alterações na lei de 3 de dezembro de 1841, continuando a fazê-lo pelos próximos anos. Mas, em finais de 1880, quando, finalmente, contariam com maioria na Câmara e no Senado, o 15 de novembro alçou ao poder um governo provisório constituído de setores do exército, republicanos e antigos conservadores, pondo fim não só à monarquia, como também aos projetos que tramitavam no legislativo.

## Referências

Assunção, M. R. (2011). Sustentar a constituição e a santa religião católica, amar a pátria e o imperador: liberalismo popular e o idéario da balaiada no Maranhão. In M. D. Dantas (Org.), *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX* (pp. 295-327). Alameda.

Aubert, P. G. (2011). *Entre as idéias e a ação: o Visconde de Uruguai, o direito e a política na consolidação do Estado Nacional (1850-1866)* [Dissertação de mestrado, FFLCH-USP].

60 *APB-CD*, sessão de 4 de setembro de 1883. Agradeço a Filipe Nicoletti Ribeiro não só por me fornecer a transcrição dos referidos anais, mas também pelas informações referentes aos projetos de reforma do judiciário apresentados nas décadas de 1870 e 1880.

Carvalho, J. M. (1988). Teatro de sombras: a política imperial. Vértice.

Código do processo criminal do Império do Brasil. (1830). Typographia Imperial e Nacional.

Costa, V. C. (2013). *Codificação e formação do Estado nacional brasileiro: o código criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-independência* [Dissertação de mestrado, IEB-USP].

Dantas, M. D. (2011). Revoltas, motins, revoluções: das ordenações ao código criminal. In M. D. Dantas (Org.)., *Revoltas, motins, revoluções: homens livres pobres e libertos no Brasil do século XIX*. Alameda.

Dantas, M. D. (2015). Da Luisiana para o Brasil: Edward Livingston e o primeiro movimento codificador no Império (o código criminal de 1830 e o código de processo criminal de 1832). *Jahrbuch fur Geschichte Lateinamerikas-Anuário de História de América Latina,* 52(1).

Dantas, M. D. (2017). *Uma 'Nação verdadeiramente livre': a organização judiciária e a ordem do processo criminal no Império do Brasil (1826-1832)* [Tese de Livre-docência, IEB-USP].

Dantas, M. D. & Costa, V. C. (2018) Regulamentar a constituição: um novo direito penal e processual para um novo país: projetos, tramitação e aprovação dos primeiros códigos do Império do Brasil (1826-1832). In A. Wehling, G. Siqueira & S. Barbosa (Orgs.)., *História do direito: entre rupturas, crises e descontinuidades.* Editorial Arraes.

Dolhnikoff, M. (2005). O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil. Globo.

Estefanes, B. F. (2013). Conciliar o império. O Marquês de Paraná e a política imperial, 1842-1856. Annablume.

Flory, T. (1986). El juez de paz y el jurado en el Brasil Imperial, 1808-1971. Fondo de Cultura Economica.

Hörner, E. (2014). Até os limites da política: a "Revolução Liberal" de 1842 em São Paulo e Minas Gerais. Alameda.

Mattos, I. R. de. (1994). O tempo Saquarema: a formação do Estado Imperial. ACCESS.

Saba, R. (2012). As vozes da nação: a atividade peticionária e a política do início do Segundo Reinado. Annablume.

Visconde do Uruguay. (1862). Ensaio sobre o direito admnistrativo (Tomo II). Typographia Nacional.

Data de recebimento: 23/10/2020

Data de aprovação: 20/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Uma história do crime de adultério no Império do Brasil (1830-1889)

*A History of the Crime of Adultery in the Brazilian Empire (1830-1889)*

**Gustavo Silveira Siqueira**[1]

1 Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

## RESUMO

Tipificada como crime até o ano de 2005, a prática de adultério tem uma extensa história criminal no Brasil. Durante o século XIX, a temática foi amplamente debatida no meio jurídico e no meio social, envolvendo não apenas os comentadores do Código Criminal do Império, mas também autores de dicionários e, principalmente, escritores. O presente trabalho pretende entender as experiências jurídicas em torno do adultério nos oitocentos brasileiros. Inspirado da forma de pesquisa de Hespanha, o texto usa como fontes a literatura da época, dicionários e jornais, assim como pesquisas contemporâneas sobre o tema.

**Palavras-chave:** História do direito criminal, adultério, Brasil Imperial.

## ABSTRACT

Deemed a crime until 2005, adultery has a long criminal history in Brazil. It was widely debated during the 19th century in legal and social circles, not only by the Criminal Code commentators, but also by dictionarists, and especially writers. This paper aims to understand brazilian 1800s' legal experiences on adultery. Inspired on Hespanha's research method, its sources are literature, dictionaries and papers of the period, as well as contemporary research on the topic.

**Key words:** History of criminal law, adultery, Brazilian Empire.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78723

## Introdução

Tipificada como crime até o ano de 2005, a prática de adultério tem uma extensa história criminal no Brasil. Durante o século XIX, a temática foi amplamente debatida no meio jurídico e no meio social, envolvendo não apenas os comentadores do Código Criminal do Império, mas também autores de dicionários e, principalmente, escritores. Entre estes está, por exemplo, Machado Assis, o maior escritor brasileiro, que tematizou o adultério em, pelo menos, três importantes obras: Memórias póstumas de Brás Cubas, Quincas Borba e Dom Casmurro. Isso demostra como o tema era relevante no período e como tocava a intimidade da sociedade.

De fato, criminalizar o adultério no Império era trazer para a esfera pública um conflito eminentemente privado. Mas a criminalização da prática de adultério, teoricamente, tinha alguns sentidos: a) dar a mensagem de controle da sexualidade da mulher, b) "defender a família" de um filho adúltero ou do homem que possui "uma manceba" e c) evitar o assassinato da mulher (e muitas vezes do amante) pelo marido traído. Se as Ordenações Filipinas de 1603 permitiam o assassinato, já não era mais conveniente que isso acontecesse após o fim do antigo regime. Sendo assim, teoricamente, o conflito privado deveria ser resolvido na esfera pública.

E a sociedade não aceitou facilmente essa brusca mudança de paradigma. Até o final do século XX, os tribunais ainda aceitavam a "defesa da honra" do marido, que assassinava a mulher. Ou seja, por mais que a "inovação" tivesse início no começo do século XIX, foram necessários quase 200 anos para que os tribunais concordassem que o adultério não garantia o direito de assassinato. O processo foi tão longo que até o crime de adultério deixou de existir. Mas é óbvio que a sociedade não aceita automaticamente todas as mudanças, tampouco é óbvio que todas as mudanças são eternas e muito menos que o novo deixa de coexistir com o velho.

Sendo assim, o presente artigo pretende discutir o adultério durante o Império brasileiro. Acredito que tal discussão possa contribuir para o entendimento não apenas do adultério no século XIX, mas também da sociedade brasileira que se formava após a independência. Se o passado pode lançar horizontes de expectativas sobre o futuro, acredito que a história do adultério pode contribuir para pensarmos o presente também (Koselleck, 2006).

Por outro lado, também acredito que a legislação tem apenas uma pequena parte das experiências jurídicas em torno de um direito ou de um crime. Parto do Código Criminal do Império, mas não acredito que o Código ou qualquer lei possam descrever sozinhos as experiências jurídicas (Siqueira, 2014). Dessa forma, busco outros elementos e fontes para construir uma história do direito que não se limita ao direito escrito (Hespanha, 2012; Siqueira, 2014). No item 1, tento entender como o crime de adultério foi incluído no Código Criminal do Império de 1830 para depois analisar as experiências em torno da criminalização de tal prática social e no item 2, as interpretações e polêmicas em torno dos artigos. Já no item 3, analiso pesquisas que consultaram processos em que o adultério era um argumento levantado pelas partes. Como este artigo foi elaborado durante a pandemia do covid-19, fiquei impossibilitado de consultar algumas fontes primárias, em especial os processos citados no último item do trabalho. Espero que, em um futuro próximo, o acesso às fontes seja possível e que o artigo possa ser enriquecido.

## 1. O adultério na elaboração do Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império do Brasil foi sancionado pelo Imperador Dom Pedro em 16 de dezembro de 1830. O texto foi elaborado por uma comissão especial mista do Parlamento brasileiro a partir do projeto elaborado pelo deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos ( "Annaes do Parlamento Brazileiro", 1829). Não houve debate de artigo por artigo no Parlamento, e o texto foi aprovado em bloco pela Câmara dos Deputados em 22 de outubro e pelo Senado em 24 de novembro de 1930 ("Annaes do Parlamento Brazileiro", 1830).O crime de adultério estava assim previsto no projeto do deputado Bernardo Pereira de Vasconcelos:

> Capitulo VII - Dos crimes contra o estado domestico e civil
>
> Art. 213. É crime contra o estado domestico:
>
> [...]
>
> Quando alguma pessoa casada commette adulterio.
>
> Penas - nos tres ultimos paragraphos prisão com trabalho por um a seis annos. Multa correspondente.
>
> Art. 214. O conjuge que em algum tempo consentio no adulterio do outro conjuge não o poderá jamais accusar de adulterio.
>
> Art. 215. O que sendo infamado de adulterio casar com a viuva ou viuvo com quem era infamado será reputado adultero e poderá ser accusado pelos parentes do morto ( "Annaes do Parlamento Brazileiro", 1829, p. 92).

O artigo que criminalizava o adultério foi alterado pela comissão parlamentar mista (Costa, 2013). Para Vivian Costa, o Código Penal de Louisiana, de autoria de Edward Livingston, teria sido utilizado como referência pelos deputados integrantes das comissões encarregadas da elaboração do código, muito embora não tenham sido travadas discussões sobre os artigos desse documento no Plenário da Câmara:

> a ascendência do diploma penal de Livingston far-se-ia sentir também sobre matérias importantes da seção dos crimes particulares, em especial na definição dos crimes de aborto (arts. 199 e 200) e adultério (art. 253), e na introdução do crime de auxílio ao suicídio de outrem (art. 196) (Costa, 2013, p. 256).

Para exemplificar a influência do código estadunidense nesses temas, Vivian Costa comparou o artigo 349 do código de Louisiana com o artigo 253 do código de 1830:

> Art. 349. The indictment or information for adultery against the wife must be a joint one, against the woman and the man with whom the adultery is said to have been committed, if he be alive, and the one cannot be found guilty without the other [...]
>
> Art. 253. A accusação por adultério deverá ser intentada conjunctamente contra a mulher, e o homem, com quem ella tiver commettido o crime, se fôr vivo; e um não poderá ser condemnado sem o outro (Costa, 2013, p. 256).

Esse registro da utilização, por parte da comissão especial, do Código Penal de Lousiana talvez possa servir de resposta ao fato de o artigo do Código Criminal de 1830 ter redação diferente da prevista no projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos. Sendo assim, a criminalização

do adultério, como ocorreu no Código Penal de 1830, rompendo com a tradição das Ordenações Filipinas, parece ter sido influenciada pela codificação americana. Pelo menos, esses são os indícios dos fragmentos encontrados.

De qualquer forma, o artigo era inovador para a época e mostrava uma tentativa de modernização do direito brasileiro. No próximo item, tentarei demostrar como esse artigo era interpretado.

## 2. O adultério no Código Criminal e outros elementos

Obviamente que a simples leitura do Código Criminal do Império não poderá nos auxiliar a compreender como a criminalização do adultério acontecia durante o Império brasileiro. Eini Samara acreditava que as leis e os "juristas" do período eram "lacunares". Sendo assim, "nos tempos do Império", ficava "mais difícil conhecer as verdadeiras regras do jogo que pautavam as relações marido-esposa"(Samara, 1995, p. 63). Nesse sentido, tentarei relacionar o Código Criminal com outros elementos que podem auxiliar na compreensão das experiências em torno de tal crime. Neste sentido, já parto da ideia de que a aplicação da lei, em diversos momentos, pode representar realidades bem diferentes do previsto formalmente.

No Diccionario da lingua brasileira, escrito por Luiz Maria da Silva Pinto e publicado em 1832, o adultério era a "copula carnal com pessoa casada"(Pinto, 1832, s.p.). Para Antonio de Moraes Silva, autor do Diccionario da lingua portugueza, era a "infidelidade conjugal"(Silva, 1890, p. 94). O Código Penal do Império não dizia o que era o adultério cometido pela mulher casada, apenas o condenava, enquanto o adultério masculino era mais detalhado e completamente diverso. O senador e advogado Vicente Alves de Paula Pessoa, por exemplo, acreditava que "para provar o adultério não é preciso prova rigorosa, bastando a fama publica"(Pessoa, 1885, p. 424).Por sua vez, o Código Criminal de 1830, no capítulo dos crimes contra a segurança do estado civil e doméstica, prescrevia que a mulher casada que cometesse adultério seria punida com pena de prisão com trabalho por um a três anos (art. 250). A mesma pena era imposta ao adúltero, ou seja, o homem solteiro que tivesse relações com uma mulher casada. Já o homem casado só cometia crime de adultério se tivesse relações com uma mulher casada ou se tivesse "concubina, teúda e manteúda" (art. 251). Em resumo, a mulher casada cometia crime de adultério ao ter relações com outro homem independentemente do seu estado civil, o homem solteiro cometia crime de adultério ao ter relações com uma mulher casada, e o homem casado podia cometer adultério em duas situações: quando tinha relações com uma mulher casada ou quando tinha uma "concubina, teúda e manteúda".

Pinto (1832) definia "concubina" como sinônimo de "manceba". Já o "mancebo", por exemplo, era o "moço, juvenil", mostrando como o conceito servia homens e mulheres de formas diferentes. Já Silva (1890, p. 508) descrevia a concubina como aquela que não era prostituta, mas era "amiga de um só", manceba.

Como o Código não definia exatamente o que era o adultério feminino, abria-se margem para a interpretação. Seria adúltera a mulher que tivesse relações sexuais com outro homem ou bastava a "fama pública", como escreveu Paula Pessoa? Interessante notar que os juristas da época não analisam tal questão. Eles simplesmente repetiam o termo legal.

Obviamente, a discussão sobre a existência do adultério da mulher seria analisada de caso a caso.

Em Dom Casmurro, a condenação de Capitu, pelos olhos de Bentinho, não precisou de flagrantes de sexo, bastava a desconfiança que o marido tinha da semelhança entre o filho e o amigo. Já Lobo Neves, em Memórias póstumas de Brás Cubas, simulava a ignorância da traição da mulher, mesmo tendo "provas". Em Quincas Borba, Sofia, com ciência do marido, participou de jogos de sedução com outros homens, sem praticar sexo, mas talvez cometendo o que aquela sociedade poderia ver como adultério.

A lógica do adultério não era exata e delimitada. Na verdade, o código deixou brecha para uma interpretação social e pessoal do que seria traição.

A pena de um a três anos para o crime de adultério, por exemplo, era a mesma do infanticídio para ocultar desonra (art. 198, quando a mãe mata o filho recém-nascido para ocultar desonra), do crime de ferimento que resultava em deformidade (art. 204), do crime de abertura de cartas alheias (art. 215) e do crime de defloramento de mulher menor de 17 anos (art. 219). Já a poligamia era punida com pena de um a seis anos de prisão (art. 249). Isto é, a punição por casar duas vezes era bem maior que a punição por trair.

O código previa que apenas o marido ou a mulher teriam o direito de acusar o adúltero ou a adúltera (art. 252), se não tivessem, em algum tempo, consentido com o adultério. Sendo assim, a acusação perante as autoridades só poderia ser feita pelo traído ou pela traída. Para Antonio Joaquim de Macedo Soares, o artigo protegia "a moralidade da família, uma das bases de toda a sociedade culta" (Soares, 1887, p. 182). Ou seja, ocultar o adultério, em alguns casos, também era proteger a família.

Na relação entre um homem solteiro e uma mulher casada, ela e o adúltero deveriam ser processados juntos (Art. 253). Araújo (1889, p. 152), professor da Faculdade de Direito do Recife, chamava isso de "codelinquencia necessária", e Ramalho (1856, p. 49) dizia que "esta ação, quando intentada, deve sempre dirigir se contra a mulher, e o homem com quem ella tiver commetido o crime, se for vivo".Entretanto, o homem casado poderia ser processado sem a acusação contra a concubina, pois não existia previsão legal para condená-la, como confirma, por exemplo, (Tinôco, 1886). A lei dava tratamentos distintos para os diversos personagens dos enredos de adultério. Da mesma forma, a lei tratava diferentemente o amante e a amante. Ele seria um criminoso, ela seria uma "manceba", uma "concubina", o que não era punido pelo direito, mas pode ser pela sociedade.

Araújo (1889) também defendia que o adultério não poderia ser praticado por mandato, "que excluem a idéa de mandato porque o autor deste não se póde absolutamente valer do intermédio de um terceiro para se constituir, adultero, bígamo, etc. etc.". Ou seja, aquele que cometia adultério deveria ter praticado o ato, o que não valia, por exemplo, para outros crimes, como o homicídio, no qual o mandante poderia ser condenado sem ter cometido o assassinato. Assim, aquele que contratava um "sedutor" para a mulher casada não cometia crime de adultério. Nesse sentido, Souza (1872), professor da Faculdade de Direito de São Paulo, escreveu que o crime de adultério não permitia a forma tentada: as pessoas ou praticaram ou não praticaram. Os atos preparatórios ao adultério não seriam atos criminosos.Para Pessoa (1885, pp. 424 - 426), o crime de adultério era grave, pois era um atentado à santidade do casamento e às leis da família, "depravando os costumes e produzindo resultados deploráveis". Pessoa também defendia que o "perdão do marido ou a reconciliação com sua mulher" podiam ser acolhidos como "prova legal de que não se commetteu o adulterio".Também estabelecia o Código Criminal que não eram considerados criminosos aqueles que "commetterem crimes violentados por força, ou por medo irresistíveis" (art. 10, parágrafo 3º). A literatura atual chamaria tal instituto de excludente

de culpabilidade, ou seja, motivos que eximem aquele que pratica o crime da punição. Pessoa (1885) ainda cita, como exemplo de medo irresistível, dois julgados do Tribunal da Relação (n. 3.702 e n. 3.561), nos quais o marido assassino tinha alegado "medo irresistível" ao matar a esposa que encontrara em adultério.Veja-se que, tecnicamente falando, não seria lícito (permitido pela lei) o marido matar a mulher que é encontrada em adultério. Tal ato, permitido nas antigas Ordenações Filipinas de 1603, estava em total desacordo com o direito da época. Ocorre que a aplicação da lei era bem distinta da teoria. Na prática, que se consolidaria por décadas e décadas, o marido traído tinha o "direito" de assassinar a esposa infiel. Por mais que isso fosse ilegal e que o uso do "medo irresistível" fosse uma completa deturpação do entendimento da lei, o assassinato foi prática comum na sociedade brasileira.

No dia 3 de dezembro de 1888, a Gazeta de Notícias, por exemplo, chamava de herói Antonio Joaquim de Sant'Anna Ramos, que assassinou o amante da mulher:

> Depois essa mesma multidão, no frenesi do enthusiamo, fez do assassino um héroi, mais que um herói, o martyr da própria honra, que, em um assomo de dignidade, sacudira nobremente dos ombros o peso da ignomina e do aviltamento que por tantos anos fizera do seu lar o prolongamento de um prostibulo.
>
> [...]
>
> Já o amante assassinado foi "julgado" pela multidão com "gritos de entusiasmo". "Depois não mais se falou da parcosa tragedia do adultério. Era um caso julgado, liquidado [...] (A Morte de Silos, 1888, p.3).

O adúltero também era criticado pela imprensa como uma pessoa de má fama (Bemposta, 1873). O adultério era ofensivo, e opositores políticos costumavam acusar uns aos outros de tal prática. Por outro lado, ele também era uma forma de controlar a sexualidade e a vida da mulher, por mais que os jornais só informassem a má fama de homens em suas notícias. Soihet (1990), analisando processos criminais no período posterior, concluiu que:

> Os motivos de uma punição são óbvios, já que o adultério representava os riscos da participação de um bastado na partilha dos bens e festão dos capitais. O homem, em verdade, tinha plena liberdade de exercer sua sexualidade desde que não ameaçasse o patrimônio familiar. Já a infidelidade feminina era, via de regra, punida com a morte, sendo o assassino beneficiado com o argumento de que se achava "em estado de completa privação dos sentidos ou de inteligência" no ato de cometer o crime, ou seja, acometido de loucura ou desvario momentâneo, ante o fato de ter vilipendiada a sua honra. Na prática, reconhecia-se ao homem o direito de dispor da vida da mulher [ênfase adicionada] (pp. 199-216).

Por mais que a lei rompesse com um modelo secular anterior, no qual o homem tinha o direito de matar a esposa, na prática, o antigo regime, em uma nova forma, convivia com o novo. Já o homem adúltero, aquela sociedade católica, ficava com a má e as ofensas dos adversários políticos.

## 3. Alguns processos de adultério e outras impressões

Soares (2006, p. 122), analisando autos de divórcio do Arquivo Histórico da Cúria Metropolitana de Porto Alegre, encontrou processos em que as relações homossexuais entre homens não constituíam crime de adultério: "a relação homem com homem é pecado gravíssimo contra a natureza, mas não é adultério, portanto não é motivo possível de ser alegado como causa de

divórcio". Tal concepção também é encontrada em autores que comentavam o crime de adultério na república (Siqueira, 1932). Ou seja, a homossexualidade, muito provavelmente por não comprometer os herdeiros e a "integridade da família", não era entendida como adultério.

Interessante notar que Siqueira (1932, p. 513), juiz e professor de direito no Rio de Janeiro, também afirmava, em 1932, já na vigência do Código Penal republicado, que "o artigo do Codigo penal que pune o adultério é letra morta, nunca foi apliccado" e que "não conheço no Brazil um só exemplo de um processo desta ordem, apezar das informações que procurei colher".Entretanto, Soares (2006), ao analisar autos de divórcio, pôde concluir que o terceiro motivo mais citado nos fundamentos do pedido do divórcio foi o adultério da mulher em 14,5% dos casos, perdendo apenas para sevícias e maus-tratos (31,2%) e para o adultério do marido (22,9%). Uso tais dados apenas para dizer que o adultério era um tema muito importante dos debates jurídicos do período e que não é surpreendente que também estivesse presente na literatura nacional do século XIX.Já Samara (1988, p. 104), ao analisar testamentos de mulheres no Tribunal de Justiça de São Paulo, pôde concluir que "algumas mais corajosas declararam, em testamento, que por 'fragilidade humana', tiveram cópula ilícita durante a duração do matrimônio". Assim, por exemplo, "em 1858, uma mulher casada declarava que tinha três filhos legítimos e sete ilegítimos, dois desses nascidos durante o casamento e cinco já na viuvez".Em outro trabalho, a pesquisadora também analisou processos de anulação e separação da Cúria Metropolitana de São Paulo nos quais o adultério aparecia como acusação "forte" e "frequente" (Samara, 1988). Nos mais de 500 processos julgados no século XIX e analisados por Samara (1988, pp. 57-71), "46,4% das acusadoras eram mulheres, 19,% homens e 34,1% eram solicitações por mútuo consentimento". Nesse emaranhado de debates sobre a culpa nas separações, "as relações extraconjugais eram criticadas pela sociedade e ponto grave de divórcio entre o casal". Acusar o cônjuge de adultério era um argumento forte e estratégico nos processos analisados por Samara (1988).

> E, sendo assim, esposas obedientes e cumpridoras de seus deveres conjugais rapidamente se transformavam em acusadoras cruéis de seus maridos clamando por justiça. Do mesmo modo, marido traídos enfureciam-se nos tribunais e traziam testemunhos "honestos" para comprovar o "mau passo" dado pela mulher. Muitos desses casos acabavam em acusações mútuas de adultério, onde o acusador passava a acusado e vice-versa.
>
> [...]
>
> A ausência prolongada do marido era sempre uma alegação das esposas para o "pecado do adultério". Achando-se abandonada à própria sorte por meses consecutivos e sem saber do paradeiro do companheiro caíam nas ciladas armadas pela "fragilidade humana". Outras, com destreza, aproveitavam-se das viagens para tomar novos rumos na vida.
>
> [...]
>
> São inúmeras as histórias de mulheres condenadas por adultério nessa situação (p. 66).

Logo, os processos não criminais também eram espaços nos quais o adultério, fato corriqueiro naquela sociedade, podiam ser percebidos e denunciados.

## Palavras finais

Prática social e crime, o adultério era parte do cotidiano da sociedade brasileira do século XIX, seja na literatura, seja nos processos. Ao longo do texto, tentei demonstrar como o artigo do Código Criminal do Império e as práticas jurídicas, assim como as sociais, tratavam de forma diferente os personagens dos enredos dos adultérios.

A tentativa de "modernização" do Código Criminal não veio necessariamente acompanhada de uma "modernização" dos padrões sociais. A cultura do antigo regime, das Ordenações Filipinas, ainda seria uma marca muito forte na sociedade brasileira, talvez muito mais forte que todo o arcabouço legal. Ou seja, a experiência em torno do crime de adultério mostra apenas um fragmento da experiência em torno do adultério em si. Nesse sentido, a história do crime de adultério só adquire mais cores e mais substância conforme é acompanhada de uma história social do adultério.

Como o artigo do Código Criminal não definia o adultério feminino, apenas o masculino, é interessante perceber a estratégia do legislador, que deixou ao judiciário, à sociedade e aos juristas a complementação dessa lacuna. Sendo assim, não é difícil imaginar, após a análise anterior, como a opção foi prejudicial à sexualidade da mulher, como era comum da época.

De qualquer forma, as experiências passadas servem para discutirmos a nossa sociedade e para projetarmos que tipo de direito e de relação entre homens e mulheres queremos para o direito e para o país do futuro. Se o crime de adultério, em outros formatos, deixou de existir no Brasil apenas no século XXI, uma pesquisa mais aprofundada poderá demonstrar quando o argumento adultério deixou de existir (ou provavelmente ainda não) nos processos judiciais. Nos sociais, seguramente, ele continua até hoje.

## Referências

A morte de silos. (1888). *Gazeta de Notícias*, 3 dez. p. 3.

Araujo, J. V. de (1889). *Codigo Criminal brasileiro: comentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudencia e a legislação comparada*. Editor Jose Nogueira de Souza.

Bemposta. (1873). *A Reforma: Órgão Democrático*, 19 fev, p.4.

*Annaes do Parlamento Brazileiro*. (1829). Typographia H. J Pinto (Tomo V, p. 84). http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/28359.

*Annaes do Parlamento Brazileiro*. (1830). Typographia H. J Pinto (Tomo II, p. 617). http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/27462.

*Annaes do Senado do Imperio do Brazil*. (1830). (Livro 3, p. 584-585). https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf/Anais_Imperio/1830/1830%20Livro%203.pdf.

Costa, V. C. (2013). *Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis pós-independência*. (Dissertação, USP).

Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Almedina.

Koselleck, R. (2006). *Futuro passado: contribuição à semântica da história dos conceitos*. (W. P. Maas & C. A. Pereira, Trads.). Contraponto; Editora PUC-Rio.

Pessoa, V. A. de P. (1885). *Codigo Criminal do Brazil*. (2ª ed. ). Livraria Popular de A. A. da Cruz Coutinho.

Pinto, L. M. da S. (1832). *Diccionario da lingua brasileira*.Typograhia de Silva.

Ramalho, J. I. (1856). *Elementos do processo criminal para uso das Faculdades de Direito do Imperio.* Typographia Dous de Dezembro.

Samara, E. de M. (1988). Estratégias matrimoniais no Brasil do século XIX. *Revista Brasileira de História*, 8 (15), 91-195.

Samara, E. de M. (1995). Mistérios da "fragilidade humana": o adultério feminino no Brasil, séculos XVIII e XIX. *Revista Brasileira de História*, 15(29), 57-71

Silva, A. de M. (1890). *Diccionario da lingua portugueza*. (8ª. ed.). Empreza Litteraria Fluminense. 15(29), 57-71

Siqueira, G. (1932). *Direito penal brazileiro*. (Vol. II) (2ª ed.) Livraria Jacyntho.

Siqueira, G. S. (2014). *História do Direito pelos movimentos sociais*. Lumen Juris.

Soares, A. J. M. (1887). *Questões de direito e praxe criminal, civil, comercial, orphanologico e administrativo.* Laemmert & Cia.

Soares, U. R. (2006). *Os processos de divórcio perpétuo nos séculos XVIII e XIX: entre o sistema de alianças e o regime da sexualidade*. (Tese, PUC-RS).

Soihet, R. (1990). Mulheres ousadas e apaixonadas: uma investigação em processos criminais cariocas (1890-1930). Revista Brasileira de História, 9(18), 199-216.

Souza, B. F. H. de (1872). Lições de Direito criminal. (2a ed.) Livraria Economica de José Nogueira de Souza.

Tinôco, A. L. F. (1886). *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*. Imprensa Industrial.

Villa de Itajubá. (1862). *A Actualidade: Jornal Politico, Litterario e Noticioso*, 16 out., 3.

Data de Recebimento: 11/12/2020

Data de Aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Um código de sociólogos?

## O caso do código da propriedade do Principado do Montenegro

*A code of sociologists?*

*The case of the Property Code of the Principality of Montenegro*

**Carlos Petit Calvo**[1]

1 Universidad de Huelva.

## RESUMO

Apresentação do Código dos Bens de Montenegro (1888), um texto legal que codificou os costumes do pequeno principado balcânico. Por esta razão, o novo texto legal foi de grande interesse na Europa do fim de século – como mostram as diversas traduções contemporâneas– e, em particular, na Espanha, onde a investigação proto-sociológica dos costumes locais promovida por Joaquín Costa (1846-1911) proporcionou a alternativa a uma codificação civil que sofreu a condenação da doutrina.

**Palavras-chave:** Código de Montenegro (1888), Valtazar Bogišić (1834-1908), Direito costumeiro. Sociologia jurídica, Joaquín Costa.

## ABSTRACT

Presentation of Code of Property of Montenegro (1888), a legal text that codified the customs of the small Balkan principality. For this reason, the new legal text was of great interest in Europe at the endof the century – as showed by the various contemporary translations – and, in particular, in Spain, where the proto-sociological investigation of local customs promoted by Joaquín Costa (1846-1911) provided the alternative to a civil codification that suffered the condemnation of the doctrine.

**Palavras-chave:** Code of Montenegro (1888), Valtazar Bogišić (1834-1908), Customary law. Legal sociology, Joaquín Costa.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78724

Embora menos tardio do que o código brasileiro, o Código Civil espanhol veio precisamente em 1888. Nesse mesmo ano foi promulgado outro código europeu, que causou profunda sensação. Refiro-me ao *Opsti imovisnki zakonki za knjazevinu Crnu Goru*, ou seja: o Código de Propriedade do Principado de Montenegro, imediatamente traduzido para francês (1892), espanhol (1893), alemão (1893), italiano (1900) e russo (1901) e apresentado ao público inglês nos principais jornais jurídicos da Grã-Bretanha (1892, 1897)[2].

A memória desses textos legais envelhecidos em um congresso da sociologia do direito parece fora de lugar[3]. E ainda, o início da *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913) do Eugen Ehrlich, *founding father* da nossa disciplina, menciona em conjunto o espanhol Joaquin Costa (1846-1911), principal crítico do código do meu país, e o croata Valtazar Bogišić (1834-1908), autor material do código montenegrino[4]. Entre Madri e Cetinje, a pequena capital do estado balcânico, existia, se levamos Ehrlich a sério, um sólido elo doutrinal, que tem também a ver com a sociologia jurídica. Meu propósito nestas poucas páginas será demonstrar que esta afirmação faz sentido e expor os dados fundamentais que o suportam.

Montenegro representa na Europa no final do século um testemunho incomum na história comparativa da codificação. Por um lado, o Código se apresentava como uma coleção de costumes, elaborada de acordo com as receitas do método sociológico que Emil Durkheim estava prestes a canonizar; isto é, os costumes do povo daquele país selvagem foram investigados de acordo com métodos de observação e pesquisa, aproveitando-se Bogišić, herdeiro tardio da Escola Histórica alemã, uma rede improvisada de padres e notáveis espalhados pelas aldeias montenegrinas[5]. Nessa perspectiva, o novo Código satisfazia plenamente as exigências do modelo positivista de conhecimento que começava a dominar as (agora) chamadas ciências sociais[6].

Por outro lado, a redação do direito consuetudinário local, respeitado escrupulosamente pelo príncipe legislador (Nicolau I), baseava-se numa "antropologia jurídica" por completo diferente. O arquétipo individualista dos códigos liberais contrastava em Montenegro com a existência de um sujeito de direito coletivo, a saber: a comunidade familiar

2 Ministère de la Justice et de Cultes, *Code général des biens de la Principauté de Monténégro de 1888*, traduit par Rodolphe Dareste et Albert Rivière, Paris, Imprimérie Nationale, 1892. A versão espanhola é na realidade uma tradução da francesa: cf. *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos* (Vicente Romero y Girón – Alejo García Moreno, eds.), vol. X (Austria y Estados orientales), Madrid, Góngora, 1893; são originais e directas, tanto quanto sei, as outras traduções agora consultadas: *Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro*. In die deutsche Sprache übertragen u. mit einer Einl. vers. von Adalbert Shek, Berlin, Heymann, 1893; Antonio Todaro della Galia, *La seconda edizione del Codice generale dei beni del Montenegro*, Palermo, Biondi, 1901.

3 Este trabalho foi apresentado no IX Congresso Internacional da ABraSD - Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito, congresso da Sociedade Brasileira de Sociologia do Direito, realizado em São Paulo (26 a 28 de Setembro, 2018), por convite do amigo Fernando Rister de Sousa Lima (Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo). Também utilizo o meu contributo: Petit (1998).

4 Tenho à mão uma versão americana: (Ehrlich, 1936, p. 464), sobre a investigação dos costumes segundo Georg Beseler. Cf. pp. 18 ss; como Delgado recorda correctamente, Bogišić e Costa coincidiram no Institut International de Sociologie (Paris).

5 "Le mot *loi (аакон) dans le present Code", foi previsto no artigo 783, "désigne principalement toute règle promulguée par le législateur en la forme reguilère. Mais il peut également désigner une rêgle que le pouvoir législatif n'a pas établie et qui néanmoins existe comme si elle l'avait été expressément; telles sont, par example, les coutumes (art. 2). Il désigne encore un ensemble de règles qui embrassent toute une matière. Il désigne même les príncipes généraux de droit et de la justice. A surplus, chacune de ces significations est facile à reconnaître d'après le sens général de la phrase dans la quelle le mot аакон est employé".*

6 Valtazar Bogišić, "A propos du Code civil du Monténégro (quelques mots sur les príncipes et la méthode adoptés pour sa confection", en *Bulletin de la Société de Législation comparée* 17 (1887-1888), 483-497.

(a *zadruga*)[7]. Foi a *zadruga*, comunidade de várias dezenas de pessoas, uma confederação de muitas famílias nucleares e a unidade de exploração econômica, mas também a entidade social básica, governada por um chefe (eletivo) que jurídicamente funcionava com o único proprietário dos bens famíliares[8]. De fato, a importância da estirpe agnática era tão relevante que o próprio Código confessou sua inibição para regulá-la, concentrando-se apenas nos direitos reais e nas trocas rudimentares de produtos (cf. arts. 768-769). E quando nos países da Europa desenvolvida a questão social era vivida com angústia e se discutiam sistemas de previsão dos infortúnios da classe trabalhadora, muitos viram naquela estrutura familiar o melhor remédio protetor contra as vicissitudes da vida[9].

Montenegro também era um laboratório experimental que permitia aos europeus modernos observar as formas mais primitivas de organização e produção que seus ancestros tinham experimentado. Exemplo vivo da cultura dos arianos nas fases mais antigas de seu desenvolvimento, Montenegro, como a India britânica, tornou-se uma nova Pompeia, uma antiga civilizaçaõ preservada sob as cinzas de la dominação secular muçulmana. (De imediato, esclareço que a metáfora arqueológica não me pertence: está no trabalho de Henry Sumner Maine, nos seus estudos histórico-comparados sobre as comunidades de aldeia, estreitamente ligados à sua experiência profissional como governante e legislador da Índia)[10]. Os Balcãs, em resumo, constituíram "the bridge connecting two portions of the earth and mankind long arbitrarily separated, the East and the West"[11]. Maine (e os seus colegas ingleses) escreveram com vista a formas colectivas de utilização da terra, precedente, e talvez inspiração, das reformas necessárias para uma melhor exploração da Índia británica[12].

Em geral, o Montenegro e as suas *zadrugas* desempenharam um papel de primeiro plano nos debates sobre as origens do direito de propriedade que varreram a Europa desde meados do século XIX. Paolo Grossi dedicou ao tema uma conhecida monografia, que agora me limitarei a relembrar[13]. Gostaria apenas de destacar os argumentos de um dos principais intervenientes nestes debates, o economista belga Émile de Laveleye (1822-1892). O seu tratado principal foi contemporâneo dos estudos folclóricos de Bogisic[14], mas Laveleye não foi imediatamente capaz de utilizar a obra de Bogisic devido a considerações de tempo e linguagem[15]. Contudo, incluiu-a, juntamente com os estudos do Maine, nas edições posteriores do seu livro, publicado quando

7 Cf. art. 686: "Toute communauté de famille (домђа аајединица) (art. 964-965) est considerée comme constituant, par elle-même, une personne, en ce qui touche le patrimoine et les biens (art. 966)", o que deve ser complementado pela disciplina do art. 688: "En principe, les membres (hommes ou femmes) de la communauté ne peuvent se constituir un pécule par leur travail individuel 8art. 967-968), car tous les produits de leurs efforts, tant qu'ils restent dans la communauté, appartiennent à celle ci…"

8 Art. 691; "Le chef représente la communauté et le patrimoine commun en justice et vis-à-vis des tiers. Tout acte régulièrement fait par lui, comme chef de la communauté, est reputé fait pour le compte de celle-ci et la constitue créancière ou débitrice".

9 Gabriel Ardant, "La famille jougo-slave au Monténégro, d'après la nouvelle codification", en *La réforme sociale. Bulletin de la Société d'économie sociale* 15 (1888), 408-413.

10 Henry S. Maine, "East European House Communities" (1879), en *Dissertations on Early Law and Custom*, New York, H. Holt and Co., 1886, 232-290; mais também, do mesmo autor, *Village-Communities of East and West* (1871), New York, H. Holt, 3ª ed. 1889.

11 Henry S. Maine, "East European House Communities", p. 240.

12 Cf. *The Law Quarterly Review* 13 (1897), 70-84. Mas sobre a atenção da Grã-Bretanha para o Código Montenegrino, temos agora (Čepulo, 2010)

13 Grossi (1977) com tradução parcial para espanhol e completa para inglês.

14 D. Klun, "Das Gewohnheitsrecht der Südslaven", en *Das Ausland. Überschau der neuesten Forschungen auf dem Gebiete der Natur-, Erd- und Volkskunde* 50 (1874), 1025-1027; Valtazar Bogišić, "Publication et enquête des proverbes en Russie", en *Mélousine. Recueil de mythologie, littérature populaire, traditions & usages* 10 (1900-1901), 120-141.

15 (Laveleye, 1874) *também traduzido para inglês (Laveleye & Marriott, 1878)*

o Código de 1888 tinha demonstrado os efeitos de longo alcance da legislação que respeitava as comunidades domésticas populares[16]. O conhecido economista belga pôde também contar com informações recentes recolhidas nas suas viagens aos Balcãs (cf. *Péninsule des Balkans: Vienne, Croatie, Bosnie, Serbie, Bulgarie, Roumélie, Turquie, Roumanie, 1886)*, o que lhe permitiu compreender melhor a situação actual dos bens da família eslava.

Nas páginas entusiasmadas do livro de Laveleye, a *zadruga* croata, sérvia e montenegrina já não é a velha comunidade de mangueiras ariana, preservada por milagre através de séculos de luta contra os turcos. O autor sabia que a cultura ocidental da propriedade individual era o resultado de uma sociedade onde cada unidade familiar vivia sozinha dentro de um apartamento em Paris ou Berlim, enquanto nos Balcãs várias gerações viviam juntas e partilhavam o seu trabalho, os seus ganhos, o seu espaço físico, e os seus valores espirituais sob a autoridade de um *gospodar* ou *starechina*. Quando esta cultura balcânica foi comparada com a ocidental, parecia ser a alternativa social perfeita. Politicamente, este era um tempo na Europa em que havia uma consciência aguda da separação entre o sistema parlamentar oficial e os verdadeiros recursos participativos do povo... Quando os trabalhadores alemães estavam a formar os seus próprios partidos, quando as mulheres inglesas estavam a exigir o sufrágio, quando Sorel estava a exigir uma greve geral em França, e quando Costa estava a denunciar uma pratonagem política descarada em Espanha. Em tais circunstâncias, a *zadruga* ofereceu um exemplo vivo de democracia. A comunidade doméstica eslava, sob uma autoridade eleita que incluía tanto mulheres como homens, debateu qualquer assunto de importância antes de tomar uma decisão e fez uma realidade natural de "en petit un gouvernement libre et parlamentaire". Economicamente, aos olhos de um observador europeu esmagado pelas tensões e misérias de uma "questão social" que não sabia como resolver, a precariedade material dos eslavos era uma excelente garantia de segurança e riqueza: sem outra propriedade relevante que não fosse a quinta familiar, "c'est que leur sort est assuré et qu'ils ont moins de soucis que les peuples de l'Occident". Antropologicamente, esta cultura de propriedade coletiva, onde a família substituiu a priori o indivíduo, permitindo ao mesmo tempo a sua perfeita realização, produziu uma sociedade não só mais diversificada do que a sociedade europeia, mas também mais desejada e mais desejável. "La vie commune dans la zadruga a encore pour effet de développer certaines vertus", desde o amor pelos pais e o respeito pelas tradições (com toda a capacidade de estruturação social que isto implica) até à assistência mútua na realização de um objectivo comum. Por esta razão, os Balcãs poderiam ensinar muito ao resto da Europa. Como escola de auto-governo, o *zadruga* poderia ensinar a prática política; a baixa incidência de delinquência onde o *zadruga* vivia poderia ensinar a coexistência social; e finalmente, utilizado como modelo para um Ocidente que tinha acabado de descobrir as cooperativas, o *zadruga* poderia mesmo ensinar uma melhor organização das atividades produtivas.

O caráter consuetudinário do Código Montenegrino –ou, melhor ainda: a renúncia do codificador daquele país para projetar soluções racionais, e o respeito do direito vivo ("das lebende Recht" do lembrado Ehrlich; "la vida del Derecho", do também lembrado Joaquín Costa)– e o caráter ancestral dos costumes interessaram de imediato numa Espanha profundamente infeliz com seu novo Código Civil. *Novo*, mas na verdade *velho*: a fidelidade ao texto napoleônico, que na própria França começava a ser questionado, levara, por exemplo, a manter a limitação castelhana da liberdade de testar em presença de herdeiros forçosos, a continuar com o antiquado

16 (Laveleye, 1874, p. 463)

critério subjetivo para exigir a responsabilidade extracontratual, a omitir, enfim, de uma sola linha legal sobre o contrato de maior importância social nos tempos modernos: o contrato de trabalho. "Nació débil y raquítico del seno de la comisión respectiva" –disse um dos muitos críticos (Ledesma Hernández, 1898)– "como compilación de nuestro derecho antiguo es imperfecto y muchas veces inexacto; como obra científica carece de método lógico; y en cuanto reforma y modifica nuestro derecho histórico con instituciones nuevas, resulta exótico y poco acomodado a la realidad de nuestras costumbres jurídicas"[17].

A antipatia contra o Código nacional dos juristas espanhóis contrastou com a simpatia deles pelo Código de Montenegro, mas também pelo futuro BGB, cujo primeiro projeto (1887) foi imediatamente estudado na Espanha. "Muito bom para os alemães! Já temos, como em Montenegro, exemplos [de códigos] que valem a pena". Essas breves frases, tiradas de uma carta de Rafael Altamira a Joaquín Costa (13 de setembro de 1889), não apenas colocam a lei espanhola entre as duas principais novidades legislativas do momento; elas não só podem nos surpreender por equacionar o código de um país menor com a codificação preparada nem mais nem menos que na científica Alemanha. Agora devo enfatizar que a carta de 1889 relaciona dois dos maiores nomes da campanha contra o flamejante Código espanhol, um deles ligado por Ehrlich ao codificador montenegrino[18]. Trata-se de Joaquín Costa.

A economia da minha intervenção não me permite considerar, nem por um momento, o trabalho de Costa em relação ao direito costumeiro da Espanha. Também não vou me debruçar sobre as contribuições do seu amigo Altamira, especialmente sua brilhante obra "O método positivo no direito civil" (1892), onde expõe suas teorias sobre o assunto. Portanto, é melhor documentar a mencionada oposição ao Código que esses e muitos outros autores mantiveram. O que tem um lado negativo e um lado positivo.

Negativamente, em primeiro lugar: pode ser estranho, mas a verdade é que os jovens que obtiveram o Doutorado em Direito, uma vez aprovado o Código Civil espanhol, dificilmente estudaram as disposições da nova lei. Os estudos apresentados geralmente tinham um conteúdo especulativo ou histórico, e quando desciam para o campo das instituições civis, muitas vezes defendiam precisamente aquelas figuras que haviam sido banidas pelo Código nacional: como a *pátria potestas* da mulher, argumento de José Barreiro em 1889; ou os legítimas: o pior dos sistemas sucessorios, segundo Juan de la Cruz Estella nesse mesmo ano. Em geral, quando as teses de doutorado eram dedicadas a disciplina positiva do Código civil, sempre huvo um "juicio crítico de sus disposiciones" (Joaquín Álvarez del Manzano, 1892, em testamentos especiais). Independentemente da orientação e do conteúdo, apenas vinte teses foram apresentadas sobre a Código civil na primeira década da sua entrada em vigor (num total de 715: nem mesmo três por cento) (Alonso, 2017).

A pequena e criticada presença do Código civil entre os doutores espanhóis do final do século foi acompanhada, agora positivamente, por um evento singular, promovido pelo nosso amigo Joaquín Costa e protegido pela principal instituição oficial dedicada aos estudos jurídi-

17 Mais enfático ainda foi Ureña (1902, pp. 83-86). "No es *Código",* argumentou Ureña, "porque más que el desenvolvimiento vario y sistemático del interior contenido de un principio de unidad, presenta el aspecto de una informe acumulación de elementos heterogéneos y contradictorios", nem foi "un *Código civil*, porque deja fuera de su contenido y entregadas á leyes especiales interesantes materias relativas al Derecho privado (por ejemplo, el régimen hipotecario)"; finalmente, teve de ser negado ao Código Civil até o qualificativo e*spañol*, "porque no sólo otorga nuevas condiciones de subsistencia á las legislaciones regionales de Vizcaya, Navarra, Aragón, Cataluña y Mallorca, sino que crea otro territorio foral, el de Galicia, y da base legal para aspiraciones particularistas". Será difícil encontrar uma avaliação mais negativa.

18 (Cheyne, 1992, p. 37)

cos: a Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. "Marmessora d'aqueix capítol grandiós de l'heretatge d'En Costa preparant normalment, amb els seus concursos anuals, una obra d'immensa i vària transcendencia", escreveu um jurista catalão em 1917, "aplana el camí per a una solució naturalíssima del problema de la codificació civil a Espanya, inspirada en les lliçons vives de la realitat, no certament imposada per la voluntat arbitrària i apriorística del legislador". Os louvores de Tomás Carreras, que falava da Reial Academia de Ciências Morais como se o 'problema de la codificació civil a Espanya' não tivesse sido resolvido quase vinte anos atràs, referiam-se à convocação de prêmios por pesquisas inéditas sobre os direitos consuetudinários das muitas e diversas regiões espanholas (Jerez & Neira, 2017) [19]. Assim, entre 1897, data do primeiro concurso, até o último, realizado em 1917, foram vinte e uma as competições, com o resultado de uma biblioteca original de textos –havia cinquenta estudos, vinte e dois finalmente publicados– que poderiam ser apresentados como "Le droit coutumier espagnol moderne"[20]. Também as teses de doutorado em Direito contribuíram com sua parte (Calvo, 1896; Pérez Ordoyo, 1913).

Nos antípodas da escola da exegese, o Código foi recebido, portanto, com uma catarata de estudos sobre os costumes da Espanha. Eleito acadêmico em 1895 (mas ele tomou posse de sua medalha em 1901), Joaquín Costa escreveu pessoalmente o anúncio dos prêmios, imprimindo neles seu selo especial: trate-se sempre de "dirigir la atención de los estudiosos hacia esas instituciones consuetudinarias, reflejo y traducción del pensamiento de las muchedumbres, en que tiene sus raíces más hondas la vida nacional, y juntar en breve tiempo un caudal copioso de saber experimental, donde beban su inspiración legisladores y gobernantes y al que vuelvan la vista fatigada de textos oficiales y eruditos, de discursos de Parlamento, teorías de escuela y leyes escritas, los cultivadores de la Política, de la Biología jurídica y de la Economía".

Tal foi o método de Costa, em palavras extraídas do chamado do primeiro concurso: "cada costumbre colegida ha de describirse del modo más circunstanciado que sea posible, sin omitir detalle, y no aisladamente, sino en su medio, como miembro de un organismo, relacionándola con todas las manifestaciones de la vida, de que sea una expresión o una resultante, o con las necesidades que hayan determinado su formación o su nacimiento, y además si fuera posible, señalando las variantes de comarca a comarca, o de pueblo a pueblo, y la causa a que sean debidas; apuntando las leyes, fueros, ordenanzas o constituciones desusadas por ellas, o al revés, de que sean una supervivencia o a que sirvan de aplicación o de complemento; e inquiriendo, caso de ser antiguas, los cambios que hayan experimentado modernamente y la razón o motivos de tales cambios, o las mudanzas en el estado social que las hayan provocado; sin olvidar el concepto en que las tengan o el juicio que merezcan a los mismos que las practican y a los lugares confinantes que las observan desde fuera y pueden apreciar comparativamente sus resultados".

Com o Código do Montenegro como pano de fundo e as críticas ao Código nacional na superficie, o trabalho da Real Academia para manter o projeto de Costa parece-nos hoje louvável e constitui a experiência pioneira da sociologia jurídica na Espanha.

19 Os documentos gerados pelos concursos académicos, com estudos interessantes.

20 (Altamira, 1935, pp. 269-277).

## Referências

Alonso, A. M. (2017). *Doctores en derecho por la Universidad Central. Catálogo de tesis doctorales 1847-1914.* Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid.

Altamira, R. (1935). Le droit coutumier espagnol moderne. In *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény* (pp. 269–277). Édouard Lambert ed.

Ardant, G. (1888). La famille jougo-slave au Monténégro, d'après la nouvelle codification. *La réforme sociale. Bulletin de la Société d'économie sociale*, 15, 408–413.

Bogišić, V. (1887). A propos du Code civil du Monténégro (quelques mots sur les príncipes et la méthode adoptés pour sa confection). *Bulletin de la Société de Législation comparée, 17*, 483–497.

Bogišić, V. (1892). *Code général des biens pour la Principauté de Monténégro de 1888*. Imprimérie Nationale.

Bogišić, V. (1893). *Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstenthum Montenegro (von V. Bogišić). In die deutsche Sprache übertragen und mit einer Einleitung versehen von Adalbert Shek*. C. Heymann.

Bogišić, V. (1900). Publication et enquête des proverbes en Russie. In *Mélousine. Recueil de mythologie, littérature populaire, traditions & usages* (Vol. 10, pp. 120–141).

Calvo, E. (1896). Costumbres jurídico-económicas del Alto Aragón .

Čepulo, D. (2010). West to East, East to West: Baltasar Bogišić and the English School of Historical and Comparative Jurisprudence. In Z. Prokovac (Ed.). *Rechtswissenschaft in Osteuropa. Studien zum 19. und frühen 20. Jahrhundert* (pp. 71–116). Vittorio Klostermann.

Cheyne, G. (1992). *El renacimiento ideal. Epistolario de Jaquín Costa y Rafael Altamira* (1888-1911). Instituto Juan Gil Albert.

Echeverría, J. D. (2018). *Joaquín Costa, jurista y sociólogo: Derecho consuetudinario e ignoracia de la ley*. Dykinson.

Gali, A. T. della. (1901). La seconda edizione del Codice generale dei beni del Montenegro. G. Bondì e C.

Grossi, P. (1977). *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria.* Giuffrè.

Jerez, P. R., & Neira, M. M. (2017). *La historia del Derecho en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Los concursos de derecho consuetudinario*. Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid.

Klun, D. (1874). Das Gewohnheitsrecht der Südslaven. *In Das Ausland. Überschau der neuesten Forschungen auf dem Gebiete der Natur* (Vol. 50, pp. 1025–1027). Erd- und Völkerkunde.

Ledesma Hernández, A. (1898). *Los problemas de España.* University of Michigan Library.

Laveleye, E. de. (1874). *De la propriete et de ses formes primitives.* Germer Baillière.

Laveleye, E. de, & Marriott, G. R. L. (1878). *Primitive Property.* Macmillan and Co.

Maine, H. S. (1886). East European House Communities. In *Dissertations on Early Law and Custom* (pp. 232–290). H. Holt and Co.

Maine, H. S. (1871/1889). *Village-Communities of East and West* (3rd ed.). H. Holt and Co.

Pérez Ordoyo, L. (1913). *Costumbres jurídico-económicas de Alfaro.*

Petit, C. (1998). The code and the goats: Western law in less-western cultural contexts. *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 20*, 212 – 224

Phillips, H. A. D. (1897). The Code of Property of Montenegro. *The Law Quarterly Review 13,* 70–84.

Romero y Giron, V., & García Moreno, A. (1893). *Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos: Codigos Y Leyes Usuales Espanolas (Vol. 5).* Góngora.

Ureña, R. de. (1902). La moderna evolución del Derecho civil en España. *Revista de Legislación Universal y Jurisprudencia Española, 1, 83-86*.

Data de recebimento: 11/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# A Eficácia da Justiça

## A Formação e a Seleção de Magistrados Antes e Durante a Segunda República Espanhola[1]

*The Effectiveness of Justice*

*The Formation and Selection of Magistrates Before and During the Second Spanish Republic*

**Manuel Ángel Bermejo Castrillo[2]**

1 Sou grato pela tradução para o português da versão original em espanhol pelo Dr. Leonardo Pinheiro. Este trabalho foi realizado no âmbito do *Proyecto del Plan Nacional I+D*: PID2019-109351GB-C32.

2 Universidad Carlos III de Madrid.

## RESUMO

Este trabalho se situa no contexto do ambiente de confrontação entre tradição e progresso que alimenta o apaixonado e tenso debate ideológico travado nos anos que precedem à restauração da Segunda República Espanhola e durante o transcurso desta. Examina a intensa polêmica suscitada entre aqueles que defendiam uma profunda renovação dos criterios de seleção e dos requisitos de preparação dos que ingressavam na magistratura e aqueles que se opunham às suas proposta em defesa de uma dignidade corporativa que sentiam diretamente atacada. Se bem que, na verdade, a matéria de fundo do debate se dava na confrontação entre aqueles poucos, como Francisco Beceña – figura decisiva na etapa inicial de desenvolvimento da ciência processual española –, que começavam a perceber os graves defeitos da organização judiciária como um sério obstáculo no caminho em direção a uma necessária e urgente melhoria da administração da Justiça e aqueles que, temerosos do alcance da reforma, inclinavam-se pela manutenção das velhas e ultrapassadas estruturas.

**Palavras-chave:** Segunda República Espanhola, Administração da Justiça, Magistratura, Formação de Juízes, Procedimentos de Seleção.

## ABSTRACT

This work has to be placed in the context of the confrontation between tradition and progress that feeds the passionate and tense ideological debate staged in the years preceding and during the establishment of the Second Spanish Republic. It examines the intense controversy that arose between those who advocated a profound renewal of the selection criteria and preparation requirements of those entering the magistracy and those who opposed their proposals in defense of a corporate dignity that they felt was directly attacked. What was at the heart of the discussion, however, was the confrontation between those few, like Francisco Beceña -a decisive figure in the initial stage of development of Spanish procedural science- who began to perceive the serious defects in judicial organization as a big obstacle on the road to a necessary and urgent improvement in the administration of justice and those who, fearful of the scope of the reform, were inclined to maintain the old and outdated structures.

**Keywords:** Second Republic, Administration of Justice, Magistracy, Training of Judges, Selection Procedures.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78726

Assim como ocorrera em relação a diversos outros aspectos, a tensão entre tradição e progresso, que alimentou o debate ideológico promovido na década anterior, em 1931, a Segunda República Espanhola, com ainda maior intensidade e mais trágica resolução, invadiu também a discussão sobre um modelo de organização judicial que alguns começavam a apontar como um grave obstáculo no caminho em direção a uma necessária e urgente melhora da administração da justiça. Em particular, considerava-se indispensável criar mecanismos eficazes para garantir a independência de atuação de uma Justiça, cuja principal chaga se identificava pela submissão aos interesses e pressões políticas, o que se fez especialmente visível durante a ditadura de Primo de Ribera.

Nesse sentido, em um ambiente geral inclinado à manutenção de algumas estruturas profundamente enraizadas, eram escassas as manifestações a favor de sua transformação, e menos abundantes ainda eram aquelas que incluíssem uma análise exaustiva das causas de seu funcionamento deficiente ou propostas sólidas destinadas a corrigi-las.

Nesse sentido, as seguintes páginas estarão dedicadas a traçar as coordenadas dessa confrontação em relação a um dos aspectos mais controvertidos: o referido aos mecanismos de formação e seleção dos integrantes da magistratura espanhola. Questão que revela um extraordinário protagonismo de Francisco Beceña, grande figura da doutrina processual espanhola e principal artífice da conquista por esta disciplina de uma verdadeira categorização científica[3], cuja permanente preocupação por tais problemas se reflete em capítulos de sua notável obra.

## 1. A necessária e urgente reforma: Francisco Beceña

A aproximacão de Beceña a esta temática tem início logo no prelúdio da cronología de sua produção científica, convertendo-se depois em objeto de suas mais elaboradas reflexões. Estas feitas através de um texto do ano de 1921 entitulado *Sobre la formación de la Magistratura* [4], com o q ue pretendia dar respostas a uma informação difundida pela imprensa sobre o anúncio de um iminente projeto de reforma feito pelo *Ministerio de Gracia y Justicia*, que incluía a promulgação de uma nova regulação do ingesso na judicatura, mediante a celebração anual de concursos públicos.

O teor da respectiva obra não se limitava, porém, a realizar apenas mero comentário sobre a pretendida mudança legislativa, senão, tendo a sua avaliação acerca da questão como "o ponto central da administração da justiça", implementava uma defesa exaustiva do que, em sua opinião, deveria constituir as principais linhas de ação na urgente revisão do arcaico sistema

3 Apesar da importância de sua contribuição para o desenvolvimento da ciência processual espanhola e do reconhecimento que obteve entre seus próprios contemporâneos, durante décadas Beceña permaneceu no esquecimento, como resultado da política de homogeneização ideológica imposta pelos vencedores da guerra civil, com a conseguinte anulação da memória daqueles que colaboraram com a República. Sem embargo, na atualidade sua biografia pessoal, acadêmica e intelectual é muito melhor conhecida graças, em princípio, ao trabalho de J. Montero Aroca, "*Aproximación a la biografía de Francisco Beceña*", na Revista de Derecho Procesal, I (1980), 130-163 (= Estudios de Derecho Procesal, Barcelona, Bosch, 1981, 603-623), ao que se somaram, entre outros: M. Cachón Cadenas, "*La difusión en forma manuscrita, litografiada y tipográfica de las explicaciones de clase de Francisco Beceña. Dudas certezas y algunos hallazgos*" e "*Cátedras y catedráticos de procedimientos judiciales y práctica forense en la primera década del siglo XX*", em *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil* (1900-1950), Madrid, Universidad Carlos III, 2012, pp. 559-604 y 605-650, respectivamente; M. Cachón Cadenas, *Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora,* Barcelona, Atelier, 2017; M. A. Bermejo Castrillo, "*En los orígenes de la ciencia procesal española. Francisco Beceña: trayectoria académica, inquietudes docentes y aportación doctrinal*", en CIAN, 11/2 (2008), pp. 143-211.

4 Inicialmente, este artigo foi publicado na edição de abril de 1921 da revista *El Sol*. Sua órbita de difusão aumentou consideravelmente quando apareceu reproduzida na *Revista de Derecho Privado*, núm. 92 (maio 1921), 155-159, que é, precisamente, o texto que manipulo.

ainda em vigor. Em sua opinião, a modificação do método de recrutamento de juízes chamados a fazer cumprir a *Ley de Enjuiciamiento Civil*, também objeto de suas severas críticas, adquiriria uma importância ainda maior do que a atualização do referido código [5], devendo ser, principalmente, orientado para o estabelecimento de requisitos de acesso que visassem a garantir que os membros do judiciário atingissem patamares de excelência em três planos distintos: o moral, o técnico e o prático.

Antes de tudo, o juiz deveria provar uma integridade pessoal que o protegesse das artemanhas de suas próprias paixões. Um traço de solidez e coerência individual que só poderia derivar da existência de um eficaz modelo educacional universal, coerentemente articulado desde o ensino fundamental à Universidade, a qual atribuiria a missão de fornecer a bagagem de conhecimentos e princípios legais e os métodos de pesquisa e estudo essenciais para todos os juristas em seu desempenho profissional.

Agora – argumentava Beceña –, as faculdades de direito não estavam preparadas para assumir a tarefa de transmitir as habilidades práticas necessárias para o exercício forense, uma vez que elas só poderiam ser adquiridas vivendo a experiência direta da atividade judicial.[6]. Somente se elas estivessem vinculadas a um tribunal, assim como as escolas médicas geralmente estão associadas a uma clínica, poderiam promover esse tipo de ensino. Mas na ausência de tal circunstância, a simples obtenção de um diploma universitário não provia endosso suficiente para incorporação na advocacia ou na magistratura. Embora, diga-se de passagem, também admitisse que uma boa formação acadêmica poderia colocar o graduado em uma situação vantajosa, permitindo minimizar o tempo necessário para concluir seu aprendizado prático.[7].

Diante das insuficiências da formação acadêmica, Beceña argumentava ser obrigatório reforçar os controles de idoneidade dos candidatos a serem investidos da dignidade judicial. O que exigiria intervir em dois momentos distintos. Primeiro, na seleção de candidatos, para os quais, sem prejuízo de suas limitações, admitia-se a validade do mecanismo do concurso público. Entendia, dessa forma, que a chave para o correto cumprimento de sua missão não residia na modalidade "*conteúdo*, *forma e número da evidencia*", mas na capacidade e

5 Uma modernização que, em essência, deveria buscar uma maior intervenção judicial no processo, abrindo espaço para o livre arbítrio do juiz e concedendo a este um amplo poder de disposição sobre a investigação, a fim de garantir a efetiva equalização das condições de defesa das partes. *Sobre la formación*, p. 155.

6 Ainda maior aflição em seu juízo sobre a pouca utilidade dos ensinamentos porporcionadas pelas Faculdades de Direito manifestava A. Ossorio y Gallardo, *El alma de la toga*, Madrid, J. Pueyo, 1920 (emprego a sua sexta edição, Buenos Aires, *Ediciones Jurídicas Europa-América*, 1956), pp. 18-19: "*La Universidad preside una formación científica… cuando la preside. En nuestra carrera ni siquiera sirve para eso. De la Facultad se sale sabiendo poner garbanzos de pega en los rieles del tranvía, acosar modistas, jugar al monte y al treinta y cuarenta, organizar huelgas, apedrear escaparates, discutir sobre política, imitar en las aulas al gallo y al burro, abrir las puertas a empujones, destrozar los bancos con el cortaplumas, condensar un vademécum en los puños de la camisa, triunfar en los bailes de máscaras, y otra porción de conocimientos tan varios como interesantes. El bagaje cultural del alumno más aprovechado no pasa de saber decir de veinticinco maneras -tantas como profesores- el <<concepto de Derecho>>, la <<idea del Estado>>, la <<importancia de nuestra asignatura>> (cada una es más importante que las otras para el respectivo catedrático), la <<razón del plan>> y la <<razón del método>>. De ahí para adelante nada. En nuestras facultades se enseña la Historia sólo hasta los Reyes Católicos o sólo desde Felipe V, se aprueba el Derecho civil sin dar testamentos o contratos, se explica Economía política, ¡ Economía política del siglo XX! en veinticinco o treinta lecciones, se ignora el derecho social de nuestros días, se rinde homenaje a la Ley escrita y se prescinde absolutamente de toda la sustancia consuetudinaria nacional, se invierten meses en aprender de memoria las colecciones canónicas y se reserva para el Doctorado -esto es, para un grado excelso de sabiduría y aun eso a título puramente voluntario- el Derecho municipal…", o p. 20: "En las demás facultades la enseñanza, tomada en serio, sólo ofrece el peligro de que el alumno resulte un teórico pedante; en la nuestra hay la seguridad de que no produce sino vagos, rebeldes, destructores, anarquizantes y hueros…*".

7 Aprendizado prático que no sentido vulgar se consideraria "*un complejo de conocimientos, habilidades,* mano izquierda, gramática parda *y mil designaciones más con que se expresa, no la concepción jurídica de un caso, ni la justificación lógica y legal de una pretensión, ni la justicia de una causa, sino el* arte de ganar un pleito". Mas, precisamente, isso não poderia ser fornecido pela Universidade, porque não é um fórum para a encenação de pleitos, nem tampouco poderia se hospedar mais do que uma pequena fração de sua grande diversidade tipológica. F. Beceña González, *Sobre la formación*, p. 156, nota 3.

imparcialidade da banca de avaliadores competente para filtrar aqueles mais abalizados, propondo assim que seus membros fossem nomeados dentre os melhores juristas do país e que seu desempenho fosse mais próximo do eminentemente prático modelo francês, que do modelo italiano, mais teórico[8].

Superada essa triagem inicial, e antes de assumir as responsabilidades de uma carreira no Judiciário, os escolhidos também deveriam passar por um estágio de adaptação às suas futuras tarefas, prestando serviços remunerados como auxiliares das *Audiencias*, do *Ministerio fiscal* ou dos *juzgados municipales*, além de períodos de práticas em institutos científicos especializados e em centros estrangeiros, inclusive com bolsas de estudos. Além disso, após essa primeira fase, que propunha durar não menos de um ano e meio, os candidatos deveriam se submeter a um novo exame prático aplicado pela mesma banca de avaliadores a qual já estiveram submetidos anteriormente. Assim, a mesma banca, no âmbito da segunda avaliação, sempre que os relatórios enviados pelas instituições anfitriãs sobre qualidades humanas e laborais dos candidatos lhes fossem favoráveis, haveria de acrescentar outro período de extensão semelhante, dedicado ao exercício, em regime de interinidade, das funções específicas de uma determinada posição que, em atuando satisfatoriamente, poderiam optar por adquirir definitivamente a titularidade.

No entanto, para garantir que, apesar das exigências oriundas do processo de admissão, a carreira judicial continuasse sendo atrativa para os jovens juristas, considerava necessário oferecer-lhes compensações que evitassem sua inclinação para outras ocupações mais bem remuneradas e não expostas a cair em destinos remotos ou carentes de atrativos sociais e culturais, como poderia acontecer com a magistratura; basicamente, aumentando sua remuneração, mas sem excluir outras medidas, como um endurecimento – ou melhor ainda, sua unificação para todos os postos jurídicos públicos –, das condições de entrada às demais profissões subordinadas à titulação de graduado em Direito (Beceña González, 1921, pp. 151-152)[9]. Muito embora, na verdade, o sucesso da mudança pretendida dependesse da sua amplitude, uma vez que considerava essencial que seus efeitos fossem projetados, também, no campo das regras de nomeação dos membros das comissões encarregadas da provisão das cátedras vinculadas às disciplinas jurídicas.

Dois anos após essa primeira abordagem, e recém adquirida a condição de Professor Catedrático de Procedimentos Judiciais e Prática Forense[10], Beceña retomaria essa questão no contexto de um trabalho de pretensões mais amplas, já reveladas em um título, *Magistratura e Justicia* (Beceña González, 1923, p. 333-347) [11], que alguns anos depois repetirá em sua mais

8 "*En Francia, en virtud de un decreto de 13 de febrero de 1908, el Jurado encargado de su selección estaba integrado por un Consejero de la Corte de Casación como Presidente, un Director del Ministerio de Justicia, dos miembros de la Corte de Apelación y uno del Tribunal del Sena. El examen consistía en un trabajo escrito sobre cuestiones de práctica judicial y una exposición oral y preguntas sobre temas de derecho civil, criminal y administración de justicia. En Italia (leyes de 8 de junio de 1890, 14 de julio de 1907 y 19 de marzo de 1911 y decreto de 14 de noviembre de 1907) existía una Comisión formada por siete miembros, escogidos entre los magistrados de la Corte de Casación y de Apelación, profesores de la Facultad de Derecho y abogados en activo. Se requería la realización de una prueba escrita y otra oral sobre unas materias obligatorias (derecho romano, civil y mercantil, constitucional y administrativo y penal). Además, a petición de los candidatos se podría añadir una cuestión oral sobre filosofía del derecho, historia del derecho o medicina legal*". F. Beceña, *Sobre la formación*, pp. 157-158.

9 F. Beceña González, *Sobre la formación*, pp. 151-152.

10 Graças a ter vencido, por meio de um concurso, concluído em 9 de maio de 1923, a Cátedra de La Laguna [Archivo General de la Administración (AGA), Educación y Ciencia (EC), Expedientes de Cátedra (EXP. C) 5371-4]. Cátedra que, no entanto, nunca chegaria a ocupar, porque, depois de solicitar uma licença voluntária, permaneceu um ano esperando até obter a resolução a seu favor (Real Orden de 2 de octubre de 1923) do concurso de transferência convocado pelo Ministério para preencher o cargo de professor que ficou vago na Universidade de Valência. São os dados refletidos no arquivo pessoal de F. Beceña. AGA. EC. EXP. C 9162-4, núm. 4.

11 F. Beceña González, "Magistratura y Justicia", en *Revista de Derecho Privado,* 122 (noviembre 1923), 333-347.

destacada e conhecida monografia. Esta também proposta como uma defesa em favor da urgência de se empreender a reforma de uma administração da justiça que considerava mergulhada em uma profunda crise. Diferentemente de outros autores, a novidade de sua abordagem residia em não localizar a causa principal dessa situação de penúria moral e material na constante ingerência do poder executivo na esfera do judiciário[12], que, no seu entender, não era maior que em outros estados com regime constitucional. Pois, baseava-se na persistência de alguns instrumentos de seleção que permitiam a entrada na magistratura dos integrantes mais medíocres da juventude universitária, empurrando-os para o viciado ambiente da ociosidade e da ausência de incentivos econômicos e de expectativas de promoção que tomavam conta dos tribunais de entrada, e que só poderiam levar à desilusão, à perda de vocação e ao risco de cair na tentação de renunciar suas liberdades e autonomias frente a pressão dos poderosos.

Para reverter essa inércia perniciosa, entendia como necessário resolver primeiramente o problema do relacionamento entre a magistratura e outras profissões jurídicas públicas, como o notariado ou a advocacia estatal, com os quais tinha que competir a partir de uma posição claramente desvantajosa na captação dos mais brilhantes e preparados graduados em direito, uma vez que estas ofereceriam perspectivas de salário e progressão em suas respectivas carreiras notoriamente mais elevadas, além da possibilidade de gozar de generosas garantias de independência no cumprimento de suas funções, além de serem muito menos sobrecarregadas com complicações e responsabilidades do que as do juiz, além de evitar o desconforto e o isolamento associados a muitos dos destinos correspondentes ao ingresso na função jurisdiccional [13].

Havia, portanto, uma necessidade imperiosa de se combater esse panorama obscuro, criando incentivos que tornassem a dedicação à atividade judicial, a mais importante, ingrata e difícil, em desejável para os graduados mais qualificados, frente a qualquer outro tipo de desempenho jurídico público. Medidas que, naturalmente, deveriam começar por buscar um aumento substancial de sua renda, até colocá-las acima daquelas obtidas no exercício de outras funções com requisitos de preparação semelhante. No entanto, a potencial eficácia desse incentivo não seria suficiente para corrigir tamanha incompatibilidade estrutural a qual, inevitavelmente, exigia uma revisão urgente do procedimento de admissão do corpo de magistrados. Aspecto este que, abundante nos argumentos já formulados em texto anterior, expressava sua convicção de que, dada a baixa confiabilidade da mera posse de um diploma universitário, era necessário estabelecer um exame seletivo rigoroso do conteúdo teórico, o qual deveria levar a cabo a necessária comprovação, por parte do candidato, de um amplo conhecimento, não puramente mnemônico, senão raciocinado, dos fundamentos históricos e atuais do sistema jurídico espanhol. Avaliação que, no entanto, não representaria nada mais que a condição prévia imposta para obtenção do direito de participar de uma fase de aprendizado, consistindo na conclusão de uma série de trabalhos práticos e estudos monográficos, *asistencia a vistas*, auxílio à *Fiscalías*, *Audiencias y Tribunales* e iniciação na condução, em regime de interinidade ou suplência, de processos judiciais. Sem se afastar de suas propostas anteriores, entendia ainda que essa etapa deveria ser concluída com uma prova final confiada ao mesmo órgão que realizou a primeira, mas que, diferente desta, não deveria apenas procurar avaliar a demonstração pelo candidato do conhecimento teórico que o habilitaria a julgar, mas também a prova de que ele adquirira o

12 Exemplo desta tendência foi A. Ossorio y Gallardo, *El alma de la toga*, *pasim*, ao apresentar uma imagem compassiva de uma magistratura pobre em dinheiro e independência, mas esforçada e honrada, que seria vítima dos interesses e manobras dos políticos.

13 F. Beceña González, "Magistratura y Justicia", pp. 336-338.

especial senso jurídico necessário para poder averiguar, com apoio na história, no direito comparado, nas várias concepções doutrinárias ou qualquer outro elemento iluminador, onde se esconde a verdade para além das posições contraditórias das partes. Também sendo oportuno considerar, na avaliação de seus méritos particulares, o resultado do trabalho realizado durante esse período e os diferentes relatórios sobre sua moralidade e qualidades individuais que foram registrados em sua ficha pessoal.

Três eram, portanto, as etapas que estruturariam a progressão do graduado em seu árduo caminho para a obtenção da condição de membro da magistratura com todas as atribuições, responsabilidades e privilégios associados. Obviamente, alertava Beceña, o sucesso desse modelo dependia muito menos dos detalhes de sua engrenagem que da idoneidade daqueles que precisavam colocá-lo em operação. Por isso, a composição do órgão instituído para garantir o recrutamento dos mais competentes graduados, mais que critérios de hierarquia ou prestígio imprecisos, deveria responder a seus propósitos específicos, acolhendo preferencialmente as pessoas mais competentes no ensino e na prática do ordenamento jurídico nacional, ou seja, catedráticos e magistrados, embora não se devesse excluir a presença de algum eminente advogado, que pudesse contribuir com alguma abordagem enriquecedora sob a ótica de quem aconselha aos litigantes. Além disso, a obtenção de compensação econômica, para ajudá-los a superar esses anos de treinamento, permitiria ampliar o leque de possíveis interessados, atraindo pessoas de todo o espectro social das classes médias e das que costumavam se alimentar das profissões liberais, evitando assim a extração exclusiva de candidatos oriundos de camadas superiores da sociedade[14].

Plenamente envolvido em sua reivindicação por uma profunda transformação da administração da justiça, Beceña será persistente na persecução deste objetivo, baseando-se em três pilares: o aperfeiçoamento dos métodos de seleção de juízes; a modificação dos mecanismos de promoção dentro da hierarquia da ordem judicial; e, a melhora e reforço das técnicas de inspeção[15]. Assim, no ano de 1923, publicou uma resenha da obra de J. Appleton, *Traité de la Profession d'avocat* [16], recém aparecida com o objetivo de difundir a promulgação, em 1920, de um novo Regulamento para o exercício da advocacia e operação do *barreau*. É, portanto, significativo que seu comentário começasse com a descrição de Appleton sobre a advocacia como uma função dotada de certo caráter público, derivada de uma posição que legal e socialmente a obriga a buscar um equilíbrio entre o interesse privado da parte defendida, que pretende obter uma sentença favorável, e o interesse superior e objetivo do direito e da justiça. Não se trata, portanto, de apenas de mais uma profissão, pois, ao imiscuir-se como intermediário na relação entre o cidadão e o aparato judicial, o advogado pode se tornar - instrumento primordial na luta contra a ignorância e a indignidade, e, consequentemente, afirmar-se como elemento decisivo no desenvolvimento e consolidação de instituições processuais[17].

14 F. Beceña González, "Magistratura y Justicia", pp. 339-341.

15 F. Beceña González, "Magistratura y Justicia", pp. 341-344.

16 F. Beceña González, "J. Appleton, *Traité de la Profession d'avocat. (Organisation.-Regles et usages.- Technique professionnelle)*, París, Dalloz, 1923", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 120 (septiembre 1923), 285-287.

17 Questão fundamental, a da natureza pública da profissão de advogado, sobre a qual falta uma reflexão maior em nosso país. Por exemplo, nem A. Osório e Gallardo, *El alma de la toga*, nem J. Martí Miralles, *Consideraciones sobre disciplina judicial*. Discurso lido na *Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona*, tradução de Martín Bernal, Lérida, 1926.

Por essa mesma razão, o Estado assume a responsabilidade de procurar os meios adequados para garantir a máxima aptidão e eficácia dos letrados, o que se supõe assumir a regulamentação tanto das condições exigíveis para se obter o credenciamento necessário, quanto de cada um dos atos nos quais se projeta seu exercício. Nesse aspecto, Beceña considerou exemplar o modelo do *barreau* francês, do qual, particularmente, queria destacar a utilidade do período de *stage* que, com duração mínima de três anos, ocupados na realização de atividades expressamente organizadas para essa finalidade, todo candidato devia cumprir como condição indesculpável para, somente após provar total adequação ética e técnica, ser admitido no registro do Colégio de advogados. Muito embora, mesmo depois de superar esse obstáculo, não estivesse isento de um rígido controle corporativo, consubstanciado em uma série de proibições legais e prescrições disciplinares, bem como de uma rigorosa definição das causas de exclusão e incompatibilidade, que visavam a minimizar a influência das forças políticas e econômicas sobre o Poder Judiciário.

No entanto, Beceña se questionava se, para conter tais interferências, não seria uma melhor solução conformar uma magistratura capaz de opor-lhes resistência, seja porque desde o início foi dotada de ampla independência ou porque adquiriu um alto grau de identificação com relação à honra e relevância social de sua missão, a qual não pode ser induzida por lei, senão apenas pode advir de uma sólida formação. Por esse motivo, era em esferas aparentemente distantes da prática profissional, como a educacional, a científica e a pedagógica, onde se haveria de atacar a raiz do problema. E, ainda que a entrada nessas áreas envolvesse enormes dificuldades, tratava-se de um desafio a ser assumido, uma vez que não há equipamento mais necessário para o operador do direito do que ter uma ampla bagagem de cultura geral, o que lhe permitirá se distanciar das preocupações do ofício, evitando que sua visão seja deformada por um vínculo excessivo com os mesmos, embora, obviamente, não seja muito útil se não for acompanhada por um consistente domínio das engrenagens do direito. Interpretação que Beceña afirmava não ser exclusivamente sua, aportando referência ao próprio Appleton e a outros autorizados processualistas, como Chiovenda e Calamandrei[18].

A obra de Calamandrei continha, em sua opinião, a formulação que melhor revelava a natureza pública da função judicial e a que mais claramente manifestava as garantias que deveriam acompanhar o itinerário de formação dos profissionais do direito. Garantias que teriam que começar a ser construídas desde o ensino médio e superior, por meio da direção moral exercida pelos professores sobre os alunos, a fim de incutir-lhes uma consciência íntegra e autônoma, que mais tarde se tornaria objeto de avaliação, juntamente com seu conhecimento teórico, na hora de filtrar sua candidatura à magistratura. Sua proposta oferecia a vantagem adicional de possível aplicação imediata, dada a estreita proximidade entre as realidades sociais italianas e espanholas, apesar de que a distância entre a profundidade dos modernos estudos processuais italianos e a rasa concavidade científica dessa doutrina na Espanha ainda fosse insuperável. No entanto, considerando verdadeiramente impensável uma superação repentina dessa brecha

18 Para P. Calamandrei, *Troppi avvocati,* Florencia, La Voce, 1921, p. 213, o declínio da advocacia na Itália foi resultado de dois fatores diferentes: a diminuição do nível de exigência no ensino médio e a facilidade exagerada com a qual um diploma de direito era obtido e o acesso dos graduados ao exercício profissional. Da mesma forma, Beceña colocou nas palavras de G. Chiovenda, *Le riforme procesessuali e le correnti del pensiero moderno* (texto de uma conferência pronunciada em Nápoles em 1906, que aparece en *Saggi di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Milán 1993, pp. 391 ss.), que ao juiz e ao advogado moderno não basta um mero conhecimento mecânico das leis e regras de procedimento, já que também é necessário se dispor de uma extensa cultura social e econômica e uma mente vigilante e ágil, capaz de perceber fenômenos sociais as grandes correntes do progresso humano, a fim de incorporá-los ao conjunto de referências que devem nortear suas ações.

conceitual e sistemática por uma literatura processual espanhola, ainda, principalmente, baseada na simples exposição dos procedimentos do julgamento, Beceña insistia na ideia de que era essencial enfrentar o problema da preparação e seleção de pessoal do judiciário antes de qualquer projeto de reforma legislativa que pretendesse ser bem orientado[19].

Por essas mesmas datas, recém instalado o Diretório Militar liderado por Primo de Rivera, o governo emitiu um Decreto Real pelo qual comunicava sua intenção de reorganizar os tribunais, a fim de restituir sua independência, erodida, entre outros fatores, pela "perniciosa influência de bastardos interesses políticos" [20]. Um objetivo cujo serviço, como etapa preliminar, propunha uma melhora nas vias de seleção do quadro de pessoal do judiciário, retirando desta função aqueles que com seu comportamento indigno a desmerecessem. Para tanto, foi criado uma *Junta Inspectora del personal judicial*, encarregada de examinar quantos procedimentos e expedientes haviam sido iniciados nos últimos cinco anos, para exigir responsabilidades, ou mesmo ordenar a demissão ou alguma outra forma de afastamento, dos juízes e magistrados de qualquer categoria que houvessem incorridos em condutas reprováveis, sendo suas resoluções inapeláveis e de imediata execução.

Ao analisar a natureza dessas medidas, Antonio Aguilar (1926) [21] sustentará que haviam supusto a institucionalização de um regime de exceção usado para oferecer cobertura a um expurgo do corpo de funcionários judiciais e fiscais. Enfatizava, além disso, a subordinação direta existente entre o nível de eficácia da resistência frente a essas intromissões e o grau de preparação do agente judicial, tanto no que diz respeito às habilidades necessárias para o exercício de sua função, quanto à sua educação espiritual. Justamente aqui residiria, em sua opinião, a origem dos males sofridos pela judicatura, uma vez que se estaria prestando uma exclusiva atenção à primeira dessas dimensões, enquanto se descuidava por completo da segunda, ainda mais importante para garantir sua liberdade de decisão. Não obstante, acreditava que isso poderia ser retificável mediante o estabelecimento de uma espécie de estágio, no qual, antes de exercer a jurisdição, o futuro juiz receberia instruções sobre certos conhecimentos e habilidades práticas indispensáveis, sob a supervisão e aconselhamento de professores adequados[22].

## 2. *Magistratura e justiça*. Crítica da situação existente e soluções para melhoria.

As teses e propostas que Beceña enunciara em trabalhos anteriores as recuperará, dando-lhes um tratamento ainda mais completo, justamente naquela que constitui sua obra mais famosa e extensa: *Magistratura e Justiça: notas para o estudo dos problemas fundamentais da*

19 F. Beceña González, "*Revista di Diritto Processuale Civile.* Publicación trimestral. 75 liras al año. La Litotipo editrice, Padua (Italia)", en *Revista de Derecho Privado*, 124 (enero 1924), 250-252, p. 251.

20 Real Decreto de 2 de octubre de 1923.

21 Antonio Aguilar García, "De la Administración de la Justicia (Innovaciones efectuadas durante el último trienio)", en *Revista de Derecho Privado*, 158 (noviembre 1926), 363-365.

22 Essa mesma falta de educação cultural, propícia ao isolamento, favoreceria uma tendência à associação, que o autor considerava contrária ao espírito da legislação vigente, levando a várias iniciativas frustradas. A primeira, de natureza privada, para fins puramente beneficentes e na forma de um fundo mútuo, foi proibida, apesar de inofensiva, por um mandato ministerial. E foi seguida por outra organização, chamada União Judiciária, com vocação mais próxima da defesa dos interesses corporativos e do sindicalismo, que, apesar de muito mais combativa, foi, em princípio, tolerada, apesar de ter sido desativada com a criação, por um decreto de 20 de outubro de 1923, de uma Junta Organizadora do Judiciário. A. Aguilar García, *De la Administración*, p. 364.

*organização judici* [23]. Sua finalidade, inequivocamente proclamada em seu título, era novamente suscitar um sério debate sobre a imperiosa necessidade de empreender uma profunda reforma das estruturas judiciais existentes na Espanha. E para tanto, empenhava um sólido e detalhado discurso, no qual exibia seu excepcional domínio das dimensões históricas e comparativas sobre a questão, tornando-o visível no próprio livro em quatro seções principais, das quais as três primeiras foram dedicadas a analisar, respectivamente, o sistema judicial romano, as peculiaridades do regime inglês e a organização jurisdicional francesa[24].

A partir desta exaustiva exposição, interessa-nos registrar que, como fator mais destacado da exemplaridade do modelo britânico, fazia-se referência à supremacia do componente humano sobre as instituições, o que lhe proporcionava flexibilidade e capacidade de adaptação às novas circunstâncias. Uma característica que só poderia ser atribuída à qualidade de uma estrutura educacional eficaz, que em seu aspecto jurídico transcendia a simples combinação da aquisição de conhecimento teórico com uma aproximação, mais ou menos profunda, às particularidades das práticas forenses, buscando, além disso, promover no jurista em formação o cultivar de certas aptidões e qualidades que lhes seriam muito valiosas em seu ulterior desempenho, sobretudo, o aprimoramento de suas faculdades de observação e o desenvolvimento de uma especial sensibilidade para captar e compreender os problemas, não apenas jurídicos, senão também econômicos, morais ou psicológicos, implícitos nos pleitos, assim como na identificação de soluções mais idôneas para resolvê-los, juntamente com outra série de virtudes pessoais, definidoras do perfil ideal desejável em um profissional do direito, como: o amor à verdade, a irrepreensibilidade da conduta, a aplicação do princípio de equidade e defesa da justiça. No entanto, defendia Beceña, não há que se pensar na magistratura inglesa como uma ilhota de elevação moral na administração pública do país, pois o que se refletia era a idiossincrasia comum do britânico médio com formação universitária e empregado a serviço do Estado, que se via forçado a assumir o peso de uma longa tradição de honra e de escrupuloso respeito pelos deveres do cargo[25].

No caso francês, por seu turno, o comprovado magnífico funcionamento do judiciário o levava a pensar em como essa excelência poderia se conciliar com um sistema de recrutamento deficiente, eis que permitia a nomeação de juízes carentes de prévia experiência, sem qualquer comprovação objetiva de sua solvência científica e sem que jamais houvessem realizado um estudo aprofundado do sistema jurídico nacional[26].

Abundante na ressonante centralidade de suas preocupações com a urgência de se abordar uma profunda revisão do método de recrutamento dos componentes do judiciário espanhol, essa era precisamente a questão que abria o quarto e mais denso capítulo do livro, dedicado a analisar as principais características da organização judiciária do país[27]. Assim, sua reflexão adotava como ponto de partida a regulação estabelecida na *Ley Orgánica del Poder Judicial de*

23 F. Beceña González, *Magistratura y Justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial,* Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1928.

24 F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, pp. 1-108; 109-186 y 187-298, respectivamente.

25 F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, pp. 176-178.

26 F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, pp. 234 y 273.

27 F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, pp. 299-415.

*1870*[28], onde se havia introduzido a necessidade de realização de um conjunto de provas de natureza técnica, cuja superação conferiria ao candidato o status de membro do chamado *Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura*, do qual até então vinham nutrindo seus quadros os *juzgados de instrucción y los tribunales de partido*[29]. Não obstante, do teor de vários de seus preceitos, depreende-se que, mais do que ao prelúdio da prática forense, o que realmente condizia o êxito nesse exame era a realização de um período de aprendizado, no qual os postulantes eram designados às *Audiencias* localizadas no distrito de seu domicílio, ficando sob supervisão do presidente desta, devendo assistir às sessões públicas, ao passo em que lhes outorgava uma posição preferencial para atuar como *jueces municipales*, como substitutos destes e dos de instrução, como substitutos de juízes e promotores de *tribunales de partido* e como *abogados fiscales de las Audiencias*, na falta de outros disponíveis em dada jurisdição[30].

No entanto, ainda que tenha elogiado a conveniência e a adequação de tais medidas, destinadas a reforçar a preparação prática dos magistrados, nosso autor enfatizava que dois elementos-chave foram negligenciados no que diz respeito à materialização de seus objetivos: nem se indicou um período de pertencimento a esse corpo, nem, sobretudo, instituiu-se uma segunda prova que permitisse avaliar até que ponto os progressos alcançados nesta etapa intermediária eram suficientes para preencher com garantias de competência as não ocupadas vagas judiciais, o que trouxe a infeliz consequência de que o sucesso da nomeação teria sido abandonado ao puro e arriscado jogo de azar. Grave omissão à qual se deve acrescentar que também não foram tomados os cuidados necessários para introduzir as medidas necessárias para garantir a nomeação de *Presidentes de Audiência* capazes de satisfazer as demandas de uma tão relevante função, e muito menos a de proporcionar-lhes instruções específicas e dotar-lhes das faculdades capazes de colocá-los na posição idônea para poderem incutir em seus discípulos as qualidades e valores morais, sociais e intelectuais exigidos pela tarefa as quais seriam chamados a cumprir. Além disso, nem sequer havia sido demonstrado que as atividades invocadas para esta fase de iniciação nas diversas disposições legais: assistência a juízos, despachos em secretarias e vice-secretarias de *Audiencias* e exercício dos cargos de magistrado substituto, *abogado fiscal sustituto y titular de juzgados y fiscalías municipales*, fossem particularmente úteis para alcançar os objetivos perseguidos. Posto que alguns não haviam encontrado uma verdadeira oportunidade de serem ensaiadas, enquanto as demais haviam produzido resultados decepcionantes em relação ao objetivo de estimular um incremento da cultura jurídica, além do entusiasmo e do senso de responsabilidade dos pretendentes a aumentar as fileiras do quadro de magistrados[31].

Agora, independentemente do fato de que não houvesse qualquer base empírica para medir sua eficácia, ainda que se atrevesse a entendê-la como nula, caso a mesma fosse instituída conforme os ditames legais, Beceña questionava se, desconsiderando as deficiências com as quais havia sido estruturado, este curso preparatório poderia oferecer uma solução viável para o problema da seleção de juízes. Porque era óbvio que a mera obtenção de uma graduação em Direito não era capaz de constituir a mínima credencial profissional que habilitasse para o

28 Quanto ao processo de recrutamento de juízes no século XIX, anteriormente e na *Ley Orgánica del Poder Judicial*, interessa-nos C. Petit Calvo, "Sobre la selección de jueces en España 1838-1944", en e-Legal History Review, 27 (2018).

29 *Ley Orgánica del Poder Judicial*, artículos 84, 91, 92, 123, 126 y 128.

30 *Ley Orgánica del Poder Judicial*, artículos 94 y 96.

31 Pelo contrário, a única experiência que tais práticas poderiam proporcionar era a de fazer contato com a rotina da cúria, a manipulação de meras fórmulas rituais, alguns penosos exemplos de negligência e abandono das funções judiciais e o excesso de peso cobrado pela secretaria no trâmite das contendas, para não mencionar a corrupção. F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, pp. 303-304.

ingresso na magistratura, pois não garantia os níveis de capacitação técnica e de maturidade moral e intelectual necessários para acessá-la, e, além disso, ainda que, de fato, tais qualidades exigidas houvessem sido alcançadas, sempre havia a ameaça de sua deterioração, fruto da negligência, da indiferença, da conveniência ou da simples passagem do tempo.

Parece lógico, portanto, que o Estado quisesse comprovar que esses conhecimentos se conservavam no momento em que o candidato se propusesse a colocá-los a serviço do cargo. Razão que justifica a introdução do mecanismo de verificação de sua existência, representado pelo concurso público. No entanto, o mais surpreendente é que o recurso a esse instrumento não era defendido pelos seus partidários com fundamento em suas vantagens intrínsecas, pelo contrário, suas notáveis carências eram evidenciadas, por todos os demais métodos tentados, como o débil motivo aduzido para apoiar a persistência no seu emprego. Por isso, ninguém se atrevia a sustentar sua contribuição para a formação do quadro de magistrados, triunfando, na verdade, a sua valoração nada mais que como o meio menos insatisfatório para se escolher dentre aqueles que, muitas vezes erroneamente, presumiam-se já preparados. O pior é que, mesmo tendo delegado objetivos tão modestos como o de oportunizar uma grossa "peneira" das sucessivas promoções de juízes, tampouco se conseguia a realização de seus fins primordiais, uma vez que não permitia avaliar a autêntica sabedoria jurídica dos aspirantes, nem reportava um maior grau de autonomia frente às constantes ingerências do poder executivo. Nesse sentido, para se calibrar a eficácia do concurso haveria que se considerar a composição da banca de avaliadores, a tipologia e a quantidade de exercícios e outros fatores externos que, de fato, somente poderiam oferecer uma estimativa comparada das aptidões gerais dos candidatos sujeitos a provas idênticas e em iguais condições. Uma limitação que carregava consigo dois pesados lastros, e que, devido às inúmeras ocorrências, podem ser descritos inclusive como inerentes ao procedimento. Por um lado, conduzia à decantação de uma escala relativa, cuja determinação era prescindida da referência, a qual deveria ser inexcusável, às exigências inerentes à natureza do posto a ser desempenhado, sobretudo tratando-se de um compromisso público de tão extraordinária relevância. Pelo contrário, o que sucedia era que, com o aumento da relação dos concorrentes, o órgão examinador tendia a rebaixar seu nível de exigência na hora de adjudicar as vagas convocadas, com a nefasta consequência de que o relaxamento dos requisitos amparava a infiltração na carreira de membros completamente ineptos. Por outro lado, o sistema tendia a ceder amplo espaço à influência de fatores exógenos, como o número de vagas, a urgência de sua provisão, o número de candidatos e a média cultural mostrada por eles nos testes, o que favorecia a supressão da justiça das decisões proferidas pelo órgão julgador; à qual havia que acrescentar a inevitável variabilidade de critérios derivados da individualidade e a particular personalidade dos membros de cada comissão.

Não se esgotavam aqui as objeções levantadas sobre esta fórmula tradicional de extração de aspirantes para incorporação à carreira judicial, pois, através da análise de seus regulamentos vigentes[32], detectavam-se outras características que maculavam seriamente sua confiabilidade. Assim, direcionava-se à banca de avaliadores certa desconfiança por suas recorrentes manobras, ao impor o programa, o conteúdo e a duração dos exercícios, e até as pautas a serem seguidas nas tomadas de decisões, com substituição da votação individual pela aplicação mecânica de complicadas regras aritméticas, o que significava a supressão de qualquer iniciativa para se fazer perguntas, pedir esclarecimentos ou realizar outras perguntas dirigidas a complementar

32 Contido em uma longa série de disposições, variando de um decreto real de 8 de outubro de 1883 a outro de 17 de outubro de 1921.

as informações obtidas sobre a idoneidade, ou não, do candidato; a altiva prioridade outorgada à exibição puramente mecânica do conhecimento armazenado, diante da dificuldade de se recorrer ao raciocínio reflexivo para dar uma resposta verbal, sem a possibilidade de preparar um esboço anterior e em tempo extraordinariamente curto para uma série de perguntas, excessivas tanto em sua amplitude quanto em seu casuísmo[33]; a relação contraditória entre essa submissão à velocidade e a improvisação, compensada pelo apelo à capacidade de síntese da pessoa examinada – que, além disso, poderia ser suprida mediante o recurso a resumos colocados no mercado para esse fim específico –, e o caráter contrário à precipitação típica da atividade jurisdicional, que, em contraste, aparecia coletado nas demais avaliações, baseadas no desenvolvimento de um ou mais temas, em um momento em que se pedia uma apresentação oral e sem limite de tempo como quando se realizava por escrito[34]; a tenra idade, às vezes menor do que a capacidade civil, com a qual muitos dos oponentes concorriam; a grande folha de pagamento dos membros da banca, juntamente com a diversidade de suas respectivas concepções sobre a natureza da função judicial; o baixo rigor dos exercícios, sobretudo, considerando que foram suficientes para transformar um simples graduado em juiz; ou a dificuldade para se recrutar os melhores juristas, geralmente mais atraídos por outras profissões susceptíveis de conferi-lhes melhor remuneração, maior independência e perspectivas mais promissoras de promoção. Eram, em conclusão, razões mais do que suficientes para justificar o paupérrimo crédito concedido ao sistema de concursos como uma forma de seleção de seus futuros companheiros de corporação pelos próprios funcionários do Judiciário.

A pluralidade e magnitude das retificações que o mecanismo de concursos merecia, no entanto, não o afastava de sua convicção sobre a utilidade de um período de aprendizagem, que poderia fornecer a futuros juízes certas lições, vinculadas à habilidade em manejar a lei, as quais universidade nem poderia e nem deveria proporcionar, porque somente podem ser adquiridas através da experiência de vida. Tudo o que nela cabia era uma recriação artificial, para fins didáticos, de fenômenos jurídicos, mas nunca constituiria uma reprodução exata das condições e circunstâncias com as quais os profissionais encontram na realidade. Portanto, só era possível aproximá-los *a posteriori*, quando já resolvidos, ocasião em que haviam perdido a força dramática com a qual originalmente se manifestaram. No entanto, essa limitação não desvirtuava a relevância do papel intransferível as quais Faculdades eram chamadas a desempenhar na formação do jurista; isto é, dotar-lhe do conjunto de conhecimentos necessário para situar as normas legais no contexto global das circunstâncias históricas, geográficas, políticas, econômicas e sociais, sem as quais estaria vedada a sua completa compreensão e correta aplicação. Não se deve esquecer que o direito, além de uma ciência, enquanto criadora da ordem social e da justiça, também é uma arte, cujas exigências se elevam muito acima das de qualquer outro ofício atual; e algumas das principais qualidades desta arte devem ser estimuladas e treinadas durante a etapa acadêmica: familiaridade com conceitos e instituições jurídicas e sua

33 O regulamento de 1883 estabelecia a obrigação de se contestar a onze pontos de procedimentos civis, comerciais, criminais e políticos, administrativos e canônicos em trinta minutos, mas depois foi ampliado para uma hora pelo regulamento de 21 de junho de 1889, certamente tratando, com ele, para remediar a impossibilidade de resolver tantas e tão diversas questões.

34 Talvez aquí resida justamente o objetivo perseguido pela reforma de 1921, que poderia ter sido animada pelo desejo de reduzir o peso cobrado por essa série de perguntas, retirando seu caráter eliminatório e colocando diante de si um exercício escrito. Oportunidade em que se apontava que o mesmo consistiria na redação de três dissertações científicas, relacionadas ao direito civil, comum e foral, direito comercial e teoria do processo, a serem realizadas dentro de um bastante exigente prazo de quatro horas. O que parecia dificilmente factível para aqueles que não carregavam esses temas previamente preparados de memória; ou seja, na realidade, constituía-se numa simples variação da anterior apresentação oral, de modo que Beceña entendia ser muito mais eficaz se duas perguntas fossem feitas, dissertando-as em seis ou oito horas e com suporte de livros. F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, pp. 314-315.

localização dentro de um sistema, domínio de um método de trabalho e capacidade de extrair informações de toda classe de fontes, dentre outras. Outra coisa é que a dimensão prática dessa cultura deva ser adquirida fora da sala de aula[35], mas sem impedir que a tarefa de inculcar aquilo que poderia ser classificado como "princípios e métodos", desenvolvidos nas instalações das universidades, tenha sido rotineiramente reconhecido e elogiado, especialmente por aquelas pessoas que tiveram a oportunidade de participar de ambas as ações[36].

Também é verdade que, de acordo com o que se depreende dos testemunhos disponíveis, o nível científico com o qual os concorrentes se aproximavam da magistratura antes do estabelecimento do sistema de concurso era ainda mais lamentável. Assim, afirmava-se que os títulos apenas serviam para distinguir os cultos dos ignorantes, embora ambos carecessem de preparação e capacidade mínimas necessárias para atuar um ambiente judicial no qual estavam indefesos e expostos às manobras manipulativas dos que pretendiam torná-los um instrumento de seus próprios interesses. A questão que a Beceña parecia pertinente era se a implantação do método de concurso havia proporcionado algum efeito positivo no aumento da cultura jurídica dos juízes designados por esse procedimento. Mas entendia que, embora fosse verdade que existiam exemplos de magistrados ignorantes e ineficazes, essa realidade poderia não só estar relacionada à maneira como ascendiam a sua função, como também tinha muito a ver com o clima geral de esterilidade intelectual em que deviam realizar seu trabalho. O juiz espanhol exibia uma pobre bagagem de conhecimento porque também não lhes eram oferecidos canais ou possibilidades para incrementá-los. Oprimido por um trabalho excessivo, com prazos inexcusáveis e urgências impostas pela própria entidade dos assuntos deixados em suas mãos, não havia condições para se dedicar à leitura, inclusive porque nem o Estado nem as administrações se preocuparam em criar bibliotecas públicas ou fornecer aos tribunais um elenco de obras doutrinárias e legislativas essenciais, eis que, sob o pretexto de impedi-lo de se filiar à subversão, proibia-se até mesmo a organização de reuniões com seus colegas. Ademais, além de ser muito mal remunerado, era impedido de diversificar suas atividades para obter maior renda, impedindo-os de adquirir livros ou publicações científicas. Eram-lhe ainda negadas as possibilidades de se beneficiar de algum tipo de auxílio ou bolsa de estudos para permanecer no exterior com o objetivo de estudar a regulação e o funcionamento de outros modelos de articulação de estruturas jurisdicionais. Até certo ponto, era patente esse déficit generalizado, tanto que os próprios juízes haviam concentrado seu foco preferencial na provisão dos meios destinados à sua correção[37]. No entanto, enquanto perdurasse essa situação, sua mais grave consequência residiria justo no fato de que a magistratura espanhola permanecia amarrada ao enorme peso de uma longeva tradição legal perpetuada pelo vigente *Código de Enjuiciamiento*, que, juntamente com algumas muito onerosas inércias forenses, anulava sua iniciativa e dificultava dramaticamente sua atualização.

35 Para cobrir esse espaço, várias soluções foram propostas. Por exemplo, A. Aguilar García: "El ingreso en la carrera judicial", en *Revista de los Tribunales*, 1923, pp. 68-70, defendia a conveniência de se estabelecer uma escola de práticas judiciais.

36 Para ilustrar, citava o grande L. Mortara, *Istituzioni di ordinamento giudiziario*, Florencia, 1919 (1ª edición, 1906), p. 155.

37 Nesse sentido, F. Beceña González, *Magistratura y Justicia*, p. 325, fazia eco do propósito de sua associação corporativa de colocar em prática a criação de bibliotecas permanentes da corte e outras mais amplas circulantes para cada audiência, previstas por uma ordem real de 30 de novembro de 1918.

## 3. Outras intervenções no debate

Em contraste com o agudo espírito crítico e a modernidade das propostas contidas nesta obra capital de Beceña, poucos meses depois sairia à luz outro ensaio com propósito aparentemente idêntico, embora muito distante das proposições daquele autor. Tratava-se do livro de Ángel Ossorio, *Bases para la reorganización judicial*[38], cujo terceiro capítulo cuidava de discutir acerca dos ingressos, promoções, serviços e aposentadorias do pessoal do judiciário. Especificamente quanto ao tema que aqui nos interessa, os requisitos de ingresso na carreira eram indicados na base oitava da mencionada obra, sendo eles: ter nacionalidade espanhola, não ser sacerdote ou militar[39], ter completado vinte e três anos quando da posse no cargo, não estar sendo processado nem ter sido condenado por um crime que lesione o "*conceito público*", não ter ido à falência nem sido sujeito à outras modalidades de concursos de credores e, obviamente, ter conquistado a vaga por meio de adequado concurso público. A base seguinte estabelecia uma série de incompatibilidades, que afetavam o exercício de indústrias e profissões, o desempenho de destinos oficiais ou privados, o gozo de funções ou honras palatinas e o exercício de funções de representação nas Cortes, Deputações ou Municípios. Por sua vez, a décima base, a que mais nos interessa, estabelecia taxativamente que a entrada na magistratura seria feita unicamente mediante concurso, que seria verificada perante duas bancas e mediante duas provas distintas. A primeira, de natureza prática e de necessária aprovação para se obter acesso à segunda, seria realizada diante de uma comissão composta exclusivamente por magistrados e advogados, sob a presidência de um *Presidente de Sala del Tribunal Supremo*. A outra, de natureza teórica, constaria de duas partes, uma oral e outra escrita, correspondendo sua valoração a uma banca de avaliadores constituída inteiramente por elementos acadêmicos e universitários, e encabeçado por outro *Presidente de Sala del Tribunal Supremo*. Além disso, indicava-se que, antes mesmo do início dos exercícios, os membros de ambos os órgãos julgadores examinariam os expedientes dos aspirantes, podendo rejeitar aqueles que não atendessem às condições legais acima mencionadas ou que não guardassem o devido grau de decoro, limpeza de costumes, correção de conduta e boa reputação necessárias para a assunção desta tarefa, dispensando a necessidade de explicar publicamente os motivos de tal decisão, a menos que o lesado requeresse conhecer das motivações. A justificativa oferecida pelo autor para o seu compromisso exclusivo com o sistema de concurso residia na simples afirmação de que acabava não encontrando um meio menos insatisfatório de recrutamento. Além de atribuir a excepcional vantagem de que o órgão emissor da credencial se dissolveria no próprio ato de entrega da mesma, permitindo ao beneficiário gozar de uma independência que seria impossível no caso de sua nomeação estar sob a jurisdição direta do Parlamento ou do Governo, uma vez que isso, inevitavelmente, geraria um vínculo de subordinação, que dificilmente poderia surgir com relação a uma banca de avaliadores que foi chamada a desaparecer, por mais que se mantivesse sentimentos de gratidão em relação aos membros que a constituíam. Em contrapartida, admitia-se que esse procedimento não servia para atestar as qualidades éticas do escolhido, por isso se recomendava uma triagem prévia dos candidatos notoriamente indignos, com a certeza de que quem ostentasse inidonei-

38 A. Ossorio, *Bases para la reorganización judicial*, Madrid, Estudios políticos, sociales y económicos, 1929.

39 O motivo para essa exclusão residia no fato de que o espírito do sacerdócio é incompatível com a tarefa de castigar de forma inflexível, e quem tem o ofício litigar confiando à força a decisão dos conflitos dificilmente se acomodará às vías do direito, que em suas aplicações há ser sempre compreensivo, transigente e dúcteis. A. Ossorio, *Bases para la reorganización judicial*, p. 36.

dade desconhecida acabaria por delatar-se enquanto dispusesse de autoridade, o que abriria caminho para sua imediata separação do posto designado[40].

Além da dedicação acadêmica, de 1931 e até seu trágico desaparecimento nos dias turbulentos imediatamente após o estopim da guerra civil, o envolvimento de Beceña no agitado cenário político do período republicano e sua incorporação como membro do *Tribunal de Garantías Constitucionales*[41], criado pelo novo regime, teriam um evidente efeito restritivo em sua produção científica, até então muito abundante. Isso explica o motivo de sua caneta não voltar em um assunto pelo qual ele havia demonstrado tanta preocupação.

Não obstante, tal assunto seria retomado por seus dois discípulos mais próximos, Manuel Perales e Ángel Enciso, autores de um manual, *Notas de derecho procesal civil*, seguramente com base nas notas tomadas nas aulas ministradas pelo próprio Beceña[42]. Pelo menos, seus argumentos reproduziam com notável fidelidade os de seu professor, como é evidente na estrutura geral do trabalho e no tratamento específico de algumas de suas lições, das quais, acima de tudo, interessa-nos o foco nos sistemas de organização judiciária[43], e, mais especificamente, a epígrafe do estudo da formação e dos meios de entrada dos membros da magistratura[44]. Um assunto que se introduzia pela análise de diferentes modelos coexistentes no direito comparado, começando com a incomum fórmula de nomeação por eleição popular, em vigor nos Estados Unidos e em alguns cantões suíços. Embora na América do Norte tal fórmula tenha sido descrita como culpada por fabricar um ambiente propício a se fazer com que a ação judicial parecesse fortemente contaminada pela corrupção política, o exemplo suíço foi apresentado como mais uma das peculiaridades deste pitoresco país, não se atrevendo os editores a avaliar ainda, por serem muito recentes, os resultados de sua implementação pelo governo republicano para provisão dos cargos de titulares dos juízos municipais com menos de doze mil habitantes, ainda que demonstrassem algum ceticismo quanto ao sucesso da reforma. Da mesma forma, tampouco se concedia muito crédito à possibilidade de autogoverno dos juízes, plasmada na delegação de suas nomeações por seus próprios órgãos corporativos, devido ao fato de que isso favoreceria a conversão da magistratura em uma instituição burguesa, fechada e servidora de interesses mesquinhos. E o papel desempenhado na Inglaterra pelo Lorde guardião do selo como responsável absoluto pela nomeação direta dos juízes era considerado como não mais que uma mera peculiaridade britânica, não exportável para o continente. Portanto, o sistema mais universal seria o constituído pela atribuição de sua seleção pelo executivo, por meio do mecanismo do concurso público, o qual na sua opinião, apesar da objeção que implicava a sujeição do poder jurisdicional ao governo, essa crítica poderia ser contestada, apontando que a independência no exercício de suas funções não era absolutamente essencial.

40 A. Ossorio, *Bases para la reorganización judicial*, pp. 38-42.

41 A trajetótria de vida de Beceña foi estudada por J. Montero Aroca, <<Aproximación a la biografía de Francisco Beceña>>, en *Revista de Derecho Procesal*, I (1980), 131-163 (= *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1981, 603-632).

42 M. Perales; A. Enciso, *Notas de derecho procesal civil*, Madrid, Litografía de E. Nieto, 1932. É importante destacar que no exemplar por mim manejado, disponível na Biblioteca Nacional, não há identificação da autoria. No entanto, a atribuição a esses dois colaboradores próximos é enfática por parte de J. Montero Aroca, *Aproximación a la biografía*, p, 69, o que também nos fornece notícia precisa sobre a referida origem: <<Nos consta que Beceña no quiso que en las *Notas* apareciera su nombre, por cuanto, aun proviniendo de sus explicaciones, no habían sido redactadas por él>>.

43 Seção em que, adotando um esquema semelhante ao contido na grande obra de F. Beceña, *Magistratura y Justicia,* ainda que de uma forma mais didática e muito menos exaustiva, foi feita uma revisão dos sistemas históricos romanos, inglés y francés. M. Perales; A. Enciso, *Notas de derecho procesal civil*, pp. 97-110.

44 M. Perales; A. Enciso, *Notas de derecho procesal civil*, pp. 111-119.

Mas o que achavam verdadeiramente criticável era que para enfrentar essa prova apenas fosse requerida uma qualificação específica, uma vez que era exigida apenas a nacionalidade espanhola, ter mais de vinte e três anos e um diploma de direito. Por outro lado, afirmaram que, fruto de sua própria natureza, tornou-se um teste de memória simples e vazio, consistindo na apresentação oral de uma série de temas pré-determinados, relativos à regulamentação legal dos principais setores jurídicos, dentro de um prazo tão curto que, mais do que uma demonstração de conhecimento, parecia exigir uma exibição de velocidade em sua exposição. E, embora tratasse de uma verdade, admitiam que, nas últimas convocações, tentou-se diversificar a orientação dos exercícios, combinando os dois tradicionais exercícios orais com outros dois realizados por escrito, além de um quinto do teste referente ao domínio da língua francesa e de outra língua viva a ser escolhida pela banca de avaliadores. Situação que não havia experimentado uma melhora significativa em termos das garantias de competência legal oferecidas por quem conseguia superá-las.

Além disso, nem mesmo depois de salvar esse critério de seleção se percebia um aumento substancial da solvência e preparação dos candidatos, sendo em grande medida atribuível à falta de um período de aprendizagem, que, embora previsto na *ley orgánica del poder judicial*, ainda não havia sido efetivamente implementado, diferentemente de outros países, como a Itália, onde, tendo uma duração de dois anos, ou de um ano no caso dos mais favorecidos, cobrava um valor eliminatório para aqueles que em sua realização não demonstrassem estar capacitados para o desempenho desta tarefa. Por outro lado, na Espanha não havia filtro posterior ao concurso, uma vez que os mais bem classificados eram admitidos ao *Cuerpo de Aspirantes*, cujos membros iam desde logo obtendo, sem outras formalidades, indicações para preencher as diferentes vagas nos juízos de primeira instância que fossem sendo criados na estrutura da carreira, o que muitas vezes levou o juiz novato a ficar sob a dependência de um secretário que instilava nele sua visão puramente curial do direito, impedindo-o de progredir em seu amadurecimento.

Por essas razões, diante dos defeitos causados por esse procedimento, a proposta dos autores era que os aprovados passassem por um período de prática probatória remunerada de pelo menos dois anos nas *Audiencias* das cidades onde havia uma universidade, dedicando-se à preparação técnica necessária através da participação no trabalho de tais *Audiencias* e universidades, assim como nos órgãos de registro e de advocacia do estado, para ao final realizar um último teste em Madri. Medida que deveria ser completada com outras dirigidas a corrigir as diversas disfunções instaladas no sistema, entre as quais se aludia ao caráter unipessoal do primeiro grau de jurisdição, a relevância secundária do papel atribuído ao juiz na instrução do processo até o julgamento, a tendência de suprimir a segunda instância ou algumas diretrizes para a regulação de promoções, que eram fabricantes de uma ordem hierárquica que reservava as etapas mais difíceis e ingratas aos componentes mais jovens e inexperientes da magistratura.

## 4. Ausência de medidas eficazes e as questões em discussão durante a segunda república

Logicamente, a peremptória necessidade de se empreender uma profunda transformação da administração da justiça, que, inevitavelmente, deveria vir apoiada pela modernização de suas estruturas estagnadas e pelo reparo das visíveis fendas do ultrapassado regime então

vigente, encontrou um amplo eco na literatura processual desses anos[45]. Além disso, nas décadas anteriores, já existiam alguns projetos oficiais frustrados, voltados para a tão necessária reforma[46]. No entanto, não foram enunciadas outras demandas a respeito de seu caráter inadiável e urgência comparável em energia e coerência às formuladas pela vanguarda doutrinária representada por Beceña[47].

Esse objetivo formava parte, também, do ideário profundamente renovador que deu impulso à instauração da Segunda República. De fato, tentaram-se algumas medidas concretas, como um aumento substancial do salário mínimo dos juízes, com o objetivo de reforçar a eficácia de sua função e sua autonomia, ainda que também com o objetivo de se obter a adesão da magistratura ao novo regime republicano. Uma estratégia acompanhada de uma série de disposições legais que afetaram, sobretudo, a composição do *Tribunal Supremo* e que acentuaram o sinal marcadamente político de suas atuações.

Nesse contexto, a discussão sobre a importância da formação e a seleção dos membros da magistratura abriu um novo e destacado episódio, no qual afloraram as duas posições, em grande medida corporativas, e que conflitavam em relação a situação profissional da magistratura, com a adição da feroz disputa ideológica e política que estava provocando uma crescente fratura na sociedade espanhola[48].

O início da polêmica ocorreu com a publicação, em 1933, por Niceto Alcalá-Zamora, um jovem professor de direito processual e filho do Presidente da República, de um artigo na *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, intitulado "*Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*", onde, em uma nota de rodapé, vertia uma ácida crítica à magistratura espanhola, na qual a acusava de imobilidade em suas resoluções e de grave falta de treinamento jurídico[49].

A resposta não tardou a chegar na forma de outro artigo, dessa vez publicado por um membro de uma *audiencia provincial*, chamado Cesar Camargo, com o título "*El enjuiciamiento*,

45 Como exemplos dessa preocupação generalizada, podemos citar M. Martínez Feduchy, "La reforma judicial", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 156 (1930), 282-305; M. Miguel y Romero, "El derecho procesal y su necesaria reforma", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 162 (1933) 190-203; o J. Malagón Barceló, "En torno a la reforma de la Ley de enjuiciamiento civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 167 (1935), 635-676, que oferecia uma relação bibliográfica exaustiva sobre as abundantes propostas de modificações publicadas desde a própria entrada em vigor deste controverso código.

46 Projetos de reforma entre os quais merecem ser destacado os promovidos em 1884 por T. Ruiz Capdepón, en 1893 por E. Montero Ríos, en 1906 por M. García Prieto y en 1921 por A. Maura, ou as bases constitucionais para a reorganização da Administração da Justiça elaboradas pela Junta Organizadora del Poder Judicial, criadas por decreto real do Conselho de Administração em 20 de outubro de 1924. Notícias sobre o mesmo em J. Paniagua, "La reorganización de nuestra administración de Justicia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 159 (1931), 461-469, pp. 459-460.

47 Embora seja verdade que surgiram opiniões que, apesar de se recusarem a aceitar as justificativas das críticas feitas contra a capacidade da magistratura espanhola por autores como A. Osorio y Gallardo, *El alma de la toga* y "Conjunto de buenas personas hilvanadas en un escalafón, que todos los días se esfuerza por hacer justicia y a veces lo consigue", en *La Justicia poder (conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en los días 24, 25, 26 y 28 de enero y 1 de febrero de 1927*, Madrid, Pueyo, 1927, p. 10, o por el propio F. Beceña en *Magistratura y Justicia*, continuavam depositando na elevação do nível de funcionários da justiça o fim primordial da urgente reforma da administração da justiça. Assim, J. Paniagua, "La reorganización de nuestra administración de Justicia", pp. 463-464.

48 Este confronto entre as duas visões divergentes sobre o exercício de sua função existente entre os magistrados da carreira do judiciário e aquele provenientes da academia foi analisado - o que nos servirá de guia a esse respeito - por P. Marzal Rodríguez, "Una polémica profesional: catedráticos y magistrados durante la II República", en *La enseñanza del Derecho en el siglo XX. Homenaje a Mariano Peset*, Madrid, Dykinson, 2004, 375-399. Também em *Magistratura y República. El Tribunal Supremo (1931-1939)*, Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2005, pp. 104-117.

49 N. Alcalá Zamora Castillo, "Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 82 (1933), 675-677, p. 677: "La Magistratura española, salvo casos excepcionales, no se caracteriza ciertamente por su amor al estudio ni por su espíritu de renovación. Por desgracia, un crecido contingente de Jueces y Magistrados no tiene más norte que la jurisprudencia -en general poco progresiva- del Tribunal Supremo y las obras de unos cuantos comentaristas, tan sobradas de páginas como faltas de substancia jurídica (…)".

*los jueces y el enjuiciamiento de los jueces*" [50], de evidente sinal corporativo e cheio de tópicos e lugares comuns sobre a exemplar honradez, o sacrifício e a eficiência dos juízes no desempenho de suas tarefas. Reação que precipitou toda uma cascata de réplicas e contestações cruzadas, reveladas na *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*[51], concentrando os ataques na designação de professores como magistrados do Tribunal Supremo.

A crítica do coletivo judicial contra os magistrados de procedência acadêmica se fundava em duas razões: uma, sua nomeação direta pelo governo[52], que, com esse método, buscava regenerar as instituições, adaptando-as ao novo regime republicano, ainda que esse procedimento pusesse em dúvida sua independência e competência para a função, por carecer de suficiente experiência prática; por esse motivo, a magistratura propunha que as vagas fossem preenchidas por juízes com suficiente antiguidade. A outra, dizia respeito ao fato de que, proporcionalmente, seu número era superior ao dos juízes de carreira – dados que tampouco eram corretos –, ocupando, além de tudo, a maioria das presidências das *Salas*. Embora seja verdade que, no curso da controvérsia, também por parte dos magistrados que questionavam a qualidade da formação universitária existente, por considerá-la totalmente insuficiente para a prática profissional, formularam-se algumas propostas de reforma e, especialmente, a criação de uma Escola Judiciária de caráter prático, na qual as disciplinas exigidas no concurso deveriam ser ensinadas, com a adição de novos ensinamentos, como alguns fundamentos da Psiquiatria e da Medicina Legal.

Outro dos aspectos centrais que compuseram o debate foi a repetida denúncia de Alcalá Zamora sobre a falta de produção científica da magistratura e sua excessiva dependência da jurisprudência da própria Suprema Corte, o que, em sua opinião, favoreceu seu conservadorismo e a debilidade da fundamentação de suas resoluções, em geral, completamente alheias às novas linhas de legislação comparada e à reflexão doutrinária contemporânea que se consolidava em outros países. Uma crítica contra a qual os juízes se defendiam, apelando à impossibilidade de sua especialização, ao ter que lidar com todos os tipos de matéria e suportar um volume excessivo de trabalho, o que os impedia de dedicar tempo à leitura e a atualizar seus conhecimentos.

Alegações que, em seu desenvolvimento, reproduziram com notável proximidade as queixas de Beceña sobre a precariedade dos meios postos à disposição dos juízes para aperfeiçoar sua formação. O que os dois lados concordavam era que um dos maiores problemas da justiça residia na baixa remuneração dos juízes em comparação com outros funcionários públicos, levando em consideração a dificuldade e a grande responsabilidade que suas tarefas envolviam. Fator que, segundo Alcalá-Zamora, coincidindo, também nesse aspecto com o

50 C. Camargo, "El enjuiciamiento, los jueces y el enjuiciamiento de los jueces", *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 67 (1933), 711-714.

51 Limitando a relação com os artigos diretamente envolvidos na controvérsia, com exclusão de um bom número de outros escritos que o abordavam de maneira tangencial, foram estes: em resposta aos escritos de C. Camargo acima mencionados: N. Alcalá-Zamora Castillo, "Jueces, Jurisdicción, Jurisprudencia. Réplica a don César Camargo", 68 (1934), 65-70 y 92-94; e além dele: J. J. González de la Calle, "El Tribunal Supremos de Justicia y los diversos elementos que la integran", 68 (1934), 103-106; C. Camargo, "Jueces y profesores. Dúplica al señor Alcalá Zamora y Castillo", 68 (1934), 119-122 y 136-138; N. Alcalá-Zamora Castillo, "De nuevo sobre la provisión de vacantes en el Tribunal Supremo. Respuesta al señor González de la Calle", 68 (1934), 145-150; I. Iglesia, "Esgrimiendo el tópico", 68 (1934), 187-189; A. Noguerol Martínez, "Terciando. Para el amigo y compadre Alcalá-Zamora", 68 (1934), 241-242; N. Alcalá-Zamora Castillo, "Jueces y catedráticos de Derecho. Respuesta final a los señores Camargo, González de la Calle e Iglesias", 68 (1934) 249-254, 265-269 y 281-285; J. J. González de la Calle, "El Tribunal Supremo de Justicia y los diversos elementos que lo integran. Aclaración y ampliación", 68 (1934), 301-308. L. Asencio, "Jueces y catedráticos de derecho (Réplica)", 68 (1934), 321-322; I. Iglesias, "Acusando recibo. Para el catedrático don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo", 68 (1934), 335-337.

52 Concretamente, dessa forma, foram elevados ao *Tribunal Supremo*: Jesús Arias Velasco, catedrático de direito administrativo da Universidade de Oviedo, José Antón Oneca, catedrático de direito penal da Universidade de Salamanca, Mariano Gómez González, Reitor da Universidade de Valencia, José Castán Tobeñas, catedrático de dieito civil na Universidad de Zaragoza, e Demófilo de Buen Lozano, catedrático de direito civil da Universidad de Sevilla,

diagnóstico de Beceña, fez com que a atuação judicial atraísse apenas os piores alunos das faculdades de Direito, enquanto os mais brilhantes se orientavam para outras funções jurídicas mais bem remuneradas[53].

## 5. Epílogo para um adiamento indefinido

Em todo caso, a magnitude e a dificuldade das mudanças empreendidas nesses anos turbulentos não permitiriam grandes progressos nesse campo e, menos ainda, substituir um procedimento para a seleção de membros da magistratura, que se mostrava marcado pela falta de uma educação universitária severamente desconectada das exigências impostas pelo exercício da função judicial e completamente dependente de um sistema de concurso que, pela falta do complemento de um período de intensa formação prática, prolongaria por décadas sua incapacidade de garantir o recrutamento dos candidatos mais adequados para assumir a responsabilidade de tão complicada e transcendental função. Além disso, com a instalação do regime ditatorial de Franco, desapareceu a preocupação de garantir a autonomia judicial, a qual se tornaria algo incompatível com a nova ordem estabelecida.

## Referências

Aguilar García, A. (1923). El ingreso en la carrera judicial. *Revista de los Tribunales*, 68-70.

Aguilar García, A|. (1926). De la Administración de la justicia: Innovaciones efectuadas durante el último trienio. *Revista de Derecho Privado,* 158, 363-365.

Alcalá-Zamora Castillo, N. (1933). Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 82, 675-677.

Alcalá-Zamora Castillo, N. (1934). Jueces y catedráticos de derecho. Respuesta final a los señores Camargo, González de la Calle e Iglesias. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 265-285.

Alcalá-Zamora Castillo, N. (1934). Jueces, jurisdicción, jurisprudencia: Réplica a don César Camargo. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 92-94.

Alcalá-Zamora Castillo, N. (1935). De nuevo sobre la provisión de vacantes en el Tribunal Supremo. Respuesta al señor González de la Calle. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 45-150.

Asencio, L. (1934). Jueces y catedráticos de derecho (Réplica). *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 321-322.

Beceña González, F. (1923). J. Appleton, traité de la profession d'avocat. *Revista de Derecho Privado*, 120, 285-287.

53 N. Alcalá-Zamora Castillo, "Notas para la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil", p. 678.

Beceña González, F. (1923). Magistratura y justicia. *Revista de Derecho Privado,* 122, 333-347.

Beceña González, F. (1924). *Revista di Diritto Processuale Civile:* Publicación trimestral. 75 liras al año. La Litotipo editrice, Padua (Italia)", Revista de Derecho Privado, 124. 250-252.

Beceña González, F. (1928). *Magistratura y justicia: Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial.* Librería de Victoriano Suárez.

Beceña, F. (1921 maio) Sobre la formación de la magistratura. *Revista de Derecho Privado*, 155-159.

Bermejo Castrillo, M. A. (2008). En los orígenes de la ciencia procesal española. Francisco Beceña: trayectoria académica, inquietudes docentes y aportación doctrinal. *CIAN*, 11/2, p. 143-211.

Cachón Cadenas, M. (2012). Cátedras y catedráticos de procedimientos judiciales y práctica forense en la primera década del siglo XX. In *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil* (1900-1950). (pp. 605-650). Universidad Carlos III.

Cachón Cadenas, M. (2012). La difusión en forma manuscrita, litografiada y tipográfica de las explicaciones de clase de Francisco Beceña: Dudas certezas y algunos hallazgos. In *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil* (1900-1950). (pp. 559-604). Universidad Carlos III.

Cachón Cadenas, M. (2017). *Francisco Beceña. Un procesalista de primera hora.* Atelier.

Calamandrei, P. (1921). *Troppi avvocati*. La Voce.

Camargo (1934). Jueces y profesores. Dúplica al señor Alcalá Zamora y Castillo. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 119- 138.

Camargo, C. (1933). El enjuiciamiento, los jueces y el enjuiciamiento de los jueces. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 67, 711-714.

G. Chiovenda (1993). Le riforme procesessuali e le correnti del pensiero moderno (texto de uma conferência pronunciada em Nápoles em 1906. In *Saggi di Diritto Processuale Civile)*, (pp. 391) (Vol. 1).

González de la Calle, J. J. (1934). El Tribunal Supremo de Justicia y los diversos elementos que lo integran. Aclaración y ampliación. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal,* 68, 301-308.

González de la Calle, J. J. (1934). El tribunal supremos de justicia y los diversos elementos que la integran". *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 103-106.

Iglesias, I. (1934). Esgrimiendo el tópico. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 187-189.

Iglesias, I. Acusando recibo. Para el catedrático don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo". *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal,* 68, 335-337.

M. Perales, A. (1932). *Enciso, notas de derecho procesal civil*. Litografía de E. Nieto.

Malagón Barceló, J. (1935). En torno a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 167, 635-676.

Martí Miralles, J. (1926). *Consideraciones sobre disciplina judicial.* Discurso lido na *Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona.* Martín Bernal (Trad). Lérida.

Martínez Feduchy, M. (1930). La reforma judicial. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 156, 282-305.

Marzal Rodríguez, P. (2004). Una polémica profesional: catedráticos y magistrados durante la II República. *La enseñanza del Derecho en el siglo XX. Homenaje a Mariano Peset.* (pp. 375-399). Dykinson.

Marzal Rodríguez, P. (2005). *Magistratura y república. El Tribunal Supremo (1931-1939).* Editorial Práctica de Derecho.

Miguel y Romero, M. (1933). El derecho procesal y su necesaria reforma. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 162, 190-203.

Montero Aroca, J. (1980). Aproximación a la biografía de Francisco Beceña. *Revista de Derecho Procesal*, 1, 130-163.

Mortara, L. (1919). *Istituzioni di ordinamento giudiziario*. Barbera.

Noguerol Martínez, A. (1934). Terciando: para el amigo y compadre Alcalá-Zamora. *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 68, 241-242.

Ossorio y Gallardo A. (1956). *El alma de la toga.* 6ª ed. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ossorio y Gallardo, A. (1920). El alma de la toga. J. Pueyo.

Ossorio y Gallardo, A. (1927). *Conjunto de buenas personas hilvanadas en un escalafón, que todos los días se esfuerza por hacer justicia y a veces lo consigue, la Justicia poder (conferencias pronunciadas en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en los días 24, 25, 26 y 28 de enero y 1 de febrero de 1927.* Pueyo.

Ossorio y Gallardo, A. (1956). *El alma de la toga*. Ediciones Jurídicas Europa-América.

Ossorio, A. (1929). *Bases para la reorganización judicial:* Estudios políticos, sociales y económicos.

Paniagua, J. (1931). La reorganización de nuestra administración de justicia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 159, 461-469.

Paniagua, J. (1931). La reorganización de nuestra administración de Justicia. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* 159, 461-469.

Petit Calvo, C. (2018). Sobre la selección de jueces en España 1838-1944". *e-Legal History Review*, 27.

Data de recebimento: 07/10/2020

Data de aprovação: 20/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# "Uma Revista para o Direito Vivo"

## Pontes de Miranda e a orientação da prática jurídica nacional na Revista 'Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros' (1934)[1]

*"Uma Revista para o Direito Vivo"*

*Pontes de Miranda and the orientation of the Brazilian legal practice in the journal 'Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros' (1934)*

**Alfredo de J. Flores[2]**

1 Texto apresentado para a primeira edição da Revista de História do Direito do IBHD. Aproveitamos para fazer nossos agradecimentos ao Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca, organizador desta edição, pelo convite. Um agradecimento especial ao mestrando Gregório Schroder Sliwka, meu orientando no PPGD-UFRGS, pelo apoio fundamental nesta pesquisa.

2 Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

## RESUMO

Quanto à obra do mais reconhecido jurista brasileiro do séc. XX, o alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, pode-se anotar que ainda possui o seu lugar de relevo entre os autores nacionais de dogmática jurídica, mesmo avançando o século XXI. As citações das obras do autor ainda se fazem presentes, e os trabalhos sobre o seu pensamento podem ser encontrados por meio dos atuais sistemas de busca. Entretanto, as opiniões sobre esse autor e sua obra permanecem inalteradas por décadas, sempre partindo da tônica de que se trata de um autor de época, com forte germanismo em virtude de sua formação dentro da Escola de Recife. Nesta investigação, propõe-se uma problematização deste ponto de vista, a partir da apresentação de elementos de sua revista "Ciência do Direito", publicada em 1934, revista jurídica essa que se voltava à prática do direito, o que escaparia ao lugar-comum de vinculação do autor Pontes de Miranda a uma imagem fortemente teórica de sua atuação nas várias áreas do Direito durante a sua vida, isso em razão da perspectiva científica da Escola de Recife, à qual Pontes se vinculava, e ainda ao fato de que o autor publicou muitos tratados, de onde depois se explica a formação do conhecido "Tratado de Direito Privado" de 60 volumes. Deste modo, aproximando-se a uma metodologia da história do livro e dos impressos, buscaremos ampliar a leitura sobre o autor apresentando através do estudo desta Revista a relevância de sua atenção para com a prática do direito.

**Palavras-chave:** Pontes de Miranda, prática jurídica, revistas jurídicas, periodismo jurídico, Revista 'Ciência do Direito'.

## ABSTRACT

About the bibliography of the most renowned Brazilian jurist from the 20th century, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, it is possible to note that he still possesses his place of prominence between the national authors in legal studies, even advancing the 21st century. The citations to the works of the author are still present, and the writings about his thinking can be found through the current search engines. However, the opinions about this author and his work continue unchanged for decades, always departing from the tone that he is a characteristic author from his epoch, with a strong Germanism related to his formation in the so-called Recife School (Escola de Recife). In this investigation, we propose a problematization of this point of view, departing from the presentation of elements from his almost unknown journal "Ciência do Direito", published in 1934. This law journal is directed to legal practice, direction which escapes the common-place that relates Pontes de Miranda with a strong theoretical image in his performance in a variety of legal disciplines through his life, mainly because of the scientific perspective of the so-called Recife School, with which Pontes is related, and also to the fact that the author published a lot of treatises, from where it is possible to explain, afterwards, the formation of the renowned "Tratado de Direito Privado", with 60 volumes. Thus, drawing on a methodology of the history of books and printings, we seek an expansion of the readings about the author, presenting, through the study of this Journal, the relevance of his attention to legal practice.

**Keywords:** Pontes de Miranda, legal practice, law journal, law reviews, 'Ciência do Direito' journal.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78727

# 1 Introdução

Quanto à obra do mais reconhecido jurista brasileiro do séc. XX, o alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, pode-se anotar que ainda possui o seu lugar de relevo entre os autores nacionais de dogmática jurídica, mesmo avançando o século XXI. As citações das obras do autor ainda se fazem presentes, e os trabalhos sobre o seu pensamento podem ser encontrados por meio dos atuais sistemas de busca[3] (Aldrovandi, et al., 2015; Cabral, 2016, pp. 11-47; Heinen, 2019, pp. 213-233; Matos, & Gabriel Neto, 2019, pp. 256-273). Entretanto, as opiniões sobre esse autor e sua obra permanecem inalteradas por décadas, sempre partindo da tônica de que se trata de um autor de época, com forte germanismo em virtude de sua formação dentro do pensamento da Escola de Recife[4] (Rodrigues Junior, 2013, pp. 79-155; Schmidt, 2014, pp. 135-158)[5] (Cohen-Koplin, 2013, pp. 1357-1390) revista[6] (Fernandes, 2018; Pajola, 2008; Iserhard, 1994), e ainda ao fato de que o autor publicou muitos tratados, de onde depois se explica a formação do conhecido "Tratado de Direito Privado" de 60 volumes. Deste modo, aproximando-se a uma metodologia da história do livro e dos impressos, buscaremos ampliar a leitura sobre o autor apresentando através do estudo desta Revista a relevância de sua atenção para com a prática do direito.

Como forma de explicar a estratégia que está sendo empregada neste trabalho, é-nos relevante comentar que se trata de um cruzamento de dois movimentos dos discursos no debate jurídico-acadêmico e seus respectivos marcos teóricos – a história da ciência do direito no Brasil do século XX e a história das obras jurídicas do mesmo período. Essa distinção se justifica preliminarmente em virtude da diferença entre o debate científico e as estratégias editoriais na área do Direito, em que nem sempre houve consonância, ainda mais tratando-se de uma revista feita para orientar a dogmática jurídica nacional. Com isso se buscará igualmente recordar a relevância das palavras de um dos comentaristas da mencionada Revista: assim, Odilon Jucá, ao

3 Quanto à configuração do estado da questão, pode-se encontrar nos últimos dez anos certa produção de artigos em revistas científicas que tratam sobre o pensamento de Pontes de Miranda, chegando também ao plano da perspectiva da filosofia da ciência, como, por exemplo os seguintes artigos: ALDROVANDI, Andréa; ENGELMANN, Wilson; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. Civilistica.com, a. 4, n. 2, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de-pontes-de-miranda>; HEINEN, Juliano. O que aconteceu com Pontes de Miranda? Implicações da doutrina do jurista e filósofo brasileiro na dogmática jurídica brasileira do século XX. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. XIV, n. 2, p. 213-233, 2019; MATOS, Saulo Monteiro Martinho; GABRIEL NETO, Douglas Domingues. Método científico no Direito segundo Pontes de Miranda. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 40, p. 256-273, ago. 2019. Também a crítica a Pontes teve a sua retomada: CABRAL, Antonio do Passo. Alguns mitos do processo (III): a disputa entre Pontes de Miranda e Haroldo Valladão em concurso para professor catedrático na Universidade do Rio de Janeiro entre 1936 e 1940. Revista Brasileira de Direito Processual, v. 24, n. 96, p. 11-47, out./dez. 2016.

4 A respeito do germanismo da Escola de Recife, englobando Pontes de Miranda, ainda são referências obrigatórias: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 938, p. 79-155, dez. 2013; SCHMIDT, Jan Peter. Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia 'existência, validade e eficácia do negócio jurídico'. Revista Fórum de Direito Civil – RFDC, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 135-158, jan./abr. 2014.

5 Algumas impressões iniciais sobre essa proposta advêm de debates e estudos feitos com o apoio de um colega docente da UFRGS, o Prof. Dr. Klaus Cohen-Koplin, quem desde longa data estuda o pensamento de Pontes de Miranda e publicou artigo relevante sobre a questão da metodologia deste autor: COHEN-KOPLIN, Klaus. O método jurídico e as categorias fundamentais do direito processual civil na visão de Pontes de Miranda: síntese entre o pensamento europeu e a tradição jurídica luso-brasileira. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, a. 2, n. 2, p. 1357-1390, 2013.

6 Também como parte da apresentação do estado da questão, deve-se recordar que há teses e dissertações sobre o pensamento de Pontes de Miranda. Aqui apontamos algumas que estão disponíveis nos repositórios oficiais ou na Internet: FERNANDES, André Lucas. Entre sistema e Tratado: Enfrentando o desafio da episteme de Pontes de Miranda. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018; PAJOLA, Marcelo Tadeu. Aspectos fundamentais do fenômeno jurídico: um estudo sobre o pensamento jusfilosófico de Pontes de Miranda. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Universidade Metodista de Piracicaba, 2008. Ainda que já tenha mais de 25 anos, ainda seria canônica a tese de Antônio Iserhard: ISERHARD, Antônio. *O conceito de direito em Pontes de Miranda.* Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

asseverar[7] (Jucá, 1934, p. 06) em coluna de título "*Uma revista para o direito vivo*", que a Revista serve para construir "uma concepção sólida do direito vivo", o que corresponde bem ao papel que a Revista possuía na dinâmica das obras de Pontes de Miranda, e explica o título do presente trabalho. Neste diapasão, a aproximação a esses dois tipos de estudos historiográficos e seus respectivos marcos teóricos resultará no questionamento de determinados lugares-comuns que existem e existiram na constante avaliação da obra pontiana no Brasil.

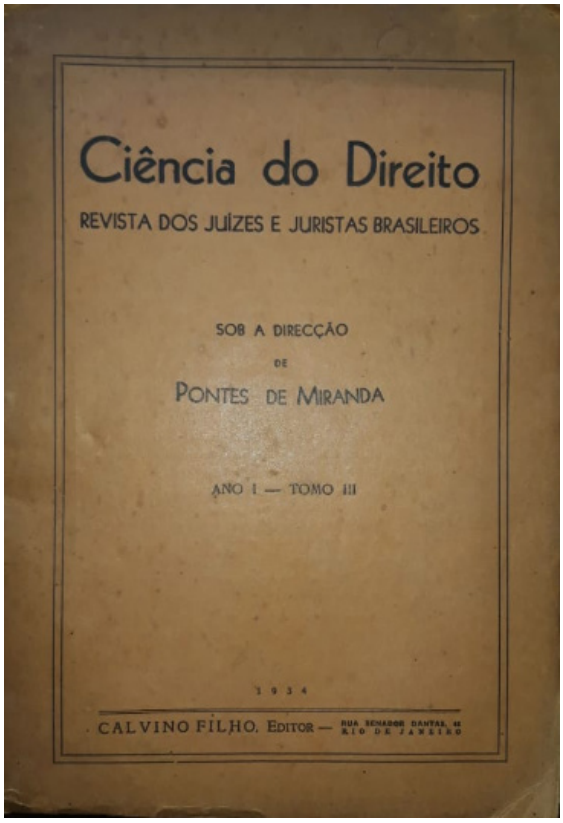
O desenvolvimento deste raciocínio se dará primeiramente (seção 2) com a breve apresentação da Revista 'Ciência do Direito', abordando alguns elementos mais externos da mesma. Adentrando mais, percebe-se a relevância de circunstâncias que se encontram no entorno de uma estratégia editorial peculiar para nosso autor, que seria a de ser diretor de uma revista, o que nos levaria a um novo ponto (seção 3), mais detalhado, em que se observará essa Editora Calvino Filho e sua estratégia de divulgação da Revista "Ciência do Direito", a proposta que está por detrás do periódico. Após apresentar as características e os critérios editoriais desta Revista, passa-se (seção 4) à análise mais de fundo, sobre a relevância dos elementos materiais presentes nas três edições encontradas, tendo em conta a proposta e a estrutura da Revista.

## 2 A Revista 'Ciência do Direito', Uma Apresentação

A 'Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros' foi uma proposta de publicação periódica dirigida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda e que teve a sua edição e gerência sob a responsabilidade do editor Calvino Filho em 1934 (conforme se pode observar já na capa da edição em brochura, na Figura I). A proposta inicial era de periodicidade trimestral, sendo em cada ano publicados quatro tomos de cerca de 350 páginas, que incluiriam artigos de doutrina, jurisprudência selecionada, legislação recente e notas bibliográficas, além de outros detalhes que serão vistos e trabalhados na sequência deste texto.

7 Nesse sentido, o comentarista indicou, por meio do título de sua coluna, que a citada revista de Pontes de Miranda seria "Uma revista para o direito vivo", de onde justificaria esta ideia da seguinte maneira: "A publicação dirigida pelo dr. Pontes de Miranda vem pôr termo a essa precariedade de subsidios faceis para os estudiosos do direito. O primeiro numero publicado corresponde inteiramente aos propositos de servir á cultura juridica do paiz, dotando-a de um orgão seleccionador de julgados que não hão de fugir, ahi, á critica doutrinaria, de molde que, em face da complexidade da realização da justiça, forme-se, nas gerações contemporaneas e vindouras de juristas patricios, uma concepção solida do direito vivo. Ajudados, por este modo, a fugir á tyrannia da lei estatica, apprehenderemos mais facilmente o sentido da consciencia liberal do julgador, que exara as suas sentenças procurando na realidade social a sua melhor inspiração": JUCÁ, Odilon. "Uma Revista para o Direito Vivo". In: O Jornal (Rio de Janeiro/RJ), 16/05/1934, p. 06. Disponível em: < http://memoria.bn.br/DocReader/110523_03/18945 >.

**Figura I –** *Capa da Revista*




Fonte: *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros.* Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, Ano I, Tomo III, set. 1934. Periodicidade trimestral. Edição em brochura. Dirigida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. [fotografia nossa]

Para efeitos de uma abordagem preliminar a respeito desta Revista, comentamos que utilizaremos como referência metodológica a noção de "paratexto"[8] (Genette, 1982, 2009) segundo Gérard Genette define dentro da teoria literária. Em particular, o "paratexto editorial", em que se trabalha os detalhes que o editor imprime na obra, bem como os elementos de "peritexto" (que se encontram no interior do texto, como o título da obra, prefácio etc.) e ainda os de "epitexto" (ao redor e fora do texto, como a publicidade). Também em razão do escasso número de tomos que se tem notícia que tenham sido publicados – foi possível confirmar em catálogos de bibliotecas o que tivemos em mãos, três edições (tomos I a III) – o uso deste instrumental da teoria literária, com a orientação das categorias de história cultural em seus desdobramentos na história do livro e dos impressos, nos será de grande utilidade neste estudo.

As poucas informações a que se pode chegar a partir de um contato direto com os exemplares podem nos indicar algumas das razões da publicação por Ponte de Miranda desta Revista. Na verdade, alguns dados são apresentados nos 'Prefácios' aos tomos, com que se considera a importância que possuem para a compreensão da proposta editorial e deste movimento por parte do mais reconhecido jurista brasileiro do século XX quanto a esta empreitada, mas isto será feito na sequência (seção 4).

8 GENETTE, G. Paratextos editoriais. Tradução de Álvaro Faleiros. Cotia: Ateliê Editorial, 2009. Ver também: GENETTE, Gérard. Palimpsestes: la littérature au second degré. Paris : Seuil, 1982. (Coll. « Points Essais »)

Contudo, entendemos que temos motivos para uma apresentação pormenorizada e detalhista deste impresso periódico dirigido por Pontes durante o ano de 1934. Primeiro, em vista do ineditismo na literatura acadêmica sobre o autor; com efeito, não encontramos praticamente nenhuma menção a este periódico, seja a conteúdos nele publicados[9] (Iserhard, 1994), seja relacionada à atuação de Pontes de Miranda. Em segundo lugar, por acreditarmos que este esforço editorial pelo jurista tinha uma razão em sua proposta de ação frente ao estado de coisas da cultura jurídica nacional, que pode dizer algo sobre sua concepção do próprio fenômeno jurídico. Em terceiro, pelo potencial explicativo dos elementos materiais que trazemos, do conteúdo das formas que pode explicar não só a existência e a razão de ser, mas também o encerramento precoce desta proposta editorial. Por fim, pela relativa dificuldade de encontrar exemplares nos acervos das bibliotecas de Tribunais, Institutos e Faculdades de Direito, que também justifica trazer, por intermédio deste estudo, mais subsídios materiais para pesquisas futuras.

Quanto aos próximos passos, em uma primeira etapa desta análise (seção 3), são avaliados os elementos que podem explicar, pela exploração dos critérios editoriais, dois fatores: a escolha de (ou aceitação do convite feito por) uma editora como essa de José Calvino Filho, justamente por parte de Pontes de Miranda – que, à época, já publicava em editoras maiores e especializadas (como a já consolidada Editora de Jacinto Ribeiro). Por outro lado, o encerramento precoce da edição, que aparentemente não chegou a completar as publicações prometidas para o primeiro ano (porque eram previstos quatro tomos, mas temos conhecimento da publicação de somente três).

Para a sequência dos trabalhos (na seção 4), propomos investigar, já manuseando os exemplares do impresso, aqueles aspectos que estariam mais relacionados à forma de apresentação dos conteúdos, sejam eles explicitamente apresentados pelo diretor, sejam eles implícitos em formas discursivas características daquele discurso.

## 3 A Editora Calvinho Filho e sua Estratégia de Divulgação da Revista

Ainda que esta publicação aparentemente tivesse surtido uma repercussão menor nos meios acadêmico e profissional durante o período em que teria circulado, ou seja, no início da década de 1930, os elementos de identificação do valor da Revista se fizeram presentes. Nesse sentido, optamos por trabalhar, de início, com dados sobre a circulação de impressos, os quais contribuem tanto para o processo de atribuição e consolidação de sentidos de determinado discurso quanto para, neste caso, ajudar a compreender o que seria o aparente insucesso da publicação. Neste caso específico, chama atenção a parceria do autor com uma editora relativamente pequena[10] (Machado, 2008, pp. 247-250), opção essa que deverá ser explorada também para averiguar qual o objetivo da publicação.

Sobre isso, vale recordar que a editora de Calvino Filho começou suas atividades em 1929 e adotou uma linha próxima (embora não tão evidente) do ideário marxista, o que ex-

9 Exceção à citação de um artigo de Djacir Menezes publicado na revista em: ISERHARD, Antônio. O conceito de direito em Pontes de Miranda. Tese (Doutorado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, 1994.

10 Por exemplo, tal editora não consta na lista trabalhada por Ubiratan Machado, conforme se pode consultar no "Índice de livrarias, livreiros, tipografias, firmas etc.": MACHADO, Ubiratan. *Pequeno guia histórico das livrarias brasileiras*. São Paulo: Ateliê Editorial, 2008. p. 247-250.

plica que tenha sido alvo, já nos primeiros anos de atuação, de censura por parte do Regime de Vargas, com fundamento na Lei de Segurança Nacional[11] (Juberte, 2018, pp. 19-52; Aragão, 1973, p. 31). Assim, a "Ciência do Direito – Revista", publicada em 1934, surge em um momento de adequação forçada da linha editorial da Calvino Filho, em que predominam, no catálogo da editora, livros didáticos, científicos e romances[12] (Palamartchuk, 2020). É sobre este momento, também, que surgem hipóteses de possíveis dificuldades financeiras da editora[13] , que, vítima de diversas ações persecutórias em virtude de sua linha editorial, teria enfrentado problemas para articular suas publicações, que chegaram a ser suspensas por um período[14] (Juberte, 2016) – o que pode ter contribuído para a trajetória breve do periódico que, aparentemente, não chegou a completar um ano de atividades.

Neste cenário, seria importante considerar a já conhecida atuação de Pontes de Miranda junto à intelectualidade de esquerda no período[15] (Farias da Silva, 1981, pp. 40-41; Menezes, 1988, pp. 09-20), o que poderia explicar sua proximidade ao editor José Calvino Filho, que também era intelectual atuante nestes círculos. Porém, diante da falta de fontes primárias que permitam maiores conclusões, nos limitamos a lançar a hipótese de que esta proximidade pode ter sido uma das principais razões para a escolha da editora e do tipo de publicação, sem buscar firmá-la. Veremos, porém, alguns dos elementos relevantes para o processo editorial de circulação desse impresso.

## 3.1 Sobre os anúncios da Calvino Filho a respeito da Revista

11 Nesse sentido: JUBERTE, Vinícius de Oliveira. José Calvino Filho: A trajetória de um editor comunista no Brasil (1930-1959). *Amoxtli*, v. 1, n. 1, p. 19-52, ago. 2018. DOI: 10.5281/zenodo.1343552. A respeito disto, a bibliografia governista já enquadrava aquele tempo no contexto da Intentona que ocorrerá no final do ano posterior: "Em março de 1934, sob a máscara do nome 'Aliança Nacional Libertadora', surgiu uma Organização melhor estruturada, comunista em toda a plenitude, que seria o dínamo da intentona que em novembro de 1935 derramaria o sangue de alguns bravos militares e talvez de centenas de inocentes civis" (ARAGÃO, José Campos de. *A Intentona Comunista de 1935*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército – Editora, 1973. p. 31).

12 Sobre isso, recomenda-se ver os comentários na seguinte tese doutoral: PALAMARTCHUK, Ana Paula. *Os novos bárbaros*: escritores e comunismo no Brasil (1928-1948). 2003. 383 p. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280096>. Acesso em: 11 dez. 2020. Ver como exemplos: *Diário da Tarde* (PR), 22/05/1934 e 26/05/1934 e *Diário da Noite* (RJ), 24/03/1934.

13 No número 17.128, do dia 10 de novembro de 1934, do jornal *O Paiz* (RJ), bem como em outros periódicos do período, há registro de pedido de concordata preventiva por parte de Calvino Filho perante a Justiça carioca. Naquele momento o editor declarou passivo de 961.009.195 réis e solicitou parcelamento de obrigações. Esse é um dado relevante para explicar a interrupção abrupta das edições da Revista "Ciência do Direito", uma vez que a última saiu em setembro e se esperava mais uma para dezembro. De qualquer forma, tais informações aparentemente não são comentadas pela literatura sobre o editor, mas, considerando a nossa proposta temática, não cremos que este seja o espaço para aprofundar o tema ou haver necessidade de desenvolver maiores argumentos. Vale recordar que o editor continuou os negócios após tal período.

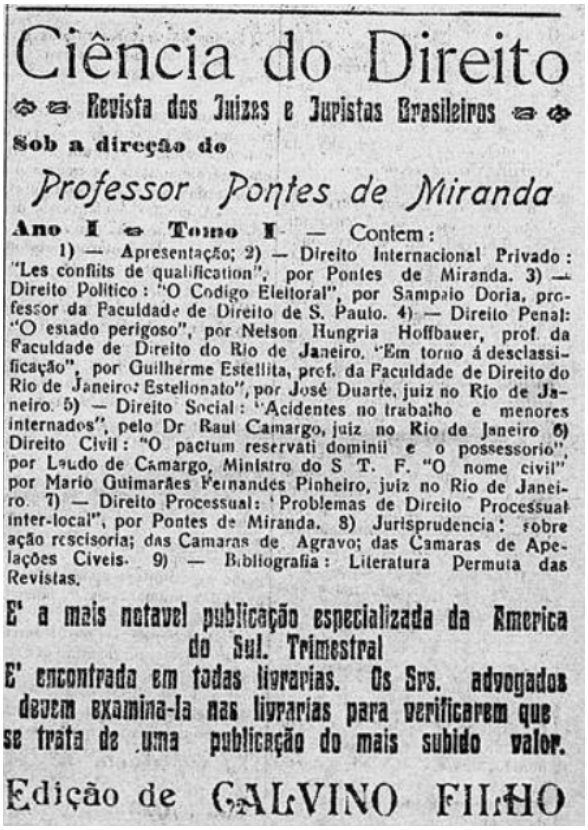
14 Ver: JUBERTE, Vinícius de Oliveira. *O PCB e os livros*: a Editorial Calvino no período da legalidade do partido nos anos 1940 (1943-1948). 2016. Dissertação (Mestrado em História Econômica) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. DOI: 10.11606/D.8.2017.tde-13022017-141006. Acesso em: 11 dez. 2020.

15 Nesse sentido, Justino Farias da Silva recorda o vínculo de Pontes a esse ideário socialista: "Diante dessas constatações é que propõe, não propriamente uma socialdemocracia, mas um Estado de 'fins precisos' onde sejam previstos e assegurados pela Lei Maior, os cinco Direitos Fundamentais do ser humano que são: direito à subsistência, direito ao trabalho (pois este não é dever como muitos pensam), direito à educação, direito à assistência e, finalmente, o direito a um Ideal. A observação desses cinco direitos põe o Estado numa linha socialista, pela qual marchará, sabendo como vai e para onde vai, num processo perspectivo, que tirará a razão de ser de todo e qualquer movimento catastrófico. Fora disto, não há como evitar a Revolução" (FARIAS DA SILVA, Justino Adriano. *Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda*. Porto Alegre: Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes, 1981. p. 40-41). Da pena de um dos mais conhecidos discípulos de Pontes de Miranda, o professor Djacir Menezes, há confirmação desta percepção, no sentido de que Pontes fala de um socialismo que "realiza-se cá fora, na vida, nos fatos" (MENEZES, Djacir. Pontes de Miranda e o Socialismo. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 2, p. 09-20, esp. p. 19, abr./jun. 1988).

## 'Ciência do Direito'

A publicação do periódico, com previsão inicial de 4 tomos ao longo do ano de 1934, foi seguida de uma série de anúncios em jornais – em geral em periódicos que já haviam sido contratados para divulgar publicidade de Calvino Filho em outros momentos. Os anúncios destacam, em geral, a atuação de Pontes enquanto diretor da publicação e os conteúdos presentes no primeiro tomo (vide Figura II – Anúncio Publicitário da Revista), embora também sejam encontrados anúncios mais simples do periódico, com título e preço do plano de assinatura. O valor nacional e internacional da publicação, também associado ao renome de seu diretor e dos autores publicados, bem como a originalidade da proposta de publicação, são valorizados nas divulgações.

**Figura II –** *Anúncio Publicitário da Revista*


Ciência do Direito

Revista dos Juizes e Juristas Brasileiros

Sob a direção do

Professor Pontes de Miranda

Ano I — Tomo I — Contem:

1) — Apresentação; 2) — Direito Internacional Privado: "Les conflits de qualification", por Pontes de Miranda. 3) — Direito Politico: "O Codigo Eleitoral", por Sampaio Doria, professor da Faculdade de Direito de S. Paulo. 4) — Direito Penal: "O estado perigoso", por Nelson Hungria Hoffbauer, prof. da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. "Em torno á desclassificação", por Guilherme Estellita, prof. da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro: Estellionato", por José Duarte, juiz no Rio de Janeiro. 5) — Direito Social: "Acidentes no trabalho e menores internados", pelo Dr Raul Camargo, juiz no Rio de Janeiro 6) Direito Civil: "O pactum reservati dominii e o possessorio", por Laudo de Camargo, Ministro do S T. F. "O nome civil" por Mario Guimarães Fernandes Pinheiro, juiz no Rio de Janeiro. 7) — Direito Processual: 'Problemas de Direito Processual inter-local", por Pontes de Miranda. 8) Jurisprudencia: sobre ação rescisoria; das Camaras de Agravo; das Camaras de Apelações Civeis. 9) — Bibliografia: Literatura Permuta das Revistas.

E' a mais notavel publicação especializada da America do Sul. Trimestral

E' encontrada em todas livrarias. Os Srs. advogados devem examina-la nas livrarias para verificarem que se trata de uma publicação do mais subido valor.

Edição de CALVINO FILHO

Fonte: *O Operário* (Montes Claros/MG), ano IV, número 122, 05 de maio de 1934. Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil. Disponível em: <http://memoria.bn.br/docreader/829919/322>

Destaca-se, aqui, o alcance da publicidade da obra. Em primeiro lugar, deve-se ter em conta que foi prática muito comum dentro da história de jornais do final do século XIX e início do século XX a apresentação de anúncios de publicações. Ainda que livreiros e editores normalmente empregassem os próprios livros como propaganda, além do que seus estabelecimentos se localizavam comumente em regiões centrais urbanas, ademais era muito corriqueiro fazer a inclusão de listas de publicações da própria editora dentro dos livros. Entretanto, os jornais

ainda eram um meio de visibilidade importante: a título de exemplo, no que tange às estratégias da Editora Calvino Filho[16], foi possível encontrar anúncios em periódicos de cidades de distintos Estados, como em Curitiba[17], no Paraná, mas também em Montes Claros[18], Uberaba[19] e S. João del-Rei[20] em Minas Gerais, e, por óbvio, na cidade do Rio de Janeiro[21], capital da República na época.

Neles, divulga-se que os primeiros tomos do periódico já estariam disponíveis na maioria das livrarias, de modo que seria possível conhecer a proposta antes de assinar o periódico. A obra era comercializada em assinatura anual ao custo de 120.000 réis pelos quatro tomos, sendo possível receber exemplares encadernados ao custo de 5.000 réis por encadernação. Nos anúncios, encontram-se promoções como o oferecimento de bonificação de 60.000 réis em obras da editora ou de dois volumes do Código Civil interpretado (presumidamente aquele com comentários de João Manoel de Carvalho Santos, publicado pelo mesmo editor, comercializado a 30.000 réis por cada volume). Imagina-se que também era comercializada em volumes individuais nas livrarias.

Outro elemento importante, talvez indício das dificuldades financeiras do editor, é que o último anúncio encontrado em periódicos da época é de 05 de julho de 1934, no número 6.245 do Jornal *Lavoura e Comercio*[22], de Uberaba/MG. Com o fim das publicidades sobre a publicação, possivelmente por razões financeiras, não é irrazoável cogitar outras limitações relacionadas à estrutura necessária para administrar a proposta encampada por Pontes no prefácio do primeiro tomo, que não tinha nada de simples e certamente exigia investimentos relevantes.

## 3.2 Catálogos da Editora Calvino Filho

Nos catálogos encontrados há apenas duas publicações jurídicas do editor: o periódico de Pontes e o já mencionado Código Civil Interpretado, por João Manoel de Carvalho Santos. Temos conhecimento de outras obras jurídicas publicadas no período, mas não foram encontradas em divulgações de periódicos – no período de 1930-1939. Predominam, nos catálogos[23], além de livros de caráter político, literatura médica, didática, técnica (contabilidade, administração), sobre viagens e romances. Pelas divulgações, também se sabe da forte atuação tipográfica da companhia. Neste caso, porém, a atuação editorial normalmente é meramente gerencial, o que dispensa maiores comentários para nossos fins.

Este nos parece um elemento relevante quando pensado em conjunto com as já conhecidas relações editoriais de Pontes de Miranda, que antes da década de 30 já havia publicado algumas

16 A pesquisa, neste ponto, ficou restrita quase que completamente ao acervo da Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

17 *Diário da Tarde* (Curitiba/PR). Anúncio da Editora Calvino Filho (10/04/1934; 13/04/1934; 16/04/1934; 20/04/1934; 09/05/1934; 26/05/1934; 15/06/1934; 22/06/1934; 26/06/1934; 29/06/1934).

18 A pesquisa, neste ponto, ficou restrita quase que completamente ao acervo da Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

19 Diário da Tarde (Curitiba/PR). Anúncio da Editora Calvino Filho (10/04/1934; 13/04/1934; 16/04/1934; 20/04/1934; 09/05/1934; 26/05/1934; 15/06/1934; 22/06/1934; 26/06/1934; 29/06/1934).

20 O Operário (Montes Claros/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (31/03/1934; 14/04/1934; 21/04/1934; 12/05/1934; 25/05/1934).

21 *Lavoura e Comercio* (Uberaba/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (05/07/1934).

22 *O Correio* (São João del-Rei/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (31/03/1934; 09/06/1934).

23 Nos jornais da capital da República, há comentários no Diário da Noite (Rio de Janeiro/RJ) e O Jornal (Rio de Janeiro/RJ).

obras em editoras consolidadas, com alcance maior e estrutura melhor para atender a uma proposta de fôlego como a apresentada. É sob esse cenário que surge o questionamento: por que publicar (ou aceitar o convite para publicar) na editora de Calvino Filho? É provável que Pontes conhecesse o editor pessoalmente, e, portanto, soubesse das condições em que encontrava o projeto editorial de José Calvino. Nessas condições, a opção editorial apareceria mais como uma tentativa de apoio a um projeto editorial – e quem sabe político – do que a busca por um projeto de impacto no cenário da cultura jurídica nacional.

É claro, porém, que os elementos trazidos apenas permitem lançar a hipótese, não sendo possível firmá-la neste breve esforço. Busca-se apenas chamar atenção para os elementos materiais que suportam o discurso jurídico do autor, discurso este que não é apenas reprodução de uma perspectiva intelectual inovadora. E a proposta lançada aqui, de que a quase desconhecida publicação de 'Ciência do Direito' é importante e manifesta uma das faces da atuação de Pontes no âmbito da cultura jurídica letrada no Brasil, não pode ser lida fora deste contexto.

## 3.3 A recepção mediante menções elogiosas à Revista 'Ciência do Direito'

Embora não se possa falar, com os elementos encontrados, na existência relevante de fortuna crítica ou repercussão significativa dessa publicação, encontramos, mediante pesquisa abrangente nos periódicos de circulação diária da época, alguns elementos interessantes para tratar a questão da recepção. Entre eles, destaca-se a coluna de Odilon Jucá, já citada antes e que dá título a este trabalho – "Uma Revista para o Direito Vivo" – que foi publicada na coluna "O Direito e o Fôro" em "O Jornal" (Rio de Janeiro/RJ) [24] (Jucá, 1934).

Além do que já destacamos na introdução a este trabalho, é importante mencionar a coluna enquanto um dos únicos exemplares documentados que encontramos do que poderíamos ter como recepção crítica deste periódico de breve vida. Destacam-se, além da menção ao conceito de "Direito Vivo" e da crítica à erudição vazia e à aplicação da "Lei Estática" [25] (Rocha, 2017) – com o conseguinte elogio à proposta de fomento da opinião jurídica nacional –, a jocosa crítica à grafia da palavra "Ciência"[26] (Hallewell, 2012, pp. 405-406). Os dois primeiros elementos, quando relacionados à proposta editorial, são interessantes para pensar os marcos teóricos

24 *Lavoura e Comercio* (Uberaba/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (05/07/1934).

25 A crítica à legislação "estática" na década de 1930 tem relação também com uma reavaliação da prática da Primeira República de um respeito estrito ao texto legal. Exemplo claro disto se vê em dissertação que orientamos em 2017 no que tange à atuação de Rodrigo Octavio como Consultor-geral da República durante a última década deste período: ROCHA, Matheus Neres da. *Elementos de racionalização e burocratização presentes nos pareceres (1920-1929) do Consultor-geral da República Rodrigo Octávio Landgaard Meneses*. 2017. 129 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

26 Explica Laurence Hallewell que havia disputa a respeito da Nova Ortografia: "Quase tão importante foi a preocupação do governo com a unidade nacional, cuja consolidação fora uma das principais forças motivadoras da Revolução de 1930, e que parecera ameaçada com a Revolução Constitucionalista de 1932. (...) Dificuldades de outra natureza eram criadas pela interminável vacilação do governo com relação à reforma ortográfica. (...) A ortografia simplificada continuou a ser usada, intermitentemente (também por impressores individuais), durante todo o século XIX, mas tal uso recebeu aprovação oficial, apenas em agosto de 1897, e como uma *alternativa à ortografia etimológica* aprovada. Em Portugal, com a revolução de 1910, o governo deu apoio à simplificação, e duas décadas se seguiram durante as quais a prática brasileira atrasou-se com relação à da pátria-mãe. Logo após a revolução de 1930, desenvolveu-se um movimento no sentido de exigir a reforma. O decreto n. 20108, de 15 de junho de 1931, tornou obrigatório um novo acordo ortográfico entre a Academia Brasileira de Letras e a Academia de Ciências de Lisboa. Este acordo de 1931 estabeleceu as linhas principais de toda a moderna ortografia do português (...). Por infelicidade, foi então decidido manter, para a nova Constituição, a mesma ortografia utilizada na de 1891. Esse ato retrógrado despertou tal oposição que a adoção de sua ortografia tradicional foi declarada opcional" (HALLEWELL, Laurence. *O livro no Brasil*: sua história. Trad. de Maria da Penha Villalobos, Lólio Lourenço de Oliveira e Geraldo Gerson de Souza. 3 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2012. p. 405-406).

das produções bibliográficas de Pontes de Miranda e a sua imagem na historiografia jurídica; contudo, não será aqui que nos estenderemos na análise deste tema. Quando ao último, é interessante relacionar a questão com a justificativa trazida pelos editores de "Ciência do Direito" na contracapa do terceiro tomo, em seu anverso, que será discutida na sequência (seção 4.1).

Outras menções incluem a listagem na coluna "Livros Novos" do "Diário da Noite" (Rio de Janeiro/RJ) [27] – em que Calvino Filho anunciou –, e em duas colunas do semanário "O Operário"[28] (Montes Claros/MG) – que comerciava edições de Calvino Filho, recebia pelos anúncios do editor e aparentemente também utilizou seus serviços de tipografia. Nestas menções elogiosas, destacam-se alguns tópicos, como o papel e renome de Pontes de Miranda e dos convidados que publicam no primeiro volume – entre os quais estão, a título de exemplo, Laudo de Camargo (ministro do Supremo Tribunal Federal à época) e Nelson Hungria. Além disso, ressaltam-se nas menções tanto o tema da lacuna existente no periodismo nacional antes da citada publicação como a qualidade da proposta editorial da publicação.

A forma de abordagem na coluna de Maurício Medeiros na edição de 25/05/1934 de "O Operário" é exemplo interessante, pois intercala a apresentação elogiosa da revista de Pontes com outros assuntos correntes, como a crítica a aspectos burocráticos da execução da política cambial brasileira – que proibiria o brasileiro de ler revistas estrangeiras e valorizaria publicações como a "Ciência do Direito" – e às visões otimistas do recém publicado Código Eleitoral frente às fraudes observadas no processo eleitoral (às quais o novo código buscaria combater), então elogiado por Sampaio Doria em artigo publicado no primeiro tomo da revista (Doria, 1934, pp. 27-41) (o que o colunista chama "Amor ao Abstrato"). É um formato de crítica interessante, que se mostra atento à proposta editorial e ao conteúdo da revista – mesmo que feito por um não-bacharel, como o próprio colunista lembra ao longo do texto.

Nas outras menções observadas, porém, não parece haver grande esforço crítico. Com efeito, a limitação do alcance e profundidade dos comentários acerca da publicação nos periódicos encontrados não traz elementos significativos para afirmar uma interpretação de recepção negativa por razões políticas, teóricas, acadêmicas ou outras. Não encontramos referências à publicação no âmbito da comunicação jurídica, tema que poderia ser explorado futuramente. Outro elemento a ser observado na sequência é o processo de decadência interna da publicação ao longo da edição dos tomos seguintes – os comentários encontrados se limitam ao primeiro tomo –, que, associada ao contexto editorial, nos permite traçar outras hipóteses para a vida curta do periódico.

## 4 Proposta e Estrutura da Revista

Na presente seção, após o levantamento de vários elementos epitextuais, os quais de alguma maneira demonstraram questões relevantes em uma observação sobre a citada Revista, ainda que inicialmente fossem elementos externos à própria, buscaremos agora elaborar uma análise peritextual, adentrando ao texto, aos esquemas, à dinâmica que foi implementada com a Revista, mesmo que tenha durado pouco tempo. Sendo assim, num primeiro momento (seção

27 *Diário da Noite* (Rio de Janeiro/RJ). Menção na seção "Livros Novos" (24/03/1934).

28 *O Operário* (Montes Claros/MG). Coluna sobre publicações da Editora Calvino Filho (05/05/1934; 25/05/1934).

4.1) será feita a apresentação da proposta da Revista, sempre tendo a intenção de mantermo-nos fiéis à nomenclatura empregada. Feito isso, partiremos para a apresentação da estrutura (seção 4.2) da Revista, no intuito de averiguar se houve cumprimento da proposta programática.

## 4.1 Apresentação da proposta da Revista

Chegando ao momento de análise dos elementos peritextuais, nossa intenção será a de apresentar, na medida das palavras impressas na Revista, qual teria sido a proposta da publicação, quais os objetivos da mobilização que buscava empreender, o que poderia estar em jogo com o uso do nome de Pontes de Miranda, ao associar-se ao editor José Calvino Filho. Na abertura do Tomo I, encontra-se a visão programática da publicação, em que se diz: "ao lançarmos esta Revista, que deve ter por fito o fecundo consórcio das teorias e da prática, – servindo à Vida e à realização da Justiça, – estamos convictos de ir ao encontro de uma das mais fortes sugestões da hora presente"[29]. Aqui, a argumentação vai no sentido de que a estratégia retórica de buscar um argumento no estrangeiro poderia ser uma válvula de escape, e não uma convicção de uma técnica rigorosa, de onde haveria duas consequências alternativas: o voltar-se a uma doutrina pura – sem consultar acórdãos em profusão – ou ainda o enaltecimento do último acórdão, como se fosse o certo[30].

Também explorando o senso de oportunidade da publicação, o programa explica que "a revista dos nossos dias tem de atender ao *grau de cultura* a que se ascendeu e à *intensidade da vida*", isso porque esta "já não permite – diante de tantas causas a serem julgadas em cada sessão do tribunal – que se dediquem vinte e quatro horas, sequer, a cada uma, ou em média"[31]. Ou seja, o cenário demandaria uma nova resposta, a Revista, num molde já existente, onde "os alemães teem a sua Revista alemã dos juízes, feita com todo o cuidado e competência" diz o texto. Assim, seria útil para o Brasil, uma Revista de juízes, pois "lá, menos se justificaria do que entre nós, dada a existência de outras, que obtiveram, desde o século passado, o carácter, que ambicionamos para a nossa, de fio condutor entre a doutrina e o julgado" – ou seja, um caráter notoriamente de orientação da prática do Direito: "o julgado sujeito à crítica da doutrina; a doutrina trazida à arena depuradora das discussões e das votações"[32] (Rosa, 2017).

Ademais dos detalhes sobre a publicação trimestral em tomos de 350 páginas cada um, já citados, a editora coloca no anverso da contracapa, somente em forma de brochura (não

29 *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, Ano I, Tomo I, p. 07, mar. 1934. Periodicidade trimestral. Edição em capa dura. Dirigida por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (grifos no original).

30 Nas próprias palavras do texto: "É difícil consultar a jurisprudência nacional, ainda mais conhecer a nossa doutrina. De-ordinário não se *facilita* ao espírito a procura dos julgados e dos pontos controversos da interpretação e das fontes do direito: um montão de leis e de julgados. Por-vezes, imensamente mais fácil nos é dizer como se pensa, no estrangeiro, a respeito de algum problema, do que saber o que entre nós se pensa sôbre êle. Daí duas consequências alternativas: ou se ruma para o estudo das questões na direcção da doutrina pura e se põe de lado o estafante folhear das dezenas ou centenas de volumes de acórdãos, sem ordem cronológica, ou outra qualquer; ou se apanha a mole das decisões, o *último* acórdão, como se, por ser último, fôsse o certo. Ali, o juiz afasta-se do direito realizado; aqui, sobrepõe à investigação metódica a materialidade assoberbante de conclusões e considerandos, às-vezes susceptíveis de classificações elucidadoras e pois de contraindicações a certas espécies" (Loc. cit.).

31 Loc. cit.

32 Op. cit. p. 07-08. Uma questão importante e que infelizmente não será possível enfrentar neste texto é a necessária comparação com outras revistas da época. Um exemplo seria a "Revista de Crítica Judiciária", de Clovis Bevilaqua, contemporânea à revista de Pontes; essa revista já tivemos uma aproximação mediante o trabalho de nossa orientanda Stéphani Fleck da Rosa no Mestrado, que fica de referência: ROSA, Stéphani Fleck da. *A arte da crítica*: cultura jurídica, política e feminismo na Revista de Crítica Judiciária (1924-1940). 2017. 114 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

existindo tal informação nas versões em capa dura que foram consultadas) que "todo tomo contém, de-regra: escolhidos artigos de doutrina; jurisprudência – a mais farta possível, no mínimo de espaço; a legislação recente; notas bibliográficas", sendo que "de quando em quando insere crônicas documentadas sôbre certas matérias de direito e contribuições de direito comparado"[33]. É um dado significativo que a direção da Revista era na rua Prudente de Morais, em Ipanema, no Rio de Janeiro, a algumas quadras da famosa Casa de Pedra em que vivia Pontes de Miranda. Assim, era ali o local em que "os autores e escritores, que quiserem análise dos livros, nacionais ou estrangeiros, devem remeter dois exemplares à Direcção", sendo que "as recensões dos livros nacionais será minuciosa e com rigoroso espírito de justiça, feitas por especialistas da matéria"[34]. Neste sentido, o programa estabelece no tocante aos textos originais que "não se devolvem manuscritos não aceitos, ou aceitos" e, além disso, que, "quanto a informações tocantes à publicação dos manuscritos enviados, as cartas devem ser endereçadas a Maria Beatriz Pontes de Miranda, esposa do nosso autor naquele então, no endereço acima mencionado, o que demonstra o envolvimento do jurista, pois justamente consta como sendo a secretária da direção da Revista[35].

A divisão de tarefas foi no sentido de que "as assinaturas e publicações comerciais são a cargo do editor Calvino Filho", mas o já recordado critério da escrita, um "topos" na obra de Pontes de Miranda – por empregar sinais gráficos que ninguém empregava no país, como o "i" tremado (tantas vezes presente em "Constituïção" nos seus livros) – era também aqui estabelecido: "a ortografia de CIÊNCIA DO DIREITO é, com todo o rigor, a adotada em Portugal e facultativa pelo acôrdo, com os acentos da pronúncia brasileira". Por isso, "pede-se aos colaboradores que mandem originais já na ortografia usada, caso pretendam que sejam insertos com urgência os seus trabalhos" [36]. Nesse sentido, detalhes foram pensados por Pontes de Miranda para essa publicação.

## 4.2 Apresentação da estrutura da Revista

Além dos elementos programáticos da Revista, o cenário da produção intelectual de Pontes de Miranda durante a década de 1930 trouxe elementos de inovação no âmbito dogmático-jurídico[37] (Pontes de Miranda, 1934a) e filosófico-jurídico[38] (Pontes de Miranda, 1937; Menezes, 1937). Entretanto, tratando-se de um período com as suas peculiaridades, principal-

33 Texto no anverso da contracapa da versão brochura do Tomo III, a qual possuímos.

34 Loc. cit.

35 Loc. cit.

36 Loc. cit. (grifos no original).

37 Aqui acompanhamos a visão de nosso colega Klaus Cohen-Koplin, de que "foi justamente com *A acção rescisória* que Pontes de Miranda deu início à portentosa sistematização conceitual que caracterizará suas obras posteriores, notadamente o Tratado de Direito Privado" (COHEN-KOPLIN. op. cit. p. 1367). Nesse sentido, há um desenvolvimento do pensamento de Pontes de Miranda neste mesmo ano de 1934, o que oportunamente deverá ser aprofundado em outro texto e consultando os originais de nosso autor: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *A acção rescisória:* contra as sentenças. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto – Editora, 1934.

38 Ficará para uma próxima abordagem em outro trabalho o enlace que representa o diálogo entre Pontes de Miranda, no seu "O problema fundamental do conhecimento" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *O problema fundamental do conhecimento.* Porto Alegre: Livraria do Globo, 1937), com a obra imediatamente posterior de seu discípulo, Djacir Menezes (MENEZES, Djacir. Preparação ao método científico: Breve introdução à Filosofia moderna. Os problemas epistemológicos. A ciência como processus histórico-cultural de adaptação. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A. Editora, 1938). Sabe-se que a relação entre os autores também teve seus problemas, o que mostra um dado relevante, de que a proposta de Pontes no âmbito da Filosofia da Ciência não teve a repercussão que ele pretendia, até porque havia diferenças com colegas como Menezes. Aqui a perspectiva prática do Direito demonstra a sua utilidade, no amplo espectro das obras pontianas.

mente para um já reconhecido jurista na capital do país nesse momento, fica patente que as vicissitudes da Revista demonstram um processo em que Pontes se insere, à medida que[39] (Ferraz Junior, 1989), processo este não isento de problemas de toda ordem.

Ainda que essas circunstâncias tenham sido determinantes para uma análise global do impresso, alguns pontos podem ser adiantados aqui – merecedores de novos avanços em textos posteriores – no que tange à estratégia pensada por Pontes de Miranda dentro da Revista. Assim, a distribuição da matéria, com inovações ao iniciar com os tópicos "ciência pura do Direito, método de interpretação e fontes e Direito das Gentes"[40] aquele que seria o paradigma de organização material das partes da Revista, a qual seguramente se relaciona a escritos anteriores de nosso autor[41] (Pontes de Miranda, 1972, pp. 06-08) e que não será aqui aprofundado neste momento.

Contudo, o programa da Revista tem determinações específicas sobre as fontes do Direito: assim, "a jurisprudência será inserta, em grande porção, seleccionada porém, em remissão aos julgados não recolhidos, para que se busque onde se achem"[42]. Não é acaso que no Tomo I o setor de jurisprudência apresente 127 julgados ao total, retratando a ação rescisória (tema do livro de 1934), bem como a jurisprudência das Câmaras de Agravo e de Apelações Cíveis. Já no Tomo II, sobre Apelações Cíveis do Distrito Federal da época, são 277 julgados, enquanto que, no Tomo III, seguem os julgados na sequência do número 278 até o 614, principalmente sobre o Tribunal de Justiça de São Paulo. Ou seja, houve a preocupação de apresentar os julgados, em grande número e de distintos tribunais, sendo que abarca importante volume de paginação nos tomos, ainda que em posição posterior à doutrina, tendo, todavia, o seu espaço em cada exemplar editado da Revista, o que acaba confirmando a intenção de diálogo com os juízes.

O programa estabelece, por fim, diretrizes sobre as outras fontes; com isso, sobre a bibliografia, afirma-se que "será minuciosa, com a devida verificação do conteúdo das obras e das revistas recebidas, quando mereçam. O intuito é pôr os leitores ao par do movimento doutrinário e jurisprudencial do mundo, afim de se servir à cultura jurídica do país"[43]. Além disso, determina a publicação de texto em língua estrangeira para gerar impacto fora do Brasil, obviamente contando com o respaldo da imagem de Pontes de Miranda à época[44]. No setor de bibliografia há um apartado muito interessante, de nome "Revista das revistas", em que são feitos comentários a periódicos estrangeiros recebidos e de relevância. Faz-se mister recordar que tal seção não está presente no Tomo III, o que demonstra uma perda de fôlego na organização

39 O professor Tercio Ferraz enquadra nosso autor como um típico representante do ecletismo brasileiro: "Pontes de Miranda pode ser considerado um pensador cujas linhas mestras de preocupação estão enraizadas numa espécie de crença na ciência como fundamento da filosofia. Sua capacidade fantástica de leitura fez com que, simultaneamente, fosse a sua preocupação positivista, inspirada na :filosofia do final do século XIX e início do século XX, aliada a contribuições que vinham de um humanismo liberal, também marcante em sua obra. Trata-se, na verdade, de uma conciliação difícil" (FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Pontes de Miranda: sistema e causalidade. In: *Scienza giuridica e Scienza in Brasile:* Pontes de Miranda. Atti del convegno svoltosi a Roma nei giorni 9-10 dicembre 1985, a cura di G. Carcaterra, M. Lelli, S. Schipani. Padova: Cedam, 1989. p. 59).

40 *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros.* Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, Ano I, Tomo I, p. 08.

41 Na sua obra de referência na área, publicada originalmente em 1922, o "Sistema de ciência positiva do direito", há elementos breves sobre a divisão da ciência do Direito (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de ciência positiva do direito*. Tomo 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972. p. 06-08), que merecerão exploração posterior mais detalhada em outro texto.

42 *Ciência do Direito*. cit. p. 08.

43 *Ciência do Direito*. cit. p. 09.

44 "Para que haja interêsse, fora do Brasil, pela produção da doutrina e da justiça brasileira, todo número conterá, pelo menos, um artigo escrito em língua estrangeira ou um julgado para uma das línguas mais importantes" (Loc. cit.).

do planejamento da Revista, ainda que ali se encontrem índices que deveriam ser continuados no pretenso Tomo IV que não se tem notícia. A seção no Tomo I tem a análise de duas revistas estrangeiras, uma da Alemanha e outra da França[45], sendo que há uma breve seção anterior de literatura, com comentários sobre livros alemães da época[46]. Por sua vez, o Tomo II possui um comentário somente de uma revista italiana[47], sem apresentar a seção "Literatura" como no tomo anterior. Está claro que não se pode falar aqui de problemas de ordem interna do projeto intelectual, no planejamento que Pontes de Miranda estabeleceu e pôde concretizar nos três números. O cenário, contudo, problematizou o empreendimento em algum sentido, ao menos porque a estrutura não era seguida estritamente em todos os números. Para efeitos desta ordem de coisas, entende-se que houve sim uma decadência da Revista, motivada por inúmeros fatores, mais externos que internos, mas que engendraram no espírito de Pontes algo que viria a representar um obstáculo a que o empreendimento pudesse seguir a partir de outra editora, o que poderia ser muito possível, tratando-se de Pontes de Miranda a esta altura de sua vida.

Por fim, aquilo que seria a primeira abordagem – e que vamos por agora declinar, prometendo para trabalho posterior sobre – seria a discussão diretamente dos artigos que se publicam nestes impressos. Já foi comentado que Pontes de Miranda emprestou a sua imagem à Revista com o planejamento, dedicação no âmbito pessoal; mas não foi só isso. Há vários textos de Pontes de Miranda nos exemplares, de temas distintos e inclusive em línguas estrangeiras[48] (Pontes de Miranda, 1934b, pp. 11-16; Pontes de Miranda, 1934c, pp. 13-23; Pontes de Miranda, 1934d, pp. 21-38; Pontes de Miranda, 1934e, pp. 191-202; Pontes de Miranda, 1934f, pp. 115-147)

Quanto aos autores, podem ser encontrados vários juízes da época, mas também autores que eram vinculados a nosso jurista, como por exemplo Nelson Hungria, Miguel Maria de Serpa Lopes e Djacir Menezes. A respeito da escolha dos artigos, ademais deste notório vínculo que tais autores tinham a Pontes de Miranda, demandaria um aprofundado levantamento de elementos materiais dos artigos, o que se pretende fazer em publicação a ocorrer em momento posterior, porque não se trata de ponto determinante a partir deste enfoque paratextual aqui empregado.

## 5 Conclusão

Foi nossa intenção neste trabalho apresentar a "Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros", editada em três tomos durante o ano de 1934. Nesta análise preliminar, buscou-se levantar alguns elementos que não foram trabalhados na leitura da obra de Pontes de Miranda, e que poderiam problematizar o lugar-comum ainda existente de enquadramento do pensamento e obra do autor, conforme foi mencionado no início do presente texto e no resumo.

45 *Ciência do Direito*. cit. p. 313-320.

46 *Ciência do Direito*. cit. p. 311-312.

47 *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros.* Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, Ano I, Tomo II, jun. 1934. p. 347-349.

48 Assim, temos no Tomo I: PONTES DE MIRANDA, F. C. Les conflits de qualifications. *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros.* Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, Ano I, Tomo I, p. 13-23; PONTES DE MIRANDA. Problemas de direito processual interlocal. *Ciência do Direito*, Tomo I, p. 191-202. Por sua vez, no Tomo II: PONTES DE MIRANDA. Droit intertemporel du Droit international privé. *Ciência do Direito*, Tomo II, p. 21-38; PONTES DE MIRANDA. A saisina no Direito brasileiro. *Ciência do Direito*, Tomo II, p. 115-147. Por último, no Tomo III: PONTES DE MIRANDA. La compétence législative de droit international privé. *Ciência do Direito*, Tomo III, p. 11-16.

Entendemos que a esse objetivo se deveria dar importância aos elementos paratextuais que tornam o texto presente no mundo, na visão defendida por Gérard Genette em sua obra "Paratextos editoriais", o que determinou a estratégia que foi empregada neste trabalho.

Desde essa perspectiva, buscou-se aprofundar em elementos que seriam anteriores a uma discussão teórica sobre a publicação. Por exemplo, o tema da hipótese de escolha da editora por parte de Pontes de Miranda, em virtude das redes políticas e pessoais em que o autor estava envolvido. Por outro lado, inegavelmente houve um envolvimento de Pontes de Miranda, porque é perceptível a importância dada à empreitada da Revista; até sua esposa estava envolvida, sendo a secretária da direção da mesma.

Apesar destes aspectos, buscamos apresentar hipóteses que viessem a indicar uma explicação para o fim precoce do periódico – fossem elas as dificuldades financeiras do editor, as questões políticas da época, como o declínio da estrutura interna da publicação, com a perda de vigor com o tempo. De qualquer forma, a existência de alguns exemplares já serviu de fundamento para uma análise, ao menos preliminar neste momento, a respeito da Revista. Na verdade, novos enfoques devem ser trabalhados sobre essa publicação, e que teriam inclusive relação com o plano da teoria jurídica de Pontes de Miranda, porém será preciso esperar novas oportunidades. Fica o registro que o manancial de textos que se dedicam até os dias atuais a falar de nosso autor ainda se prendem a imagens que foram comuns no passado – o Pontes teórico, germanista, cientificista – que precisam ao menos de alguns retoques a partir desta proposta que aqui lançamos.

## Referências

Aldrovandi, A., Engelmann, W., & Simioni, R. L. (2015). Traços positivistas das teorias de Pontes de Miranda: influências do positivismo sobre Sistema de Ciência Positiva do Direito e Tratado de Direito Privado – um percurso com várias matizes teóricas. *Civilistica.com*, *4*(2). http://civilistica.com/tracos-positivistas-das-teorias-de--pontes-de-miranda.

Aragão, J. C. de (1973). *A intentona comunista de 1935*. Biblioteca do Exército – Editora,

Cabral, A. do P. (2016). Alguns mitos do processo (III): a disputa entre Pontes de Miranda e Haroldo Valladão em concurso para professor catedrático na Universidade do Rio de Janeiro entre 1936 e 1940. *Revista Brasileira de Direito Processual*, *24*(96), 11-47

*Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros. (1934, mar.). 1, tomo 1.*

*Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros.* (1934, jun.). 1, tomo 2.

*Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros.* (1934, set.). 1, tomo 3.

Cohen-Koplin, K. (2013). O método jurídico e as categorias fundamentais do direito processual civil na visão de Pontes de Miranda: síntese entre o pensamento europeu e a tradição jurídica luso-brasileira. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, *2*(2), 1357-1390.

*Diário da Tarde* (Curitiba/PR). Anúncio da Editora Calvino Filho (10/04/1934; 13/04/1934; 16/04/1934; 20/04/1934; 09/05/1934; 26/05/1934; 15/06/1934; 22/06/1934; 26/06/1934; 29/06/1934). Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

*Diário da Tarde* (Curitiba/PR). Catálogo da Editora Calvino Filho (22/05/1934; 26/05/1934). Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

*Diário da Noite* (Rio de Janeiro/RJ). Menção na seção "Livros Novos" (24/03/1934).

Doria, S. (1934, mar.). O Código eleitoral. *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros*. 1, Tomo 1, 27-41.

Farias da Silva, J. A. (1981). *Pequeno opúsculo sobre a vida e obra de Pontes de Miranda*. Escola Superior de Teologia São Lourenço de Brindes,

Fernandes, A. L. (2018). *Entre sistema e tratado*: *Enfrentando o desafio da episteme de Pontes de Miranda*. [Dissertação de mestrado, Universidade Federal de Pernambuco].

Ferraz Junior, T. S. (1989). Pontes de Miranda: sistema e causalidade. In *Scienza giuridica e Scienza in Brasile*: Pontes de Miranda. Atti del convegno svoltosi a Roma nei giorni 9-10 dicembre 1985, a cura di G. Carcaterra, & M. Lelli, S. Schipani. (Roma e America, Collana di studi giuridici latinoamericani) (59-66). Cedam.

Genette, G. (1982). *Palimpsestes*: la littérature au second degré. Seuil. (Coll. Points Essais ).

Genette, G. (2009). *Paratextos editoriais*. (A. Faleiros, Trad.). Ateliê Editorial,

Hallewell, L. (2012). *O livro no Brasil*: *Sua história*. (3a ed.). (M. da P. Villalobos, L. L. de Oliveira, & G. G de Souza, Trads.).

Heinen, J. (2019). O que aconteceu com Pontes de Miranda? Implicações da doutrina do jurista e filósofo brasileiro na dogmática jurídica brasileira do século XX. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, *14*(2), 213-233.

Iserhard, A. (1994). *O conceito de direito em Pontes de Miranda*. [Tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina].

Juberte, V. de O. (2016). *O PCB e os livros*: *A editorial Calvino no período da legalidade do partido nos anos 1940 (1943-1948).* [Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo]. http://10.11606/D.8.2017.tde-13022017-141006. Acesso em: 11 dez. 2020.

Juberte, V. de O. (2018). José Calvino Filho: A trajetória de um editor comunista no Brasil (1930-1959). *Amoxtli*, *1*(1), 19-52. http://10.5281/zenodo.1343552.

Jucá, O. (1934). Uma Revista para o Direito Vivo. In *O Jornal* (Rio de Janeiro/RJ), 16/05/1934, (p. 06). http://memoria.bn.br/DocReader/110523_03/18945.

*Lavoura e Comercio* (Uberaba/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (05/07/1934). Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

Machado, U. (2008). *Pequeno guia histórico das livrarias brasileiras*. Ateliê Editorial.

Matos, S. M. M., & Gabriel Neto, D. D. (2019). Método científico no Direito segundo Pontes de Miranda. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, (40), 256-273.

Menezes, D. (1938). *Preparação ao método científico*: *Breve introdução à Filosofia moderna.* Os problemas epistemológicos. A ciência como processus histórico-cultural de adaptação. Prefácio de Artur Ramos. Civilização Brasileira S.A. Editora. (Biblioteca de Divulgação Científica, v. 16).

Menezes, D. (1988). Pontes de Miranda e o Socialismo. *Revista de Ciência Política*, 31(2), 09-20.

*O Correio* (São João Del-Rei/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (31/03/1934; 09/06/1934). Acervo digital da Biblioteca da Universidade Federal de São João del-Rei.

*O Jornal* (Rio de Janeiro/RJ). Coluna "Uma Revista para o Direito Vivo", por Odilon Jucá, 16/05/1934. Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

*O Operário* (Montes Claros/MG). Anúncio da Editora Calvino Filho (31/03/1934; 14/04/1934; 21/04/1934; 12/05/1934; 25/05/1934). Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

*O Operário* (Montes Claros/MG). Coluna sobre publicações da Editora Calvino Filho (05/05/1934; 25/05/1934). Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional do Brasil.

*O Paiz* (Rio de Janeiro/RJ). Notícia sobre Editora Calvino Filho (10/11/1934 – n. 17.128).

Pajola, M. T. (2008). *Aspectos fundamentais do fenômeno jurídico: Um estudo sobre o pensamento jusfilosófico de Pontes de Miranda*. [Dissertação de mestrado, Universidade Metodista de Piracicaba].

Palamartchuk, A. P. (2003). *Os novos bárbaros*: *Escritores e comunismo no Brasil (1928-1948).* 383 p. [Tese de doutorado, Universidade Estadual de Campinas]. http:// www.repositorio.unicamp.br/handle/ REPOSIP/280096>. Acesso em: 11 dez. 2020.

Pontes de Miranda, F. C., Francisco Cavalcanti. Pontes de Miranda, F. C. (1934a). *A acção rescisória*: *Contra as sentenças.* (1934b, dez.).

Pontes de Miranda, F. C. (1934b). La compétence législative de droit international privé. *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros, 1, Tomo 1, 11-16.*

Pontes de Miranda, F. C. (1934c) Les conflits de qualifications. *Ciência do Direito – Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros*. Rio de Janeiro: Calvino Filho Editor, Ano I, Tomo I, p. 13-23, mar. 1934.

Pontes de Miranda, F. C. (1934d, jun.). Droit intertemporel du Droit international privé. *Ciência do Direito: Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros*, 1, Tomo II, 21-38.

Pontes de Miranda, F. C. (1934e, mar.). Problemas de direito processual interlocal. Ciência do *Ciência do Direito: Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros,* 1, Tomo I, 191-202.

Pontes de Miranda, F. C. (1934f, jun.). A saisina no Direito brasileiro. *Ciência do Direito: Revista dos Juízes e Juristas Brasileiros*, 1, Tomo II, 1115-147.

Pontes de Miranda, F. C. (1937). *O problema fundamental do conhecimento*. Livraria do Globo.

Pontes de Miranda, F. C. (1972). *Sistema de ciência positiva do direito*. (2ª ed., Tomo 3). Editor Borsoi. (Investigação científica e política jurídica)

Rocha, M. N. da. (2017). *Elementos de racionalização e burocratização presentes nos pareceres (1920-1929) do Consultor-geral da República Rodrigo Octávio Landgaard Meneses*. [Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul].

Rosa, S. F. da. (2017). *A arte da crítica*: *Cultura jurídica, política e feminismo na Revista de Crítica Judiciária (1924-1940).* 2017. 114 p. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Rodrigues Junior, O. L. (2013). A influência do BGB e da doutrina alemã no direito civil brasileiro do século XX. *Revista dos Tribunais*, 938, 79-155.

Schmidt, J. P. (2014). Vida e obra de Pontes de Miranda a partir de uma perspectiva alemã – com especial referência à tricotomia 'existência, validade e eficácia do negócio jurídico'. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, 3(5), 135-138.

Data de recebimento: 19/08/2020

Data de aprovação: 10/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# A Questão Agrária na Era Vargas (1930-1964)

*The Agrarian Question in the Vargas Era (1930-1964)*

**Gilberto Bercovici**[1]

1 Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Nove de Julho (Uninove).

## RESUMO

O texto apresenta a evolução legislativa e os debates relacionados à política agrária e fundiária na era Vargas. O artigo pretende chamar a atenção para a importância de um setor negligenciado pela historiografia tradicional, que privilegiou as questões urbanas e ligadas à industrialização.

**Palavras-chave:** Política agrícola, abastecimento, reforma agrária, era vargas, função social da propriedade, trabalho rural.

## ABSTRACT

The text presents legislative developments and debates related to agrarian and land policy in the Vargas era. The article aims to draw attention to the importance of a sector neglected by traditional historiography, which has privileged urban and industrialization concerns.

**Keywords:** Agricultural policy, food supply, agrarian reform, Vargas era, social function of property, rural labour.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78725

*"Nós somos o latifúndio"*.

Oliveira Vianna[2]

*"Assim, a reforma agrária é indispensável não só para aumentar o nível de vida do homem do campo, mas também para dar mais trabalho às indústrias e melhor remuneração ao trabalhador urbano. Interessa, por isso, também a todos os industriais e aos comerciantes. A reforma agrária é necessária, enfim, à nossa vida social e econômica, para que o país possa progredir, em sua indústria e no bem-estar do seu povo. Como garantir o direito de propriedade autêntico, quando dos quinze milhões de brasileiros que trabalham a terra, no Brasil, apenas dois milhões e meio são proprietários? O que estamos pretendendo fazer no Brasil, pelo caminho da reforma agrária, não é diferente, pois, do que se fez em todos os países desenvolvidos do mundo. É uma etapa de progresso que precisamos conquistar e que haveremos de conquistar".*

João Goulart, 13 de março de 1964

## Introdução

Uma das teses mais persistentes da historiografia brasileira é a da preocupação exclusiva ou preponderante do governo de Getúlio Vargas com a intervenção e regulamentação do trabalho urbano e o consequente abandono e marginalização do mundo rural. O projeto de Vargas para se manter no poder incluiria a modernização urbana e o conservadorismo agrário[3].

No entanto, desde a Aliança Liberal, o projeto getulista se declarou contrário à hegemonia agrário-exportadora e a política deliberada do Governo Provisório, instaurado no país com a vitória da Revolução de 1930, era a de superar o Brasil essencialmente agrícola. A ênfase da política econômica será a produção para abastecer o mercado interno, com a internalização dos centros de decisão econômica, nos dizeres de Celso Furtado[4]. Ou seja, há uma tentativa de ruptura com a política econômica agrário-exportadora até então predominante no Brasil.

A política econômica incentivava o mercado interno, com a construção da infraestrutura viária, ferroviária e portuária, buscando a industrialização e a diversificação econômica. O incentivo à mobilidade da fronteira econômica tinha por pressuposto a ideia de incorporação dos chamados "espaços vazios" do país: o Brasil Central e a Amazônia. O limite dessas políticas, no entanto, era uma situação fundiária caótica e concentradora, que desafiava a capacidade de articulação e de implementação das políticas governamentais. Não houve abandono puro e simples do trabalhador rural como afirma boa parte da historiografia brasileira, mas uma série de avanços e lutas, com sérias derrotas para o Estado brasileiro[5].

2 Vianna, F. J. de O. (1987). Populações Meridionais do Brasil: História - Organização - Psicologia, (7ª ed., vol. 1., p.48). Itatiaia, EDUFF.

3 Vide, por todos, Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *in* Boris FAUSTO (coord.), *História Geral da Civilização Brasileira*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1991, tomo III, vol. 10, pp. 126-129.

4 Furtado, C. (2007). *Formação Econômica do Brasil* (34ª ed., PP 263-285). Companhia das Letras.

5 Neste sentido, vide Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida: Uma História da Questão Agrária no Brasil*, Rio de Janeiro, Campus, 1999, pp. 103-113 e 126-127. Vide também Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada: As Raízes Paulistas do Movimento Sindical Camponês no Brasil, 1924-1964*, São Paulo, Expressão Popular, 2010, pp. 81-87 e Marcus DEZEMONE, "A Era Vargas e o Mundo Rural Brasileiro: Memoria, Direitos e Cultura Política Camponesa" *in* Márcia Maria Menendes MOTTA & Paulo ZARTH (orgs.), *Formas de Resistência Camponesa: Visibilidade e Diversidade de Conflitos ao Longo da História*, São Paulo/Brasília, EdUNESP/Ministério do Desenvolvimento Agrário, 2009, vol. II, pp. 73-76 e 95-96.

## A Função Social da Propriedade

Alberto Torres[6] defendia a ideia de que o Brasil deveria ser uma república social e uma república agrícola. O Brasil não produzia alimentos suficientes para a sua população. Para Torres, a grande agricultura de exportação gerava instabilidade pela flutuação dos preços no mercado internacional, desviando capitais que poderiam gerar maiores benefícios econômicos e sociais no país. Além disso, sua exploração era predatória, colonial, entregue à especulação estrangeira e contribuía para a destruição dos solos e o abandono de regiões inteiras. Alberto Torres enfatizou, assim, quem era o inimigo a ser enfrentado na luta pela construção da nacionalidade brasileira:

> A grande propriedade é um mal que não pode ser extinto no Brasil, mas deve ir sendo progressivamente limitado, e energicamente combatidos os abusos e vícios que acarreta. Oprimindo as populações, com a dificuldade oposta à formação da pequena propriedade e a precária posição a que submete o trabalhador, é uma verdadeira diátese econômica. É mister sanar-lhe este efeito, desastroso para toda a economia do país. (Torres, 1978, pp.206-207)

Segundo Alberto Torres (1978), o Brasil deveria promover a criação de centros agrários, com distribuição de terras, fixação do homem no campo, a instituição da policultura e o fornecimento de educação profissional aos pequenos lavradores. O estabelecimento da agricultura de pequeno porte incorporaria os excluídos da sociedade e asseguraria o abastecimento de alimentos das cidades. O Brasil, assim, garantiria um mínimo de segurança e bem-estar e constituiria o seu próprio povo. É interessante destacar o seguinte trecho:

> A produção dos gêneros de alimentação, essenciais à vida e à fabricação de tudo quanto interessar imediatamente à existência, à saúde e ao conforto; a circulação e o suprimento ao consumo desses gêneros e dos importados que tiverem igual interesse, e em geral, a produção nacional que empregar matéria-prima nossa, devem ser objeto de uma política de apoio, destinada a exonerar-lhes o comércio de encargos excessivos, a libertá-los de monopólios, açambarcamentos e intermediários inúteis, pondo, tanto quanto possível, o produtor em relação direta com o consumidor. Instituições de mutualidade entre produtores, associadas a mutualidades de crédito; armazéns gerais e entrepostos de exportação e de consumo, matadouros, feiras, mercados e depósitos, nos centros populosos, combinados com as cooperativas: publicação frequente de cotações de preços correntes; um regime de fiscalização e de polícia econômica, destinado a facilitar os negócios entre produtores e consumidores; remodelação dos impostos, de forma a torna-los favoráveis a este regime; tudo, em suma, quanto possa concorrer para garantir ao produtor a maior quota possível dos lucros das vendas, e ao consumidor, aquisição a justo preço dos gêneros de que precisa; um serviço permanente de concessão de terras a nacionais e a estrangeiros já estabelecidos no país, com instrumentos de trabalho, sementes, plantas, aves, animais de tração e meios de subsistência por algum tempo, são medidas que devem formar o esqueleto dessa política – vital para a nossa nacionalidade. (p. 209).

Todas essas medidas mencionadas por Alberto Torres serão retomadas, em maior ou menor grau, nas tentativas de implementação de uma nova política agrícola e fundiária após a Revolução de 1930.

6 Alberto TORRES, *O Problema Nacional Brasileiro: Introducção a um Programma de Organização Nacional*, 2ª ed., São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1933, pp. 194-218 e 266-269 e Alberto TORRES, *A Organização Nacional*, 3ª ed., São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1978, pp. 132-135, 167-168, 187-194 e 205-209.

Com a vitória da Revolução de 1930, os tenentes e lideranças afins, agrupados no Clube 3 de Outubro, prepararam um documento denominado *"Esboço do Programa de Reconstrução Política e Social do Brasil"*. Neste programa, propunha-se a reforma agrária, com o Estado encarregado de reduzir ao mínimo todas as formas de latifúndio, especialmente os próximos ao litoral e às vias de transporte e comunicação. O cultivo da terra seria compulsório. Caso contrário, o Estado deveria transformar a área improdutiva em núcleos coloniais. A pequena propriedade rural seria estimulada através da transferência de lotes de terras cultiváveis aos trabalhadores rurais. As terras devolutas ilegalmente ocupadas reverteriam ao patrimônio público para serem utilizadas na colonização através de cooperativas. O programa propunha ainda a instituição de um imposto territorial rural progressivo, a criação de um tribunal de terras para a resolução de litígios referentes à propriedade, posse e exploração da terra e a extensão da legislação trabalhista aos trabalhadores rurais[7].

A reconstitucionalização do país fez com que o tenentismo e o Clube 3 de Outubro perdessem boa parte da influência que detinham no Governo Provisório, agora constitucional. No entanto, claramente influenciada pela Constituição alemã de Weimar, a Constituição de 1934 inaugurou entre nós a mudança da concepção de propriedade em seu artigo 113, 17: *"Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou collectivo, na fórma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade publica far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indemnização. Em caso de perigo imminente, como guerra ou commoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem publico o exija, resalvado o direito a indemnização ulterior"*. O Estado Novo manteve o novo conceito de propriedade, conforme o artigo 122, 14 da Carta de 1937: *"A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:* 14) *O direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício"*.

Estes dispositivos são muito semelhantes ao artigo que garantia a função social da propriedade na Constituição de Weimar (artigo 153), ao afirmar que a propriedade era garantida pela Constituição, mas com seu conteúdo e limites resultantes de lei. Além disso, o uso e exercício da propriedade deveriam representar uma função social, pois "a propriedade obriga" ("*Eigentum verpflichtet"*). Ou seja, a determinação do conteúdo do direito de propriedade estava, como no artigo 153 da Constituição de Weimar, reservada à lei. O legislador, de acordo com a Constituição de 1934 e com a Carta de 1937, poderia limitar livremente o direito de propriedade, que perdia, assim, seu caráter a-histórico de absolutividade[8].

7 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 134-136. Sobre a defesa do fim do latifúndio por parcelas do tenentismo, vide Virgínio SANTA ROSA, *O Sentido do Tenentismo*, 3ª ed., São Paulo, Alfa-Omega, 1976, pp. 81-83, 103-109 e 116-126.

8 Sobre a função social da propriedade na Constituição alemã de 1919, vide Gerhard ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919*, reimpr., 14ª ed., Aalen, Scientia Verlag, 1987, pp. 703-721; Christoph GUSY, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1997, pp. 343-348; Gilberto BERCOVICI, *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue, 2004, pp. 42-43 e Fabrício Pasquot POLIDO, "A Constituição de Weimar de 1919 e o Conteúdo Normativo da 'Função Social' dos Direitos Proprietários", *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 27, julho/setembro de 2006, pp. 3-47. Para uma crítica contemporânea da solução que acabou sendo adotada pela Constituição de 1934, vide João MANGABEIRA, *Em Torno da Constituição*, São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1934, pp. 216-224.

## As Tentativas de Incorporação dos Trabalhadores Rurais até 1945

Sofrendo fortes resistências desde o início, o processo de incorporação do trabalhador rural seria feito após a consolidação da integração dos trabalhadores urbanos, de modo que o campo acabasse sendo integrado de forma subordinada e complementar às cidades, em processo de industrialização, o que explicaria várias de nossas mazelas urbanas. A primeira Lei de Sindicalização (Decreto nº 19.770, de 19 de março de 1931) não mencionava expressamente o trabalhador rural, mas a chamada "Lei dos Dois Terços" (Decreto nº 19.482, de 02 de dezembro de 1930), que obrigava as empresas a contratar pelo menos dois terços de trabalhadores brasileiros, abrangia o setor agropecuário. Essa garantia, no entanto, por pressão dos grandes latifundiários seria retirada por meio do Decreto nº 20.291, de 12 de agosto de 1931, que isentava aqueles que empregassem estrangeiros na lavoura, pecuária e indústrias extrativas[9].

Durante os debates da Assembleia Constituinte de 1933/1934, o anteprojeto da Comissão do Itamaraty previa expressamente em seu artigo 124 a extensão dos direitos trabalhistas aos trabalhadores rurais, como salário mínimo, férias, limitação de jornada de trabalho e a criação de escolas para filhos de colonos, além de prever a progressiva extinção do latifúndio. A reação dos setores oligárquicos representados na Assembleia Constituinte teve por resultado o artigo 121 da Constituição de 1934, que estendia formalmente os direitos trabalhistas aos trabalhadores rurais, mas cujo §4º remetia essa expansão à regulamentação posterior[10].

Durante o Estado Novo houve nova tentativa de regulamentar o trabalho rural. A principal medida foi o Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto-Lei nº 3.855, de 21 de novembro de 1941), que previa um conjunto de direitos para os trabalhadores do setor de cana de açúcar, como um lote de terras para sua subsistência, assistência médica e hospitalar, escola para seus filhos (artigo 7º[11]), salário mínimo (artigo 90[12]), entre outros[13]. Para o então Presidente do Instituto do Açúcar e do Álcool, Barbosa Lima Sobrinho, a legislação do setor sucroalcooleiro não poderia se preocupar exclusivamente com os custos de produção, mas com os interesses políticos e sociais, especialmente com a situação dos fornecedores de cana, prejudicados pela

9 Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo: Una Mirada Histórica*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes Editorial, 2008, pp. 34-35.

10 Artigo 121 da Constituição de 1934: *"A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.*
§4º - *O trabalho agrícola será objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo. Procurar-se-á fixar o homem no campo, cuidar da sua educação rural, e assegurar ao trabalhador nacional a preferência na colonização e aproveitamento das terras públicas".*
Vide, ainda, Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 35-36.

11 Artigo 7º do Decreto-Lei nº 3.855/1941: *"Nos contratos tipos deverão ser observados, a juízo do Instituto, os seguintes princípios:a) concessão ao trabalhador, a titulo gratuito, de área de terra suficiente para plantação e criação necessárias à subsistência do lavrador e de sua família;b) proibição de reduzir a remuneração devida ao trabalhador, com fundamento na má colheita, resultante de motivo de força maior;c) direito a moradia sã e suficiente, tendo em vista a família do trabalhador d) assistência médica e hospitalar;e) ensino primário gratuito às crianças em idade escolar;f) garantia de indenização no caso de despedida injusta do trabalhador"*. Esse artigo foi revogado e substituído pelo disposto no artigo 22 do Decreto-Lei nº 6.969/1944.

12 Artigo 90 do Decreto-Lei nº 3.855/1941: *"O salário mínimo dos trabalhadores na lavoura canavieira e na indústria de açúcar e álcool será fixado pelas Comissões competentes, nos termos da Lei nº 185, de, 14 de janeiro de 1936, depois de ouvido o Instituto do Açúcar e do Álcool"*.

13 Vide Barbosa LIMA Sobrinho, *Problemas Econômicos e Sociais da Lavoura Canavieira: Exposição de Motivos e Texto do Estatuto da Lavoura Canavieira*, Rio de Janeiro, Pimenta de Mello & Cia., 1941, pp. 115-122; Barbosa LIMA Sobrinho, *A Ação do Instituto do Açúcar e do Álcool: Relatório do Sr. Barbosa Lima Sobrinho, como Presidente da Comissão Executiva, no Período de Maio de 1938 a Abril de 1946*, Rio de Janeiro, Instituto do Açúcar e do Álcool, 1946, pp. 259-281, 343-344 e 350-353 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 40-41.

concentração fundiária[14]. Nas suas palavras: *"O latifúndio açucareiro nunca foi, em nenhum país do mundo, um fator favorável à melhoria dos trabalhadores rurais que o integrassem"*[15]. O órgão responsável pela fiscalização do cumprimento das medidas previstas seria o próprio Instituto do Açúcar e do Álcool, o que dificultou o exercício efetivo desses direitos em virtude do poder político das oligarquias agrárias representadas na gestão do instituto. Os críticos do Estatuto da Lavoura Canavieira chegaram a afirmar que o Estatuto teria subvertido o direito de propriedade dos usineiros[16].

No entanto, a principal oposição dos proprietários de terra se deu em relação ao Decreto-Lei nº 6.969, de 19 de outubro de 1944, que reformou o Estatuto da Lavoura Canavieira e tratava dos lavradores ou colonos que realizavam a exploração agrícola da cana de açúcar em terras pertencentes às usinas ou a terceiros, sob o regime de colonato, coparticipação ou parceria. Dentre os vários dispositivos do Decreto-Lei nº 6.969/1944, elaborado com a clara intenção de proteger os trabalhadores do setor sucroalcooleiro (vide, por exemplo, o artigo 22[17]), destacava-se o artigo 18, que previa que os colonos que houvessem perdido a posse de terras por eles ocupadas em virtude de ato unilateral da usina deveriam recuperar suas posses[18]. A reação contrária não tardou:

> "Desta maneira, êste dispositivo complementar do Estatuto alterou definitivamente o conceito da relação do trabalho, entre trabalhadores rurais e fazendeiros de cana, atribuiu ao colono, tantas vezes adventício e estrangeiro, a posse da terra de seus empregadores, subverteu a disciplina das explorações rurais, enfim, passando das filigranas do fundo agrícola e do fornecimento de cana para a própria estruturação da propriedade rural, procurou iniciar a suspirada reforma agrária brasileira, de moldes coletivistas, antes que a Assembléia Nacional repusesse a Nação em seu feitio tradicional! O Decreto-lei nº 6.969, é pois, indisfarçavelmente, a primeira lei de índole comunista promulgada no Brasil. (Cardoso, 1953, p. 556).

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943), em princípio, excluía os trabalhadores rurais da sua aplicação (artigo 7º). No entanto, o seu artigo 13 determina a obrigatoriedade da carteira de trabalho para todos os tipos de emprego, inclusive os de natureza rural. Outros direitos espalhados pelo texto também foram expressamente assegurados ao trabalhador rural. A CLT abriu caminho para que os benefícios previstos em seu texto pudessem ser estendidos aos trabalhadores rurais, como efetivamente o foram, de modo progressivo, após 1945[19].

14 Barbosa LIMA Sobrinho, *Problemas Econômicos e Sociais da Lavoura Canavieira cit.*, pp. 20-39, 87-114, 126-140 e 151-153.

15 Barbosa LIMA Sobrinho, *Problemas Econômicos e Sociais da Lavoura Canavieira cit.*, p. 120.

16 Cf. Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1953, vol. 1, pp. 552-556.

17 Artigo 22 do Decreto-Lei nº 6.969/1944: *"Nos contratos-tipos ou nas instruções baixadas pelo I.A.A., observar-se-ão os seguintes princípios: a) proibição de reduzir a remuneração devida ao trabalhador rural, com fundamento na má colheita, resultante de motivo de fôrça maior; b) direito a moradia sã e suficiente, tendo em vista a família do trabalhador; c) assistência médica, dentária e hospitalar gratuita; d) ensino primário gratuito aos filhos de trabalhadores em idade escolar; e) garantia de indenização, no caso de despedida injusta do trabalhador"*.

18 Artigo 18 do Decreto-Lei nº 6.969/1944: *"Os lavradores ou colonos que posteriormente a 21 de novembro de 1941, tenham perdido a posse das terras por êle ocupadas em consequência de ato unilateral da usina, serão restabelecidos na situação anterior, dentro do prazo de 30 dias, a contar da data dêste Decreto-lei, desde que hajam reclamado contra aquêle procedimento, anteriormente à data dêste Decreto-lei. § 1º - Na hipótese prevista no parágrafo anterior, a usina poderá optar pela indenização do colono prejudicado. §2º - A indenização de que cogita o parágrafo anterior será fixada pelo I.A.A., observado o preceito do parágrafo único do artigo 101 do Decreto-Lei nº 3.855"*.

19 Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, p. 128; Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 114-120 e Marcus DEZEMONE, "A Era Vargas e o Mundo Rural Brasileiro: Memoria, Direitos e Cultura Política Camponesa" *cit.*, pp. 83-84.

O Decreto-Lei nº 7.038, de 10 de novembro de 1944, regulamentou a sindicalização rural, adotando uma estrutura praticamente idêntica à dos sindicatos urbanos[20]. Essa legislação foi criticada severamente pelas associações patronais rurais, que se opuseram a toda e qualquer legislação de sindicalização dos trabalhadores rurais[21]. Outro exemplo de tentativa de ampliação da proteção ao trabalhador rural era o Decreto nº 18.809, de 05 de junho de 1945, que, ao instituir o Sistema Nacional de Seguros contra Acidentes de Trabalho, autorizava a cobertura coletiva contra acidentes de trabalho também para os trabalhadores da agricultura e da pecuária (artigos 84 a 91). Finalmente, foi baixado ainda o Decreto-Lei nº 8.127, de 24 de outubro de 1945, que buscou estruturar associações rurais em todos os municípios compostas por todos os que exercessem profissionalmente atividades rurais, em qualquer de suas formas, agrícola, extrativa, pastoril ou industrial, e também técnicas ligados a essas atividades. Esse Decreto-Lei, no entanto, foi criticado pelos juristas ligados à Sociedade Rural Brasileira como um decreto "fascista", que visava transformar a classe rural em um "rebanho político-eleitoral"[22].

## O Papel do Estado na Política Agrícola e Fundiária

A partir da Revolução de 1930 há um processo de centralização da política agrícola, com a proteção e articulação de interesses agrários regionais e setoriais. O setor agrícola foi central na organização do mercado interno para facilitar a comercialização dos produtos, em um processo que incluiu elementos explícitos de dirigismo econômico, como a política de controle de preços, e a criação das chamadas autarquias econômicas para a "defesa da agricultura". O controle das políticas de financiamento e produção agrícola, antes nas mãos das oligarquias agrárias, foi centralizado na esfera federal, com a criação do Departamento Nacional do Café, do Instituto  Açúcar e do Álcool, do Instituto Nacional do Mate[23], Instituto Nacional do Pinho[24],

20 Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 120-125; Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 42, 170-172 e 174-177 e Marcus DEZEMONE, "A Era Vargas e o Mundo Rural Brasileiro: Memoria, Direitos e Cultura Política Camponesa" *cit.*, pp. 84-85.

21 Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 190-217; Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 128-132 e Marcus DEZEMONE, "A Era Vargas e o Mundo Rural Brasileiro: Memoria, Direitos e Cultura Política Camponesa" *cit.*, p. 82.

22 Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 125-144. Vide, ainda, Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 125-128.

23 O Instituto Nacional do Mate foi criado pelo Decreto-Lei nº 375, de 13 de abril de 1938, com o objetivo de coordenar e dirigir a defesa da produção comercial e industrial da erva-mate. O Decreto-Lei nº 3.937, de 13 de dezembro de 1941, reorganizou o Instituto Nacional do Mate, ampliando sua competência para definir a política econômica da produção, comercialização, industrialização e exportação da erva-mate nos Estados de Mato Grosso, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.  O Instituto Nacional do Mate teve mais uma vez suas atribuições ampliadas pelo Decreto-Lei nº 8.709, de 15 de janeiro de 1946. A sua atuação foi expandida para todo o território nacional, podendo fixar áreas de plantio, determinar quotas de produção e de exportação, controlar preços, entre outras competências. Vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*, edição fac-similar da ed. de 1968, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, pp. 166-169; Temístocles LINHARES, *História Econômica do Mate*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1969, pp. 407-419 e José Antonio FERNANDES, "Breve Panorama da Trajetória do Instituto Nacional do Mate: Alguns Apontamentos sobre Erva-Mate e Economia Nacional", *História Econômica & História de Empresas*, vol. 21, n. 1, 2018, pp. 50-71.

24 O Instituto Nacional do Pinho foi uma autarquia criada para organizar o setor extrativo do pinho por meio do Decreto-Lei nº 3.124, de 19 de março de 1941, com as alterações do Decreto-Lei nº 4.813, de 08 de outubro de 1942. Sua função era a de defender a produção do pinho, promover o comércio e o reflorestamento, fixar preços mínimos, instituir quotas de produção e de exportação, entre outras. Com o tempo, o Instituto Nacional do Pinho ampliou seu escopo para preocupações com a preservação florestal e com a industrialização progressiva dos produtos florestais. Vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 169-170; Miguel Mundstock Xavier de CARVALHO, "O Instituto Nacional do Pinho e a Questão do Reflorestamento" *in* Eunice Sueli NODARI; Miguel Mundstock Xavier de CARVALHO & Paulo Afonso ZARTH (orgs.), *Fronteiras Fluidas: Florestas com Araucárias na América Meridional*, São Leopoldo, Oikos, 2018, pp. 77-95 e Thiago Freitas HANSEN, *Codificar e Conservar: Ciência e Pensamento Jurídico na Formação do Código Florestal Brasileiro de 1934*, *mimeo*, Curitiba, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Tese de Doutorado), 2018, pp. 205-211.

entre outros[25]. O modelo autárquico permitiu a centralização com a articulação de parte dos interesses das oligarquias agrárias. Esses órgãos regulavam a produção, a qualidade dos produtos, autorizavam ou proibiam a sua exportação. Foi uma forma de vincular as elites agrárias ao processo de modernização para poder obter financiamento e assistência técnica, mas perdendo o controle direto sobre a política de produção[26].

A crise no setor cafeeiro foi um dos grandes problemas enfrentados pelo Governo Provisório a partir de 1930. A atitude mais correta, segundo a lógica dos mercados, seria abandonar os cafezais. Os estoques de café não podiam ser vendidos, pois abaixariam ainda mais os preços. Não era possível contrair empréstimos externos, sendo necessário obter recursos dentro do país. O governo fez o oposto do que indicava a teoria liberal: expandiu o crédito (deu início ao que se chamaria "socialização dos prejuízos") e desvalorizou a moeda. Colhia-se mais do que se poderia vender. Para que o produtor não colhesse, os preços deveriam abaixar mais, o que não se desejava. Afinal, garantindo preços mínimos ao produtor, mantinha-se o nível de emprego no setor exportador e, indiretamente, nos setores ligados ao mercado interno. Como o café era o centro da economia brasileira, se caísse o nível de emprego na economia cafeeira, cairia em todo o resto. Era preciso retirar do mercado parte da produção. Assim, a destruição dos excedentes era necessária. Dessa forma, o Estado passou a comprar todos os excedentes não exportáveis da produção cafeeira, que depois de algum tempo eram simplesmente queimados. O nível de emprego foi mantido com essa injeção de dinheiro do Estado na economia, preservando-se um poder de compra que iria servir para contrabalançar a redução dos investimentos externos, que cessaram quase por completo. Ao mesmo tempo, a desvalorização da moeda facilitou as exportações. Com a consequente elevação dos artigos importados, foram favorecidos os setores ligados ao mercado interno. Os investimentos não se dirigiram mais somente ao café, mas para outros ramos da economia, inclusive a indústria[27].

A política cambial, com o câmbio sobrevalorizado internamente, favoreceu a política de valorização internacional do café. Os outros produtos agrícolas perderam competitividade ex-

25 Além das autarquias federais de atuação no setor agrícola, os Estados também criaram seus próprios órgãos, desde os pioneiros Instituto Paulista de Defesa Permanente de Café, autarquia instituída pela Lei Estadual nº 2.004, de 19 de dezembro de 1924, e Instituto Mineiro de Café, autarquia estruturada a partir da Lei Estadual nº 1.203, de 16 de outubro de 1930. Outra exceção à centralização federal foi a política de defesa do cacau, em que a atuação no domínio econômico foi de responsabilidade do Estado da Bahia. Com a lavoura de cacau em crise e constituindo a atividade econômica que mais gerava divisas para a Bahia, foi criado o Instituto de Cacau da Bahia, por meio do Decreto Estadual nº 7.430, de 08 de junho de 1931, como uma sociedade cooperativa com a função de controlar os preços e realizar as operações de compra e venda do produto, além de poder investir em infraestrutura e modernização do sistema produtivo. O Instituto do Cacau da Bahia foi reestruturado pelo Decreto-Lei Estadual nº 11.861, de 27 de março de 1941, e pela Lei Estadual nº 465, de 03 de maio de 1952, obtendo a natureza autárquica e autonomia administrativa. A crise da economia cacaueira de 1956 fez com que o Governo Federal elaborasse uma política nacional de defesa do cacau, instituindo como órgão executivo a CEPLAC (Comissão Executiva do Plano da Lavoura Cacaueira), vinculada ao Ministério da Agricultura, por meio do Decreto nº 40.987, de 20 de fevereiro de 1957. Vide Amílcar BAIARDI, *Subordinação do Trabalho ao Capital na Lavoura Cacaueira da Bahia*, São Paulo, Hucitec, 1984, pp. 62-68 e 109-117. Há, ainda, outros exemplos de importantes autarquias estaduais de atuação no setor agrícola, como o Instituto Baiano do Fumo, criado pelo Decreto Estadual nº 9.409, de 16 de março de 1935, e convertido em autarquia por meio do Decreto-Lei Estadual nº 11.497, de 29 de junho de 1941, ou o Instituto Rio Grandense do Arroz (IRGA), autarquia criada pelo Decreto-Lei Estadual nº 20, de 20 de junho de 1940, e reestruturado por meio da Lei Estadual nº 533, de 31 de dezembro de 1948.

26 Erymá CARNEIRO, *Autarquias (Estudo de Direito e Finanças)*, Rio de Janeiro, Typ. do Jornal do Commercio, 1937, pp. 13-17 e 40; Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974)*, Brasília, BINAGRI Edições, 1979, pp. 94-96; Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, pp. 128-129; Guilherme C. DELGADO, "Capital e Política Agrária no Brasil: 1930-1980" *in* Tamás SZMRECSÁNYI & Wilson SUZIGAN (orgs.), *História Econômica do Brasil Contemporâneo*, São Paulo, Hucitec/FAPESP/ABPHE, 1997, pp. 211-213. Oliveira Vianna entendia essas autarquias como parte de uma administração funcional ou por serviço, de caráter nacional, com competência regulamentar sobre as atividades sob o seu controle ou supervisão. Vide Francisco José de Oliveira VIANNA, "O Papel das Corporações Administrativas no Estado Moderno" *in* Francisco José de Oliveira VIANNA, *Problemas de Direito Corporativo*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1938, pp. 48-50 e 64-70.

27 Vide a análise clássica de Celso FURTADO, *Formação Econômica do Brasil cit.*, capítulos XXX a XXXII. Sobre a política do café, vide Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 521-550 e Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 95-104.

terna, mas foram garantidos pelas políticas setoriais das autarquias agrícolas e pela demanda cada vez maior do mercado interno graças à industrialização e à urbanização do país[28]. Com a nova atuação do Estado no setor cafeeiro, os produtores passaram a ter uma série de limitações, obrigações e encargos para poderem continuar a sua atividade. Além de proibir o plantio de café por um prazo de três anos[29], o Governo Provisório utilizou o Conselho Nacional do Café para unificar a política de defesa do café, atribuindo a esse órgão o poder de fixar quotas de produção de acordo com a estimativa de cada colheita que cada Estado produtor deveria recolher compulsoriamente. Deste modo, parte da produção seria adquirida pelo Conselho Nacional do Café por um preço previamente estabelecido ou ficaria retida para um eventual aproveitamento futuro[30]. Em 1933, o Conselho Nacional do Café foi substituído pelo Departamento Nacional do Café (DNC), que passaria a ser o órgão responsável pela política cafeeira[31]. A política cafeeira do Governo Provisório foi mantida até a queda do Estado Novo, quando houve uma tentativa de liberação do mercado e o Departamento Nacional do Café foi extinto[32]. No entanto, uma nova crise na economia cafeeira propiciou a criação do Instituto Brasileiro do Café (IBC)[33], com a natureza jurídica autárquica e responsável pela política econômica do café, desde a pesquisa agronômica e tecnológica para melhoria da qualidade do produto até a defesa de preços justos para o produtor e que possibilitassem a expansão do consumo, entre várias outras competências. O Instituto Brasileiro do Café regulamentava e fiscalizava o trânsito do café da produção aos pontos de escoamento, consumo e armazenamento, podendo fixar as quantidades a serem exportadas para o exterior e garantindo o abastecimento interno. Ainda era de sua competência a fiscalização e repressão a fraudes e o controle dos embarques de exportação para efeitos de controle cambial[34].

Da mesma forma que o café, o setor sucroalcooleiro também vai ter uma política própria. A Comissão de Defesa da Produção do Açúcar[35] tentou estruturar uma política emergencial para assegurar os preços no setor. No entanto, a política deixou de ser meramente de urgência para se tornar permanente. Para tanto, a Comissão foi substituída pelo Instituto do Açúcar e do Álcool (IAA), criado pelo Decreto nº 22.789, de 1º de junho de 1933[36]. Sua principal tarefa

28 Guilherme C. DELGADO, "Capital e Política Agrária no Brasil: 1930-1980" *cit.*, pp. 213-215.

29 Decreto nº 22.121, de 22 de novembro de 1932.

30 Entre outros, vide o Decreto nº 19.688, de 11 de fevereiro de 1931, e o Decreto nº 20.003, de 16 de maio de 1931. Este último decreto reconhece o Conselho Nacional do Café, constituído por um convênio entre os Estados produtores firmado em 24 de abril de 1931, como ente responsável pela política cafeeira e determina que ele será presidido por um delegado especial do Governo Federal.

31 Decreto nº 22.452, de 10 de fevereiro de 1933. Vide Erymá CARNEIRO, *Autarquias cit.*, pp. 43-44. Sobre a política do Departamento Nacional do Café, sempre muito combatida pelos grandes produtores, vide Antônio DELFIM Netto, *O Problema do Café no Brasil*, 3ª ed., São Paulo/Campinas, EdUNESP/FACAMP, 2009, pp. 122-130 e Maria Sylvia Macchione SAES, *A Racionalidade Econômica da Regulamentação no Mercado Brasileiro de Café*, São Paulo, Annablume, 1997, pp. 69-73.

32 O Decreto-Lei nº 9.068, de 15 de março de 1946, fixou a data de 30 de junho de 1946 para a extinção do Departamento Nacional do Café. Para uma análise do período de "liberalização" da política cafeeira, vide Maria Sylvia Macchione SAES, *A Racionalidade Econômica da Regulamentação no Mercado Brasileiro de Café cit.*, pp. 77-81.

33 Lei nº 1.779, de 22 de dezembro de 1952.

34 Sobre a política do Instituto Brasileiro do Café, com destaque à sua atuação no âmbito internacional, vide Antônio DELFIM Netto, *O Problema do Café no Brasil cit.*, pp. 130-134 e Maria Sylvia Macchione SAES, *A Racionalidade Econômica da Regulamentação no Mercado Brasileiro de Café cit.*, pp. 81-120.

35 Decreto nº 20.761, de 07 de dezembro de 1931.

36 Suas atribuições e competências foram ampliadas pelo Decreto nº 22.981, de 25 de julho de 1933. Vide, ainda, Erymá CARNEIRO, *Autarquias cit.*, pp. 44-45.

era o estabelecimento de quotas de produção por Estado[37]. Essas medidas foram tomadas não para proteger os usineiros nordestinos, mas para a própria sobrevivência da agroindústria no Nordeste, ameaçada pela busca de alternativas ao café na agricultura paulista[38]. O Estatuto da Lavoura Canavieira (Decreto-Lei nº 3.855/1941) conseguiu dar uma organicidade para a política sucroalcooleira, organizando, inclusive, um sistema administrativo de composição de litígios. Seu principal objetivo era consolidar os fornecedores de cana-de-açúcar como participantes do processo produtivo da mesma forma que eram os usineiros, estipulando quotas de moagem às usinas que limitavam o uso de produção própria de cana. A concepção por trás dessas medidas era a de tentar separar as atividades agrícolas das atividades industriais, buscando proteger os trabalhadores e fornecedores de cana-de-açúcar do poder econômico dos usineiros[39].

Outro exemplo de política estatal específica para um setor da produção agrícola foi a política do trigo. O Decreto-Lei nº 26, de 30 de novembro de 1937, tratava dos trabalhos de panificação de farinha de trigo. O Serviço de Fiscalização do Comércio de Farinha foi criado pelo Decreto nº 2.307, de 03 de fevereiro de 1938. A taxa de fiscalização das empresas moageiras foi instituída por meio do Decreto-Lei nº 3.445, de 21 de julho de 1941, que incidia sobre a farinha importada por estas empresas. Os recursos arrecadados com a taxa de fiscalização deveriam ser aplicados no incremento da produção nacional pelo Serviço de Expansão do Trigo (SET) do Ministério da Agricultura, criado pelo Decreto-Lei nº 6.170, de 05 de janeiro de 1944, que substituiu o Serviço de Fiscalização do Comércio de Farinha. A aquisição do trigo nacional por todos os moinhos tornou-se obrigatória com o Decreto nº 29.229, de 26 de janeiro de 1951, e, em 1952, o Banco do Brasil passou a ser o único comprador autorizado de trigo importado. O abastecimento, comercialização e industrialização do trigo foram, ainda, regulados por meio do Decreto nº 47.491, de 24 de dezembro de 1959, com a atribuição de competência ao Serviço de Expansão do Trigo para distribuir o trigo no território nacional, observando as necessidades de cada região consumidora e a capacidade de seus moinhos. O Ministério da Agricultura, por meio da Portaria nº 820, de 22 de novembro de 1962, determinou que a produção nacional de trigo também fosse adquirida exclusivamente pelo Banco do Brasil, instituindo a Comissão de Compra do Trigo Nacional (CTRIN). A partir de então, passaram a existir cotas de distribuição de trigo entre os moinhos, além da determinação de quais tipos de farinha deveriam ser produzidos e o seu preço[40].

A Lei nº 454, de 09 de julho de 1937, autorizou o Banco do Brasil a prestar assistência financeira à agricultura e criação e às indústrias de transformação ou outras genuinamente nacionais. A partir da autorização legal, seria instituída a Carteira Agrícola e Industrial do Banco do Brasil, que se tornaria a principal fonte de crédito para as atividades agropecuárias no país.

37 Barbosa LIMA Sobrinho, *Problemas Econômicos e Sociais da Lavoura Canavieira cit.*, pp. 17-20 e Barbosa LIMA Sobrinho, *A Ação do Instituto do Açúcar e do Álcool cit.*, pp. 11-13 e 219-233.

38 Sobre a política de defesa da economia açucareira, vide Barbosa LIMA Sobrinho, *A Ação do Instituto do Açúcar e do Álcool cit.*, pp. 19-178; Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 105-109 e, especialmente, a abrangente análise de Tamás SZMRECSÁNYI, *O Planejamento da Agroindústria Canavieira do Brasil (1930-1975)*, São Paulo, Hucitec/UNICAMP, 1979, pp. 169-268. Sobre os impactos regionais da política do Instituto do Açúcar e do Álcool, especialmente nos Estados de Pernambuco e São Paulo, vide também Pedro RAMOS, *Agroindústria Canavieira e Propriedade Fundiária no Brasil*, São Paulo, Hucitec, 1999, pp. 90-96 e 100-139. Vide, ainda, a análise crítica de Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 550-625.

39 Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 109-111; Tamás SZMRECSÁNYI, *O Planejamento da Agroindústria Canavieira do Brasil cit.*, pp. 200-201 e Pedro RAMOS, *Agroindústria Canavieira e Propriedade Fundiária no Brasil cit.*, pp. 96-100.

40 Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 120-125 e Argemiro Luís BRUM; Cláudia Regina HECK & Cristiano da Luz LEMES, "As Políticas Brasileiras de Fomento à Cultura do Trigo: Uma Revisão Histórica", *Desenvolvimento em Questão*, ano 2, nº 3, janeiro/junho de 2004, pp. 105-116. Outros órgãos responsáveis por políticas setoriais no Ministério da Agricultura foram a Comissão Executiva da Mandioca (Decreto-Lei nº 5.531, de 28 de maio de 1943) e a Comissão Executiva das Frutas (Decreto-Lei nº 5.532, de 28 de maio de 1943).

A Carteira Agrícolas e Industrial do Banco do Brasil foi diversificando sua cobertura de créditos e ampliando os prazos dos empréstimos no decorrer de sua existência. A estratégia da política agrícola deixa de ser a defesa exclusiva de um determinado produto ou região, mas passa a ter o objetivo de ampliar e diversificar a produção para abastecer o mercado interno[41].

O Governo Provisório tentou, ainda, organizar a produção agrícola estimulando a organização cooperativa como forma alternativa de combate ao latifúndio. As cooperativas também possibilitariam a organização dos trabalhadores rurais em um sistema controlado pelo Estado. Dois modelos de cooperativismo disputaram a preferência das autoridades agrícolas brasileiras: o modelo "livre", estruturado por meio do Decreto nº 22.239, de 19 de dezembro de 1932, e o modelo "sindicalista", organizado a partir do Decreto nº 24.647, de 10 de julho de 1934. O modelo "livre" entendia a cooperativa como uma sociedade de pessoas, não de capitais, sem nenhum vínculo com os sindicatos. Já no modelo "sindicalista", a cooperativa era uma sociedade de pessoas da mesma profissão, devendo estar vinculada a um sindicato ou associação agrária. Com a edição do Decreto-Lei nº 581, de 01 de agosto de 1938, o modelo "livre" passou a ser o adotado no cooperativismo brasileiro[42], embora o Decreto-Lei nº 5.893, de 19 de outubro de 1943, tenha reforçado o controle estatal sobre as cooperativas[43]. A pressão contrária dos grandes proprietários, a centralização no Ministério da Agricultura e a falta de apoio financeiro às cooperativas, inclusive por parte do Banco do Brasil, inviabilizaram a expansão do sistema cooperativo pelo país[44]. Cumpre destacar, ainda, a criação da Caixa de Crédito Cooperativo[45], que, posteriormente, em 1951, se tornaria o Banco Nacional de Crédito Cooperativo[46], vinculado ao Ministério da Agricultura e com a finalidade de financiar e promover o cooperativismo agrícola.

O compromisso inicial do primeiro Governo Vargas foi com a colonização interna do país para expandir a fronteira agrícola. Havia a preocupação com o abastecimento das grandes cidades, especialmente o Rio de Janeiro, e a ocupação do território. Para tanto, promoveu-se tanto a formação de núcleos coloniais agrícolas no Estado do Rio de Janeiro, próximos à então Capital Federal como a "Marcha para o Oeste" no início da década de 1940, com a criação da Fundação Brasil Central. A pretensão era a de levar para o campo as conquistas dos trabalhadores urbanos, valorizando o trabalhador rural, absorver a produção industrial doméstica e, com a ampliação do regime da pequena propriedade, cercar o latifúndio. No projeto varguista, assim,

41 Vide Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 642-645; Tamás SZMRECSÁNYI & Pedro RAMOS, "O Papel das Políticas Governamentais na Modernização da Agricultura Brasileira" *in* Tamás SZMRECSÁNYI & Wilson SUZIGAN (orgs.), *História Econômica do Brasil Contemporâneo cit.*, pp. 229-231; Paulo R. BESKOW, "O Crédito Rural numa Economia em Transformação: Criação e Início do Funcionamento das Atividades de Financiamento Agropecuário da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI), do Banco do Brasil (BB) – 1937 a 1945", *Revista Eletrônica de História do Brasil*, vol. 9, n. 1, janeiro/julho de 2007, pp. 131-158 e André da Silva REDIVO, *A Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) e o Modelo de Financiamento do Estado Desenvolvimentista no Brasil entre 1937 e 1969*, *mimeo*, Porto Alegre, Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Tese de Doutorado), 2018, pp. 74-92. Sobre as operações da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial do Banco do Brasil no período entre 1937 e 1964, vide André da Silva REDIVO, *A Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) e o Modelo de Financiamento do Estado Desenvolvimentista no Brasil entre 1937 e 1969 cit.*, pp. 97-115 e 142-159. Ainda sobre a questão do financiamento da agricultura, vide as chamadas Leis do Reajustamento Econômico, consolidadas pelo Decreto nº 24.233, de 12 de maio de 1934, que incidiam diretamente no cálculo dos débitos dos agricultores. Cf. Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 126-130.

42 Luciano Pereira da SILVA, "O Cooperativismo no Brasil", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 2, n. 2, outubro de 1945, pp. 494-503; Sonia Regina de MENDONÇA, *A Política de Cooperativização Agrícola do Estado Brasileiro (1910-1945)*, Niterói, EdUFF, 2002, pp. 41-58 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 55-56.

43 Luciano Pereira da SILVA, "O Cooperativismo no Brasil" *cit.*, pp. 503-509.

44 Sonia Regina de MENDONÇA, *A Política de Cooperativização Agrícola do Estado Brasileiro (1910-1945) cit.*, pp. 58-88.

45 Vide artigos 104 a 114 do Decreto-Lei nº 5.893/1943.

46 Lei nº 1.412, de 13 de agosto de 1951.

a Nação se formaria com a industrialização e a colonização agrícola e o território nacional seria conquistado e ocupado com a unificação do mercado interno[47].

Em um primeiro momento, o objetivo da política de colonização era transferir excedentes populacionais das regiões urbanas para fixação em áreas rurais preferencialmente próximas aos mercados consumidores, estimulando a pequena propriedade. São estruturados núcleos coloniais agrícolas próximos ao Rio de Janeiro[48], como São Bento, Tinguá e a Fazenda Nacional Santa Cruz[49]. Foram criadas, ainda, granjas-modelo na Baixada Fluminense[50] e núcleos agro-industriais, destinados a fomentar a prática das indústrias agrícolas e contribuir para a estabilidade rural, combatendo as desigualdades econômicas[51]. A configuração jurídica desses núcleos coloniais foi estruturada pelo Decreto-Lei nº 2.009, de 09 de fevereiro de 1940, destacando a necessidade de planejamento, apoio técnico, escolas rurais, assistência médica e hospitalar e a implantação de núcleos fundados na pequena propriedade para brasileiros que quisessem se dedicar à agricultura e para estrangeiros agricultores. Os núcleos nunca teriam uma área menor de mil hectares e deveriam ser instalados em localidades próximas de centro de população servida por estrada de ferro, rodovia ou companhia de navegação. Os colonos tinham a obrigação de cultivar os lotes e teriam várias formas de aquisição definitiva facilitadas por parte do governo. A produção agrícola teria apoio estatal, com a idealização de uma sociedade "sem conflitos" que incorporaria os mais pobres ao processo de desenvolvimento, garantindo o abastecimento alimentar das grandes cidades e ampliando o mercado para os produtos industrializados que começavam a ser fabricados no país[52].

O regime do Estado Novo decidiu expandir o modelo de colonização agrícola também para as áreas de fronteira e para o Brasil Central. Foi uma forma de evitar conflitos com os grandes latifundiários e ampliar a ocupação do território. A Região Centro-Oeste, assim como a Amazônia, eram consideradas "vazios populacionais", que deveriam ser ocupados por núcleos de povoamento que seriam as futuras bases para a expansão do país[53]. Esse movimento foi denominado de "Marcha para o Oeste", evocando uma ressurreição do "espírito bandeirante" de ocupação do interior do país. Para o escritor Cassiano Ricardo, um dos maiores entusiastas

47 Alcir LENHARO, *Colonização e Trabalho no Brasil: Amazônia, Nordeste e Centro-Oeste – Os Anos 30*, 2ª ed., Campinas, EdUNICAMP, 1986, pp. 19-24; Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 98-100 e Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, pp. 113-114 e 125-129. Para a defesa da colonização das áreas desocupadas no território nacional, vide, ainda, Caio PRADO Jr., *A Questão Agrária no Brasil*, São Paulo, Brasiliense, 1979, pp. 119-124.

48 Para uma análise das disputas fundiárias e do conflito entre pequenos agricultores e os loteamentos urbanos promovidos pelos empreendedores imobiliários na Baixada Fluminense durante a década de 1950 e início da década de 1960, vide Leonardo Soares dos SANTOS, "O Sertão como um Direito: O Movimento de Luta pela Terra na Zona Rural da Cidade do Rio de Janeiro (1945-1964)" *in* Márcia Maria Menendes MOTTA & Paulo ZARTH (orgs.), *Formas de Resistência Camponesa cit.*, vol. II, pp. 176-196.

49 A Fazenda Nacional Santa Cruz era uma fazenda dos jesuítas que foi confiscada pelo Marquês de Pombal e passou a fazer parte do patrimônio da Coroa portuguesa, depois do Estado brasileiro. O Decreto nº 21.115, de 02 de março de 1932, já havia determinado a utilização da Fazenda Nacional Santa Cruz para a colonização agrícola. Durante o Estado Novo, o Decreto-Lei nº 893, de 26 de novembro de 1938, estipulava o seu regime de aproveitamento agrícola. Sobre o regime jurídico da Fazenda Nacional Santa Cruz, vide Luciano Pereira da SILVA, "O Regime Jurídico das Terras da Fazenda Nacional de Santa Cruz", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 1, n. 2, abril de 1945, pp. 745-755.

50 Decreto-Lei nº 3.266, de 12 de maio de 1941.

51 Decreto-Lei nº 4.504, de 22 de julho de 1942.

52 Alcir LENHARO, *Colonização e Trabalho no Brasil cit.*, pp. 47-57 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 59-61.

53 Otávio Guilherme VELHO, *Capitalismo Autoritário e Campesinato: Um Estudo Comparativo a partir da Fronteira em Movimento*, 2ª ed., São Paulo, Difel, 1979, pp. 149-153.

dessa política, estava ocorrendo uma mudança profunda na história brasileira, com a mudança de direção da ocupação do território do litoral para o interior[54].

A Fundação Brasil Central foi instituída pelo Decreto-Lei nº 5.878, de 04 de outubro de 1943[55]. Seu principal objetivo era a exploração e colonização do Brasil Central e Ocidental. A colonização dos "espaços vazios" do Brasil Central se daria por núcleos agrícolas planejados e sob o controle do Estado, organizados em regime de pequena propriedade[56]. Foi instituído o modelo das colônias agrícolas nacionais, regulado pelo Decreto-Lei nº 3.059, de 14 de fevereiro de 1941. As colônias agrícolas nacionais deveriam receber e fixar, como proprietários rurais, cidadãos brasileiros reconhecidamente pobres que revelassem aptidão para os trabalhos agrícolas e, excepcionalmente, agricultores qualificados estrangeiros. Cabia ao Estado nacional planejar a ocupação e estruturação da colônia, sua organização urbana, a conservação da natureza local e assegurar assistência técnica e educação para os filhos dos colonos. Os lotes teriam entre vinte e cinquenta hectares. Os colonos deveriam ser reunidos em cooperativas de produção, venda e consumo. Dentre as colônias agrícolas nacionais, destacaram-se a Colônia Agrícola Nacional de Goiás[57], em Ceres (GO), e a Colônia Agrícola Nacional de Dourados[58], no sul de Mato Grosso (hoje Mato Grosso do Sul)[59], que abasteceriam especialmente São Paulo, enquanto outros núcleos no

54 A principal obra de defesa e propaganda da "Marcha para o Oeste" foi publicada por Cassiano Ricardo em 1940. Vide Cassiano RICARDO, *Marcha para Oeste - A Influência da "Bandeira" na Formação Social e Política do Brasil*, 2 vols, 4ª ed., Rio de Janeiro/São Paulo, José Olympio/EDUSP, 1970. Sobre a mitologia do "bandeirantismo" utilizada por Cassiano Ricardo, vide Otávio Guilherme VELHO, *Capitalismo Autoritário e Campesinato cit.*, pp. 141-148; João Marcelo Ehlert MAIA, *Estado, Território e Imaginação Espacial: O Caso da Fundação Brasil Central*, Rio de Janeiro, Ed.FGV, 2012, pp. 167-174 e Thiago Freitas HANSEN, *Imaginários da Modernização do Direito na Era Vargas: Integração, Marcha para o Oeste e Política Indigenista (1930-1945)*, *mimeo*, Curitiba, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Dissertação de Mestrado), 2014, pp. 86-94.

55 Apesar da denominação "fundação", como as demais fundações públicas, o regime jurídico da Fundação Brasil Central era praticamente idêntico ao das demais autarquias federais. Vide Oscar SARAIVA, "Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado", *Revista Forense* nº 100, novembro de 1944, pp. 233-235; Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 368-369 e João Marcelo Ehlert MAIA, *Estado, Território e Imaginação Espacial cit.*, pp. 69-78.

56 Nelson Werneck Sodré defendeu, em 1941, o modelo da pequena propriedade como forma de destruição do domínio dos clãs rurais e do modelo pastoril no oeste do país. Vide Nelson Werneck SODRÉ, *Oeste: Ensaio sobre a Grande Propriedade Pastoril*, ed. fac-similar da edição de 1941, São Paulo, Arquivo do Estado, 1990, pp. 199-202. Em suas palavras: *"A marcha da agricultura, com o advento da pequena propriedade, será o avanço civilizador e nacionalizador que atenuará e há de concluir por acarretar o desaparecimento das forças contrárias que jogam no cenário do Oeste. Representará a emancipação humana das massas entregues ao abandono e ao extermínio. A mudança radical do processo econômico, com os reflexos na alteração do ritmo social, dará novas linhas a um desenvolvimento que se fez, até aqui, descontínuo e disperso. Corrigidas, pela marcha evolutiva da produção, as anomalias que se traduzem na instabilidade e na pobreza, o Oeste assumirá condições bem diversas e poderá estruturar uma fase nova no seu desenvolvimento, - fase de riqueza e de libertação"in* Nelson Werneck SODRÉ, *Oeste cit.*, pp. 201-202.

57 Criada pelo Decreto nº 6.882, de 19 de fevereiro de 1941, a Colônia Agrícola Nacional de Goiás atraiu um grande fluxo de camponeses sem terra. Eram oferecidos lotes de trinta hectares, mais a promessa de condições de trabalho, moradia, assistência técnica, saúde e educação. Boa parte dessas promessas não foi cumprida na realidade, mas as terras eram garantidas pelo governo. A falta de assistência e apoio técnicos gerou insatisfações que se agravaram no decorrer dos anos, além do fracasso na organização cooperativa. Vide Paulo Ribeiro da CUNHA, *Aconteceu Longe Demais: A Luta pela Terra dos Posseiros em Formoso e Trombas e a Revolução Brasileira (1950-1964)*, São Paulo, EdUNESP, 2007, pp. 153-156; Denis CASTILHO, "A Colônia Agrícola Nacional de Goiás (CANG) e a Formação de Ceres-GO – Brasil", *Élisée – Revista de Georgrafia da UEG*, vol. 1, n. 1, janeiro/junho de 2012, pp. 119-130 e Wagner Abadio de FREITAS & Marcelo de MELLO, "A Colônia Agrícola Nacional de Goiás e a Redefinição nos Usos do Território", *Sociedade e Natureza*, vol. 26, n. 3, setembro/dezembro de 2014, pp. 475-481.

58 A colônia foi criada pelo Decreto-Lei nº 5.941, de 28 de outubro de 1943. Com cerca de 400 mil hectares, a demarcação da colônia só foi finalizada no Governo Dutra. Sobre a Colônia Agrícola Nacional de Dourados, vide Walter Guedes SILVA, "A Estratégia de Integração do Sul do Estado de Mato Grosso ao Território Nacional durante o Governo Vargas: Uma Análise a partir da Criação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados em 1943", *Revista do Departamento de Geografia – Universidade de São Paulo*, vol. 31, 2016, pp. 32-38.

59 Sobre as colônias agrícolas nacionais, vide Alcir LENHARO, *Colonização e Trabalho no Brasil cit.*, pp. 47-57; Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 61 e 71-72; João Marcelo Ehlert MAIA, *Estado, Território e Imaginação Espacial cit.*, pp. 59 e 156-167; Wagner Abadio de FREITAS & Marcelo de MELLO, "A Colônia Agrícola Nacional de Goiás e a Redefinição nos Usos do Território" *cit.*, pp. 472-475 e Thiago Freitas HANSEN, *Imaginários da Modernização do Direito na Era Vargas cit.*, pp. 101-103. Para uma análise crítica das colônias agrícolas sob a perspectiva da sujeição do trabalho dos colonos, vide Vania Maria Ramos de AZEVEDO, "Marcha para o Oeste: Direito à Propriedade ou Sujeição ao Trabalho?", *Cadernos IPPUR/UFRJ*, ano III, número especial, dezembro de 1989, pp. 94-112.

Pará, Amazonas, Maranhão, Piauí e Paraná garantiriam o abastecimento de suas respectivas capitais[60].

No processo de ocupação da Amazônia, a grande política de deslocamento populacional foi gerada pela chamada "batalha da borracha". Com a Segunda Guerra Mundial e a ocupação dos seringais asiáticos pelas forças japonesas, a produção de borracha natural no Brasil se tornou estratégica para o esforço de guerra norte-americano. Nos Acordos de Washington, de 1942, o Brasil se comprometeu com os Estados Unidos e o Reino Unido a garantir o fornecimento de borracha natural para o abastecimento das forças aliadas[61]. O Decreto-Lei nº 4.221, de 1º de abril de 1942, instituiu a exclusividade do Governo Federal na compra e venda de qualquer tipo de borracha, seja para a indústria nacional, seja para a exportação. Esse monopólio, bem como o financiamento da produção da borracha, seria exercido pelo Banco de Crédito da Borracha[62]. Os projetos de colonização da Amazônia foram, assim, ofuscados pela busca de trabalhadores dedicados à exploração da borracha natural. A exploração da borracha foi equiparada ao serviço militar por meio do Decreto-Lei nº 5.225, de 1º de fevereiro de 1943, o que deu origem à expressão "soldados da borracha". Foi criado o Serviço de Mobilização de Trabalhadores para a Amazônia (SEMTA)[63], com sede em Fortaleza, cujo objetivo era recrutar e levar trabalhadores do Nordeste para a Amazônia. Um acordo entre a Superintendência de Abastecimento do Vale Amazônico (SAVA)[64], cuja missão era garantir o suprimento de gêneros básicos para os seringais, com a *Rubber Development Company*, ente público norte-americano, foi firmado no esforço de mobilização econômica para a guerra. Em 1943, a SEMTA foi extinta e substituída por outro órgão, a CAETA (Comissão Administrativa de Encaminhamento de Trabalhadores para a Amazônia)[65]. O plano inicial era o de transferir e fixar até cinquenta mil trabalhadores na Amazônia. No entanto, apesar de todas as medidas tomadas, o quadro de extrema exploração que existia nos seringais não se alterou[66] e a produção de borracha natural nunca alcançou as metas desejadas. A produção de 18.200 toneladas em 1941 passou para 32.300 toneladas em 1945, mas não atingiu a meta estipulada de 45 mil toneladas[67].

60 Foram criadas ainda outras seis colônias agrícolas nacionais: a Colônia Agrícola Nacional do Amazonas (Decreto nº 8.506, de 30 de dezembro de 1941), a Colônia Agrícola Nacional do Pará (Decreto nº 8.671, de 30 de janeiro de 1942), a Colônia Agrícola Nacional do Maranhão (Decreto nº 10.325, de 27 de agosto de 1942), a Colônia Agrícola Nacional General Osório, no Paraná (Decreto nº 12.417, de 12 de maio de 1943), a Colônia Agrícola Nacional do Piauí (Decreto nº 16.780, de 10 de outubro de 1944) e a Colônia Agrícola Nacional de Jaíba, em Minas Gerais (Decreto nº 25.547, de 21 de setembro de 1948).

61 Nelson Prado Alves PINTO, *Política da Borracha no Brasil - Falência da Borracha Vegetal*, São Paulo, Hucitec/Centro Regional de Economia, 1984, pp. 93-95.

62 A constituição do banco foi autorizada pelo Decreto-Lei nº 4.451, de 09 de abril de 1942. A Lei nº 1.184, de 30 de agosto de 1950, mudou a sua denominação para Banco de Crédito da Amazônia, mas manteve a atribuição do monopólio da compra e venda da borracha. Vide Nelson Prado Alves PINTO, *Política da Borracha no Brasil cit.*, pp. 95-96. Sobre os aspectos jurídicos do monopólio da borracha, vide Carlos Medeiros SILVA, "Monopólio – Intervenção do Estado na Ordem Econômica – Produção e Comércio de Borracha – Lei e Regulamento", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 33, julho de 1953, pp. 453-457.

63 O SEMTA foi criado pela Portaria nº 28, de 30 de novembro de 1942, da Coordenação de Mobilização Econômica, responsável pela gestão econômica do esforço de guerra.

64 Decreto-Lei nº 5.044, de 04 de dezembro de 1942.

65 Decreto-Lei nº 5.813, de 14 de setembro de 1943. Tanto a SAVA quanto a CAETA foram extintas por meio do Decreto-Lei nº 8.416, de 21 de dezembro de 1945.

66 O Decreto-Lei nº 4.841, de 17 de outubro de 1942, tentou garantir melhores condições para os seringueiros, como a garantia de sessenta por cento do valor apurado após a venda da borracha, o direito de cultivar a terra em torno de sua barraca, a meação das castanhas que colhessem, etc. Infelizmente, a falta de fiscalização fez com que essas medidas não fossem efetivamente implementadas.

67 Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 162-166; Alcir LENHARO, *Colonização e Trabalho no Brasil cit.*, pp. 89-99; Nelson Prado Alves PINTO, *Política da Borracha no Brasil cit.*, pp. 96-103; María Verónica SECRETO, *Soldados da Borracha: Trabalhadores entre o Sertão e a Amazônia no Governo Vargas*, São Paulo, Ed. Fundação Perseu Abramo, 2007, pp. 83-114 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 72-75. A política de defesa da borracha passou a ser atribuição da Comissão Executiva de Defesa da Borracha, constituída por meio da Lei nº 86, de 08 de setembro de 1947. O esforço dos trabalhadores do chamado "exército da borracha" só foi tardiamente reconhecido pela Constituição de 1988, no seu artigo 54 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O Estado Novo ainda se ocupou com a colonização das áreas de fronteira. O Decreto-Lei nº 1.164, de 18 de março de 1939, em seu artigo 19, criou a Comissão Especial de Revisão de Concessões de Terras na Faixa de Fronteiras (CEFF), com o objetivo de reforçar a presença federal no oeste do país. As concessões de terras não poderiam mais passar de dois mil hectares, inclusive para empresas. Foi também estruturado um plano de colonização com a previsão de concessão de áreas de dez hectares para cultivo, especialmente para praças que tenham tido baixa das Forças Armadas, militares reformados ou funcionários públicos aposentados. Havia, ainda, a possibilidade de revisão das concessões e títulos já existentes, o que seria uma ameaça aos latifundiários de Mato Grosso[68].

Com a forte reação dos pecuaristas, foi baixado o Decreto-Lei nº 1.968, de 17 de janeiro de 1940, que abria uma exceção ao limite máximo de dois mil hectares para concessões de terras na faixa de fronteira: as concessões poderiam ser maiores caso fossem necessárias especialmente em se tratando de indústrias extrativas ou de pecuária (artigo 3º). Os beneficiários de concessões de terras para ocupação e plantio foram ampliados no artigo 6º para além dos militares reformados e funcionários públicos aposentados, incluindo reservistas e nacionais retirantes de regiões atingidas por qualquer calamidade pública. Mesmo com o recuo em relação à área máxima a ser concedida, o Estado nacional brasileiro tentou aprimorar o controle nacional, preocupado com as grandes extensões de terra nas mãos de estrangeiros. A Comissão Especial poderia não só rever as concessões de terras e fiscalizar a aplicação da lei, mas também proceder a estudos e emitir parecer sobre empresas, concessões de terras e de vias de comunicação ou meios de transportes (artigo 17). Houve, inclusive, uma série de pressões contra as terras da Companhia Matte Laranjeira, que teve suas concessões encampadas pela União[69]. A atuação federal na fronteira acabou por se tornar mais limitada novamente com a não manutenção dos Territórios Federais de Iguaçu e de Ponta Porã[70] pela Assembleia Nacional Constituinte de 1946[71]. Do mesmo modo, boa parte das medidas do Estado Novo que tratavam da questão agrária foram revogados durante a Assembleia Nacional Constituinte de 1946 como componentes do "entulho autoritário". A consequência foi o abandono dos projetos de colonização e o avanço do latifúndio sobre as terras públicas[72].

68 Sobre os latifúndios no Mato Grosso, vide Nelson Werneck SODRÉ, *Oeste cit.*, pp. 127-132, 145-150, 172-177 e 189-191.

69 Decreto-Lei nº 6.428, de 17 de abril de 1944.

70 Os Territórios Federais do Amapá, Rio Branco (atual Roraima), Guaporé (atual Rondônia), Ponta Porã e Iguaçu foram criados pelo Decreto-Lei nº 5.812, de 13 de setembro de 1943. A Constituição de 1946 decidiu pela extinção dos Territórios de Ponta Porã e de Iguaçu (artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), mantendo os demais.

71 Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, p. 130 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 51-52 e 66-71.

72 Alcir LENHARO, *Colonização e Trabalho no Brasil cit.*, pp. 46-47 e Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, pp. 130-135.

## O Retrocesso da Constituição de 1946

A Constituição de 1946 tratou da propriedade em dois dispositivos, um, o artigo 141, §16[73], situado no capítulo dos direitos e garantias individuais e o outro, o artigo 147[74], localizado no capítulo da ordem econômica e social. Apesar do retrocesso em matéria de desapropriação, a função social da propriedade estava consagrada no texto constitucional. Os dispositivos sobre a indenização prévia e em dinheiro podem ser explicados como uma reação da Assembleia Constituinte ao intervencionismo do Estado Novo[75]. A questão da exploração agrícola foi tratada pela Constituição de 1946 ainda em seu artigo 156[76], que determinava a busca pela fixação do homem no campo e toda uma política de colonização e assentamentos.

Embora boa parte dos juristas da época defendesse a função social da propriedade como uma mudança na concepção da propriedade liberal tradicional[77], o grande tema debatido no período democrático pós-1945 foi o obstáculo constitucional à desapropriação para reforma agrária. Alguns setores chegaram a propor que os casos referentes aos latifúndios improdutivos fossem analisados exclusivamente sob o artigo 147 da Constituição, e não sob o artigo 141, §16. A reforma agrária, no entanto, só poderia ser promovida efetivamente com a mudança da Constituição.

Mesmo assim, houve quem entendesse, como Francisco Campos, que o Congresso Nacional não poderia emendar a Constituição de 1946 para remover os obstáculos à reforma agrária por se tratar, em sua opinião, de violação aos limites do poder de reforma constitucional. Para Francisco Campos, nenhuma emenda poderia alterar *"o sistema e o espírito da Constituição"*,

73 Artigo 141, §16 da Constituição de 1946: *"A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos têrmos seguintes:* §16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interêsse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito e a indenização ulterior".

74 Artigo 147 da Constituição de 1946: *"O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos"*.

75 Cf. Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)", pp. 143-144. Vide ainda, para o debate na Assembleia Constituinte de 1946, João ALMINO, *Os Democratas Autoritários - Liberdades Individuais, de Associação Política e Sindical na Constituinte de 1946*, São Paulo, Brasiliense, 1980, pp. 102-108 e 226-228. Para uma crítica ferina sobre as discussões em torno do regime da propriedade na Assembleia Constituinte, vide Osny Duarte PEREIRA, *Que é a Constituição? Crítica à Carta de 1946 com vistas a Reformas de Base*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1964, pp. 175-199 e 219-220.

76 Artigo 156 da Constituição de 1946: *"A lei facilitará a fixação do homem no campo, estabelecendo planos de colonização e de aproveitamento das terras pública. Para êsse fim, serão preferidos os nacionais e, dentre êles, os habitantes das zonas empobrecidas e os desempregados.*
*§1º - Os Estados assegurarão aos posseiros de terras devolutas, que nelas tenham morada habitual, preferência para aquisição até vinte e cinco hectares.*
*§2º - Sem prévia autorização do Senado Federal, não se fará qualquer alienação ou concessão de terras públicas com área superior a dez mil hectares.*
*§3º - Todo aquêle que, não sendo proprietário rural nem urbano, ocupar, por dez anos ininterruptos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, trecho de terra não superior a vinte e cinco hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nêle sua morada, adquirir-lhe-á a propriedade, mediante sentença declaratória devidamente transcrita"*.

77 Carlos Medeiros SILVA, "A Desapropriação por Interêsse Social", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 29, julho de 1952, pp. 3-12; Hermes LIMA, "Intervenção Econômica do Estado Moderno", *Revista Forense*, vol. 155, setembro/outubro de 1954, pp. 475-476 e Miguel Seabra FAGUNDES, "Da Intervenção do Estado na Ordem Econômica, Em Face da Constituição Federal", *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores* nº 86, junho de 1963, pp. 7-8, 17-19 e 21-22. Em sentido contrário, ainda dentre os juristas, vide a defesa veemente de Sampaio Dória da proteção da propriedade como direito absoluto em A. de Sampaio DÓRIA, *Direito Constitucional – Curso e Comentários à Constituição*, 3ª ed., São Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1953, vol. 2, pp. 310-319 e 332-338.

atingindo os direitos fundamentais, como o direito de propriedade[78]. Em sua opinião, qualquer emenda que buscasse viabilizar a reforma agrária serviria para vulnerar a garantia constitucional da propriedade[79]. A eventual substituição do pagamento da indenização pela desapropriação em dinheiro pelo pagamento em títulos seria um confisco da propriedade[80]. Francisco Campos, assim, sintetiza todo o pensamento do conservadorismo jurídico sobre o que seria a aprovação de uma emenda que tornasse possível a reforma agrária no regime constitucional de 1946: *"O que é certo, porém, aprovada qualquer emenda do tipo das conhecidas, é que se terá aberto na Constituição a fenda pela qual se escoará a nossa economia, e pela qual há, necessariamente, de infiltrar-se o totalitarismo político, o partido único, mas sem direito a qualquer opção, a ditadura das vanguardas radicais, não seguramente das que hoje se aparentam futuros donatários do poder, mas outras, as endurecidas no ofício da penosa luta pelo poder, sem qualquer reserva ou escrúpulo quanto aos meios, capazes, sofridas e dispostas a todos os riscos, e que nunca foram acolchoados por nenhum govêrno para atenuar ou absorver os impactos a que pudessem estar expostas*. (1967, pp. 33-34).

## Projetos de Legislação Agrária

O primeiro projeto de um Código Rural que abrangesse a organização jurídica das relações agrárias foi apresentado à Câmara dos Deputados pelo então Deputado Borges de Medeiros, antecessor de Getúlio Vargas no Governo do Rio Grande do Sul, em 28 de setembro de 1937[81]. Em virtude do golpe que instaurou o Estado Novo em novembro daquele ano e a dissolução das duas casas do Congresso Nacional, o projeto nunca foi debatido.

A proposta de um Código Rural é suscitada novamente, ainda durante o Estado Novo, em um anteprojeto elaborado por uma comissão composta por Luciano Pereira da Silva, Carlos Medeiros Silva, Francisco Leite Alves Costa, Adamastor Lima, Alberto Rego Lins e João Soares Palmeira. O projeto de Código Rural foi publicado em 15 de janeiro de 1943 no Diário Oficial da União, com um prazo para o recebimento de sugestões[82]. Dentre as sugestões apresentadas, a mais abrangente foi a elaborada por Francisco Malta Cardozo e aprovada pela Sociedade Rural Brasileira, com várias críticas à expansão dos direitos dos trabalhadores urbanos aos trabalhadores rurais, que deveriam ter um regime de trabalho adaptado às especificidades do trabalho no campo[83].

78 Francisco CAMPOS, "Poder de Emenda. Reforma Agrária", *Bahia Forense*, vol. 6, n. 5, junho/dezembro de 1967, pp. 24-32. Embora publicado em 1967, o parecer foi elaborado no início da década de 1960, ainda sob o regime constitucional de 1946. Para uma posição praticamente idêntica à de Francisco Campos, vide Afrânio de CARVALHO, *Reforma Agrária*, Rio de Janeiro, Edições O Cruzeiro, 1963, pp. 263-270. Sobre o debate parlamentar em torno das propostas de emenda constitucional que visavam a realização da reforma agrária no início da década de 1960, vide Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária*, Brasília, Ed. Gráfica Brasiliana, 1985, pp. 303-310.

79 Francisco CAMPOS, "Poder de Emenda. Reforma Agrária" *cit.*, pp. 32-35.

80 Nas palavras de Francisco Campos: *"Assim, as emendas que substituem a indenização em moeda, que é de curso forçado, por indenização em papéis de natureza meramente obrigacional, admitem, por isto mesmo, não de modo expresso, mas envolvido em mistificação verbal e jurídica, o confisco puro e simples da propriedade"in* Francisco CAMPOS, "Poder de Emenda. Reforma Agrária" *cit.*, p. 33.

81 Vide o texto do projeto de Código Rural apresentado por Borges de Medeiros em Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 406-427.

82 Vide o texto do projeto de Código Rural publicado em 1943 em COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, *Reforma Agrária no Mundo e no Brasil*, Rio de Janeiro, Ministério da Agricultura, 1952, pp. 143-186.

83 O texto do anteprojeto de Francisco Malta Cardozo de Código Rural pode ser visto em Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 276-328.

A comissão que elaborou o projeto de Código Rural reviu a sua proposta, incorporando muitas das sugestões recebidas e enviou o projeto em julho de 1944 para o Presidente Getúlio Vargas, cuja decisão final foi não dar encaminhamento à proposta[84]. Houve, ainda, a elaboração de um projeto de Código Rural para o Estado do Rio Grande do Sul em maio de 1948, de autoria do jurista especializado em temas agrários Joaquim Luís Osório[85]. A última tentativa foi, em maio de 1951, a apresentação de um outro projeto de Código Rural, de autoria do Deputado Federal Sylvio Echenique (PTB-RS)[86]. Nenhuma das propostas de Código Rural teve seguimento no Brasil até a aprovação do Estatuto da Terra, logo após o golpe militar de 1964.

O Deputado Federal Nestor Duarte (UDN-BA) apresentou em abril de 1947 o primeiro projeto de lei sobre reforma agrária no Brasil. Duarte entendia a reforma agrária como "*a revisão, por diversos processos de execução, das relações jurídicas e econômicas dos que detêm e trabalham a propriedade rural, com o objetivo de modificar a situação do domínio e posse da terra e a distribuição da renda agrícola*"[87]. O projeto distinguia expressamente a reforma agrária que atinge a área da propriedade de outras reformas que restringissem o direito de propriedade[88]. Para ele, reforma agrária seria sempre realizada dentro de parâmetros legais, evitando-se excessos[89]. Em suas palavras: *"Não há, pois, que plantar a bandeira vermelha da expropriação total no tôpo da reforma agrária para condenar a tôdas pelo horror das exceções"*[90].

A proposta de Nestor Duarte tinha por ponto central determinar a reserva de um quarto de toda propriedade monocultora, indústria agrícola e extrativa, exploração florestal e de pecuária para a utilização pela lavoura de subsistência. As terras férteis mais próximas das vilas e cidades também deveriam ser destinadas à pecuária leiteira e à lavoura de subsistência, podendo ser organizadas sob o regime de pequena propriedades ou como grande propriedade coletiva, por meio de cooperativas ou associações[91]. Nestor Duarte era da opinião que a Constituição de 1946 não seria um obstáculo para a reforma agrária. O problema não era a indenização em dinheiro, pois haveria, para ele, meios de utilizar a ideia de função social da propriedade, limitando ou condicionando o uso da terra sem a necessidade do pagamento de indenização. A necessidade de indenização prévia e em dinheiro não poderia, assim, ser um estorvo para retardar a realização da reforma agrária brasileira[92].

Em janeiro de 1948, o Governo Dutra encaminhou ao Congresso Nacional um projeto de lei sobre as relações agrárias de autoria de Afrânio de Carvalho, que o denominou de "Lei Agrária". A principal preocupação do projeto era com a exploração antieconômica da propriedade, entendendo que caberia à iniciativa privada primordialmente reestruturar o setor agrário:

84 Para o texto final do projeto de Código Rural revisto em 1944, vide COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, *Reforma Agrária no Mundo e no Brasil cit.*, pp. 187-244.

85 O texto do projeto de Código Rural do Estado do Rio Grande do Sul de 1948 está em Joaquim Luís OSÓRIO, *Direito Rural*, 2ª ed., Rio de Janeiro, José Konfino Editor, 1948, pp. 333-363.

86 Para o texto do projeto, vide COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, *Reforma Agrária no Mundo e no Brasil cit.*, pp. 245-289.

87 Nestor DUARTE, *Reforma Agrária*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1953, p. 50.

88 Nestor DUARTE, *Reforma Agrária cit.*, pp. 50-52.

89 Nestor DUARTE, *Reforma Agrária cit.*, pp. 52-57.

90 Nestor DUARTE, *Reforma Agrária cit.*, p. 57.

91 Nestor DUARTE, *Reforma Agrária cit.*, pp. 82-90. Vide também Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 289-290.

92 Nestor DUARTE, *Reforma Agrária cit.*, pp. 91-97.

> Assim, a mudança da estrutura agrária deverá operar-se inicialmente tanto pela ação administrativa do Estado, mediante loteamento de terras públicas ou expropriadas por interêsse social (Const., arts. 147 e 156 e 141 §16), como sobretudo pela atividade negocial dos particulares, mediante o uso de faculdades legais comuns, mas moldadas, com o suprimento das omissões, para a correção espontânea da má distribuição. Quer isto dizer que o anteprojeto recorre à iniciativa do Estado, aos meios diretos, o mínimo possível, deixando o mais à iniciativa privada, aos meios indiretos, já que êstes, movimentados pelo livre jôgo dos interêsses individuais, são os que produzem mais fecundos resultados. Com o correr do tempo, cumprida a missão passageira do Estado, só restará em campo a iniciativa privada para, condicionada pela lei, manter o reordenamento rural, sustentar a nova estrutura agrária. (Carvalho, 1963, 7).

Dada a necessidade do pagamento da indenização da desapropriação ser em dinheiro[93], a utilização de meios indiretos, como tributação, incentivos, ou financiamentos[94] induziria os proprietários de terras a adequarem sua exploração no sentido do interesse econômico e social do país[95].

Em 1954, o Deputado Federal Joaquim Nunes Coutinho Cavalcanti (PTB-SP) apresentou um novo projeto de lei sobre a reforma agrária, prevendo o combate ao latifúndio improdutivo e ao minifúndio, o que possibilitaria a reestruturação do mercado interno, a melhoria das condições de vida da população, a incorporação de tecnologia ao processo produtivo agrícola e a integração entre a agricultura e a indústria[96]. Para Coutinho Cavalcanti, a reforma agrária era uma política ampla que albergava a distribuição, utilização e exploração sociais e racionais da propriedade agrícola, a melhor organização e extensão do crédito rural e a melhoria das condições de vida da população no campo. Para tanto, a propriedade agrária deveria ser entendida como função social, nos termos do artigo 147 da Constituição de 1946, verdadeira *"coluna mestra da reforma agrária"*[97].

Coutinho Cavalcanti defendeu em sua proposta a criação de um órgão autárquico federal, o Instituto Agrário Nacional, que seria o responsável por estruturar a política agrícola e de reforma agrária, estruturando o planejamento e a política de preços agrícolas. Havia, ainda, a previsão da reestruturação e efetiva cobrança do imposto territorial rural e a criação de um fundo agrário nacional[98]. O projeto dispunha, ainda, sobre um Plano Geral de Reforma Agrária[99] com medidas de assistência técnica aos assentados, políticas de escoamento da produção, etc. Seria convocada também periodicamente uma Convenção Nacional de Reforma Agrária, na qual os representantes da União, Estados e municípios fariam o levantamento das propriedades suscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária[100]. A execução final e a fiscalização da política nacional de reforma agrária seria efetivada pelas Comissões Agrárias Municipais, a

93 Afrânio de CARVALHO, *Reforma Agrária cit.*, pp; 55-71.

94 Afrânio de CARVALHO, *Reforma Agrária cit.*, pp. 127-149.

95 Afrânio de CARVALHO, *Reforma Agrária*, pp. 19-53. Vide também Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 144-145 e Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 161-163.

96 Joaquim Nunes Coutinho CAVALCANTI, *Reforma Agrária no Brasil*, São Paulo, Edições Autores Reunidos, 1961, pp. 85-92 e 125-132.

97 Joaquim Nunes Coutinho CAVALCANTI, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 55-65 e 120-124.

98 Joaquim Nunes Coutinho CAVALCANTI, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 133-145.

99 Joaquim Nunes Coutinho CAVALCANTI, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 153-154.

100 Joaquim Nunes Coutinho CAVALCANTI, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 147-149.

serem criadas em cada um dos municípios brasileiros[101]. O projeto de Coutinho Cavalcanti foi o projeto de lei mais bem estruturado até então apresentado sobre a reforma agrária e chegou a influenciar a legislação agrária cubana pós-revolução[102].

No breve Governo Jânio Quadros foi instaurado um grupo de trabalho para elaborar uma nova legislação agrária, presidido pelo ex-Governador de Minas Gerais Milton Campos (UDN). Participaram desse grupo D. Helder Câmara (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), D. Ivan Luz (Instituto Nacional de Imigração e Colonização), Thomas Pompeu Accioly Borges, Ignácio Rangel, Janes Angelo de Souza (Ministério da Agricultura), João Napoleão de Andrade (Associação Brasileira de Associações Rurais) e Edgar Teixeira Leite (Confederação Rural Brasileira). O material produzido foi encaminhado ao então Primeiro-Ministro Tancredo Neves (PSD), que o enviou ao Congresso Nacional. Esse projeto serviu como base para o que seria aprovado após o golpe militar como Estatuto da Terra (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964)[103].

## O Segundo Governo Vargas e a Comissão Nacional de Política Agrária

A reforma agrária volta ao centro das preocupações governamentais com o retorno de Getúlio Vargas à Presidência da República. Têm início uma série de iniciativas de reformulação agrária a serem feitas por meio do Estado, inclusive com a preocupação de integrar o setor agropecuário ao processo de industrialização que ganhava mais intensidade[104]. O Presidente propôs a regulamentação e utilização do artigo 147 da Constituição. Para tanto, enviou um projeto de lei sobre a desapropriação por interesse social, que regulamentava o artigo 147[105]. Este projeto ficou esquecido na Câmara dos Deputados até 1962, quando foi aprovado por pressão do Presidente João Goulart, tornando-se a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962.

101 Joaquim Nunes Coutinho CAVALCANTI, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 111-118 e 151-152.

102 Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 290-294.

103 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 194-197 e Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 170-173. Para uma crítica ao projeto apresentado pelo Grupo de Trabalho presidido por Milton Campos, vide Afrânio de CARVALHO, *Reforma Agrária cit.*, pp. 271-285

104 Em relação à adoção de medidas que buscavam direcionar a produção agropecuária brasileira no sentido da modernização e da industrialização, merece destaque a edição do Regulamento de Inspeção Industrial e Sanitária de Produtos de Origem Animal (RIISPOA), por meio do Decreto nº 30.691, de 29 de março de 1952, que regulamentava a Lei nº 1.283, de 18 de dezembro de 1950. Vide Marco Aurélio Cezarino BRAGA, *Dilemas do Desenvolvimento Agrícola Brasileiro: A Produção Artesanal do Queijo Canastra*, Belo Horizonte, Casa do Direito, 2019, pp. 113-135. Outro exemplo de política industrial a partir da exploração de recursos naturais é a política da borracha, cujas idas e vindas impediram a vinculação efetiva entre o extrativismo gomífero e o desenvolvimento industrial do país. A política da borracha foi muitas vezes compreendida apenas como uma política regional específica da Amazônia, ignorando-se a possibilidade de articulação entre a produção extrativista e a indústria. Com a queda na produção de borracha natural, Getúlio Vargas baixou o Decreto nº 30.694, de 31 de março de 1952, determinando quotas de fornecimento de borracha para as empresas produtoras de artefatos de borracha com a necessidade de provarem para a Comissão Executiva de Defesa da Borracha que investiram vinte por cento dos seus lucros líquidos anuais no plantio de seringueiras. O Decreto nº 35.371, de 12 de abril de 1954, definiu como empresas produtoras de artefatos de borracha as que consumissem ao menos cento e vinte mil toneladas de borracha por ano. A produção e a industrialização da borracha foram vistas como questões nacionais e interdependentes. A resistência das grandes empresas do setor, na maioria estrangeiras, inviabilizou a política preconizada no Segundo Governo Vargas de articular a produção com a industrialização da borracha. Vide Nelson Prado Alves PINTO, *Política da Borracha no Brasil cit.*, pp. 103-133. Para a defesa da constitucionalidade dessa política, vide Carlos Medeiros SILVA, "Monopólio – Intervenção do Estado na Ordem Econômica – Produção e Comércio de Borracha – Lei e Regulamento" *cit.*, pp. 457-458.

105 Durante o Estado Novo já havia sido baixado o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, que dispõe sobre a desapropriação por utilidade pública. Sobre a inovação da desapropriação por interesse social no texto da Constituição de 1946, vide Carlos Medeiros SILVA, "A Desapropriação por Interêsse Social" *cit.*, pp. 12-13. Vide, ainda, Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 167-169.

A Comissão Nacional de Política Agrária foi instituída por meio do Decreto nº 29.803, de 25 de julho de 1951, sendo presidida pelo então Ministro da Agricultura, João Cleophas, e funcionando como um órgão de estudos e planejamento[106]. Em 1952, a Comissão elaborou as diretrizes para a reforma agrária no Brasil. O objetivo fundamental da reforma agrária seria o acesso à terra para evitar a proletarização das massas rurais, valorizando o homem e a terra de modo a assegurar a todos um trabalho que possibilitasse uma existência digna[107]. No entendimento da Comissão Nacional de Política Agrária, a indenização pela desapropriação dos latifúndios improdutivos deveria fugir à regra do artigo 141, §16 da Constituição de 1946, ainda que fosse necessária uma emenda constitucional para tanto[108].

Ainda dentre as diretrizes para a reforma agrária, a Comissão destacou que a colonização agrícola deveria dar preferência para as áreas ricas, saneadas e próximas dos mercados de consumo, como um movimento natural de expansão agrícola, posicionando-se contrariamente ao transplante de populações para áreas longínquas e isoladas. Outra diretriz fundamental seria a promoção da criação de cooperativas rurais. O objetivo da reforma agrária, segundo o documento, era criar comunidades rurais habilitadas a progredir econômica, social e politicamente dentro da sociedade brasileira[109]. As diretrizes para a reforma agrária propostas pela Comissão Nacional de Política Agrária foram aprovadas em 18 de setembro de 1952 pelo Presidente Getúlio Vargas.

Além da aprovação das diretrizes, foi criado o Instituto Nacional de Imigração e Colonização (Lei nº 2.163, de 05 de janeiro de 1954)[110], que regulamentava o artigo 162, parágrafo único da Constituição de 1946[111]. A partir dos estudos elaborados pela Comissão Nacional de Política Agrária, o Presidente Getúlio Vargas encaminhou ao Congresso Nacional diversos projetos de lei que versavam sobre a questão agrária, como o projeto de lei sobre a irrigação no Polígono das Secas, o projeto de lei sobre o acesso à exploração agrícola, que buscava regulamentar o artigo 156 da Constituição de 1946, e o projeto de lei sobre a gestão dos recursos naturais renováveis, propondo a criação do Conselho Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis (CBRNR), que seria o órgão responsável pela política conservacionista do país. A Comissão também propôs o projeto de lei sobre seguro agrícola, transformado na Lei nº 2.168, de 11 de janeiro de 1954, que autorizou a criação da Companhia Nacional de Seguro Agrícola e do Fundo de

106 João CLEOPHAS, *Reforma Agrária no Brasil*, Recife, Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais, 1960, pp. 55-57 e Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 147-150 e 152.

107 João CLEOPHAS, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 57-58.

108 Carlos Medeiros SILVA, "A Desapropriação por Interêsse Social" *cit.*, pp. 14-15.

109 COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, "Diretrizes para a Reforma Agrária no Brasil" *inReforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Guarany, 1956, pp. 23-26 e João CLEOPHAS, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 58-59.

110 COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, "Instituto Nacional de Imigração e Colonização" *inReforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos cit.*, pp. 27-42 e João CLEOPHAS, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 59-60.

111 Artigo 162 da Constituição de 1946: *"A seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes ficarão sujeitas, na forma da lei, às exigências do interêsse nacional.*
*Parágrafo Único - Caberá a um órgão federal orientar êsses serviços e coordená-los com os de naturalização e de colonização, devendo nesta aproveitar nacionais".*

Estabilidade do Seguro Agrário[112]. Os estudos da Comissão elaboraram, ainda, o projeto de lei sobre arrendamento rural e parceria agrícola, encaminhado já sob a Presidência de Juscelino Kubitschek[113].

Durante o Segundo Governo Vargas ganhou força também a proposta de extensão dos direitos trabalhistas para o campo, apesar da feroz oposição do setor agropecuário. Francisco Malta Cardozo, ligado à Sociedade Rural Brasileira, por exemplo, chegou a afirmar expressamente:

> Quanto ao 'trabalho rural', a prática obtida com a aplicação das leis sociais indiscriminadas, como grande parte dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, impensadamente estendidos aos trabalhadores rurais, demonstra a completa inutilidade do procedimento. Leis de índole urbana, feitas para ambientes controlados, onde impera a máquina e a vontade do homem, não podem surtir o desejado efeito de bem-estar coletivo, onde a chuva, o sol, os ventos, a germinação e seus mistérios, as pragas e os mercados, riem dos caprichos da burocracia e dos desvairos da demagogia política. (1953, pp. 273-274).

O Presidente Getúlio Vargas enviou ao Congresso um projeto de lei que determinava a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na CLT aos trabalhadores rurais com suas especificidades. A resistência do deputado Fernando Ferrari (PTB-RS) foi fundamental para que a matéria permanecesse em discussão na Câmara dos Deputados. No entanto, a forte oposição de entidades como a Sociedade Rural Brasileira, a Sociedade Nacional de Agricultura e a Confederação Rural Brasileira fez com que a legislação só fosse aprovada em 1963, com a promulgação do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214, de 02 de março de 1963) no Governo João Goulart[114].

## A Questão Regional

A industrialização foi o cerne do Governo Juscelino Kubitschek, que também buscou tentar implementar uma política de cunho reformista. No entanto, a conjuntura política impediu o Presidente de atuar decisivamente, especialmente no tocante à reforma agrária. A construção da infraestrutura viária e energética na implementação do Plano de Metas ampliou a integração entre as regiões do país e facilitou tanto a ampliação do mercado consumidor de produtos industrializados como o escoamento da produção agropecuária, bem como iniciou uma maior expansão da fronteira agrícola do país. Além disso, houve um crescimento dos

112 COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, "Acesso à Exploração Agrícola" *inReforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos cit.*, pp. 61-74; COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, "Conselho Brasileiro de Recursos Naturais Renováveis" *inReforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos cit.*, pp. 95-107 e João CLEOPHAS, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 63-67 e 71-77.

113 COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, "Arrendamento Rural e Parceria Agrícola" *inReforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos cit.*, pp. 87-94.

114 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 147-148, 155-160 e 171; Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, pp. 172-173 e 177-179; Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 236-238 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 47-50. Ainda sobre a oposição das entidades patronais agrícolas à expansão das leis trabalhistas para o campo, vide Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 200-201 e 273-274.

projetos de modernização e maior integração entre a indústria e o setor agrícola, com a intensificação do uso de fertilizantes e tratores e a construção de armazéns, silos e frigoríficos[115].

O reformismo acabou atuando de forma indireta. Uma das poucas situações em que efetivamente se tratou da questão agrária foi através da problemática das desigualdades regionais, notadamente no Nordeste. De acordo com Aspásia Camargo: *"Não resta dúvida que, nestes anos, como nos seguintes, a politização da questão agrária será indissociável do soerguimento e recuperação das áreas marginalizadas (nas quais as populações camponesas são as mais atingidas) pelo deslocamento do sopro reformista da solução, conflituosa, do desequilíbrio entre as classes para a correção, integrada, do desequilíbrio entre regiões"*[116].

A questão da irrigação das terras do semiárido estava vinculada à política de desenvolvimento regional para o Nordeste. Uma das medidas do projeto de lei elaborado pela Comissão Nacional de Política Agrária sobre o aproveitamento de áreas irrigáveis no Nordeste era a desapropriação por interesse social das terras necessárias à construção de barragens e obras complementares, bem como das terras compreendidas no entorno dos açudes, no seu perímetro inundável e no perímetro irrigável, ou seja, as dominadas pelos canais de irrigação e linhas naturais de drenagem, além dos sequeiros externos ao perímetro irrigável (artigo 2º do projeto de lei elaborado pela Comissão Nacional de Política Agrária). Não por acaso, o projeto enfrentou a reação dos representantes dos grandes proprietários e sofreu inúmeras resistências. Outras propostas sobre o tema da irrigação também não prosperaram no Congresso Nacional[117].

Antes ainda da lei que criaria a SUDENE (Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste) ser aprovada pelo Congresso Nacional, em 1959, o CODENO (Conselho do Desenvolvimento do Nordeste) havia preparado um outro projeto de lei que visava a utilização das terras irrigáveis dos açudes e barragens construídos pelo Estado, seguindo na mesma linha do projeto elaborado pela Comissão Nacional de Política Agrária. A ideia era possibilitar a desapropriação dessas terras para promover o cultivo de alimentos em propriedades de agricultura familiar, melhorando as condições sociais de vida da população local e tornando-a mais apta a enfrentar as secas periódicas. O projeto do CODENO, como não poderia deixar de ser, sofreu forte resistência no Congresso, com a aliança entre forças do Centro-Sul e a oligarquia nordestina, que viam, neste projeto, um precedente perigoso para seus interesses fundiários. Para evitar sua aprovação, foi votado um projeto de lei antigo sobre o mesmo assunto, completamente distinto da proposta do CODENO, que acabou sendo vetado pelo Presidente Juscelino Kubitschek. Com isto, a proposta do CODENO foi arquivada e perdeu-se uma oportunidade de coibir a utilização de verbas públicas para fins de interesse privado dos grandes latifundiários nordestinos[118].

115 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 154-155; Tamás SZMRECSÁNYI & Pedro RAMOS, "O Papel das Políticas Governamentais na Modernização da Agricultura Brasileira" *cit.*, pp. 234-235; Paulo R. BESKOW, "Agricultura e Política Agrícola no Contexto Brasileira da Industrialização do Pós-Guerra (1946-1964)", *Estudos Sociedade e Agricultura*, vol. 7, n. 1, abril de 1999, pp. 60-74 e Vânia Maria Losada MOREIRA, "Os Anos JK: Industrialização e Modelo Oligárquico de Desenvolvimento Rural" *in* Jorge FERREIRA & Lucilia de Almeida Neves DELGADO (orgs.), *O Brasil Republicano*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, vol. 3, pp. 176-188.

116 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, p. 161. Vide, ainda, Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, pp. 173-176. Sobre o ressurgimento e o tratamento da questão das desigualdades regionais na década de 1950, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição*, São Paulo, Max Limonad, 2003, pp. 94-110.

117 COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICA AGRÁRIA, "Irrigação no Polígono das Sêcas" *inReforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos cit.*, pp. 43-60 e João CLEOPHAS, *Reforma Agrária no Brasil cit.*, pp. 64-65.

118 Sobre a proposta do GTDN, materializada no projeto de lei do CODENO, vide GRUPO DE TRABALHO PARA O DESENVOLVIMENTO DO NORDESTE (GTDN), *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste*, 2ª ed., Recife, SUDENE, 1967, pp. 79-80 e Celso FURTADO, *A Operação Nordeste*, Rio de Janeiro, Instituto Superior de Estudos Brasileiros (MEC), 1959, pp. 63-65. Vide também Celso FURTADO, *A Fantasia Desfeita*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989, pp. 61-69 e 76-77.

O Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste (GTDN) havia sido criado pelo Decreto nº 40.554, de 14 de dezembro de 1956, ligado ao Conselho do Desenvolvimento. No entanto, apenas com a seca de 1958, o GTDN foi encarregado de elaborar uma política concreta de desenvolvimento do Nordeste, denominada "Operação Nordeste". Para tanto, o Presidente Juscelino Kubitschek encarregou, pessoalmente, Celso Furtado de coordenar os estudos necessários. Ao entender o problema do Nordeste como um problema de desenvolvimento, o GTDN propunha-se a abordá-lo em sua totalidade, atacando em várias frentes simultaneamente, sem dissipar esforços.

O grande obstáculo à industrialização do Nordeste era, para o Relatório do GTDN, o abastecimento de alimentos. Um autêntico plano de abastecimento, com ampla reorganização da agricultura na Zona da Mata e no Agreste, seria um pré-requisito essencial para o sucesso da industrialização. Como a terra agricultável no Nordeste era um fator escasso e monopolizada pela lavoura canavieira, a oferta local de alimentos era insuficiente, tornando a região dependente das importações. Sendo importados, os alimentos eram mais caros no Nordeste do que no Centro-Sul. Deste modo, o custo relativo da mão-de-obra no Nordeste era atingido pela elevação dos preços dos gêneros alimentícios, o que consagrava o abastecimento de alimentos como a causa principal das dificuldades de concorrência das indústrias nordestinas com as do Centro-Sul[119].

O Relatório do GTDN inovou completamente em relação à compreensão do problema da seca no Nordeste. O diagnóstico do problema inicia-se com uma análise da economia do semiárido, formada pela pecuária extensiva (de interesse dos proprietários) e pela agricultura de subsistência (de interesse dos trabalhadores rurais). A lavoura de subsistência consiste, segundo o Relatório, no núcleo da atividade econômica, a meação de algodão e outras tarefas apenas complementariam a renda dos trabalhadores rurais, o que torna a seca uma verdadeira calamidade social, pois afeta essencialmente a agricultura de subsistência, ou seja, os trabalhadores rurais sem meios de se defenderem dos seus efeitos[120].

Desta maneira, a política de desenvolvimento deveria se voltar para promover a adaptação da economia do semiárido às condições físicas e climáticas, buscando torná-la mais resistente às secas. Para tanto, a política federal de combate às secas, limitada à criação de frentes de trabalho para assistir aos flagelados e à construção de açudes em terras particulares, deveria ser completamente revista, com a fixação de prioridades básicas para a construção de açudes, irrigação e instituição de formas socialmente mais justas de aproveitamento das águas já represadas. Outro ponto essencial era o da oferta de alimentos: a seca atingia a lavoura de subsistência, ou seja, a oferta de alimentos. Portanto, a criação de frentes de trabalho sem a intervenção no mercado de alimentos de nada adiantava, bem como a açudagem que só beneficiava a pecuária em detrimento da população local[121].

Além de estruturar uma economia resistente às secas no semiárido, o GTDN propôs o deslocamento da fronteira agrícola nordestina para as zonas úmidas do Maranhão. O objetivo seria utilizar o excesso de mão-de-obra existente no semiárido para a produção de alimentos, visando o abastecimento da região[122].

119 GTDN, *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste cit.*, pp. 58-61 e 89-90 e Celso FURTADO, *A Operação Nordeste cit.*, pp. 36-37.

120 GTDN, *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste cit.*, pp. 62-67.

121 GTDN, *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste cit.*, pp. 12-14, 68-74 e 79-82 e Celso FURTADO, *A Operação Nordeste cit.*, pp. 29-33 e 38.

122 GTDN, *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste cit.*, pp. 74-78 e 82-83 e Celso FURTADO, *A Operação Nordeste cit.*, pp. 32-33 e 67-68.

O Relatório do GTDN via o Nordeste inserido no processo de desenvolvimento nacional, propondo uma política regional conjugada com a política nacional de desenvolvimento. O GTDN elaborou um diagnóstico e uma proposta de política econômica de grande profundidade, pensando em industrializar o Nordeste e transformar suas estruturas econômicas e sociais. O Relatório do GTDN é um documento de cunho predominantemente político, mais do que técnico-econômico, deixando bem claro que o problema do Nordeste era a miséria e o subdesenvolvimento, não a seca. E enfatizava explicitamente a necessidade de transformação da estrutura econômica e produtiva da região, e, implicitamente, por razões de estratégia política, das péssimas condições sociais, causadas, entre outros motivos, pelo regime de concentração fundiária: *"Assim, analisando as economias de uma e outra subregiões, fomos, por caminhos distintos, levados à mesma conclusão: uma oferta inadequada de alimentos constitui o problema fundamental do Nordeste. Essa conclusão vem confirmar o ponto de vista geralmente aceito de que a causa fundamental da baixa produtividade da economia nordestina reside mais na escassez de terras que na de água ou de recursos físicos e de outra natureza"*[123].

A experiência da SUDENE enfatizou a necessidade de um planejamento global que regulasse o uso da terra e combatesse o latifúndio improdutivo. As políticas da SUDENE não atacavam de frente a concentração de terras, mas visavam gerar condições que modificassem a estrutura fundiária. Os reformistas saíram fortalecidos, pois a SUDENE deixou à vista focos de miséria até então desconhecidos ou escondidos da opinião pública. Neste contexto, gerou-se uma nova mentalidade, favorável a amplas reformas estruturais, denominadas reformas de base, com destaque para a reforma agrária[124].

## Controle de Preços e Abastecimento

Desde a Revolução de 1930, o abastecimento foi uma preocupação constante do Estado brasileiro. O objetivo de uma política nacional de abastecimento era organizar o mercado interno, rompendo com o sistema centrado na monocultura exportadora, para evitar o aumento desenfreado dos preços dos produtos básicos, especialmente alimentos[125].

Para tanto, não só foram criados vários órgãos públicos com o objetivo de promover uma política nacional de abastecimento, como essa política estava associada à concepção de proteção da economia popular[126]. A edição do Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, que elencava os crimes contra a economia popular, inclusive, é realizada no contexto de uma das inúmeras crises de abastecimento que atingiam o país. A importância da repressão aos crimes contra a economia popular era tanta que eles foram equiparados aos crimes contra o Estado pela Carta de 1937[127] e deveriam ser julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional, instituído

123 GTDN, *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste cit.*, pp. 76-77.

124 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 160-168 e 189. Sobre a vinculação da criação e implantação da SUDENE com as reivindicações por reformas de base, vide Gilberto BERCOVICI, *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição cit.*, pp. 110-114.

125 Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 79-89 e Guilherme C. DELGADO, "Capital e Política Agrária no Brasil: 1930-1980" *cit.*, pp. 216-217.

126 Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 108-109.

127 Artigo 141 da Carta de 1937: *"A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição".*

pela Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, conforme determinava o Decreto-Lei nº 1.716, de 28 de outubro de 1939[128].

Para centralizar e coordenar a política nacional de abastecimento, foi criada a Comissão do Abastecimento (Decreto-Lei nº 1.607, de 16 de setembro de 1939), cujas competências principais eram assegurar a provisão regular dos bens indispensáveis para a manutenção da população e reprimir a elevação dos preços. Para tanto, a Comissão poderia regular a produção e o comércio de alimentos, matérias-primas, drogas e medicamentos, materiais de construção, combustíveis e outros gêneros de primeira necessidade. Caberia, ainda, à Comissão de Abastecimento levantar os estoques comercializáveis desses bens, estabelecer os preços máximos de venda, adquirir as mercadorias na origem quando necessário, requisitar bens declarados como de utilidade pública pelo governo e asseguar a sua distribuição à população em geral. Tratou-se da primeira tentativa de controle da comercialização de produtos de primeira necessidade em âmbito nacional[129]. Complementando essas medidas, a construção de uma rede nacional de armazéns e silos recebeu uma série de incentivos com a edição do Decreto-Lei nº 7.002, de 30 de outubro de 1944, a serem financiados pela Caixa de Crédito Cooperativo e pelo Banco do Brasil.

Com a entrada do Brasil na Segunda Guerra Mundial, foi instituída a Coordenação da Mobilização Econômica (Decreto-Lei nº 4.750, de 28 de setembro de 1942), órgão responsável pela gestão da economia de guerra e seus efeitos. Dentre suas amplas competências, previstas no artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.750/1942[130], estavam o controle de preços e da comercialização de bens. Nesse contexto, foi baixada a Portaria nº 405, de 06 de setembro de 1945, criando a Comissão Nacional de Preços com o objetivo de determinar o tabelamento de preços de bens de primeira necessidade[131].

Encerrada a guerra, foi extinta a Coordenação da Mobilização Econômica pelo Decreto-Lei nº 8.400, de 19 de dezembro de 1945, mas a Comissão Nacional de Preços foi mantida sob o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Para dar uma maior organicidade à política nacional de preços, o Decreto-Lei nº 9.125, de 04 de abril de 1946, extinguiu a Comissão Nacional de Preços e criou a Comissão Central de Preços (CCP), também vinculada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. A Comissão Central de Preços deveria evitar a elevação do custo de vida no pais e providenciar a redução ou fixação dos preços, além de poder supervisionar e fiscalizar a execução da política geral de preços em todo o país. Cabia à Comissão Central de Preços pesquisar os custos de produção e distribuição para orientar a política geral de preços. Para

128 Para uma exaustiva análise do Decreto-Lei nº 869/1938 e dos julgamentos dos crimes contra a economia popular durante o Estado Novo, vide Mário André Machado CABRAL, *A Construção do Antitruste no Brasil: 1930-1964*, São Paulo, Singular, 2020, pp. 71-83 e 87-144.

129 Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 109-110.

130 Artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.750/1942: *"Ao Coordenador da Mobilização Econômica, como delegado do Presidente da República, competem, em geral, as atribuições de coordenação indispensáveis para: I - Orientar a mineração, a agricultura, a pecuária e a indústria em geral, no sentido de habilitá-las a produzir, com a máxima eficiência, os materiais e produtos mais necessários e urgentes; II - Controlar, através da Carteira de Exportação e Importação do Banco do BrasiI, a importação e a exportação de matérias primas, produtos semi-manufaturados e manufaturados, atendendo às conveniências e necessidades das forças armadas, do serviço público e do povo em geral; III - coordenar os transportes no território nacional e para o exterior; IV - planejar, dirigir e fiscalizar o racionamento de combustiveis e energia; V - intervir no mercado do trabalho, determinando a utilização de mão de obra, no tempo e lugar próprios; VI - investigar o custo, os preços e os lucros das mercadorias, materiais e serviços; VII - fixar os preços máximos, mínimos e básicos, ou os limites de preço pelos quais as mercadorias ou materiais devem ser vendidos ou os serviços devem ser cobrados; VIII - proibir a compra, venda ou fornecimento em base diferente dos preços fixados; IX - determinar as condições de venda de mercadorias; X - exigir dos produtores, fabricantes e demais negociantes e fornecedores de mercadorias as licenças que se fizerem necessárias; XI -, fixar ou limitar a quantidade de qualquer mercadoria a ser vendida, fornecida ou distribuida ao consumo público bem como dos serviços a serem prestados; XII - levantar e coordenar dados estatísticos relativos a preços, custos e estoques de mercadorias; XIII - estudar e propor qualquer medida tendente a assegurar a defesa da economia da Nação".*

131 Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 115-116.

tanto, a Comissão tinha competência para tabelar os. preços máximos de serviços essenciais ou da venda de gêneros ou utilidades essenciais e para regular e disciplinar, no território nacional, a distribuição e transporte dos gêneros e mercadorias de primeira necessidade, ouvido o Ministério da Viação (artigo 4º). Havia, inclusive, a possibilidade de fixar preços de gêneros ou mercadorias não considerados de primeira necessidade para evitar lucros excessivos (artigo 5º).

Em um parecer sobre a suposta inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 9.125/1946 e da política de controle de preços, Francisco Campos afirma que o artigo 146 da Constituição de 1946[132] deveria ter uma interpretação restrita, pois não pretendeu assegurar a possibilidade geral e irrestrita de intervenção estatal no domínio econômico. Como o texto menciona a intervenção por meio de leis especiais, não se trata de uma faculdade geral atribuída ao Estado[133], cuja atuação tem por limite também o respeito aos direitos individuais[134]. Escrita em contraposição expressa à Carta de 1937, a Constituição de 1946, para Francisco Campos, teria instituído uma ordem individualista dos direitos e liberdades, optando por uma ordem econômica liberal, na qual seria totalmente incompatível um mecanismo de controle de preços, por se tratar de uma intervenção estatal total na economia[135]. Em suas palavras: *"De maneira inquestionável, porém, a substituição do mecanismo espontâneo da formação dos preços pelo processo da sua fixação autoritária, é, a tôda evidência e escancaradamente, uma intervenção total na economia, ou a substituição da ordem liberal na sua totalidade pela ordem econômica regida por critérios estranhos à economia, ou pela ordem econômica autoritária, totalitária ou coletivista"*[136].

Utilizando como exemplo outro caso sobre controle de preços, mas em sentido oposto ao de Francisco Campos, Miguel Seabra Fagundes afirma que:

> Aqui não cabe uma opção, mas apenas constatar que, sob o texto do art. 146, o Estado pode oscilar, como convenha, sob o pêso da opinião pública e das necessidades impostas por determinadas conjunturas, do extremo limite da livre emprêsa, até a socialização geral da economia. Até porque, se de um lado a intervenção estatal não aparece como regra no sistema da Carta Magna, de outro não há limite ao processo de intervenção na economia, nem quanto à natureza das medidas, nem quanto à sua multiplicidade, nem quanto a sua duração. (1963, p.24).

132 Artigo 146 da Constituição de 1946: *"A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição"*.

133 Segundo Francisco Campos: *"O que, em última análise, resulta do art. 146 é que prevendo um caso de intervenção parcial ou específica, para autorizá-la, dá como excluída ou inadmissível uma faculdade geral ou indiscriminada de intervenção. A União não poderá, portanto, intervir no domínio econômico senão para 'monopolizar determinada indústria ou atividade'. Qualquer outra intervenção é proibida ou só se pode operar mediante o que Carl Schmitt denomina ato apócrifo de soberania, isto é, um ato não canônico, ou contrário aos cânones ou às normas constitucionais"in* Francisco CAMPOS, "Inconstitucionalidade da Comissão Central de Preços" *in* Francisco CAMPOS, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, vol. 2, p. 91.

134 Francisco CAMPOS, "Inconstitucionalidade da Comissão Central de Preços" *cit.*, pp. 88-91.

135 Francisco CAMPOS, "Inconstitucionalidade da Comissão Central de Preços" *cit.*, pp. 97-103

136 Francisco CAMPOS, "Inconstitucionalidade da Comissão Central de Preços" *cit.*, p. 101. As posições de Francisco Campos não prosperaram junto ao Supremo Tribunal Federal. No julgamento do Habeas Corpus nº 30.355, em 21 de julho de 1948, o tribunal seguiu por unanimidade o voto do relator, Ministro Castro Nunes, que decidiu pela constitucionalidade do Decreto-Lei nº 9.125/1946 e da política de controle de preços sob a Constituição de 1946. Vide Castro NUNES, "Delegação Legislativa – Tabelamento de Preços – Lei e Regulamento", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 21, julho de 1950, pp. 134-139.

Neste sentido, a competência atribuída ao Instituto do Açúcar e do Álcool pelo Decreto-Lei nº 4.189, de 17 de março de 1942[137], de fixar em todo o território nacional do preço do açúcar cristal para refinação e a política de preços estruturada a partir deste dispositivo nada mais era que uma atuação necessária do Estado para preservar o equilíbrio regional e a economia sucro-alcooleira, nos mesmos moldes da política do Departamento Nacional do Café para preservar a economia cafeeira[138]. Outro jurista a defender a constitucionalidade da política de controle de preços desenvolvida pelo Instituto do Açúcar e do Álcool foi Santiago Dantas, que também via nessa política uma forma de proteger a existência dos centros produtores nordestinos[139]. Para Santiago Dantas, a visão que buscava limitar a atuação do Estado no domínio econômico com base na interpretação restritiva do artigo 146 da Constituição era completamente equivocada. Pelo contrário, sob a Constituição de 1946, o Estado brasileiro tinha assegurado o poder de regular e fixar preços[140].

Ainda em relação à política de preços, outro órgão importante foi a Comissão de Financiamento da Produção (CFP), criada por meio do Decreto-Lei nº 5.212, de 21 de janeiro de 1943, para garantir o abastecimento interno por causa da guerra. Sua função era traçar os planos financeiros relativos à produção que interesse à defesa econômica e militar do país, e dar-lhes execução depois de aprovados, inclusive administrando os estoques do governo. Com a edição do Decreto-Lei nº 7.774, de 24 de julho de 1945, o órgão foi responsável por executar a primeira política de preços mínimos e de estoques reguladores, próximos dos grandes centros urbanos, para produtos alimentícios essenciais, como arroz, feijão, milho, soja, etc. A política foi mantida pelo Decreto-Lei nº 9.879, de 16 de setembro de 1946, e prorrogada até 1951 pela Lei nº 615, de 02 de fevereiro de 1949, com a inovação de determinar que os preços seriam fixados por decreto do Poder Executivo. Finalmente, a Lei nº 1.506, de 19 de dezembro de 1951, manteve e consolidou a política de preços mínimos até o advento da Lei Delegada nº 2, de 26 de setembro de 1962[141].

Como parte da estruturação de uma política nacional de abastecimento, ainda em 1945, foi criada a Comissão Nacional de Alimentação (Decreto-Lei nº 7.328, de 17 de fevereiro de 1945), órgão voltado para a elaboração de estudos sobre a alimentação da população em geral. Essa competência seria, posteriormente, por meio do Decreto nº 29.850, de 06 de agosto de 1951, ampliada para a formulação da política nacional de alimentação[142].

137 O Decreto-Lei nº 4.189/1942, e o Decreto-Lei nº 4.722, de 22 de setembro de 1942, atribuíram ao Instituto do Açúcar e do Álcool a competência de fixar e controlar os preços do setor sucroalcooleiro. Vide Barbosa LIMA Sobrinho, *Problemas Econômicos e Sociais da Lavoura Canavieira cit.*, pp. 147-148; Barbosa LIMA Sobrinho, *A Ação do Instituto do Açúcar e do Álcool cit.*, pp. 178-192 e Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 111-120.

138 Miguel Seabra FAGUNDES, "Da Intervenção do Estado na Ordem Econômica, Em Face da Constituição Federal" *cit.*, pp. 19-24.

139 Francisco Clementino San Tiago DANTAS, "Preço Uniforme do Açúcar para Tôdas as Usinas do País" *in* Francisco Clementino San Tiago DANTAS, *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 1953, pp. 85-91 e 102-104.

140 Francisco Clementino San Tiago DANTAS, "Preço Uniforme do Açúcar para Tôdas as Usinas do País" *cit.*, pp. 91-102 e 105.

141 Essa política de garantia de preços mínimos para produtos agrícolas essenciais foi diretamente inspirada na legislação baixada por Franklin Delano Roosevelt com o *Agricultural Adjustment Act*, de 1933. Sobre a política de preços mínimos no Brasil, vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 130-133; Guilherme C. DELGADO, "Capital e Política Agrária no Brasil: 1930-1980" *cit.*, pp. 212-213; Tamás SZMRECSÁNYI & Pedro RAMOS, "O Papel das Políticas Governamentais na Modernização da Agricultura Brasileira" *cit.*, pp. 232 e 236-237 e Paulo R. BESKOW, "Agricultura e Política Agrícola no Contexto Brasileira da Industrialização do Pós-Guerra (1946-1964)" *cit.*, pp. 58-60.

142 Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 116-117.

Juntamente com a nova lei de crimes contra a economia popular, Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951[143], foi constituída a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP), por meio da Lei nº 1.522, de 26 de dezembro de 1951, com o objetivo atuar no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos e serviços essenciais necessários para o abastecimento da população. A nova lei também extinguiu a Comissão Central de Preços. A COFAP poderia comprar, distribuir e vender uma série de produtos, fixar preços e até desapropriar bens por interesse social ou na requisição de serviços necessários para a realização de seus serviços[144]. A principal atribuição da COFAP se deu na questão do controle dos preços, que era responsável por autorizar os aumentos de preços dos bens cuja produção e venda fossem regulados por órgãos públicos e por controlar também as tarifas dos serviços públicos[145].

Na década de 1950 e início da década de 1960, o abastecimento de gêneros alimentícios das grandes cidades continuava a ser um dos principais problemas nacionais, agravado com a ampliação da urbanização gerado pelo processo de industrialização do país. Ligado diretamente à elevação dos preços e ao problema da carestia e do custo de vida, o abastecimento precisava ser enfrentado a partir de uma política mais ampla, que iam desde a reestruturação agrária, melhoria da infraestrutura de transportes, circulação, armazenamento, beneficiamento e industrialização dos alimentos, medidas de comercialização e distribuição, política de controle de preços, entre outras medidas. A própria estrutura agrária do país começou a ser vista como uma das principais causas da insuficiência da produção de alimentos. A monopolização da terra em poucas mãos era também responsável pelo custo de vida nas cidades. Para tanto, o Governo João Goulart solicitou, durante o período parlamentarista, por meio do Gabinete de Brochado da Rocha, poderes de delegação legislativa para o Congresso Nacional para atuar, entre outros, na questão do abastecimento e na reestruturação do Ministério da Agricultura. O governo propunha, assim, dotar o Estado de instrumentos para que o Poder Público pudesse regularizar o abastecimento, ressaltando que a transformação da estrutura agrária brasileira

143 Vide Mário André Machado CABRAL, *A Construção do Antitruste no Brasil cit.*, pp. 217-220.

144 Artigo 2º da Lei nº 1.522/1951: *"A intervenção consistirá: I – na compra, distribuição e venda de: a) gêneros e produtos alimentícios de primeira, necessidade; b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinados ao talho; c) aves e peixes próprios para alimentação humana; d) combustíveis vegetais ou minerais; e) tecidos e calçados de uso popular; f) medicamentos; g) instrumentos e ferramentas de uso individual; h) máquinas, inclusive caminhões, "jeeps", tratores, conjuntos moto-mecanizados e peças sobressalentes, destinados ao trabalho agrícola; i) arames farpados e lisos, quando destinados a emprêgo nas atividades rurais: j) abrigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico, destinados ao consumo normal das pessoas de restrita capacidade econômica; k) cimento e laminados de ferro, destinados às construções de casas próprias de tipo popular e às benfeitorias rurais; l) produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular. II – na fixação de preços e na contrôle de abastecimento.*
*III – na desapropriação de bens por interesse social, ou na requisição de serviços necessários, uns e outros, à realização dos objetivos previstos nesta Lei.*
§1º - *A aquisição far-se-á no país, ou no estrangeiro, quando insuficiente a produção nacional, e a venda onde se verificar a escassez,*
§2º - *Não podem ser objeto de aquisição por compra, ou desapropriação, na forma desta Lei, os animais destinados ao serviço ou à reprodução"*.

145 Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 265-269. Houve um debate sobre a natureza jurídica da COFAP, contrapondo Temístocles Brandão Cavalcanti, que entendia a COFAP como um órgão descentralizado, sem personalidade jurídica própria, e A. Machado Paupério, que defendia, corretamente em minha opinião, que a COFAP era dotada de personalidade jurídica, autonomia e todas as características que teria uma autarquia. Vide Temístocles Brandão CAVALCANTI, "Comissão Federal de Abastecimento e Preços – Natureza Jurídica – Desapropriação – Aquisição de Bens", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 43, janeiro de 1956, pp. 451-453 e A. Machado PAUPÉRIO, "O Regime Jurídico da C.O.F.A.P.", *Revista do Serviço Público*, vol. 84, n. 1, 1959, pp. 53-67. Sobre a pressão dos empresários contra o funcionamento e a favor da extinção da COFAP, vide Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 156-157.

era fundamental para a resolução definitiva da escassez crônica de alimentos para abastecer os centros urbanos. O impasse do abastecimento só seria efetivamente superado com a reforma agrária[146].

A Lei Delegada nº 2/1962 reformou o texto da Lei nº 1506/1951, ampliando a política de preços mínimos e transformou a Comissão de Financiamento da Produção em autarquia, subordinada à SUNAB (Superintendência Nacional do Abastecimento)[147], criada pela Lei Delegada nº 5, de 26 de setembro de 1962. Competia à SUNAB a previsão das necessidades alimentares e de produtos essenciais, o planejamento da importação e a organização dos excedentes para exportação, garantir preços mínimos, formar estoques de reserva, fixar tabelamento de preços, além do poder para fiscalizar e conter abusos contra a economia popular[148].

A Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, tinha por objeto regular como o governo poderia atuar para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo. Tratava de medidas excepcionais para o caso de crises de abastecimento. O Poder Público Federal tinha o poder de comprar, armazenar, distribuir e vender, entre outros produtos, medicamentos, artigos sanitários e artefatos industrializados de uso doméstico e produtos e materiais indispensáveis à produção daqueles bens (artigo 2º, I, 'e', 'i' e 'k' da Lei Delegada nº 4[149]). Ficava o Poder Executivo autorizado a fixar preços e controlar o abastecimento, incluindo produção, transporte, armazenamento e produção, desapropriar ou requisitar bens e serviços necessários, sempre mediante indenização, e promover estímulos à produção (artigo

146 Carlos Medeiros SILVA, "A Legislação Delegada", *Revista de Direito Administrativo*, vol. 71, junho de 1963, pp. 3-8; Cibilis da Rocha VIANA, *Reformas de Base e a Política Nacionalista de Desenvolvimento - De Getúlio a Jango*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1980, pp. 131-133 e 177-179; Maria Yedda Leite LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 144-155 e 157-158 e Paulo R. BESKOW, "Agricultura e Política Agrícola no Contexto Brasileira da Industrialização do Pós-Guerra (1946-1964)" *cit.*, pp. 74-75.

147 Sobre a SUNAB, vide Alberto VENÂNCIO Filho, *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico cit.*, pp. 269-271 e Cássio Silva MOREIRA, *O Projeto de Nação do Governo João Goulart: O Plano Trienal e as Reformas de Base (1961-1964)*, Porto Alegre, Sulina, 2014, pp. 175-176.

148 Artigo 2º da Lei Delegada nº 5/1962:*"Compete à SUNAB: I - elaborar e promover a execução do plano nacional de abastecimento de produtos essenciais, o qual servirá, também, de instrumento à política de crédito e fomento à produção; II - elaborar programas para expansão e operação da rêde nacional de armazéns, silos e armazéns frigoríficos; III - fixar quotas de exportação e importação de produtos essenciais; IV - promover a melhoria dos níveis de consumo e dos padrões de nutrição do povo; V - elaborar e promover a execução do plano nacional e dos programas de assistência alimentar; VI - aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais; VII - acompanhar a execução das medidas estabelecidas nos planos e programas que elaborar e as decorrentes da aplicação da lei de intervenção no domínio econômico; VIII - fixar as diretrizes de ação das entidades jurisdicionadas"*.
Artigo 3º da Lei Delegada nº 5/1962: *"A SUNAB poderá: I - promover a manutenção de estoques reguladores de mercado; II - estabelecer sistema de informações sôbre produção, distribuição e consumo, requisitando o fornecimento de quaisquer dados, periódicos ou especiais, em poder de pessoas de direito público ou privado; III - disciplinar os serviços de transporte e distribuição, objetivando regular o escoamento das safras e facilitar os fluxos de suprimento; IV - promover estímulos para melhoria e ampliação de indústrias de alimentos; V - estabelecer normas e promover a execução de medidas destinadas a regular e melhorar as condições de comercialização; VI - regular o suprimento de produtos agropecuários e da pesca, essenciais a emprêsas que os industrializarem, fixando quotas, quando necessário; VII - fixar preços, disciplinando o sistema de seu contrôle; VIII - adotar medidas, diretamente ou por intermédio de entidades jurisdicionais ou de órgãos federais, estaduais, municipais ou autárquicos, sociedades de economia mista, emprêsas particulares, cooperativas e entidades de classe, para a execução dos seus planos e programas; IX - aprovar, por ato publicado no "Diário Oficial", o regulamento interno dos armazéns e das salas de vendas públicas, bem como a tarifa remuneratória de depósito e de outros serviços, relativos aos armazéns das entidades jurisdicionadas; X - proceder ao exame de estoque, papéis e escritas de quaisquer emprêsas ou pessoas que se dediquem a atividade compreendida no âmbito desta Lei; XI - complementar, quando conveniente, a ação dos órgãos estaduais e exercer, supletivamente, a fiscalização do cumprimento das normas federais no âmbito de suas atribuições, por si mesma ou através de outros órgãos; XII - praticar quaisquer outros atos necessários ao desempenho de suas atribuições"*.

149 Artigo 2º, I da Lei Delegada nº 4/1962: *"A intervenção consistirá: I – na compra, armazenamento, distribuição e venda de: a) gêneros e produtos alimentícios; b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinado ao abate; c) aves e pescado próprios para alimentação; d) tecidos e calçados de uso popular; e) medicamentos; f) Instrumentos e ferramentas de uso individual; g) máquinas, inclusive caminhões, "jipes", tratores, conjuntos motomecanizados e peças sobressalentes, destinadas às atividades agropecuárias; h) arames, farpados e lisas, quando destinados a emprêgo nas atividades rurais; i) artigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico; j) cimento e laminados de ferro, destinados à construção de casas próprias, de tipo popular, e as benfeitorias rurais; k) produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular".*

2º, II, III e IV da Lei Delegada nº 4[150]), podendo, inclusive, adquirir bens e serviços no estrangeiro, caso necessário (artigo 2º, §1º da Lei Delegada nº 4[151]). A Lei Delegada nº 4/1962 ainda autorizava aos órgãos responsáveis pelo controle do abastecimento a regulação e disciplina da produção, distribuição e consumo de matérias-primas (artigo 6º, II), a regulação e disciplina da circulação e distribuição dos bens, podendo proibir a circulação ou estabelecer prioridades para o transporte e armazenamento (artigo 6º, I), instituir o tabelamento de preços máximos (artigo 6º, III e IV), manter estoque de mercadorias (artigo 6º, VII), entre outras medidas a serem empregadas em caso de necessidade ou em atendimento ao interesse público[152].

A estruturação de uma política nacional de abastecimento é complementada pelas Leis Delegadas nº 3, nº 6 e nº 7, todas também de 26 de setembro de 1962. A Lei Delegada nº 3/1962 editou normas para o estabelecimento de armazéns gerais e seu financiamento. Já a Lei Delegada nº 7/1962 autorizou a constituição da Companhia Brasileira de Armazenamento (CIBRAZEM), empresa pública subordinada à SUNAB. A CIBRAZEM era o órgão governamental responsável pela política de armazenamento dos produtos agropecuários e da pesca, além de ente regulador do mercado, devendo, ainda, atender as áreas que necessitassem em regime competitivo (artigo 2º). Era sua competência armazenar produtos agropecuários e da pesca, podendo construir, instalar e operar redes de armazéns, silos e frigoríficos, diretamente ou por terceiros. A CIBRAZEM também poderia emitir bilhetes e conhecimentos de depósito, *warrants* e quaisquer outros títulos negociáveis, representativos das mercadorias depositadas, bem como tinha a capacidade de prestar assistência técnica e particulares, formar e aperfeiçoar pessoal especializado em armazenamento, classificação e padronização de produtos agropecuários e da pesca (artigo 3º).

A Lei Delegada nº 6/1962 autorizou a criação da Companhia Brasileira de Alimentos (COBAL), empresa pública, também vinculada à SUNAB, que organizava a política de intervenção para regularizar o fornecimento de alimentos e produtos essenciais. A Companhia Brasileira de Alimentos deveria participar diretamente, da execução dos planos e programas de abastecimento elaborados pelo governo, relativamente à comercialização dos gêneros alimentícios, regular o mercado e, de forma supletiva, deveria garantir o fornecimento de alimentos para áreas não suficientemente atendidas pelo setor privado, em regime competitivo (artigo 2º). Para tanto, a Companhia Brasileira de Alimentos poderia comprar, transportar, vender, importar e exportar gêneros alimentícios, e bens necessários às atividades agropecuárias e às indústrias alimen-

150 Artigo 2º, II, III e IV da Lei Delegada nº 4/1962: *"A intervenção consistirá: II - na fixação de preços e no contrôle do abastecimento, neste compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização; III - na desapropriação de bens, por interêsse social; ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei; IV - na promoção de estímulos, à produção".*

151 Artigo 2º, §1º da Lei Delegada nº 4/1962: "§1º - *A aquisição far-se-á no País ou no estrangeiro, quando insuficiente produção nacional; a venda, onde verificar a escassez*".

152 Artigo 6º da Lei Delegada nº 4/1962: *"Para o contrôle do abastecimento de mercadorias ou serviços e fixação de preços, são os órgãos incumbidos da aplicação desta lei, autorizados a: I - regular e disciplinar, no território nacional a circulação e distribuição dos bens sujeitos ao regime desta lei, podendo, inclusive, proibir a sua movimentação, e ainda estabelecer prioridades para o transporte e armazenamento, sempre que o interêsse público o exigir; II - regular e disciplinar a produção, distribuição e consumo das matérias-primas, podendo requisitar meios de transporte e armazenamento; III - tabelar os preços máximos de mercadorias e serviços essenciais em relação aos revendedores; IV - tabelar os preços máximos e estabelecer condições de venda de mercadorias ou serviços, a fim de impedir lucros excessivos, inclusive diversões públicas populares; V - estabelecer o racionamento dos serviços essenciais e dos bens mencionados no art. 2º, inciso I, desta lei, em casos de guerra, calamidade ou necessidade pública; VI - assistir as cooperativas, ligadas à produção ou distribuição de gêneros alimentícios, na obtenção preferencial das mercadorias de que necessitem; VII - manter estoque de mercadorias; VIII - superintender e fiscalizar através de agentes federais, em todo o País, a execução das medidas adotadas e os serviços que estabelecer".*

tícias. Ela seria também a depositária dos gêneros de primeira necessidade recebidos, por doação, de procedência nacional ou internacional (artigo 3º). Os órgãos federais, inclusive as Forças Armadas e as empresas estatais, deveriam efetuar suas compras de alimentos preferencialmente na Companhia Brasileira de Alimentos, em igualdade de condições de fornecimento e preço, sendo obrigados a convidar a Companhia para participar de suas licitações de compra de produtos alimentícios (artigo 4º).

Ainda em relação à política agrícola, a Lei Delegada nº 8, de 26 de setembro de 1962, criou o Fundo Federal Agropecuário para financiar pesquisas e assistência técnica para aumentar a produtividade em todo o país e a Lei Delegada nº 9, de 11 de outubro de 1962, reestruturou o Ministério da Agricultura. As propostas legislativas encaminhadas ao Congresso Nacional para a criação do Sistema Nacional de Crédito Rural, com um fundo específico, no bojo da reforma bancária, não foram, no entanto, aprovadas[153].

A delegação legislativa de 1962 conseguiu reestruturar de maneira ampla e profunda toda a política nacional de abastecimento, dotando o Estado brasileiro dos instrumentos necessários para lidar com eventuais crises. Não por acaso, reforçou-se a crítica às autarquias econômicas e aos seus poderes normativos, destacando-se o discurso liberal e contrário a qualquer forma de regulação e de política de preços das associações dos proprietários rurais. Um dos principais porta vozes dessa oposição à atuação estatal no setor foi Afrânio de Carvalho, para quem as medidas tomadas em 1962 violavam a livre iniciativa, eram liberticidas e atrasadas[154].

## Os Movimentos Camponeses

Além da política governamental, que buscava dar uma solução institucional para a questão da reforma agrária, os trabalhadores rurais sem terra também se organizaram em todo o país. Os principais movimentos foram, entre outros, as Ligas Camponesas no Nordeste e o Movimento dos Agricultores Sem Terra (MASTER) no Rio Grande do Sul[155].

No Rio Grande do Sul, durante o governo de Leonel Brizola (1959-1963), foi estimulada a organização das associações dos trabalhadores sem terra. O MASTER (Movimento dos Agricultores Sem Terra) se estruturou no início da década de 1960 para organizar a participação política dos camponeses visando aumentar as pressões para a realização da reforma agrária,

153 Cássio Silva MOREIRA, *O Projeto de Nação do Governo João Goulart cit.*, pp. 173-175. A Lei Delegada nº 10, de 11 de outubro de 1962, criou a Superintendência de Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE), com competência para organizar e fomentar a atividade pesqueira.

154 Francisco Malta CARDOZO, *Tratado de Direito Rural Brasileiro cit.*, vol. 1, pp. 514-521 e 667-669; Afrânio de CARVALHO, *Reforma Agrária cit.*, pp. 199-202 e 238-245 e Vanderlei Vazelesk RIBEIRO, *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo cit.*, pp. 124-127.

155 Um dos principais focos de conflito agrário no período ocorreu em Goiás, nas localidades de Formoso e Trombas. A falta de capacidade da Colônia Agrícola Nacional de Goiás em incorporar novos colonos fez com que muitos posseiros ocupassem terras na região de Formoso e de Trombas, no interior do Estado. O conflito fundiário entre os posseiros e grileiros que queriam tomar as terras durou de 1950 a 1964. Todas as tentativas de regularização fundiária da área em disputa foram prejudicadas pelos latifundiários locais, especialmente a partir da abertura da Rodovia Belém-Brasília e a consequente valorização das terras. Os posseiros se organizaram na Associação dos Trabalhadores e Lavradores Agrícolas de Formoso e Trombas, cujas lideranças em boa parte eram vinculadas ao Partido Comunista Brasileiro. A principal dessas lideranças foi José Porfírio de Souza, que se elegeria deputado estadual em 1962 e, em 1964, seria cassado. Desde 1973 é considerado desaparecido político. Os camponeses de Formoso e Trombas resistiram a todas as investidas, tanto dos jagunços dos latifundiários quanto da polícia estadual. Em 1962, o então Governador Mauro Borges (PSD) concedeu cerca de vinte mil títulos de terra na região. Vide Paulo Ribeiro da CUNHA, *Aconteceu Longe Demais cit.*, pp. 165-239 e 251-277 e Carlos Leandro da Silva ESTEVES, "Formoso e Trombas: Luta pela Terra e Resistência Camponesa em Goiás – 1950-1964" *in* Márcia Maria Menendes MOTTA & Paulo ZARTH (orgs.), *Formas de Resistência Camponesa cit.*, vol. II, pp. 161-172.

mobilizando cerca de 100 mil trabalhadores rurais sem terra até 1964[156]. Brizola criou, por meio do Decreto nº 12.812, de 14 de novembro de 1961, o Instituto Gaúcho de Reforma Agrária (IGRA) para implementar uma política de planejamento e reestruturação fundiária no Estado. Com a justificativa do disposto nos artigos 173 e 174 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1947[157], o governo estadual conseguiu distribuir títulos de propriedade para cerca de 13 mil beneficiários. Além disso, o governo gaúcho buscou implementar uma reforma na cobrança do imposto territorial rural, medida esta que foi inviabilizada em virtude da Emenda Constitucional nº 5, de 21 de novembro de 1961, que alterou os artigos 19 e 29 da Constituição de 1946, transferindo a competência da cobrança do imposto territorial rural dos Estados para os Municípios[158].

O início das Ligas Camponesas ocorreu no Engenho Galiléia, em Pernambuco, a sessenta quilômetros de Recife, onde os trabalhadores rurais criaram uma associação civil (a Sociedade Agrícola de Plantadores e Pecuaristas de Pernambuco – SAPPP) e foram ameaçados pelos proprietários de terras. O conflito se tornou conhecido quando o advogado e então deputado estadual Francisco Julião (PSB) assumiu a defesa dos trabalhadores rurais e se tornou um dos principais defensores da luta pela terra[159]. A "liga" era uma espécie de sindicato rural, mas organizado como associação civil, ou seja, como um ente juridicamente legítimo para pleitear em juízo. O Código Civil era a legislação utilizada na defesa dos direitos dos camponeses. Nas palavras de Julião: *"O camponês, quando luta com base no Código Civil, não se isola, porque usa o instrumento jurídico aceito e defendido pela classe dominante – a burguesia. (...) O Código Civil, é, pelo menos nas atuais circunstâncias, uma arma que neutraliza a burguesia, enquanto isola o latifúndio. Por mais venal que seja o Juiz e por mais distante a sua Comarca, sempre tem dificuldades e escrúpulo em rasgar um dispositivo do Código Civil. É que isso abriria um precedente que, mais cedo ou mais tarde, viria lança-lo contra a burguesia de que faz parte ou que representa"*[160].

156 Sobre o MASTER, vide Marluza Marques HARRES, "Lutas e Mediações Políticas nos Movimentos Sociais Rurais do Rio Grande do Sul" *in* Márcia Maria Menendes MOTTA & Paulo ZARTH (orgs.), *Formas de Resistência Camponesa cit.*, vol. II, pp. 201-207; Bernard José Pereira ALVES, *A Política Agrária de Leonel Brizola no Rio Grande do Sul: Governo, Legislação e Mobilização*, *mimeo*, Rio de Janeiro, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Dissertação de Mestrado), 2010, pp. 49-62 e César Augusto DA ROS, *Terra e Poder no Rio Grande do Sul: As Políticas Agrárias Durante o Governo Olívio Dutra (1999-2002)*, Rio de Janeiro, Garamond, 2012, pp. 120-125.

157 Artigo 173 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1947: *"O Estado prestará assistência aos trabalhadores urbanos e rurais, aos pequenos agricultores e às suas organizações legais, proporcionando-lhes, entre outros benefícios, meios de produção e de trabalho, crédito fácil, saúde e bem-estar.*
Parágrafo único - *Ficam isentas de impostos as respectivas cooperativas".*
Artigo 174 da Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1947: *"O direito à propriedade é inerente à natureza do homem, dependendo seus limites e seu uso da conveniência social.*
§1º - *O Estado combaterá a propriedade improdutiva por meio de tributação especial ou mediante desapropriação.*
§2º - *Atendendo aos interêsses sociais, o Estado poderá, mediante desapropriação, prover a justa distribuição da propriedade de maneira que o maior número possível de famílias venha a ter sua parte em terras e meios de produção.*
§3º - *O Estado promoverá planos especiais de colonização, visando as finalidades do parágrafo anterior, sempre que a medida fôr pleiteada por um mínimo de cem agricultores sem terras, de determinada região.*
§4º - *O Estado facilitará a fixação do homem à terra, estabelecendo plano de colonização ou instalação de granjas cooperativas, com o aproveitamento de terras públicas ou, mediante desapropriação, de terras particulares, de preferência as socialmente não aproveitadas.*
§5º - *Poderá também o Estado organizar fazendas coletivas, orientadas ou administradas pelo poder público destinadas a formação de elementos aptos às atividades agrícolas".*

158 Para uma análise da política de reforma agrária no Governo de Leonel Brizola no Rio Grande do Sul, vide Paulo R. SCHILLING, *O Que é Reforma Agrária?*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1963, pp. 110-112 e 114-123; Marluza Marques HARRES, "Lutas e Mediações Políticas nos Movimentos Sociais Rurais do Rio Grande do Sul" *cit.*, 207-216 e Bernard José Pereira ALVES, *A Política Agrária de Leonel Brizola no Rio Grande do Sul cit.*, pp. 16-49 e 63-79.

159 Vide o relato de Francisco Julião sobre o surgimento das Ligas Camponesas em Francisco JULIÃO, *Que São as Ligas Camponesas?*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1962, pp. 24-33.

160 Francisco JULIÃO, *Que São as Ligas Camponesas? cit.*, pp. 60-61. Vide, ainda, Marcus DEZEMONE, "A Era Vargas e o Mundo Rural Brasileiro: Memoria, Direitos e Cultura Política Camponesa" *cit.*, pp. 92-95

De Pernambuco, o movimento das Ligas Camponesas se espalhou por todo o Nordeste exigindo a reforma agrária e a expansão dos direitos trabalhistas para o campo[161].

Conforme ganhavam destaque, os movimentos dos trabalhadores rurais começaram a se organizar nacionalmente e realizaram, de 15 a 17 de novembro de 1961, em Belo Horizonte, o I Congresso Nacional dos Lavradores e Trabalhadores Agrícolas, com mais de 1.600 delegados de todo o país. Participaram desse congresso, inclusive, o então Governador de Minas Gerais, Magalhães Pinto (UDN), o Primeiro-Ministro Tancredo Neves e o Presidente João Goulart. A fala de Francisco Julião foi emblemática: *"Aqui estamos realizando pacificamente, em ambiente democrático, dentro das garantias constitucionais, uma luta pela verdadeira legalidade. E legalidade é terra para os camponeses trabalhadores. Legalidade é reforma do ensino para que os estudantes brasileiros possam estudar. Legalidade é o controle dos lucros das empresas estrangeiras. Legalidade é a defesa intransigente dos nossos minérios, para que possamos construir o futuro da nossa pátria. Legalidade é a ampliação do direito de greve. É essa a legalidade que desejamos, já e já, porque, sem isso, 75% das terras brasileiras continuarão na mão de 8% de brasileiros, o que é uma calamidade"*[162].

## Reformas de Base e Reforma Agrária

A implementação das Reformas de Base[163], especialmente a agrária, foi a principal discussão do Governo João Goulart, tanto na fase parlamentarista como na presidencialista. Inúmeros setores se posicionaram a favor da reforma agrária: o governo, políticos e entidades da sociedade civil. No entanto, a multiplicidade de propostas, a insistência dos proprietários em vetar uma rápida redistribuição de terra e a resistência dos setores radicais em negociar com os mais conservadores ou moderados, gerou um impasse que levou à radicalização[164], que perdurou até a queda do regime democrático.

A Comissão Nacional de Política Agrária foi extinta e substituída pelo Conselho Nacional de Reforma Agrária, criado pelo Decreto nº 612-A, de 15 de fevereiro de 1962. O Conselho Nacional de Reforma Agrária, presidido pelo Ministro da Agricultura, deveria selecionar as áreas prioritárias para a reforma agrária, efetuar o levantamento das terras públicas de domínio da União e estabelecer diretrizes para o financiamento da distribuição de terras.

O Poder Executivo pressionou o Congresso Nacional e inúmeros projetos sobre a questão agrária parados há anos foram aprovados. Um deles foi a Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962, que dispõe sobre a desapropriação por interesse social (cujo projeto havia sido encami-

161 Sobre as Ligas Camponesas, vide Fernando Antônio AZEVÊDO, *As Ligas Camponesas*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982; Élide Rugai BASTOS, *As Ligas Camponesas*, Petrópolis, Vozes, 1984; Antônio Torres MONTENEGRO, "Ligas Camponesas e Sindicatos Rurais em Tempo de Revolução"*in* Jorge FERREIRA & Lucilia de Almeida Neves DELGADO (orgs.), *O Brasil Republicano cit.*, vol. 3, pp. 243-271 e Mário GRYNZPAN & Marcus DEZEMONE, "As Esquerdas e a Descoberta do Campo Brasileiro: Ligas Camponesas, Comunistas e Católicos"*in* Jorge FERREIRA & Daniel Aarão REIS (orgs.), *As Esquerdas no Brasil*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2007, vol. 2, pp. 211-236.

162 Francisco JULIÃO, "Legalidade é Terra para os Camponeses que nela Trabalham" *in* Luiz Flávio de Carvalho COSTA (org.), *O Congresso Nacional Camponês (Belo Horizonte, 1961): Trabalhadores Rurais no Processo Político Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Mauad X/Edur, 2010, p. 77. Sobre o I Congresso de Lavradores e Trabalhadores Agrícolas, vide, ainda, Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 174-178 e Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 308-319.

163 Sobre as Reformas de Base vide Gilberto BERCOVICI, "Reformas de Base e Superação do Subdesenvolvimento", *Revista de Estudios Brasileños*, vol. 1, n. 1, 2014, pp. 98-101 e 106.

164 Paulo R. SCHILLING, *O Que é Reforma Agrária? cit.*, pp. 130-133 e Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 201-202 e 211-213.

nhado, ainda por Getúlio Vargas). Em 11 de outubro de 1962, o governo criou, por meio da Lei Delegada nº 11, a SUPRA (Superintendência para Reforma Agrária), autarquia cuja missão seria a de planejar e criar condições políticas e institucionais para a execução da reforma agrária[165].

Foi também finalmente aprovado o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/1963), garantindo os direitos trabalhistas aos trabalhadores rurais. Caio Prado Jr. enfatizou a importância do Estatuto do Trabalhador Rural. Em sua opinião, a questão agrária estava centrada demais no problema fundiário e deixava de lado as implicações de uma legislação protetora dos trabalhadores do campo. Para ele, o Estatuto do Trabalhador Rural poderia promover grandes transformações econômicas e sociais que levariam à realização da reforma agrária[166].

A reforma agrária só poderia ser promovida efetivamente com a mudança da Constituição[167]. Desta maneira, a exigência da reforma constitucional se acrescentou às Reformas de Base, colocando o governo sob suspeita ainda maior dos setores mais conservadores da sociedade[168]. Dentre os vários objetivos da reforma agrária, Paulo Schilling destacou a eliminação do latifúndio e da classe dos latifundiários, a democratização da propriedade rural, a extinção de relações arcaicas como trabalho gratuito, parceria e arrendamento[169], a extensão dos direitos trabalhistas aos assalariados do campo, o aumento da produtividade e da produção agrícolas, visando garantir o abastecimento das cidades e a incorporação dos camponeses à economia nacional, ampliando o mercado interno para a indústria nacional[170].

Com o retorno do país ao presidencialismo, em janeiro de 1963, João Goulart adquiriu plenos poderes para tentar promover as reformas de base. Celso Furtado foi encarregado de elaborar um plano de desenvolvimento, denominado Plano Trienal. De acordo com o Plano Trienal: *"A atual estrutura agrária do País erige-se, assim, em grave empecilho à aceleração do desenvolvimento da economia nacional, impondo-se o seu ajustamento às exigências e necessidades de progresso da sociedade brasileira"*[171]. O Plano Trienal identificava a origem do atraso relativo da agricultura brasileira (a baixa produtividade e a pobreza das populações rurais) com a deficiente estrutura agrária existente no país. O traço marcante era a absurda e antieconômica distribuição de terras, situada entre dois extremos. De um lado, os poucos que controlam extensões gigantescas, cujas dimensões impedem ou dificultam a sua utilização produtiva. De outro, os inúmeros proprietários de pequenos lotes, inferiores a dez hectares, cuja extensão era insuficiente para assegurar a subsistência familiar. A concentração da propriedade, de acordo

165 Cibilis da Rocha VIANA, *Reformas de Base e a Política Nacionalista de Desenvolvimento cit.*, pp. 141-143; Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 202-204; Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 179-180; Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 351-352 e Cássio Silva MOREIRA, *O Projeto de Nação do Governo João Goulart cit.*, pp. 284-285.

166 Caio PRADO Jr., *A Questão Agrária no Brasil cit.*, pp. 142-160. Vide, ainda, Cibilis da Rocha VIANA, *Reformas de Base e a Política Nacionalista de Desenvolvimento cit.*, pp. 139-141 e 180 e Cássio Silva MOREIRA, *O Projeto de Nação do Governo João Goulart cit.*, p. 196. Sobre o impacto, a importância e as reações ao Estatuto do Trabalhador Rural, vide Clifford Andrew WELCH, *A Semente Foi Plantada cit.*, pp. 360-373.

167 Paulo R. SCHILLING, *O Que é Reforma Agrária? cit.*, pp. 113-114 e Caio PRADO Jr., *A Questão Agrária no Brasil cit.*, pp. 114-119.

168 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 200-201 e 211-213.

169 Um dos principais debates da época girava em torno da caracterização das relações de trabalho no campo como feudais ou semifeudais. Caio Prado Jr. destacou-se pelo combate a essa visão, defendendo a natureza capitalista de todas as relações de trabalho existentes no Brasil. Vide Caio PRADO Jr., *A Questão Agrária no Brasil cit.*, pp. 57-71 e 96-101.

170 Paulo R. SCHILLING, *O Que é Reforma Agrária? cit.*, pp. 108-110. Caio Prado Jr. enfatizava a necessária dupla perspectiva da questão agrária no Brasil: o acesso à propriedade e a utilização da terra deveria ser defendida conjuntamente com a extensão da proteção legal ao trabalhador rural. Cf. Caio PRADO Jr., *A Questão Agrária no Brasil cit.*, pp. 88-92.

171 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social 1963-1965 (Síntese),* Brasília, 1962, p. 149.

com o Plano Trienal, estimulava o absenteísmo e criava formas de exploração da terra injustificáveis socialmente e danosas economicamente[172].

A reforma agrária era proposta no Plano Trienal, devendo observar os seguintes objetivos mínimos:

> a) nenhum trabalhador que, durante um ciclo agrícola completo, tiver ocupado terras virgens e nelas permanecido sem contestação, será obrigado a pagar renda sôbre a terra economicamente utilizada; b) nenhum trabalhador agrícola, foreiro ou arrendatário por dois ou mais anos em uma propriedade, poderá ser privado de terras para trabalhar, ou de trabalho, sem justa indenização; c) nenhum trabalhador que obtiver da terra em que trabalha - ao nível da técnica que lhe é acessível - rendimento igual ou inferior ao salário mínimo familiar, a ser fixado regionalmente, deverá pagar renda sôbre a terra, qualquer que seja a forma que esta assuma; d) tôdas as terras, consideradas necessárias à produção de alimentos, que não estejam sendo utilizadas ou o estejam para outros fins, com rendimentos inferiores à médias estabelecidas regionalmente, deverão ser desapropriadas para pagamento a longo prazo. (Presidência da Republica, 1962, pp. 194-195).

As derrotas do governo no Congresso geraram uma campanha nacional de pressão contra o Legislativo e a favor das Reformas de Base[173]. O ponto alto dessa campanha seria o Comício das Reformas, realizado em 13 de março de 1964, no Rio de Janeiro. Com a presença de quase todas as lideranças reformistas, o Presidente João Goulart assinou o Decreto nº 53.700, em que considerava de interesse social, portanto, passíveis de desapropriação, os imóveis de mais de 500 hectares situados até a dez quilômetros da margem das rodovias, ferrovias e açudes. Com este decreto, o Presidente unificou contra si e contra o regime constitucional a classe dos proprietários de terras[174].

Em 15 de março de 1964, o Presidente João Goulart encaminhou a sua Mensagem ao Congresso Nacional em que destacava que a reforma agrária era a reforma de maior alcance social e econômico. A Mensagem destaca que a terra improdutiva não poderia ser protegida pelo direito de propriedade e que poderiam ser desapropriadas mediante pagamento em títulos públicos as propriedades não exploradas ou as parcelas não exploradas de propriedades parcialmente aproveitadas quando excedessem a metade da área total. A proposta da Presidência da República era a de que a indenização teria por base a média do valor declarado do imposto territorial rural nos últimos cinco anos. João Goulart, ainda, enfatizou que a produção de alimentos para o mercado interno teria prioridade sobre qualquer outro uso da terra e seria obrigatória para todas as propriedades agrícolas ou pastoris. Caberia ao Poder Executivo determinar a proporção mínima de área para cultivo de alimentos nas diferentes regiões do país. Para tanto, a Mensagem Presidencial encaminha a proposta de reforma constitucional dos artigos 141, §16 e 147 da Constituição, eliminando do texto a necessidade de indenização prévia e em dinheiro

172 PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, *Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social 1963-1965 (Síntese) cit.*, pp. 140-149. Vide, ainda, Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 163-164 e Cássio Silva MOREIRA, *O Projeto de Nação do Governo João Goulart cit.*, pp. 224-226.

173 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 213-215 e 218-219.

174 Aspásia de Alcântara CAMARGO, "A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964)" *cit.*, pp. 221-222.

e fortalecendo a concepção da propriedade condicionada ao bem-estar social[175]. A resposta à proposta de reforma agrária de João Goulart veio em 1º de abril de 1964, com o golpe militar e a instauração da ditadura.

Sob a Constituição de 1946, nas poucas ocasiões em que o debate sobre a ampliação ou a concretização de direitos chegou ao nível da discussão constitucional, a Constituição serviu como bloqueio das políticas de inclusão. O caso mais notório é o da reforma agrária, impedida pelo artigo 141, §16 da Constituição de 1946, que exigia indenização prévia e em dinheiro para a desapropriação dos latifúndios improdutivos. A Constituição, assim, funcionou como um bloqueio à atuação do Estado, não como estipuladora ou incentivadora desta atuação. Ela não foi um projeto de organização política e social, pelo contrário.

O que se pode perceber, então, é que durante o período em que houve uma maior atuação deliberada do Estado no sentido de transformar as estruturas econômicas, políticas e sociais, com efetiva ampliação de direitos fundamentais e de políticas públicas implementadoras, parcial ou totalmente, destes direitos, a Constituição ficou à margem deste processo. Esta atuação estatal não se justificou pela estrutura ou pelo programa constitucional. Pelo contrário, conforme se radicaliza a direção inclusiva das políticas do Poder Executivo, como no período das Reformas de Base, mais o texto constitucional foi levantado pela doutrina constitucionalista e pelos setores políticos conservadores como obstáculo à ampliação da cidadania. Isto ocorreu até o momento em que não era mais suficiente, ou eficaz, o argumento jurídico-constitucional de bloqueio, e, em 1964, se apelou, então, para o golpe militar.

Golpe militar apoiado entusiasticamente pela imensa maioria dos latifundiários do país e que inaugurou um regime de exceção de longa duração, muito mais amplo e mais abrangente do que qualquer outro em nossa história, seguindo, talvez, a precisa crítica que o escritor Lima Barreto fez aos constantes estados de sítio da Primeira República:

> "Trinta dias depois, o sítio é a mesma coisa. Toda a violência do governo se demonstra na ilha das Cobras. Inocentes vagabundos são aí recolhidos, surrados e mandados para o Acre. Um progresso! Até aqui se fazia isso sem ser preciso estado de sítio; o Brasil já estava habituado a essa história. Durante quatrocentos anos não se fez outra coisa pelo Brasil. Creio que se modificará o nome: estado de sítio passará a ser estado de fazenda. De sítio para fazenda, há sempre um aumento, pelo menos no número de escravos. (Barreto, 2006, 1223-1224).

## Referências

Almino, J. (1980). *Os Democratas Autoritários: Liberdades Individuais, de Associação Política e Sindical na Constituinte de 1946*. Brasiliense.

Alves, B. J. P. (2010). *A Política Agrária de Leonel Brizola no Rio Grande do Sul: Governo, Legislação e Mobilização*. [Dissertação, UFRRJ].

175 João GOULART, *Mensagem ao Congresso Nacional: Remetida pelo Presidente da República na Abertura da Sessão Legislativa de 1964*, Brasília, Presidência da República, 1964, pp. LI-LIV. Vide, ainda, Cibilis da Rocha VIANA, *Reformas de Base e a Política Nacionalista de Desenvolvimento cit.*, pp. 182-185; Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *História Política do Abastecimento (1918-1974) cit.*, pp. 162-163; Gileno DE CARLI, *História da Reforma Agrária cit.*, pp. 194-197; Maria Yedda LINHARES & Francisco Carlos Teixeira da SILVA, *Terra Prometida cit.*, pp. 180-182 e Cássio Silva MOREIRA, *O Projeto de Nação do Governo João Goulart cit.*, pp. 280-285.

Anschütz, G. (1987). *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.* Scientia Verlag.

Azevêdo, F. A. (1982). *As Ligas Camponesas.* Paz e Terra.

Azevedo, V. M. R. de. (1989). Marcha para o Oeste: Direito à Propriedade ou Sujeição ao Trabalho? *Cadernos IPPUR/UFRJ,* 3(esp.), 93-117, dez.

Baiardi, A. (1984). *Subordinação do Trabalho ao Capital na Lavoura Cacaueira da Bahia.* Hucitec.

Barreto, L. (2006). Diário Íntimo (sem data, 1904). In Barreto, L. *Prosa Seleta* (pp. 1207-1375). Nova Aguilar.

Bastos, É. de R. (1984). *As Ligas Camponesas.* Vozes.

Bercovici, G. (2003), *Desigualdades Regionais, Estado e Constituição.* MaxLimonad.

Bercovici, G. (2004), *Constituição e Estado de Exceção Permanente: Atualidade de Weimar.* Azougue.

Bercovici, G. (2014). Reformas de Base e Superação do Subdesenvolvimento. *Revista de Estudios Brasileños,* I(1), 97-112.

Beskow, P. R. (1999). Agricultura e Política Agrícola no Contexto Brasileira da Industrialização do Pós-Guerra (1946-1964). *Estudos Sociedade e Agricultura,* 7(1), 56-79, abr.

Beskow, P. R. (2007), O Crédito Rural numa Economia em Transformação: Criação e Início do Funcionamento das Atividades de Financiamento Agropecuário da Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI), do Banco do Brasil (BB) – 1937 a 1945, *Revista Eletrônica de História do Brasil,* 9(1), 126-160, jan./jul.

Braga, M. A. C. (2019). *Dilemas do Desenvolvimento Agrícola Brasileiro: A Produção Artesanal do Queijo Canastra.* Casa do Direito.

Brum, A. L., Heck, C. R. & Lemes, C. da L. (2004). As Políticas Brasileiras de Fomento à Cultura do Trigo: Uma Revisão Histórica. *Desenvolvimento em Questão*, 2(3), 95-117, jan./jun.

Cabral, M. A. M. (2020). *A Construção do Antitruste no Brasil: 1930-1964.* Singular.

Camargo, A. de A. (1991). A Questão Agrária: Crise de Poder e Reformas de Base (1930-1964), (Vol. 10, tomo 3). In Fausto B. (Coord.), *História Geral da Civilização Brasileira (*pp. 121-224*).* Bertrand Brasil.

Campos, F. (1956). Inconstitucionalidade da Comissão Central de Preços. In Campos, F. *Direito Constitucional* (Vol. 2, pp.57-103). Freitas Bastos.

Campos, F. (1967). Poder de Emenda. Reforma Agrária. *Bahia Forense*, 6(5), 24-35, jun./dez.

Cardozo, F. M. (1953). *Tratado de Direito Rural Brasileiro: Introdução – Parte Geral,* (Vol 1). Saraiva.

Carneiro, E. (1937). *Autarquias (Estudo de Direito e Finanças).* Jornal do Commercio.

Carvalho, A. de. (1963). *Reforma Agrária.* Edições O Cruzeiro.

Carvalho, M. M. X. de. (2018). O Instituto Nacional do Pinho e a Questão do Reflorestamento. In Nodari, E. S.; Carvalho, M. M. X. de & Zarth, P. A. (Orgs.), *Fronteiras Fluidas: Florestas com Araucárias na América Meridional*. (pp. 77-97). Oikos.

Castilho, D. (2012). A Colônia Agrícola Nacional de Goiás (CANG) e a Formação de Ceres-GO – Brasil. *Élisée – Revista de Georgrafia da UEG*, Goiás, 1(1), 117-139, jan./jun.

Cavalcanti, J. N. C. (1961). *Reforma Agrária no Brasil.* Edições Autores Reunidos.

Cavalcanti, T. B. (1956). Comissão Federal de Abastecimento e Preços – Natureza Jurídica – Desapropriação – Aquisição de Bens. *Revista de Direito Administrativo,* 43, 451-453, jan.

Cleophas, J. (1960). *Reforma Agrária no Brasil.* Instituto Joaquim Nabuco de Pesquisas Sociais.

Comissão Nacional de Política Agrária. (1952). *Reforma Agrária no Mundo e no Brasil.* Ministério da Agricultura.

Comissão Nacional de Política Agrária. (1956). *Reforma Agrária no Brasil: Estudos e Projetos. (*2ª ed.). Guarany.

Cunha, P. R. da. (2007). *Aconteceu Longe Demais: A Luta pela Terra dos Posseiros em Formoso e Trombas e a Revolução Brasileira (1950-1964).* EdUNESP.

Dantas, F. C. S. T. (1953). Preço Uniforme do Açúcar para Tôdas as Usinas do País. In Dantas, F. C. S. T. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres (*pp. 83-107*).* Forense.

Da Ros, C. A. (2012). *Terra e Poder no Rio Grande do Sul: As Políticas Agrárias Durante o Governo Olívio Dutra (1999-2002).* Garamond.

De Carli, G. (1985). *História da Reforma Agrária.* Brasiliana.

Delfim Netto, A. (2009). *O Problema do Café no Brasil. (*3ª ed.). EdUNESP, FACAMP.

Delgado, G. C. (1997). Capital e Política Agrária no Brasil: 1930-1980. In Szmrecsányi, T. & Suzigan, W. (Orgs.), *História Econômica do Brasil Contemporâneo (*pp. 209-226*).* Hucitec, FAPESP, ABPHE.

Dezemone, M. (2009). A Era Vargas e o Mundo Rural Brasileiro: Memoria, Direitos e Cultura Política Camponesa (Vol. 2). In Motta, M. M. M. & Zarth, P. (Orgs.). *Formas de Resistência Camponesa: Visibilidade e Diversidade de Conflitos ao Longo da História* (pp. 73-98). EdUNESP, Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Dória, A. de S. (1953). *Direito Constitucional – Curso e Comentários à Constituição.* (3ª ed., Vol. 2). Nacional.

Duarte, N. (1953). *Reforma Agrária*. Imprensa Nacional.

Esteves, C. L. da S. (2009). Formoso e Trombas: Luta pela Terra e Resistência Camponesa em Goiás – 1950-1964 *(Vol. 2)*. In Motta, M. M. M. & Zarth, P. (Orgs.). *Formas de Resistência Camponesa: Visibilidade e Diversidade de Conflitos ao Longo da História.* (pp. 161-173). EdUNESP, Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Fagundes, M. S. (1963). Da Intervenção do Estado na Ordem Econômica, Em Face da Constituição Federal. *Arquivos do Ministério da Justiça e Negócios Interiores*. 86, 7-24, jun.

Fernandes, J. A. (2018). Breve Panorama da Trajetória do Instituto Nacional do Mate: Alguns Apontamentos sobre Erva-Mate e Economia Nacional. *História Econômica & História de Empresas*, 21(1) 49-73.

Freitas, W. A. de & Mello, M. de (2014). A Colônia Agrícola Nacional de Goiás e a Redefinição nos Usos do Território. *Sociedade e Natureza*, 26(3), pp. 471-482, set./dez.

Furtado, C. (2007). *Formação Econômica do Brasil* (34ª ed.). Companhia das Letras.

Furtado, C. (1959) A Operação Nordeste. Instituto Superior de Estudos Brasileiros (MEC).

Furtado, C. *(1989) A Fantasia Desfeita. (*3ª ed.). Paz e Terra.

Goulart, J. (1964) *Mensagem ao Congresso Nacional: Remetida pelo Presidente da República na Abertura da Sessão Legislativa de 1964.* Presidência da República.

Grupo de Trabalho para o Desenvolvimento do Nordeste (GTDN). (1967). *Uma Política de Desenvolvimento Econômico para o Nordeste.* (2ª ed.). SUDENE.

Grynzpan, M. & Dezemone, M. (2007). As Esquerdas e a Descoberta do Campo Brasileiro: Ligas Camponesas, Comunistas e Católicos (Vol.2). In Ferreira, J. & Reis, D. A. (Orgs.). *As Esquerdas no Brasil.* (pp. 211-236). Civilização Brasileira.

Gusy, C. (1997) *Die Weimarer Reichsverfassung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Hansen, T. F. (2014). *Imaginários da Modernização do Direito na Era Vargas: Integração, Marcha para o Oeste e Política Indigenista (1930-1945).*[Dissertação de mestrado, Universidade Federal do Paraná]

Hansen, T. F. (2018) *Codificar e Conservar: Ciência e Pensamento Jurídico na Formação do Código Florestal Brasileiro de 1934.* [Tese de doutorado, Universidade Federal do Paraná]

Harres, M. M. (2009) Lutas e Mediações Políticas nos Movimentos Sociais Rurais do Rio Grande do Sul (Vol. 2). In Motta, M. M. M. & Zarth, P. (Orgs.).*Formas de Resistência Camponesa: Visibilidade e Diversidade de Conflitos ao Longo da História.* (pp. 199-221). EdUNESP, Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Julião, F. (1962). *Que São as Ligas Camponesas?* Civilização Brasileira.

Julião, F. (2010). Legalidade é Terra para os Camponeses que nela Trabalham . In COSTA, L. F. de C. (Org.). *O Congresso Nacional Camponês (Belo Horizonte, 1961): Trabalhadores Rurais no Processo Político Brasileiro*, (pp. 76-78). Mauad X, Edur.

Lenharo, A. (1986) *Colonização e Trabalho no Brasil: Amazônia, Nordeste e Centro-Oste – Os Anos 30. (*2ª ed.). EdUNICAMP.

Lima, H. (1954). Intervenção Econômica do Estado Moderno, *Revista Forense*155, 471-477. set./out.

Lima Sobrinho, B. (1941). *Problemas Econômicos e Sociais da Lavoura Canavieira: Exposição de Motivos e Texto do Estatuto da Lavoura Canavieira.* Pimenta de Mello & Cia.

Lima Sobrinho, B. (1946) *A Ação do Instituto do Açúcar e do Álcool: Relatório do Sr. Barbosa Lima Sobrinho, como Presidente da Comissão Executiva, no Período de Maio de 1938 a Abril de 1946.* Instituto do Açúcar e do Álcool.

Linhares, M. Y & Silva, F. C. T. da. (1979). *História Política do Abastecimento (1918-1974).* BINAGRI.

Linhares, M. Y. & Silva, F. C. T. da. (1999). *Terra Prometida: Uma História da Questão Agrária no Brasil.* Campus.

Linhares, T. (1969). *História Econômica do Mate.* José Olympio.

Maia, J. M. E. (2012). *Estado, Território e Imaginação Espacial: O Caso da Fundação Brasil Central.* FGV.

Mangabeira, J. (1934). *Em Torno da Constituição.* Nacional.

Mendonça, S. R. de (2002). *A Política de Cooperativização Agrícola do Estado Brasileiro (1910-1945).* EdUFF.

Montenegro, A. T. (2003). Ligas Camponesas e Sindicatos Rurais em Tempo de Revolução (Vol 3). In Ferreira, J., & Delgado, L. de A.N. (Orgs.) *O Brasil Republicano*. (pp. 243-271*)* Civilização Brasileira.

Moreira, C. S. (2014). *O Projeto de Nação do Governo João Goulart: O Plano Trienal e as Reformas de Base (1961-1964).* Sulina.

Moreira, V. M. L. (2003). Os Anos JK: Industrialização e Modelo Oligárquico de Desenvolvimento Rural (Vol. 3). In Ferreira, J. & Delgado, L. de A. N. (Orgs.), *O Brasil Republicano*. (pp. 155-194). Civilização Brasileira.

Nunes, C. (1950). Delegação Legislativa – Tabelamento de Preços – Lei e Regulamento, *Revista de Direito Administrativo* 21 134-139, jul.

Osório, J. L. (1948). *Direito Rural.* (2ª ed.) José Konfino.

Paupério, A. M. (1959). O Regime Jurídico da C.O.F.A.P. *Revista do Serviço Público*, 84 (1) 53-67

Pereira, O. D. (1964). *Que é a Constituição? Crítica à Carta de 1946 com vistas a Reformas de Base*. Civilização Brasileira.

Pinto, N. P. A. (1984). *Política da Borracha no Brasil - Falência da Borracha Vegetal*. Hucitec, Centro Regional de Economia.

Polido, F. P. (2006). A Constituição de Weimar de 1919 e o Conteúdo Normativo da 'Função Social' dos Direitos Proprietários, *Revista Trimestral de Direito Civil* 27 3-47 jul./set.

Prado Jr., C. (1979). *A Questão Agrária no Brasil*. Brasiliense.

Presidência da República (1962). *Plano Trienal de Desenvolvimento Econômico e Social 1963-1965 (Síntese)*.

Ramos, P. (1999). *Agroindústria Canavieira e Propriedade Fundiária no Brasil*. Hucitec.

Redivo, A. da S. (2018). *A Carteira de Crédito Agrícola e Industrial (CREAI) e o Modelo de Financiamento do Estado Desenvolvimentista no Brasil entre 1937 e 1969*. [Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul]

Ribeiro, V. V. (2008). *Cuestiones Agrarias en el Varguismo y el Peronismo: Una Mirada Histórica*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes Editorial.

Ricardo, C. (1970). *Marcha para Oeste - A Influência da "Bandeira" na Formação Social e Política do Brasil* (4ª ed.). José Olympio, EDUSP.

Saes, M. S. M. (1997). *A Racionalidade Econômica da Regulamentação no Mercado Brasileiro de Café*. Annablume.

Santa Rosa, V. (1976). *O Sentido do Tenentismo* (3ª ed.). Alfa-Omega.

Santos, L. S. dos (2009). O Sertão como um Direito: O Movimento de Luta pela Terra na Zona Rural da Cidade do Rio de Janeiro (1945-1964) (Vol. 2). In Motta, M. M. M. & Zarth, P. (Orgs.). *Formas de Resistência Camponesa: Visibilidade e Diversidade de Conflitos ao Longo da História* (pp. 175-198). EdUNESP, Ministério do Desenvolvimento Agrário.

Saraiva, O. (1944). Novas Formas da Delegação Administrativa do Estado. *Revista Forense*, 100 pp. 233-235, nov.

Schilling, P. R. (1963). *O Que é Reforma Agrária?* Civilização Brasileira.

Secreto, M. V. (2007). *Soldados da Borracha: Trabalhadores entre o Sertão e a Amazônia no Governo Vargas*. Fundação Perseu Abramo.

Silva, C. M. (1952). A Desapropriação por Interêsse Social. *Revista de Direito Administrativo*, 29, pp. 1-15, jul.

Silva, C. M.(1953). Monopólio – Intervenção do Estado na Ordem Econômica – Produção e Comércio de Borracha – Lei e Regulamento. *Revista de Direito Administrativo*, 33, pp. 453-458, jul.

Silva, C. M. (1963). A Legislação Delegada. *Revista de Direito Administrativo*, 71, pp. 1-15, jun.

Silva, L. P. da. (1945). O Regime Jurídico das Terras da Fazenda Nacional de Santa Cruz. *Revista de Direito Administrativo*, 1(2), pp. 745-755, abr.

Silva, L. P. da. (1945). O Cooperativismo no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, 2(2), pp. 489-509, out.

Silva, W. G. (2016). A Estratégia de Integração do Sul do Estado de Mato Grosso ao Território Nacional durante o Governo Vargas: Uma Análise a partir da Criação da Colônia Agrícola Nacional de Dourados em 1943. *Revista do Departamento de Geografia – Universidade de São Paulo*, (31) pp. 26-42.

Sodré, N. W. (1990). *Oeste: Ensaio sobre a Grande Propriedade Pastoril.* Arquivo do Estado (ed. fac-similar da edição de 1941).

Szmrecsányi, T. (1979). *O Planejamento da Agroindústria Canavieira do Brasil (1930-1975).* Hucitec, UNICAMP.

Szmrecsányi, T. & Ramos, P. (1997). O Papel das Políticas Governamentais na Modernização da Agricultura Brasileira. In Szmrecsányi, T. & Suzigan, W. (Orgs.). *História Econômica do Brasil Contemporâneo.* (pp. 227-249). Hucitec, FAPESP,ABPHE.

Torres, A. (1933). *O Problema Nacional Brasileiro: Introducção a um Programma de Organização Nacional*, (2ª ed.). Cia. Ed. Nacional.

Torres, A. (1978). *A Organização Nacional,* (3ª ed.). Cia. Ed.Nacional.

Velho, O. G. (1979). *Capitalismo Autoritário e Campesinato: Um Estudo Comparativo a partir da Fronteira em Movimento,* (2ª ed.). Difel.

Venâncio Filho, A. (1998). *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Renovar. (edição fac-similar da ed. de 1968).

Viana, C. da R. (1980). *Reformas de Base e a Política Nacionalista de Desenvolvimento - De Getúlio a Jango.* Civilização Brasileira.

Vianna, F. J. de O. (1987). *Populações Meridionais do Brasil: História - Organização - Psicologia*, (7ª ed., 2 vols.). Itatiaia, EDUFF.

Vianna, F. J. de O. (1938). O Papel das Corporações Administrativas no Estado Moderno In Vianna, F. J. de O. *Problemas de Direito Corporativo.* (pp. 47-70). José Olympio.

Welch, C. A. (2010). *A Semente Foi Plantada: As Raízes Paulistas do Movimento Sindical Camponês no Brasil, 1924-1964*. Expressão Popular.

Data de recebimento: 12/09/2020

Data de aprovação: 13/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Entre regra e exceção

## Normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985)

*Between rule and exception*

*Constitutional norms and institutional acts in the Brazilian military dictatorship (1964-1985)*

**Cristiano Paixão**[1]

1 Universidade de Brasília (UnB)

## RESUMO

O artigo discute o papel do direito no regime militar brasileiro (1964-1985), especialmente a partir da relação entre regra e exceção. São abordadas as várias transformações jurídicas realizadas ao longo do regime ditatorial por meio do uso de instrumentos como o ato institucional e a emenda constitucional. A ambiguidade entre essas formas é desenvolvida e analisada, com atenção aos processos concretos de mudança constitucional.

**Palavras-chave:** Mudança constitucional; regra; exceção; ditadura militar; história constitucional brasileira.

## ABSTRACT

This paper addresses the role played by the legal system in the Brazilian military regime (1964-1985), focusing on the relationship between rule and exception. The significant legal transformations carried out during the dictatorial regime are addressed with the use of legal tools such as institutional acts and constitutional amendments. The ambivalence between these forms is developed and analyzed, with attention to the concrete processes of constitutional change.

**Keywords:** Constitutional change, rule, exception, military dictatorship; Brazilian constitutional history.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78728

## Introdução

Uma das características mais evidentes do regime militar brasileiro foi a sua capacidade de transformar atos de força em figuras do direito. O regime procurou produzir uma certa aparência de legalidade, o que se pode constatar pela existência de atos institucionais dotados de elaboradas exposições de motivos, pela promulgação de emendas constitucionais, pela manutenção da atividade dos poderes legislativo e judiciário (com muitos expurgos, punições e cassações) e pela aprovação de leis ordinárias. Essa tendência deve ser compreendida como parte de um esforço, que o regime empreendeu desde seus primeiros dias, de controle da narrativa. Ao designar um golpe de estado como uma "revolução", ao invocar um "poder constituinte" que permitia a revogação de garantias do Estado de Direito, ao realizar processos eleitorais (ainda que indiretos) e permitir uma oposição (mutilada e monitorada), o regime, sempre bem aconselhado por juristas experientes, não se assumia como ditadura.

Algumas das consequências dessa estratégia são conhecidas: o regime foi longevo (21 anos consecutivos sem que nenhum civil exercesse a Presidência da República) e logrou controlar a maior parte dos movimentos que marcaram a sua extinção (desenrolar de uma passagem do poder aos civis que foi "lenta, gradual e segura", anistia concedida a agentes da comunidade de segurança que violaram direitos humanos de opositores). Para atingir tais objetivos, o regime precisou também controlar um elemento crucial: a relação entre regra e exceção, por meio da hábil manipulação de vários tipos de normas jurídicas.

É sobre esse controle do tempo, essa capacidade de articulação da forma do direito, e suas consequências para a história constitucional brasileira, que trataremos a seguir[2].

## A ditadura e sua normalização: o papel do direito

Em março de 1964, o Brasil enfrentava mais uma das crises políticas que foram a marca do período iniciado em 1946. O espaço democrático era também disputado: a decisão do Tribunal Superior Eleitoral que colocou na ilegalidade o PCB, que teve ativa participação na Assembleia Constituinte de 1946 e saiu-se bem nas eleições havidas após a redemocratização, representou, antes de tudo, um limite do regime que se estabeleceu após o Estado Novo (Resolução nº 1841, 1947). A grave crise política do governo Vargas teve seu desfecho com o suicídio do Chefe de Estado. O único presidente civil que concluiu seu mandato, Juscelino Kubitschek de Oliveira, esteve envolvido em uma profunda crise constitucional antes mesmo de ser empossado; a crise compreendeu a deflagração de um golpe preventivo, dois atos de destituição de presidentes da república pelo Congresso Nacional e a decretação do estado de sítio (Carvalho, 2019; Ferreira, 2010).

Seu sucessor, Jânio Quadros, renunciou antes de completar sete meses no exercício do cargo. O Vice-Presidente, que estava fora do País, enfrentou resistência militar para ser empossado, o que só ocorreu após uma bem-sucedida campanha da legalidade, na qual houve divisão entre as forças armadas (especialmente o Exército). A crise só foi contornada com a

2 Registro meus agradecimentos a Claudia Paiva Carvalho, Renato Bigliazzi e Ana Carolina Couto, que fizeram minuciosa leitura do texto, a Massimo Meccarelli, Andrei Koerner, Marcelo Cattoni e Leonardo Barbosa, pela interlocução sobre temas da história constitucional, e a Ricardo Marcelo Fonseca, pelo estímulo, amizade e compreensão.

negociação que resultou na apressada aprovação de uma emenda constitucional estabelecendo o parlamentarismo como regime de governo (ver o relato de Tavares, 2011; ver também Paixão & Barbosa, 2013).

Mas, mesmo naquele mês de março de 1964, permeado de conspirações civis e militares contra João Goulart, nenhum observador da cena política poderia supor que o Brasil estaria às vésperas do início de um regime militar que duraria 21 anos. Passados mais de sessenta anos da ruptura com o Estado de Direito, permanece vivo o debate em torno das estratégias do regime para manter-se no poder por um período tão extenso (superior ao das ditaduras argentina, uruguaia e chilena) e, principalmente, acerca do êxito daquele mesmo regime na tarefa de controlar o tempo e as circunstâncias de seu próprio fim (Alonso & Dolhnikoff, 2015; Alves, 1984; Ferreira & Gomes, 2014; Rollemberg & Quadrat, 2010; Santos et al., 2009; Toledo, 2001).

Tais questões continuarão a permear debates históricos, políticos e sociológicos por muito tempo. A sombra do período ditatorial nunca deixou de se projetar no período posterior ao fim do regime, quer pela modalidade de transição que prevaleceu no caso brasileiro, quer pela permanência, no cenário da redemocratização, de muitos atores políticos e sociais que ocuparam papeis de destaque nos governos ditatoriais. A começar pelas iniciativas pioneiras de reparação às vítimas do regime adotadas durante o governo FHC, até o estabelecimento de medidas de justiça de transição nos governos petistas, o tema esteve em pauta. As discussões sobre o passado autoritário foram cercadas de maior tensão e controvérsia com a criação e funcionamento da Comissão Nacional da Verdade. E desde a apresentação do relatório final da Comissão, em dezembro de 2014, o tema persiste vivo no cenário político brasileiro.

São, portanto, inesgotáveis as discussões em torno do regime militar, suas influências, seus elementos principais, seus desdobramentos. Nosso interesse, no presente texto, é o de propor um grupo de questões: que papel desempenhou o direito na construção, consolidação e transformação do regime ditatorial? Como se operou a adoção de medidas de exceção? Como se deu a relação entre as regras de exceção estabelecidas pelo regime e as normas constitucionais?

Como já observado nas linhas introdutórias, é muito clara a tendência, no regime militar brasileiro, de conferir uma dimensão jurídica aos atos de força que foram cometidos desde a tomada do poder, com a derrubada ilegal de um Presidente da República detentor de mandato popular. Essa propensão a transformar as medidas ditatoriais em instrumentos jurídicos não é um fator comum às ditaduras do Cone Sul. Como bem assinalado por Anthony Pereira – que levou em consideração as experiências autoritárias no Brasil, Chile e Argentina –, o Brasil se preocupou em "normalizar" e institucionalizar o regime ditatorial com o idioma do direito. É claro que houve prolação de normas jurídicas nas demais ditaduras sul-americanas, mas isso ocorreu com menor frequência e intensidade, se comparados aqueles países ao Brasil (Pereira, 2010).

O primeiro dilema enfrentado pelo regime que se instalou a partir de 1º de abril de 1964 foi o da justificação do golpe. Era inegável que um Presidente da República tinha seu mandato interrompido por força das armas. Pesavam sobre ele – e seus apoiadores – acusações de que o governo estaria a serviço de potências estrangeiras, de que uma ditadura se aproximava, de que a anarquia estaria prestes a se instalar no país. O golpe de 1964 foi deflagrado, então, para supostamente impedir que esse destino fosse cumprido. Mas, para tanto, foi necessário cometer atos de força: derrubar um governo, punir seus integrantes, interromper mandatos, perseguir lideranças.

Essa contradição insanável permeou todo o regime: para preservar a democracia, uma ditadura se instalou. Para garantir o respeito ao Estado de Direito, violou-se a Constituição. Era fundamental, então, apresentar uma justificativa. E, para que ela fosse transformada numa narrativa plausível, o direito seria muito importante.

No dia 9 de abril foi divulgado o Ato Institucional (não numerado naquela ocasião) subscrito por três comandantes militares que estiveram à frente do golpe de Estado. Já no seu artigo 1º vinha apresentada a fórmula de convivência entre normas constitucionais e atos institucionais que seria renovada ao longo de todo o regime: "São mantidas a Constituição de 1946 e as Constituições estaduais e respectivas Emendas, com as modificações constantes deste Ato" ("Constituições do Brasil", 1986)[3]. E no art. 3º outra regra que seria decisiva para as aspirações do regime: "O Presidente da República poderá remeter ao Congresso Nacional projetos de emenda da Constituição".

Qual é a sinalização que vem do art. 1º? A princípio, a mutilação seletiva da ordem constitucional. O Ato afirma que a Constituição então vigente estaria mantida, mas acrescida das alterações trazidas pelo próprio Ato, ou seja, o regime se colocava na posição de modificar a ordem constitucional por meio de uma decisão unilateral e não sujeita a nenhum tipo de aprovação pelo Congresso ou controle judicial. Mas ao mesmo tempo a Constituição de 1946 não é inteiramente revogada ou substituída por outro tipo de norma jurídica. O art. 3º, por seu turno, concede ao Poder Executivo a iniciativa para propor emendas à constituição, algo de que não dispunha sob a égide do texto de 1946. Essa prerrogativa será exercida pelos presidentes-generais ao longo dos 21 anos do regime.

Esses dois dispositivos, analisados em conjunto, revelam um cenário que pode ser assim sintetizado:

a. o ordenamento jurídico do novo regime terá como principal característica uma ambiguidade: trata-se de uma combinação entre as normas constitucionais preexistentes com as modificações trazidas pelo Ato Institucional;
b. o Poder Executivo terá protagonismo no processo legislativo, tanto nas normas constitucionais futuras (pela previsão da iniciativa para propor emendas) quanto na capacidade autoatribuída de editar regras unilaterais de alcance constitucional.

Ainda em relação ao Ato de 9 de abril, um elemento precisa ser observado: ali se encontra a justificativa para a ruptura institucional. Já no primeiro parágrafo da exposição de motivos do Ato é apresentada uma questão fundamental, qual seja, a de "fixar o conceito do movimento civil e militar que acaba de abrir ao Brasil uma nova perspectiva sobre o seu futuro". No mesmo parágrafo, a resposta: o que teria ocorrido no Brasil seria "uma autêntica revolução".

Essa justificativa não deixa de ser surpreendente, diante do fato de que o léxico relacionado à expressão revolução não é frequentemente associado, de modo imediato, ao movimento de tomada de poder por militares. Os documentos da época, em especial as comunicações internas dos líderes da conspiração militar, acusavam o governo Goulart de "comunismo", "anarco-sindicalismo" e promiscuidade com regimes revolucionários, como o cubano.

3 Todas as citações referentes a textos de constituições, emendas constitucionais e atos institucionais constantes do texto são extraídas desta fonte (coletânea de normas constitucionais organizada pela Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal).

Há um parentesco curioso com as manifestações de alguns juristas do III Reich, que, no ano de 1933, apresentaram como justificativa para a tomada do poder por Hitler e o Partido Nacional Socialista a existência de uma "revolução genuína" (Pauer-Studer, 2020, p. 55). Evidentemente são contextos diversos, épocas distintas, fenômenos históricos com características próprias. A semelhança na argumentação, contudo, chama a atenção, e pode ser um tema interessante para pesquisa futura[4].

A questão da revolução possui, em nossa análise, um papel importante. Isso porque é a alternativa "revolucionária" que será a responsável pelo ingresso do vocabulário jurídico na narrativa do golpe de abril de 1964. Sigamos acompanhando o discurso da exposição de motivos do Ato de 9 de abril. Pouco depois de "fixar o conceito" do golpe como revolução, o texto assinala: "A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte (...) Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte".

Essa afirmação traz mais um componente de complexidade ao quadro. E aprofunda a ambiguidade. Ao invocar o poder constituinte, o regime invoca para si o poder de reescrever a Constituição, pois entende que essa conduta está autorizada pelo movimento que se autodenomina "revolucionário". Mas, como vimos, no art. 1º o Ato mantém, ainda que seletivamente, a Constituição de 1946. Há um discurso de ruptura – ou de liberdade para proceder a uma ruptura –, seguido por um gesto de manutenção. Esse gesto, porém, na concepção do Ato, é quase um movimento de liberalidade. Afinal de contas, prossegue a exposição de motivos, "a revolução vitoriosa, como o Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória".

A "liberalidade" do regime fica clara na seguinte passagem: "Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República". Essa afirmação é, no mínimo, um eufemismo. O Ato não altera "apenas" os poderes do chefe do Executivo: ele estabelece uma eleição indireta para Presidente da República (art. 2º), modifica o rito de tramitação de proposta de emenda constitucional (art. 3º, parágrafo único), suspende as garantias da vitaliciedade e estabilidade (art. 7º) e autoriza os comandantes militares que subscrevem o ato a suspender direitos políticos por dez anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, "excluída a apreciação judicial desses atos" (art. 10).

Assim, várias normas constitucionais são modificadas. Mas a Constituição é mantida. Fica transformada, também, a forma constitucional, na medida em que se inaugura novo procedimento de tramitação de proposta de emenda, quando se tratar de iniciativa do Presidente da República. Com apenas nove dias, o regime construiu a estrutura de uma normatividade complexa, ambígua e incerta.

## Estabelecendo as bases normativas do regime: a textura aberta da exceção

Em primorosa pesquisa, Leonardo Barbosa (2018) analisou o arcabouço de estratégias do regime para controlar os procedimentos de reforma constitucional. Ele demonstrou que

4 No Chile, logo após a tomada do poder por Pinochet, em 11 de setembro de 1973, os juristas do regime rejeitaram expressamente a justificativa revolucionária para o golpe militar. Conferir a análise comparada entre Brasil e Chile, em relação a esse tema, em Paixão (2015).

esse mecanismo foi fundamental para o regime concretizar todo tipo de arbitrariedades e casuísmos. A modificação das regras do jogo, especialmente do jogo de alteração das normas constitucionais, foi usada em momentos-chave em que o regime esteve ameaçado – seja por divisões internas no Exército, seja pela crescente mobilização da sociedade civil e setores da oposição política – para manter seus poderes de exceção e conservar o controle sobre o ritmo das graduais transformações políticas que se colocavam no horizonte[5].

Nas linhas que se seguem, acompanharemos essa estratégia a partir da obra de Leonardo Barbosa (2018) e de alguns textos de nossa autoria[6] (Paixão, 2011, 2014, 2015), enfatizando esse aspecto "multiforme" da normatividade estabelecida ao longo do regime.

Vimos que o Ato de 9 de abril não continha numeração. Ele também tinha um prazo de validade: 31 de janeiro de 1966. Ali começava a longa história de prorrogações, adiamentos, transformações e adaptações que marcaria o regime até o seu ocaso.

Como se sabe, houve eleições para governos estaduais em 1965. Não se pode dizer que foram eleições livres ou minimamente democráticas, pois foram muitas as cassações e punições realizadas após o golpe de estado. O Brasil já vivia uma ditadura, e os processos eleitorais tinham a finalidade de conferir algum grau de legitimidade ao regime autoritário. Mesmo controlando as forças de segurança e tendo realizado expurgos e perseguições, o governo federal sofreu derrotas importantes em Minas Gerais e na Guanabara. Além disso, o regime ingressava num período delicado, com perda de apoio na sociedade civil e crescentes pressões por setores "linha dura" do Exército pelo aprofundamento da repressão (Barbosa, 2018, pp. 71-98).

O resultado foi a edição do Ato Institucional nº 2, em 27 de outubro de 1965. Se algum ator político mantinha alguma ilusão de que a intervenção feita pelo golpe militar seria pontual e breve, com o intuito de conduzir o país à legalidade com a eleição do sucessor de Castello Branco, o AI-2 tratou de estabelecer uma outra realidade. O regime começou a prolongar ali a sua própria existência, mantendo a dicotomia entre normas constitucionais e atos institucionais.

Até em sua gênese o Ato traz a marca da mudança constitucional. O pretexto para a sua edição foi a rejeição, pelo Congresso Nacional, de uma proposta de emenda constitucional de autoria do Poder Executivo, na qual estaria contida uma parte da matéria tratada no AI-2. Sem perspectiva de atingir a maioria necessária para aprovar a medida, o regime simplesmente reiterou a lógica do Ato de abril de 1964. E, com isso, iniciou uma série de atos que formam um conjunto que se pretende coerente. Como tive oportunidade de analisar em outro texto, existe um encadeamento narrativo entre esses atos. O AI-2 retoma, em seu preâmbulo, a exposição de motivos do AI-1. O AI-5, por sua vez, cita em seus "consideranda" os preâmbulos dos atos 1, 2 e 4 (Paixão, 2014).

Uma análise mais ampla revelará que o AI-2 foi editado em meio a emendas constitucionais que tiveram por finalidade modificar diversas matérias caras ao regime, como regras eleitorais, competências do Poder Judiciário e outras. Entre maio de 1964 e julho de 1965 foram promulgadas nada menos que nove emendas constitucionais patrocinadas pelo regime (de nº 7 a 15). Com a rejeição da proposta do governo em outubro, veio o AI-2. E a ele se seguiram novas

5 Cf. Leonardo Barbosa (2018).

6 Para uma análise mais pormenorizada dos percursos do poder constituinte na história constitucional brasileira, cf. Cristiano Paixão e Massimo Meccarelli (2020).

emendas constitucionais – quatro no total (de nº 16 a 19)[7]. Após as emendas, foi baixado mais um ato institucional, o de nº 3, que reproduziu, para as eleições para governador, o modelo das eleições indiretas estabelecido no AI-2. O AI-3, em sua exposição de motivos, relembra que o "Poder Constituinte da Revolução lhe é intrínseco" e, como seus antecessores, modifica radicalmente o texto da Constituição de 1946 – que, não obstante isso, continua valendo. Seguem-se mais duas emendas constitucionais em 1966 (nº 20 e 21).

Assim, ampliando a contabilidade dos atos exarados pelo regime, entre maio de 1964 e novembro de 1966 foram editados 3 atos institucionais e foram promulgadas 15 emendas constitucionais. Até aqui temos a multiplicação do jogo de ambiguidade – edição de atos institucionais que mantêm, seletivamente, o texto da Constituição de 1946, que é alterado em partes essenciais.

Essa estratégia alcançaria um maior gradiente de complexidade ainda no ano de 1966. Em 7 de dezembro foi baixado o Ato Institucional nº 4, que promoveu uma convocação extraordinária para o Congresso promulgar uma nova constituição para o país. Isso significa que um ato de exceção, decidido de forma unilateral pelo Executivo, sem aprovação congressual, convocou o Legislativo e a ele atribuiu poderes constituintes. É evidente que o governo tinha conhecimento da maioria de que dispunha no Congresso, obtida por meio de cassações e inúmeras modificações na legislação eleitoral.

O Congresso acabou por promulgar a Constituição em 24 de janeiro de 1967. E o novo texto constitucional faria um aceno aos atos institucionais pretéritos. Em seu art. 173, a Constituição ratificou todos os atos institucionais até então baixados e os excluiu de apreciação judicial[8].

Há, até aqui, uma intensa circularidade, e uma abertura quanto à origem da norma. Os atos institucionais se baseiam no poder constituinte que, por sua vez, deve sua legitimidade à revolução. Mas eles mantêm a ordem constitucional anterior. Um ato então confere poderes constituintes a um Parlamento. E a Constituição daí resultante convalida os atos institucionais.

A conclusão resultante dessa análise é que *os dois tipos de norma* – os atos institucionais e as regras propriamente constitucionais (emendas e uma nova constituição) – possuem a capacidade de alterar a constituição pretérita. Não há hierarquia ou subordinação claras entre eles. Um tipo de ato corrobora a vigência da outra espécie normativa.

## A gestão do tempo: dilatando os efeitos dos atos institucionais

Como se sabe, há um ponto de inflexão na história do regime militar: a radicalização da repressão, que ocorre por meio do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. Ainda que a intensidade dos efeitos do Ato seja efetivamente maior do que a de seus predecessores, a forma de estabelecer as bases da normatividade *permanece a mesma* se comparada com os atos anteriores.

7 Para o período de intensa atividade legislativa nos primeiros anos do regime, conferir as reflexões de Câmara (2017) e Carvalho (2013). Para a Emenda nº 16, que introduziu a representação de inconstitucionalidade no direito brasileiro, ver a pesquisa de Kokkinos (2020).

8 Sobre o paradoxo da insindicabilidade dos atos institucionais, conferir a reflexão de Paixão & Barbosa (2008).

Assim como os Atos 1 e 2, o AI-5 contém, em seu art. 1º, uma cláusula de manutenção seletiva da Constituição então vigente: "São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional". O dado interessante é que nesse caso a ordem anterior é também de autoria do regime. A circularidade fica bem clara: o Ato nº 4 concede poderes constituintes ao Congresso; a Constituição daí resultante mantém e convalida os atos pretéritos (incluindo o próprio AI-4); o Ato nº 5 mantém seletivamente a Constituição de 1967, modificando-a em aspectos centrais (como a decretação de recesso parlamentar, a suspensão de direitos políticos de quaisquer cidadãos, a suspensão do habeas corpus).

Há, contudo, um elemento adicional: o AI-5, ao contrário dos Atos 1 e 2, não possui limitação no tempo. Sem estipular um marco final para sua vigência, o AI-5 permanece como uma espécie de "coringa" apto a ser utilizado a qualquer momento pelos generais-presidentes.

Veremos, a seguir, como um deles fez uso do mecanismo. Antes disso, contudo, observemos como novo elemento de complexidade será introduzido: a exceção pronunciada pelo AI-5 será aprofundada por uma emenda constitucional, ela também outorgada num contexto de exceção clara, caracterizada pelo Congresso fechado, pelo impedimento à posse de um Vice-Presidente (que era civil), por uma Emenda outorgada por uma junta militar com poderes constituintes.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, também possui, como a Constituição de 1967, um dispositivo que valida os atos institucionais pretéritos. Trata-se do art. 181, que reproduz a redação do art. 173 da Constituição de 1967 acerca da aprovação dos atos institucionais e sua exclusão de apreciação judicial.

Mas há um componente de novidade. O art. 182 reitera que o AI-5 e seus atos complementares *continuam em vigor*, ou seja, não são suplementados ou substituídos pela Emenda Constitucional. Temos então uma *vigência concomitante* de um ato institucional e uma emenda constitucional, *ambas* normas de exceção, que mantêm a circularidade interna – são intercambiáveis – e se prolongam no tempo. O AI-5 passa a ser um trunfo apto a ser invocado a qualquer momento.

O regime militar e seu braço civil (a Arena) sofreram derrotas inesperadas nas eleições legislativas de 1974 e 1976. A maioria de dois terços do Congresso para aprovar emendas constitucionais desaparecera; e havia a expectativa que a renovação de dois terços do Senado em 1978 significaria a conquista da maioria naquela Casa pelo MDB, o partido de oposição[9].

Havia uma dificuldade adicional: o general Geisel tinha proposto uma transição "lenta, segura e gradual" do regime. Ao contrário do que se imagina, não era uma transição "para a democracia". O regime militar começava a se preparar para a passagem do poder a um civil, e estava procurando um modelo para esse exercício do poder no pós-ditadura.

Mas uma urgência maior se instalou. Para o regime, era crucial manter a maioria no Parlamento, e conservar o controle dos procedimentos de alteração da constituição. Criou-se um pretexto: a necessidade de uma reforma do Poder Judiciário. A proposta de emenda de autoria do Poder Executivo foi rejeitada no Congresso. Estava pronta a oportunidade para o uso do "coringa": no dia 1º de abril de 1977, com base no AI-5, Geisel decreta o fechamento

9 Para a narrativa dos fatos posteriores a 1974, conferir especialmente as obras de Kucinski (2001) e Gaspari (2016).

do Congresso Nacional e passa a trabalhar, com um grupo restrito de assessores, no texto de emendas constitucionais e decretos-leis que tinham o objetivo principal de conservar a maioria da Arena no Congresso no pleito de 1978.

O resultado foi uma sucessão de casuísmos: criação do senador "biônico" (eleito de forma indireta), modificação de regras eleitorais e, além disso, a alteração do quórum para aprovação de emendas constitucionais (de dois terços para maioria absoluta dos presentes). O que chama a atenção em todo o processo é a ativação do mecanismo de exceção. O Congresso foi fechado com base no AI-5; as emendas constitucionais nº 7 e 8 foram outorgadas por Geisel com base no AI-5. Essa sucessão de eventos fragiliza bastante a tese da "transição para a democracia". O que estava ocorrendo, na verdade, era uma luta política; o regime militar usava todos os mecanismos disponíveis para manter o controle do tempo da transição.

Como sintetizado por Barbosa (2018), as medidas decorrentes do Pacote de Abril trazem um componente de "anticlímax". Havia um discurso de abertura política, uma narrativa de transição. Mas havia também a exceção. Assim, "[as] medidas representaram o anticlímax desse processo e, ao mesmo tempo, o momento em que a ficção de normalidade político-institucional armada pelo governo esgarçou-se definitivamente" (Barbosa, 2018, p. 158).

A ambiguidade original, gerada pelo Ato de abril de 1964, foi inteiramente mantida na parte referente aos atos institucionais. Grande parte da justificativa adotada pelo governo Geisel para o fechamento do Congresso foi a suposta necessidade de aprofundar reformas institucionais tendentes à realização da transição. A realidade, contudo, era outra. O governo precisou fazer as mudanças para manter a maioria no Congresso – para tanto, não hesitou em fechá-lo e transformar inteiramente as regras eleitorais.

E, o que é mais decisivo: o regime baixou o Pacote de Abril – e suas duas emendas constitucionais – *usando a prerrogativa estabelecida pelo AI-5*. Temos, assim, mais uma vez, a articulação entre ato institucional e emenda constitucional. E fica claro que *toda a normatividade do regime*, entre 1964 e 1977, foi dependente da prática de atos institucionais. Nenhuma emenda constitucional esteve desconectada da prática de algum desses atos.

As ambiguidades da normatividade permaneceram após 1977, já que as regras do Pacote de Abril, feitas com o Congresso fechado, não alteraram o status dos atos institucionais. Isso só viria ocorrer em 1978, quando foi promulgada a Emenda nº 11, em 13 de outubro (mas com vigência a partir de 1º de janeiro de 1979), que revogou os atos institucionais, quinze anos após o primeiro ato.

Mas mesmo essa modificação não esteve livre de ambiguidades, por duas razões:

a. os atos institucionais e complementares foram revogados, mas foram expressamente mantidos "os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial" (art. 3º da Emenda Constitucional nº 11);
b. a própria Emenda nº 11 estabeleceu um novo procedimento de exceção, ao criar as "medidas de emergência", que poderiam ser decretadas pelo Presidente da República sem necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional (ao contrário do que se dava com o estado de sítio e o estado de emergência) e autorizavam o regime a adotar uma série de medidas repressivas, que eram as mesmas permitidas no estado de sítio (art. 1º da Emenda Constitucional nº 11)

Observa-se, assim, que nem mesmo a decretação do fim dos atos institucionais abandona a dicotomia essencial da normatividade do regime. As medidas de emergência eram o novo "coringa" à disposição dos agentes da ditadura. E elas seriam decretadas em duas ocasiões – em 1983, na discussão de decretos-leis sobre política salarial e, principalmente, em 1984, no período de deliberação do Congresso Nacional acerca das eleições diretas para Presidente da República. Em ambos os casos o regime foi bem-sucedido em seu intento.

A decretação das medidas de emergência foi essencial para que o governo Figueiredo (o último da relação de generais-presidentes) pudesse conter o movimento popular e social que visava a instituição de eleições diretas para Presidente da República. O executor da medida foi um coronel da cavalaria do Exército. A censura foi restabelecida. Barreiras impediam o acesso a Brasília. Prisões foram executadas. Congressistas foram coagidos[10].

O "receituário da exceção" foi, portanto, ativado. E isso em razão de mais uma reforma casuística empreendida pelo regime. Como não dispunha de maioria qualificada para aprovar emendas, Geisel decidiu fechar o Congresso – com base no AI-5 – e outorgar uma Emenda Constitucional (a de nº 8) alterando o quórum para a aprovação de propostas de emenda. Já com o quórum flexibilizado, o regime produziu a Emenda nº 11, que, *ao mesmo tempo* em que revogava (com limites) os atos institucionais, possibilitou a decretação de medidas de emergência.

Antes de passarmos às reflexões conclusivas, vale ressaltar dois aspectos importantes acerca dos anos finais do regime militar.

## 1.

A segunda metade da década de 1970 foi caracterizada pela mobilização de vários setores da sociedade civil em torno do retorno da democracia. Evidentemente, a agenda desses movimentos não era a mesma do governo militar. A reivindicação era por democracia, pela convocação de uma assembleia constituinte e pela realização de eleições diretas para Presidente da República. Foi um período importante de criação e fortalecimento de vínculos de sociabilidade entre participantes da vida pública brasileira. Como dito no clássico livro de Eder Sader, "novos atores entraram em cena" – o novo sindicalismo, o movimento negro, o movimento feminista, os comitês pela anistia, as associações de bairro, as comunidades eclesiais de base, entre outros (Sader, 2010; ver também Napolitano, 2006).

A reivindicação por eleições diretas demandava uma tradução institucional – ou seja, a aprovação pelo Congresso de uma emenda constitucional convocando as eleições. Como vimos, o quórum para aprovação de emendas havia sido flexibilizado pelo Pacote de Abril, caindo de dois terços para maioria absoluta. Quando a Emenda Dante de Oliveira (como ficou conhecida a proposta que permitiria a convocação de eleições) foi votada, em 25 de abril de 1984, a aprovação estaria assegurada se o quórum de maioria absoluta ainda estivesse em vigor.

Ocorre, porém, que o regime havia, mais uma vez, mudado as regras do jogo. Por meio da Emenda Constitucional nº 22, de 29 de junho de 1982, *o quórum para aprovação de emendas constitucionais voltou a ser de dois terços*. O paradoxo é que essa emenda (a de nº 22) *foi aprovada com o quórum de maioria absoluta*, que era o praticado até então. Fica claro, portanto, que

10 Conferir as análises de Pereira (1984) e Bertoncelo (2009).

se tratou de mais uma medida "protetiva" do regime, adotada às vésperas da eleição de 1982 (na qual, todos sabiam, a oposição seria fortalecida), para dificultar a aprovação de emendas constitucionais na legislatura subsequente.

Um interessante paradoxo emana desse curioso processo legislativo – uma emenda constitucional aprovada por maioria absoluta (quórum estabelecido numa emenda outorgada por um presidente-ditador, com o Congresso fechado) que modifica o quórum para emendas futuras, mas que o faz utilizando o quórum facilitado anos antes. Isso não passou despercebido por um jurista liberal que já era influente à época. O então diretor do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional Celso Ribeiro Bastos afirmou que a Emenda nº 22, na parte em que alterou o quórum para aprovação de emendas, *era inconstitucional*, afinal de contas, "Uma coisa é reformar-se a Constituição, outra coisa é o poder reformador se automodificar"[11].

A iniciativa, contudo, atingiu seu objetivo. Em 1984, na votação da Emenda Dante de Oliveira, com o Distrito Federal sob medidas de emergência, faltaram 22 votos para que o quórum de dois terços fosse alcançado. A proposta foi rejeitada.

## 2.

Inviabilizado o caminho das eleições diretas, a oposição passou a articular a construção de uma candidatura para disputar o cargo de Presidente da República por meio do Colégio Eleitoral. Essa operação foi bem-sucedida, como se sabe, e levou à eleição indireta de Tancredo Neves para a Presidência, por uma larga margem de votos (480 votos contra 180), o que preparou o terreno para um civil ocupar o posto de Chefe de Estado pela primeira vez desde 1964.

O que se revela marcante, contudo, é a forma utilizada para atingir esse objetivo democratizante. O Colégio Eleitoral, recorde-se, *foi uma criação do Ato Institucional nº 2*, baixado pelo governo Castello Branco em outubro de 1965 e incorporado na Constituição de 1967 e com composição modificada em normas posteriores, que alteraram também a duração do mandato do Presidente da República. É bastante significativo – e diz muito sobre as estratégias do regime – o fato de que o primeiro mandatário eleito com o compromisso de restaurar a democracia tenha sido escolhido por um órgão criado por um ato institucional.

# Considerações finais

Foi construída, ao longo de 21 anos, uma estrutura complexa para sustentar a normatividade que embasou a ditadura militar. Ela passa pela coexistência de planos normativos distintos, mas intercambiáveis.

A primeira característica é uma constante dualidade entre atos institucionais e normas constitucionais. Sem nunca definir a exata natureza de ambas as regras, permitindo uma enorme plasticidade entre as duas espécies de normas, o regime teve ampla liberdade para

11 (1982, 30 junho). *Jornal do Brasil.*

modificar, a seu critério e a seu tempo, os elementos-chave da arquitetura constitucional, o que assegurou o controle político sobre todo o processo de construção, aprofundamento e gradual transformação da repressão.

Essa dualidade foi estabelecida com uma finalidade: manter aberta a possibilidade de decretar normas de exceção. Foi criada uma "textura aberta da exceção", que permitia ao regime utilizar, de modo seletivo, os instrumentos do ato institucional e da emenda constitucional para a conservação – e aprofundamento – dos poderes do próprio regime. Ao transitar com grande liberdade entre ato institucional e norma constitucional, o regime reservou para si um espaço de grande liberdade, uma abertura constante. Era uma espécie de direito "quântico", sempre passível de alteração, sempre disponível para a manipulação, sem nenhuma previsibilidade para os atores sociais e políticos.

Uma segunda constatação é a de que parece inexato, ou mesmo incorreto, falar em "transição para a democracia", como é usual nas narrativas históricas sobre o fim do regime militar. Houve, evidentemente, um importante movimento de resistência e mobilização na sociedade contra o regime militar, especialmente após os assassinatos de Vladimir Herzog e Manoel Fiel Filho. Esse movimento foi reprimido pelo regime, que procurou manter o controle sobre a política institucional – e não economizou recursos para isso. A narrativa da transição, portanto, pode ser enganosa. Houve confronto, combate, disposição para a mudança. E houve também repressão, manipulação das regras do jogo, uso de artifícios jurídicos para a manutenção do regime autoritário.

Ao contrário do que afirmava a retórica do regime, os atos de exceção foram praticados ao longo de toda a ditadura, desde o ato institucional de abril de 1964 até as medidas de emergência decretadas em abril de 1984. É plausível e recomendável, então, afirmar que a ditadura militar imposta ao Brasil por 21 anos foi um regime de exceção, que praticou atos de exceção e que procurou explorar vários mecanismos de exceção.

Durante todo esse período, o regime mobilizou conceitos, institutos e categorias típicas da teoria do estado e do direito constitucional. A ditadura de 1964-1985 foi, portanto, uma criação que não existiria sem o conjunto de textos, símbolos e ritos do direito. É interessante notar, também, que a resistência à ditadura também envolveu a mobilização de conceitos e categorias jurídicas – representação popular, assembleia constituinte, cidadania, direitos humanos.

Compreender as estratégias do regime, e sua habilidade na manipulação desse arsenal de conceitos, símbolos e institutos, é também compreender as potencialidades e as deficiências do constitucionalismo contemporâneo – não só na ditadura, mas nos processos que a antecederam e no legado que ela própria nos deixou.

## Referências

Alonso, A. & Dolhnikoff, M.(Org.). (2015). *1964 do golpe à democracia*. Hedra.

Alves, M. H. M. (1984). *Estado e oposição no Brasil (1964-1984)*. Vozes.

Barbosa, L. A. A. (2018). *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Edições Câmara.

Bertoncelo, E. R. E. (2009). "Eu quero votar para presidente": uma análise sobre a Campanha das Diretas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política, 76,* 169-196.

*Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações: (Vol.1) Textos.* (1986). Senado Federal.

Câmara, H. F. (2017). *STF na ditadura militar brasileira: um tribunal adaptável?* [Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná].

Carvalho, C. (2019). *Presidencialismo e democracia no Brasil (1946-1956): sistema de governo, legalidade e crise política.* [Tese de Doutorado, Universidade de Brasília].

Carvalho, C. P. (2013). *Intelectuais, cultura e repressão política na ditadura brasileira (1964-1967): relações entre direito e autoritarismo.* [Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília].

Ferreira, J. (2010). Crises da república: 1954, 1955 e 1961. In J. Ferreira & L. de A. N. Delgado (Orgs.). *O Brasil republicano: o tempo da experiência democrática: – da democratização de 1945 ao golpe civil-militar de 1964.* (3ª ed., Vol. 3). Civilização Brasileira.

Ferreira, J. ,& Gomes, A. de C. (2014). *1964: o golpe que derrubou um presidente, pôs fim ao regime democrático e instituiu a ditadura no Brasil.* Civilização Brasileira.

Gaspari, E. (2016). *A ditadura acabada*. Intrínseca.

Kokkinos, C. (2020). *Controle abstrato de constitucionalidade no Brasil: entre superposições, assincronias e convergências temporais.* [Dissertação de Mestrado, Universidade de Brasília].

Kucinski, B. (2001). *O fim da ditadura militar*. Contexto.

Napolitano, M. (2006). *Cultura e poder no Brasil contemporâneo.*

Paixão, C. (2015, december). Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile. *Giornale di Storia Costituzionale*, *30*(2), 89-105.

Paixão, C. (2014). Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 43*, 415-460.

Paixão, C. (2011). Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, 13,* 146-169.

Paixão, C. ,& Barbosa, L. (2013). Crise política e sistemas de governo: origens da '"solução parlamentarista"' para a crise político-constitucional de 1961. *Universitas Jus, 24*(3), 47-61.

Paixão, C. ,& Barbosa, L. (2008, janeiro, dezembro). A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 1*(6).

Paixão, C. ,& Meccarelli, M. (2020). Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems. *Giornale di Storia Costituzionale, 40*(2) 29-54.

Pauer-Studer, H. (2020). *Justifying Injustice: Legal Theory in Nazi Germany.* Cambridge University Press.

Pereira, A. W. (2010). *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Paz e Terra.

Pereira, M. (1984). *O golpe do silêncio: imprensa, censura e medidas de emergência*. Global.

Resolução nº 1841, de 7 de maio de 1947. (1947, 7 maio). Decisão proferida pelo Tribunal Superior Eleitoral, que regulamenta o cancelamento do registro do Partido Comunista do Brasil. https://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-resolucao--1841-cancelamento-do-registro-do-pcb

Rollemberg, D. ,& Quadrat, S. V. (Orgs.) (2010). *A construção social dos regimes autoritários: legitimidade, consenso e consentimento no século XX: Brasil e América Latina*. Civilização Brasileira.

Sader, E. (2010). *Quando novos personagens entraram em cena: experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo (1970-1980)*. Paz e Terra.

Santos, C. M., Teles, E. ,& Teles, J. de A. (Orgs.). (2009). *Desarquivando a ditadura: memória e justiça no Brasil* (Vol. 1-2) Hucitec.

Tavares, F. (2011). 1961: *o golpe derrotado: luzes e sombras do movimento da legalidade*. L&PM.

Toledo, C. N. de (Org.). (2001). *1964: visões críticas do golpe: democracia e reformas no pop*ulismo. Ed. Unicamp.

Data de Recebimento: 15/12/2020

Data de Aprovação: 22/12/2020

# Ferramentas

HISTÓRIA DO DIREITO

# 'Moderno' y 'posmoderno' en la historia del derecho en Italia

*'Moderno' e 'Pós-moderno' na história do direito na Itália*

*'Modern' and 'post-modern' in italian legal history*

**Paolo Grossi**[1]

1 Professor Emérito da Università degli Studi di Firenze.

## RESUMO

O presente texto trata-se do discurso proferido em razão da conferência inaugural do primeiro Congresso da Sociedade Espanhola de História do Direito. Seu objetivo é contextualizar e caracterizar os dois momentos distintos de florescimento jurídico na península italiana, a saber: a modernidade herdada da Revolução Francesa e a pós-modernidade do entreguerras. Para tanto, aborda essa modernidade jurídica italiana como o império do estatismo e do legalismo, período em que a burguesia pretendia controlar toda realidade social por meio do monopólio da produção jurídica e seu consequente afastamento do povo, isto é, uma busca por um Direito codificado abstrato e pretensamente claro, coerente e seguro. Em seguida, em contraste com esse absolutismo jurídico, surge o Direito pós-moderno italiano, nascente durante a 1ª Guerra Mundial e concretizado na Constituição pós-guerra de 1948, cujas peculiaridades são suas facticidade e pluralidade, ou seja, é uma arte jurídica espontânea que germina e autoorganiza-se a partir da própria sociedade em que está inserida, culminando com os direitos sociais. O discurso conclui que os direitos pós-modernos têm, cada vez mais, tornando-se valores inderrogáveis e fundamentais tanto da República quando do Estado italiano.

**Palavras-chave:** Modernidade jurídica, pós-modernidade jurídica, absolutismo jurídico, legalismo, estatismo, monismo, codificação, pluralidade jurídica, facticidade, direitos sociais, constituição italiana.

## ABSTRACT

The present text is the speech given due to the inaugural conference of the first Congress of the Spanish Society of the History of Law. Its objective is to contextualize and characterize the two distinct moments of legal development in the Italian peninsula, namely the modernity inherited from the French Revolution and the post-modernity of the interwar period. For such, it addresses the Italian legal modernity as the rule of statism and legalism, a moment in which the bourgeoisie intended to control all social reality through the monopoly of legal production and its separation from the people, i.e., a search for a codified and abstract law, supposedly clear, coherent and secure. Then, in contrast to this legal absolutism, Italian postmodern law emerged, born during the First World War and materialized in the postwar Constitution of 1948, whose peculiarities are its facticity and plurality, i.e., a spontaneous law which germinates and organizes itself from the very society in which it is inserted, culminating in the promulgation of social rights. The speech concludes that postmodern rights have, increasingly, become fundamental values of both the Italian Republic and State.

**Keywords:** legal modernity, legal postmodernity, legal absolutism, legalism, statism, monism, codification, legal plurality, facticity, social rights, Italian constitution.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78729

Quiero agradecer, de todo corazón, al Presidente Bermejo Castrillo el honor que me concede al invitarme a pronunciar la "conferencia inaugural" del primer Congreso de la "Sociedad Española de Historia del Derecho". El tema, que he elegido, dedicado al desarrollo del derecho en Italia en los últimos dos siglos, puede interesar a los Colegas españoles precisamente porque Italia y España, aun perteneciendo ambas al universo del 'Civil Law', han tenido una historia juridica bastante distinta. La "conferencia" puede, por tanto, ofrecer un provechoso instrumento de comparación.

1. Desde hace varios años vengo hablando y escribiendo de "moderno" y "posmoderno"; oficialmente al menos desde 2010 cuando, invitado a pronunciar el `discorso inaugurale' del año academico de la Università di Ferrara, lo quise intitular "Novecientos juridico: un siglo posmoderno".

Utilizando estas dos calificaciones, no pretendía delinear categorías históricas generales, sino más bien dotarme de un valido instrumento ordenador para encuadrar eficazmente el desarrollo del derecho en Italia. Eficaz porque la historia juridica italiana, a lo largo de los dos siglos que nos preceden, aparece caracterizada por una profunda discontinuidad: dos momentos sucesivos intensamente diferenciados, cada uno de los cuales es portador de un mensaje absolutamente específico y peculiar.

2. Lo "moderno" tiene su fase culminante al final del Setecientos, cuando la revolución francesa cataliza las exigencias de la ilustración europea continental y las traduce en la estructura de un Estado nuevo, el elaborado en el laboratorio jacobino. Es un Estado fuerte, que se ha liberado del pluralismo jurídico del antiguo régimen, un Estado compacto y centralizado, ajeno ya a la "societé de societés" de la vieja monarquía borbónica. Más bien, exactamente lo contrario, ya que quiere monopolizar la producción del derecho y efectuar así el ineludible control de toda dimensión social y, así, también de la dimensión jurídica.

La burguesia, que —con la revolución— conquistó en Francia el poder político, considera el derecho una argamasa muy relevante para el pleno dominio de la sociedad; todo el derecho, comenzando por el derecho privado, que se ocupa de institutos basilares para una civilización burguesa, como propriedad, contrato, sucesión mortis causa. És una estrategia que encuentra su confirmación y también su pleno desarrollo con la codificación general; desde 1791 se aspira a un `Codigo Civil', y entre los afios 1804 y 1810, con el déspota Napoleón, asistimos a una extraordinaria obra codificadora que afronta las grandes areas del orden jurídico (civil, mercantil, penal, procesal).

Aquí esta lo "nuevo" que típica lo "moderno" y lo diferencia del antiguo regimen: la estrecha —incluso, necesaria— vinculación del derecho al poder politico, y la consecuente identificación de su manifestación con la voluntad del poder supremo, es decir con la ley. Entonces, rígido estatalismo y rígido legalismo son los indicadores de la modernidad jurídica; que produce algunos frutos indudables respecto al caótico orden jurídico prerevolucionario: claridad, certeza, capacidad de reducirse a un sistema de extraordinaria coherencia.

He usado, a propósito, el verbo reducirse, y sucede precisamente así. El pluralismo de las fuentes del derecho, que había caracterizado el antiguo derecho romano, el ius commune medieval y posmedieval, sufre una dramática reducción. El derecho es generado (o mejor, es creado) en los nobles palacios del poder, desde los cuales se proyecta hacia la base social concebida como pasiva e inerte, a la que se le pide obediencia. Es una concepción elitista, que tiene su origen primero en los círculos ilustrados parisinos de mitad del Setecientos, con un resultado

dañino, tanto para la sociedad, como para el derecho. Se separa, cada vez más, poder politico y sociedad, así como la sociedad del derecho, ahora reducido a voz del poder. Otro resultado para el derecho es que, concebido como producto de una voluntad suprema, tiende a no mezclarse con los hechos vivos de la existencia cotidiana de los ciudadanos y a proponerse como osamenta formal absolutamente abstracta, dentro de la cual los hechos están aprisionados a la fuerza'.

Ya que hablo a los Colegas españoles historiadores del derecho, puedo prever una exigencia de mayor precisión en relación con la situation politica de los Estados, que compartimentan la península italiana en la primera mitad del Ochocientos y que se relacionan más con Viena que con Paris. Es fácil responder que la influencia de la revolución francesa y de la gran codificación napoleónica es generalmente bastante intensa no solo sobre nuestra ciencia jurídica, sino además sobre las operaciones codificadoras de la península, que se inspiran en el modelo francés y no en el del Imperio austriaco (esto no solo en la primera codificación unitaria del Reino de Italia nacido en 1861, sino también en los numerosos Códigos del precedente momento de la restauración tras el Congreso vienense de 1815). Dos son las explicaciones posibles: este modelo estuvo vigente en Italia durante la dominación franco-napoleónica; se considera que este modelo tutela validamente los intereses de la clase burguesa que se está haciendo fuerte también en Italia.

Entonces, repitámoslo: modernidad jurídica quiere decir estatalismo y legalismo; es decir monismo jurídico, con el Estado como única fuente de producción del derecho; con una rígida jerarquización de las fuentes y con la reducción a un rango absolutamente marginal de la costumbre, de la jurisprudencia practica, de la ciencia jurídica. Es el tiempo de lo que llamo absolutismo jurídico.

3. Es un tiempo que se extiende, en Italia, hasta la conclusión del siglo XIX, es decir mientras la plataforma social permanece en su estática inercia, y el paisaje jurídico se mantiene sin complicaciones dominado por dos sujetos fuertes, el Estado pensado como macro-individuo y el singular micro-individuo (este segundo es tornado en consideración, en la imperativa civilización burguesa, únicamente al completarse por una conspicua integración económica). Tal paisaje viene turbado cuando los estratos bajos de la sociedad adquieren una inedita conciencia, al redescubrir las formaciones colectivas, que la revolución francesa había suprimido para garantizar la cohesión (aunque solo aparente) y que resultan el salvamiento para la clase de los no pudientes sociológicamente extraños al proyecto revolucionario de 1789. Y tienen, en los últimos decenios del Ochocientos, un florecer de organizaciones colectivas bastante diversificadas en sus especificas finalidades (religiosas, sindicales, politicas, profesionales, asistenciales, cooperativas) pero unificadas por una común finalidad: hacer más capaz al sujeto desposeído, debilísimo mientras permanece individuo aislado. Si se quiere, es un formidable despertar, al que se enfrente la reaction violenta del poder burgués; y a huelgas y revueltas populares se reacciona con represiones incluso sangrientas.

En esas turbulencias, que el Estado consigue momentáneamente reprimir pero no extinguir, esta el comienzo de un tiempo nuevo en Italia, un tiempo posmoderno, que vemos nítidamente consolidarse en el siglo nuevo, el Novecientos. Cuando, durante mis cuarenta años de docencia en mi amada Universidad de Florencia, quería, sucintamente pero de manera realista, expresar a los estudiantes el sentido del desarrollo del derecho decimonónico, lo condesaba en esta frase eficaz: siempre más sociedad, siempre menos Estado. Y era una referencia, quizás demasiado sucinta pero puntual. Era, en efecto, la sociedad civil que retomaba lentamente su protagonismo. Entre los juristas italianos capta con gran lucidez este movimiento uno de los

más inteligentes cultivadores del derecho publico, Santi Romano, que, en un famoso discurso inaugural para el año académico de la antigua Universidad de Pisa, en 1909, que quiso intitular "Lo Stato moderno e la sua crisi" [El Estado moderno y su crisis], identifico el comienzo de esta 'crisis' precisamente en la autoorganización y dinamización de la sociedad italiana, que por entonces se acentuaba. El trazo más vistoso nos lo ofrece el plano constitucional, con la transformación de la democracia burguesa (incompleta, ya que ligaba —en las elecciones politicas— la titularidad del voto a la titularidad de una cierta ganancia económica) en una democracia verdaderamente plural, es decir con la llamada al voto de todos los electores masculinos, ricos y pobres, realizada por el Parlamento solo en 1913.

Sobre el plano más propiamente historico-jurídico encontramos otro trazo en un evento que es, por si, únicamente politico: la participación del Reino de Italia en la primera guerra mundial en 1915, que fue ocasión para el florecimiento de una importante legislación excepcional de guerra. Exigida por las enormes necesidades económicas y sociales, tiene una gran relevancia histórica, porque contraviene al carácter tipico de las leyes en el Estado de derecho, es decir la generalidad y la abstracción. Se trataba de una legislación excepcional y, ciertamente, el excepcional estado de guerra estimuló la innovadora manifestación en el plano oficial. Sin embargo, ya en el periodo prebélico, había madurado —en nuestra ciencia jurídica más sensible y culta, dentro de estímulos culturales y técnicas procedentes del área austro-alemana — un alejamiento de la visión del derecho civil como ciencia pura, junto a la exigencia de enfrentar las formas jurídicas a la realidad magmática de los hechos sociales y económicos; y es en este preciso momento —anteguerra, guerra, posguerra— que se rompe la unitariedad de un derecho civil abstracto (el de los Pandectistas alemanes, por ejemplo con su oprimente *Isolierung*), permitiendo la emersión formal de derechos sectoriales preñados de factualidad económica y social, el `derecho del trabajo' y el `derecho agrario'.

4. En aquel 1918 —año de conclusión del conflicto mundial— encontramos en Italia algo más: uno de los más agudos filosofos italianos del derecho, Giuseppe Capograssi, escribió un "Saggio sullo Stato" [Ensayo sobre el Estado] donde considera deberlo describir como un pobre gigante descoronado' no solo también el iuspublicista Santi Romano, mas arriba recordado, que había creído, en 1909 delinear el diagnóstico efectivo de la crisis en acto en las viejas estructuras de impronta ilustrado-jacobina, escribe un opúsculo, exiguo en paginas pero no en contenido, intitulado "L'ordinamento giuridico" [El ordenamiento jurídico] donde se realiza una completa transformación de la visión del derecho: a los ojos nuevos de Romano, el derecho aunque comúnmente aparece en la vida social como mandato, como norma— es en su esencia un ordenamiento de la sociedad, función que puede cumplir únicamente si tiene en cuenta los valores y los intereses difundidos y compartidos en los extractos profundos, en las raíces de la sociedad.

Para Romano el derecho no nace arriba, no es un acto de imperio, una voluntad suprema, más bien es la misma sociedad que se autoordena, respetando y registrando cuanto se origina y se consolida en su constitución más profunda. Es el momento de revancha de la factualidad: los hechos — estructurales, sociales, económicos— necesitados hasta ayer de la obra milagrosa del legislador para pasar de la irrelevancia a la relevancia jurídica, hoy se proponen cada vez más como protagonistas. Varias veces, recientemente, no he dudado en calificar a Santi Romano como un jurista posmoderno y en reconocer en su opúsculo de 1918 el genuino manifiesto de una ciencia jurídica posmoderna.

5. Sin embargo, si hay un evento que defina la historia jurídica del Novecientos en Italia, este es, sin duda, la `Constitución' redactada por una `Asamblea Constituyente' y entrada en vigor el 1 de enero de 1948. Tras los oprimentes arios de la dictadura fascista (1922-1943), tras la trágicamente loca aventura de la participación italiana en la segunda guerra mundial (1940-1945), siguió en mi país un momento difícil (entre 1943 y 1947) por las enormes destrucciones que teníamos a las espaldas. Fueron, sin embargo, los primeros arios de una verdadera democracia plural, colmados de esperanzas y de coraje, dirigidos intrépidamente hacia el futuro con la firme convicción de construir un verdadero Estado social de derecho, exactamente lo opuesto a un Estado totalitario pero también muy distinto del Estado burgués pré-fascista.

Lo que me urge subrayar aquí, para los fines de la presente 'conferencia inaugural', es que la novísima Constitución italiana no es el último eslabón de una cadena que une en perfecta continuidad a las 'cartas de los derechos' del constitucionalismo burgués (el francés de finales del Setecientos, por ejemplo), sino que ella está, respecto a él, relación de neta discontinuidad. Estamos, de hecho, frente a una Constitución posmoderna; que no quiere concretarse en 'Déclarations', es decir en vaporosas afirmaciones de indole prevalentemente filosofica; que quiere, por el contrario, delinear el breviario jurídico que actúe de protección para todo ciudadano, rico o pobre, sabio o ignorante.

Los 'Patres' sedentes de la Asamblea Constituyente quisieron leer libremente en las raíces de la comunidad popular italiana, identificar en los estratos profundos valores e intereses compartidos, registrarlos y traducirlos en principios validos como fundamento de derechos esenciales para la vida del ciudadano. De esa manera, se situaron en ideal prosecución de la innovadora Constitución de la república de Weimar, colocándose por ello mismo en un paisaje jurídico que puede calificarse de posmoderno. Un paisaje donde el derecho esta en necesaria conexión no con 'el poder' sino con la 'sociedad'; donde el derecho representa el libre y espontaneo autoordenarse de la sociedad; la cual proyecta sobre el ordenamiento jurídico formal su complejidad social que se hace necesariarmente complejidad jurídica.

Al contrario del derecho de la moderna civilización burguesa, que tenía una estructura bastante simple identificándose en la voz autoritaria del aparato estatal de poderes, es decir en leyes y en la ley/madre que es el Código, al contrario de esta simplicidad, que consistía sin embargo en un sofocante reduccionismo al fin de consentir a los politicos el control de la dimensión jurídica, el rostro del nuevo derecho posmoderno, documentado eficazmente en el mensaje supremo de la Constitución italiana, es complejo como es compleja la existencia cotidiana del ciudadano. No se trata aquí de vaporosas declaraciones filosófico-politicas, sino de principios funcionales a la tutela jurídica de esa existencia, tan ciertos que, mientras en las 'cartas de los derechos' dieciochescas se hablaba abstractamente de derechos fundamentales, aquí se habla claramente y concretamente de salud, de trabajo, de economía, de escuela, de educación, es decir de hechos de la vida. Se trata de principios que son *ab origine* jurídicos y que el juez puede directamente aplicar.

Hemos insistido sobre la complejidad jurídica, y justamente, porque está bien expresada en una diferenciación puesta en evidencia por nuestra carta constitucional: la que se da entre 'República' y 'Estado'. La República es realidad basada sobre valores fundamentales e inderogables, los valores que sostienen y orientan desde hace más de setenta años la comunidad multietnica y multilingiiistica del pueblo italiano, comunidad juridicamente compleja y articulada en una pluralidad de ordenamientos jurídicos originarios. El Estado es el ordenamiento jurídico

central, llamado a producir leyes y a garantizar al ciudadano libertad y seguridad gracias al ejercicio democrático del propio aparato de poderes.

Este paisaje jurídicamente 'plural' no dejó de turbar y de asustar a muchos juristas italianos habituados a la simplicidad del viejo paisaje posilustrado reducido al Estado unitario y a sus leyes. Precisamente por esto el nuevo pluralismo ha tardado en arrancar y algunos, sobre todo en los años Cincuenta y Sesenta del siglo pasado, han intentado reducir nuestra Constitución a una nobilísima filosofía, una filosofía que necesitaba de un legislador estatal para su transformación en dimensión auténticamente jurídica. De esa manera se habría conservado un paisaje decrepito, para muchos tranquilizador.

Hoy, a setenta y dos años de su entrada en vigor, tengo la satisfacción de constatar que el pluralismo jurídico querido por la Constitución está convirtiéndose en una fuerza de nuestra República. Existen junto a la centralidad de la ley y del legislador una amplia pluralidad de fuentes. Junto al derecho legislado se impone cada vez más un derecho jurisprudencial, donde los actores son maestros teóricos y notarios, y sobre todo jueces. Los jueces, cada vez más conscientes de su papel activo, ejercen de motor de la dinámica de la experiencia jurídica. La brújula orientadora en la realidad italiana por tradición estatalista y legalista, más que el viejo principio de legalidad de los ilustrados es un amplio 'Rule of Law".

Data de recebimento: 11/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# ‘Dizer a verdade’
## Uma missão impossível para a historiografia?[1]

*'Telling the truth'*

*An impossible mission for historiography?*

**Pietro Costa[2]**

1 Tradução: Raul Belucio Nogueira e Ricardo Marcelo Fonseca.

2 Professor Emérito da Università degli Studi di Firenze.

## RESUMO

Há pelo menos dois séculos o historicismo é o horizonte em que se desenvolve a formação cultural no ocidente. Portanto, deveria ser relativamente simples compreender de que modo a historiografia apresenta os seus próprios objetos. Porém, estilos de pensamento que nos parecem óbvios e garantidos são na realidade plenos de incertezas, aporias e perguntas não respondidas pelos próprios especialistas da área. Assim, podemos perguntar se se pode reclamar da historiografia a "verdade" sobre o passado ou se essa pretensão é o fruto de uma ilusão já superada. O objetivo desta intervenção é chamar a atenção sobre a importância epistemológica (e talvez, ético-política) dessas perguntas, ainda que com consciência das dificuldades de chegar a soluções unívocas e satisfatórias. Então, esta investigação retoma a aspiração rankeana de apenas mostrar como as coisas realmente aconteceram, aborda os impactos da linguistic turn, a tradição hermenêutica e a controvérsia sobre o papel narrativo da história entre White e autores como Momigliano e Ginzburg. Partindo da semelhança entre as tarefas do juiz e do historiador, o trabalho se utiliza do "negacionismo" para evidenciar o difícil desafio da historiografia, que pode adquirir não apenas um valor cognitivo, mas também "civil".

**Palavras-chave:** Verdade na historiografia; Negacionismo; Papel civil da historiografia.

## ABSTRACT

Historicism has been the horizon for western cultural formation for at least the past two centuries. Therefore, it should be relatively simple to understand how historiography presents its own objects. However, reasoning styles that seem obvious and guaranteed are in reality full of uncertainties, aporias, and unanswered questions by the experts in this field. Thus, we can ask whether is it possible to claim the "truth" about the past from historiography or if this claim is the result of an illusion that has already been overcome. The purpose of this intervention is to draw attention to the epistemological (and perhaps, ethical-political) importance of these questions, albeit aware of the difficulties of reaching univocal and satisfactory solutions. Therefore, this investigation analyses the Rankean aspiration of only showing what actually happened and addresses the impacts of the linguistic turn, the hermeneutic tradition and the controversy over the narrative role of history between White and authors like Momigliano and Ginzburg. Eventually, based on the similarity between the tasks of the judge and the historian, this research addresses "negationism" to highlight the difficult challenge of historiography, which can acquire not only a cognitive but also a "civil" value.

**Key words:** Truth in Historiography, Negationism; Historiography Civil role.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78730

## 1. *Apontamentos introdutivos*

O que nos propomos a conhecer quando nos preparamos a "narrar a história" de alguma coisa? Esta pergunta pode parecer preambular. Há pelo menos dois séculos, de fato, o historicismo é o horizonte em que se desenvolve a nossa formação cultural. É verdade que a dimensão da historicidade já é menos relevante para as jovens gerações do que o foi para as gerações precedentes; e que em todo caso, como nos lembra Dipesh Chakrabarty (2000), o hábito de olhar o mundo sob a perspectiva do movimento e da divisão temporal é uma característica peculiar da civilização ocidental, substancialmente ignorada em outras culturas. De todo modo, isso não retira o fato de que o sentido da diacronia e a atenção ao 'antes' e ao 'depois' de um determinado fenômeno nos sejam ainda familiares; e portanto deveria ser relativamente simples compreender de que modo a historiografia apresenta os seus próprios objetos.

Na realidade, as coisas são mais complicadas do que aparentam à primeira vista e é fácil se dar conta de que estilos de pensamento que nos parecem óbvios e garantidos são na realidade plenos de incertezas, aporias e perguntas não respondidas: não respondidas pelos próprios 'especialistas', que muito frequentemente se limitam a desempenhar seus misteres sem se interrogar sobre as suas condições de possibilidade.

Parece-me que o sentido deste Congresso seja exatamente o de convidar a olhar à distância as nossas práticas cotidianas de pesquisa de modo a poder refletir criticamente sobre seus procedimentos. É nessa perspectiva que gostaria de me interrogar sobre as expectativas que de maneira razoável podemos nutrir com relação à historiografia. Que forma de conhecimento podemos esperar da pesquisa historiográfica? Qual relação conserva com a realidade que elucida? Podemos reclamar da historiografia a 'verdade' sobre o passado ou essa pretensão é o fruto de uma ilusão já superada?

Não poderei oferecer a estas perguntas 'radicais' sequer respostas exaustivas, como é óbvio, e nem mesmo um quadro de discussões adequadamente articulado. O objetivo da minha intervenção é somente o de chamar a atenção sobre a importância epistemológica (e diria, ético-política) daquelas perguntas, ainda que com consciência das dificuldades de chegar a soluções unívocas e satisfatórias.

## 2. *A verdade como programa: «bloß zeigen, wie es eigentlich gewesen»*

De que se ocupam os historiadores? Qual é o objeto de seu saber? O que eles se propõem a nos mostrar? Poderíamos responder, com audaciosa simplicidade, que os historiadores querem dizer a verdade: querem nos contar o que "verdadeiramente" aconteceu num determinado tempo e lugar. Os historiadores parecem se mover numa perspectiva *naturaliter* realista, se os realistas são, como escreve Diego Marconi, "pessoas que pensam que existe um mundo no qual as coisas estão independentemente do fato que qualquer um saiba ou possa saber que estão dessa forma". "Napoleão morreu na Ilha de S. Helena": um historiador quer nos comunicar essa informação como sendo 'verdadeira'; verdadeira enquanto seja capaz de dar conta de um evento ocorrido num lugar e num tempo específicos; assim como ele dirá, por motivos iguais e contrários, que é falso afirmar que "Napoleão morreu na Ilha de Elba".

Podemos dizer que o enunciado "Napoleão morreu na Ilha de S. Helena" é essencialmente diferente do enunciado "Obama é hoje o presidente dos Estados Unidos da América"? Diria que não. Ambas as afirmações pretendem 'dizer a verdade' enquanto pretendem nos informar como algumas coisas estão no mundo. Um elemento diferenciador, porém, pode ser facilmente reconhecido: o elemento da temporalidade. Falar do presente ou falar do passado: a historiografia fala do passado, olha para trás no tempo. Não importa que o passado seja remoto ou próximo, contíguo ao nosso tempo ou dele muito distante: de qualquer modo é no horizonte do passado que é inscrita a historiografia.

A dimensão da temporalidade é um elemento que incide profundamente sobre o trabalho do historiador: poderíamos dizer que o constitui fazendo do historiador um 'especialista do passado' e complica seus procedimentos cognoscitivos, incrementa o caráter problemático da relação com aquele real que também o historiador tem a ambição de recolher e descrever. Permanece no fundo a recorrente vocação 'realista' da historiografia e, todavia, a crescente consciência das dificuldades que se colocam entre objeto e conhecimento do objeto provoca, como veremos, várias dúvidas sobre a própria definição do objeto da historiografia. Uma dessas dificuldades é criada, ou pelo menos reforçada, pela fratura temporal que devemos assumir como sendo constitutiva deste saber especializado que chamamos historiografia: que ambiciona, sim, conhecer o real, mas deve lidar com uma realidade – com eventos, pessoas, experiências – que foi, mas não é mais. Uma das grandes apostas da historiografia é conseguir transformar as sombras em corpos, os fantasmas em realidade: descrever uma 'coisa que não existe' sem renunciar a dar conta de sua espessura ontológica.

Nesse ponto, uma associação obrigatória, e efetivamente recorrente na literatura mais e menos recente, é a associação da historiografia com o exercício da memória, individual e coletiva[3]. Quando relembramos, trazemos ao nosso presente momentos e episódios desaparecidos: não podemos mais ter uma experiência direta, uma interação imediata com uma pessoa, com uma situação, com um evento e os reencontramos, os reconduzimos a nós, recordando-os. E evidentemente que relembrar não é uma atividade gratuita e ociosa: é um momento constitutivo de nossa identidade, como Locke já tinha compreendido. Podemos dizer 'eu' enquanto nos descrevemos, enquanto ligamos as mais diferentes experiências a uma unidade de sentido que chamamos 'eu'.

Quando relembro, as experiências que eu narro a mim mesmo foram vividas por mim diretamente: o protagonista da história e o seu narrador coincidem. Existe também uma projeção textual e literária deste exercício de memória: a autobiografia. O relembrar do historiador é estruturado, porém, de modo diferente: o narrador da situação – o historiador – é diferente dos atores, dos protagonistas das situações narradas. Intervém então uma figura chave: a testemunha. Não estava presente nessa batalha, não assisti a este episódio: outros estavam presentes, como atores ou espectadores, como testemunhas. É a eles que me dirijo como um suporte indispensável da minha narração: não vi aquilo que narro, mas outros viram. É do seu testemunho que depende a minha narrativa.

Desde suas primeiras e primevas manifestações na Grécia do século V a. C., a historiografia se pretende um discurso confiável na medida em que é ligado a uma experiência: ligado a ela

3 Sobre o nexo entre identidade, memória e história vide, a partir de diversos pontos de vista, David Lowenthal, *The past is a foreign country*, Cambridge University Press, Cambridge 1985; Aleida Assmann, *Ricordare: forme e mutamenti della memoria culturale*, il Mulino, Bologna 2002; Paul Ricoeur, *La memoria, la storia, l'oblio*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2003; Paul Connerton, *Come la modernità dimentica*, Einaudi, Torino 2010.

por via direta e/ou indireta. Se eu também narro aquilo que não vi, outros, porém, viram por mim, como atores ou espectadores: são eles que se colocam como testemunhas. O historiador narra por meio de testemunhos; fala por meio de interposta pessoa com base em algo que ele assume de modo implícito ou explícito: que a testemunha da qual ele faz uso seja confiável. O testemunho deve ser fiável e isso permanece assim até prova em contrário: até que um ator ou espectador diferente do mesmo evento não apresente uma narração diversa, parcial ou totalmente. Desencadeia-se então uma inevitável estratégia de desconfiança por parte do narrador, que deve confrontar narrações diversas, avaliar as suas credibilidades e ao final produzir uma narração que por sua vez seja verossímil e coerente.

Emerge então um traço característico da historiografia: a distância entre objeto e historiador, o caráter indireto de seu discurso. O historiador não viu aquilo sobre o que ele fala, mas existe alguém – a testemunha – que viu por ele e é de sua viva voz que o historiador retira a mensagem. A narração da testemunha é, no mais das vezes, uma narração oral: eu vi e disso te ofereço um testemunho. Para que isso seja possível, porém, faz-se necessário que a distância temporal entre o historiador e a situação narrada seja exígua, não superior ao intervalo de uma ou duas gerações. Não é essa, contudo, a condição 'normal' da historiografia. A possibilidade de interrogar diretamente as testemunhas vale só para episódios que sejam cronologicamente próximos: podemos (ou podíamos até pouco tempo atrás) escutar testemunhas sobre a segunda guerra mundial, sobre Auschwitz ou sobre a vida camponesa no segundo pós-guerra, mas não podemos nos projetar mais atrás no tempo.

A historiografia tem necessidade de testemunhos, mas as testemunhas desaparecem ao longo de uma ou duas gerações. Para resistir à passagem do tempo as narrações das testemunhas devem passar por um *médium* particularmente complexo: a escrita. É a escrita que obstrui o testemunho, enrijece-o e o formaliza, mas ao mesmo tempo em que o torna tendencialmente estável, subtrai-o do tempo. Como nos relembra Aleida Assmann (2002, p. 202), já no antigo Egito a escrita era celebrada como um meio para superar a mortalidade da condição humana.

Para resistir ao tempo, para ser utilizável pelo historiador, os testemunhos devem transmudar-se em escrita, devem assumir a forma de documento. Introduzamos então um termo fascinante para todo historiador: o arquivo; o arquivo como o depósito de todo testemunho escrito possível. Se a historiografia pode ser apresentada como um exercício de memória ou de rememoração, o arquivo é ele próprio uma memória petrificada, objetivada: o lugar onde os mais diversos testemunhos e as mais diversas expressões individuais e coletivas, traduzidas em documento por meio da escrita, são conservadas (Giuva et al., 2007).

Poderíamos imaginar o arquivo como aquilo que contém todos os documentos que existiram numa determinada sociedade (Ricoeur, 2003, p. 234). Obviamente, nenhum arquivo que existe concretamente pode corresponder a essa imagem. A conservação dos documentos varia drasticamente de sociedade a sociedade: para algumas realidades dispomos de uma documentação muito lacunosa, para outras, de uma documentação muito abundante. De qualquer modo, alguns caracteres gerais podem, porém, ser indicados.

Em primeiro lugar, a passagem da oralidade à escrita produz de qualquer modo uma drástica redução das informações: aquilo que se conserva por meio da escrita é somente a ponta do iceberg; a realidade desapareceu e os testemunhos, qualquer que seja a dimensão do arquivo, oferecem-nos apenas uma imagem fragmentária desta realidade. Em segundo lugar, a seleção dos documentos, a decisão sobre o que merece ser conservado é, em parte, casual, e, em

parte, guiada por decisões, motivadas de modo variado, pelas classes dirigentes. Os arquivos, exatamente porque são expressão de uma sociedade, passam a existir quando são demandados e plasmados por interesses e por poderes das instituições dominantes naquela sociedade. Em terceiro lugar, quaisquer que sejam os motivos que presidiram a criação e a conservação do arquivo, os documentos nele contidos são textos das espécies mais variadas, que passaram a existir não para testemunhar alguma coisa, mas para satisfazer as mais variadas necessidades comunicativas e práticas.

A historiografia, portanto, - como dissemos – apresenta dois traços característicos: em primeiro lugar, pressupõe um destaque temporal, olha o passado; quer nos narrar a verdade, quer nos dizer alguma coisa sobre o estado do mundo, mas sabe que o mundo ao qual ela se refere já foi, mas não é mais; em segundo lugar, e como consequência, ela é levada a nos falar de alguma coisa com a qual não pode ter uma relação direta. O historiador fala por meio das palavras de outros: por meio de testemunhos de atores ou espectadores que, porém, não podem ser interrogados diretamente porque também eles já desapareceram. O historiador fala de realidades longínquas servindo-se de documentos que afortunadamente sobreviveram ao desaparecimento de seus redatores.

Por um lado, há a exigência de dizer a verdade sobre uma realidade alheia a qualquer investigação 'direta'; do outro lado, e por consequência, há a necessidade de interrogar as testemunhas: ao vivo e à cores, ou, na sua ausência, os testemunhos escritos, os documentos. Como posso dizer que Napoleão morreu em S. Elena? Devo interrogar as testemunhas; devo reunir o maior número possível de documentos que tratem, de alguma forma, de Napoleão e me informem sobre sua morte. Se os depoimentos parecerem confiáveis e concordantes, posso dar como "comprovada" a morte de Napoleão na ilha de Santa Elena.

Por um lado, a narração de como as coisas aconteceram; por outro lado, as provas de que as coisas realmente aconteceram assim. Os antigos já sabiam dessa dupla característica do discurso historiográfico. Aristóteles, na sua Poética, escreveu: "a tarefa do poeta é dizer não as coisas que aconteceram, mas as que poderiam acontecer e as possibilidades segundo a verossimilhança e a necessidade. E, de fato, o historiador e o poeta não diferem pelo fato de dizerem um em prosa e o outro em verso (já que a obra de Heródoto, se posta em verso, não seria menos história, em verso, que do que é sem versos), mas eles diferem nisto, que um diz o que aconteceu e o outro o que poderia acontecer. E, por isso, a poesia é algo mais nobre e filosófica do que a história, porque a poesia trata, sobretudo, do universal, enquanto a história trata do particular"[4].

A história reconstrói eventos específicos e que efetivamente aconteceram e sobre isso deve provas por meio de documentos. Como nos lembra Paolo Desideri (2007, pp. 205-218), esse é o método de Tucídides, que usa o termo *tekmèrion* para indicar a prova, a pista que confirma o fato narrado; e este é o método de Lívio, que, falando da fase mais antiga da história de Roma, se acautela dizendo que é constrito a falar de fatos incertos por serem muito distantes no tempo e amparados por poucos documentos, que são a única "custodia fidelis memoriae rerum gestarum", os únicos guardiães confiáveis da memória de acontecimentos passados.

O historiador, ao expor os eventos do passado, deve exibir as provas de que as coisas aconteceram exatamente assim e só pode fazê-lo apelando para os documentos. Os documentos não

4 Aristotele, *Poetica*, IX, 5 (1451 b 2).

são, porém, a voz da verdade, a fiel reprodução dos acontecimentos e ações a que se referem. Os documentos podem dizer tudo e o contrário de tudo: dizer toda a verdade, dizer algo de verdadeiro e algo de falso ou mesmo serem totalmente mentirosos. Não basta coletar e ler os documentos: eles devem ser peneirados criticamente, examinados contra a luz, tratados com cautela e suspeita.

A 'estratégia da suspeita', o início de uma análise crítica do documento, encontra no Renascimento italiano seu ambiente mais propício. De fato, é com o Renascimento que a consciência do salto temporal (das diferenças históricas, diríamos) entre o presente e o passado se torna mais aguda e faz parecer, portanto, mais urgente e delicada a tarefa de 'dizer a verdade' sobre os vários momentos da experiência humana. Carlo Ginzburg revela no humanista Lorenzo Valla e seu 'desmantelamento' da Doação de Constantino[5] o início emblemático de uma nova abordagem sobre o documento (Ginzburg, 2000, pp. 43 ss).

A trajetória da historiografia moderna parte dessa nova consciência crítica, dependente, como toda reconstrução do passado, de testemunhos, documentos, mas ao mesmo tempo consciente da necessidade de desconfiar do documento: o documento é o elo obrigatório com o mundo perdido e do que sobreviveu e chegou até nós, mas não é sua representação simples e imediata. Tem, com aquele mundo, relações complicadas e extremamente variadas que o historiador é chamado a decifrar. O historiador está ciente de que o documento pode dizer apenas a 'sua' verdade, oferecendo um testemunho parcial, interessado, aleatório do mundo que o historiador deseja reconstruir.

O documento pode mentir e deve ser avaliado criticamente, mas, se for capaz de questioná-lo adequadamente, permite-nos construir uma ponte entre o presente e o passado e se oferece como porta de entrada para um mundo perdido; perdido, mas não evanescente; desaparecido, mas ainda decifrável em suas características originais. Ler os documentos, interrogar-se sobre a sua confiabilidade e, finalmente, oferecer uma representação 'verdadeira' (crível porque, justamente, 'documentada') de um estado de realidade agora dissolvido: esta é a tarefa e o orgulho que a historiografia atribuiu a si própria em um longo lapso temporal que, desde a Renascença chega ao triunfante historicismo do século XIX. Devemos a um de seus expoentes mais ilustres, Leopold von Ranke, uma expressão que se tornou famosa: a tarefa do historiador, escreve Ranke, é "bloß zeigen, wie es eigentlich gewesen", apenas mostrar como as coisas realmente aconteceram (Ranke, 1885). E a filosofia positivista, embora com base em diferentes pressupostos e com diferentes expectativas, concorda com o *Historismus* ao sustentar que dizer a verdade sobre estados de realidade hoje desaparecidos seja a parte difícil, mas o alcançável e qualificativo objetivo da historiografia.

5 A Doação de Constantino é um texto medieval segundo o qual o imperador Constantino, em março de 315, teria concedido ao Papa Silvestre I e aos seus sucessores uma série de privilégios, mas sobretudo o domínio temporal na Itália e nas províncias ocidentais. A escritura de doação é, na verdade, uma falsificação construída entre os séculos VIII e IX (ainda não se sabe quem foi o autor), mas foi tomada como certa durante séculos, usada pelos papas em sua luta pela supremacia e atacado pelos seus oponentes. Foi somente no Renascimento, e em particular com Lorenzo Valla, que sua atitude em relação ao documento mudou drasticamente: em 1440 Valla escreveu o *De falso credita et ementita Constantini donatione declamatio*, deixando de assumir aquele documento como o testemunho simples e fiel de um evento do passado, mas investigando sua confiabilidade por meio de um exame de características formais, linguísticas e de conteúdo. Examinado sob o raio-X da nascente filologia, o documento revela o uso de um léxico (fala, por exemplo, um feudo) e um estilo incompatível com a cultura do século IV: o documento *conta* a falsidade porque é, em sua totalidade, uma falsidade. Isso não significa que não produziu efeitos significativos por vários séculos, desde o medievo até o início da idade moderna. Porém, não é o que afirma ser: o fato testemunhado pelo documento - o ato de vontade do imperador Constantino em benefício do pontífice - nunca aconteceu.

## 3. *A verdade como problema: a historiografia entre* linguistic turn e *'narratividade'*

'Contar a verdade' sobre acontecimentos distantes, sobre estados já desaparecidos do mundo: a repropositura deste antigo e sempre confirmado objetivo do discurso historiográfico irá se encontrar diante de sérias dificuldades ao longo dos anos sessenta e setenta do século XX. Naqueles anos, não apenas a historiografia, mas também todas as ciências humanas são tomadas pela necessidade de repensar profundamente seus processos heurísticos. Tanto na filosofia da ciência como na antropologia ou na sociologia, está em obra uma profunda revisão que conduz e atribui à linguagem uma importância central.

O filósofo Richard Rorty falou a respeito, com uma feliz expressão agora em uso comum, de virada linguística (*linguistic turn*): de um ponto de inflexão, de uma profunda revisão de perspectivas e de métodos, ligada a uma nova valorização do papel da linguagem nas ciências humanas. São diversas (ou mesmo incompatíveis) as tradições culturais que se encontram e se chocam nos anos setenta e, no entanto, todas acabam trazendo água para o mesmo moinho: a ilustração da tese segundo a qual palavras, discursos, textos, se são meio obrigatório de nossa compreensão do mundo, ao mesmo tempo se revelam não já espelhos fiéis e unívocos da realidade, mas ferramentas complicadas e difíceis de manusear. O enunciado desta tese, apoiada em argumentos vez por outra diversos, assumiu formas mais ou menos radicais. Poderíamos falar, seguindo as indicações de Rorty (1991), de textualismo fraco ou textualismo forte, dependendo se é admitida alguma conexão entre o texto e uma realidade 'externa' ou se é excluída a possibilidade de 'escapar' da deriva infinita dos textos.

Para a historiografia, pelo menos um textualismo fraco, ou, se quiser, muito fraco ou 'metodológico', é imposto pela convenção disciplinar que a torna um saber especializado no conhecimento do passado, na reconstrução de mundos perdidos e, portanto, a constringe a proceder sempre por meio de um intermediário, para falar pela voz de outros, a voz das testemunhas. Poderíamos dizer: a historiografia sempre teve consciência da necessidade de percorrer os textos (testemunhos, documentos) para chegar ao âmago da realidade. Desse ponto de vista, a tempestade 'textualista' poderia já estar em certa medida preparada para enfrentá-la. Para complicar ainda mais o quadro, entretanto, intervém outro perfil problemático: o aumento da ‹subjetividade› do cientista nas práticas de pesquisa.

Mesmo no contexto do debate epistemológico dentro das chamadas ciências duras (*hard sciences)*, não só as convicções do positivismo do século XIX, mas também as teses do neopositivismo dominante na primeira metade do século XX são submetidas a severas críticas. A ideia de uma relação de correspondência (relativamente) simples entre o discurso e a realidade agora parece difícil de sustentar: o próprio conceito de 'observação' do real, ao qual o cientista acessaria colocando seus próprios 'pré-julgamentos', a própria subjetividade, suas próprias raízes histórico-culturais, entra em crise. A chamada 'observação' aparece, mesmo no campo das ciências naturais, "*theory-laden*", possibilitada, e condicionada, pelas convicções teóricas anteriores do cientista e a representação científica do mundo parece obedecer mais a uma lógica 'construtivista' do que a uma experiência 'observacional'[6].

6 Cfr. Alessandro Pagnini (a cura di), *Realismo/antirealismo: aspetti del dibattito epistemologico contemporaneo*, La Nuova Italia, Scandicci 1995; Danilo Zolo, *Scienza e politica in Otto Neurath. Una prospettiva post-empiristica*, Feltrinelli, Milano 1986; Christopher B. Kulp (ed.), *Realism/antirealism and Epistemology*, Rowman & Littlefield, Lanham 1997; Vittorio Villa, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Giappichelli, Torino 1999; Gerard Delanty, *Social Science. Beyond Constructivism and Realism*, Open University Press, Buckinham 2000; Michele Marsonet (ed.), *The problem of realism*, Ashgate, Aldershot (Hampshire) 2002.

A crise da epistemologia neopositivista parece encontrar uma convergência objetiva (ainda que raramente explícita) com uma tradição cultural completamente diferente: a tradição hermenêutica[7]. Em um contexto marcado pela virada linguística, difunde-se a crença de que as práticas de pesquisa nas ciências humanas - e sobretudo no campo da historiografia - giram em torno da relação entre um sujeito interpretante e os textos interpretados. As consequências sobre a autocompreensão da historiografia são relevantes. O texto deixa de aparecer como um caixão que contém um e apenas um significado unicamente determinável para ser antes concebido como um complexo tecido lexical disponível para múltiplas atribuições de significado que requerem a intervenção ativa e criativa do leitor. A subjetividade do intérprete torna-se decisiva: somente recorrendo a todos os recursos de sua personalidade é que ele pode dar significado ao texto. O historiador é um indivíduo em carne e osso, pertencente a uma cultura, uma língua, uma classe social, um grupo profissional. E é esse indivíduo o protagonista e responsável pela operação histórico-hermenêutica.

Protagonismo do sujeito no 'dar sentido' ao texto interpretado; abertura dos textos a uma pluralidade indeterminada de significados; papel ativo e construtivo do discurso na decifração da experiência: é fácil entender como, nesse clima, a crença de que o historiador era capaz de 'dizer a verdade' sobre o passado aparece mais problemática e incerta do que no passado. Claro, *'nihil sub sole novi'*: já entre os séculos XIX e XX, o conflito entre o cada vez mais vivo idealismo e o positivismo declinante, a questão de se a história poderia ser chamada de 'ciência' tornou-se uma questão recorrente. E é justamente o problema do estatuto epistemológico da historiografia que volta a apresentar-se, de nova forma, na segunda metade do século XX, seguindo a virada linguística.

Um dos autores que mais contribuiu nos últimos trinta anos para colocar o problema da relação entre desempenho cognitivo e a forma narrativa da historiografia em pauta foi Hayden White. O historiador americano, a partir de sua Meta-história, continuou até recentemente a insistir no papel narrativo da historiografia e na importância prevalecente - prevalecendo sobre o registro dos próprios dados - da narração. O que as fontes nos dizem, as evidências documentais? Suponhamos também que eles se coloquem em contato com uma série de eventos a, b, c, d….n. São esses eventos os dados brutos que o historiador pretende organizar de alguma forma em uma ordem discursiva coerente. Como o historiador intervém ao colocar os dados em ordem? De acordo com White, rendemo-nos a perceber isso se refletirmos sobre uma distinção, comumente aceita, entre três diferentes gêneros literários, entre três maneiras diferentes de expor os eventos do passado: a distinção entre anais, crônica e história.

Em um ensaio publicado em sua coleção de escritos de 1987, White (2006, p. 37-60) cita um bom exemplo do primeiro tipo: os Anais de *San Gallo*, escritos por um escritor anônimo provavelmente entre os séculos X e XI. Os anais são uma desnudada sequência de eventos que se sucedem em ordem cronológica ao longo de três séculos, entre o século VIII e o século X. Aqui estão alguns trechos: "709. Inverno rigoroso. O duque Gottfried está morto. 710. Ano difícil e colheitas ruins. 712. Inundação. 714. Pipino, mestre do palácio, está morto. 718. Charles subjugou

7 Cfr. Emilio Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano 1955; Paul Ricoeur, *Le conflit des interprétations; essayes d'herméneutique*, Éditions du Seuil, Paris 1969; David Hoy, *The Critical Circle: Literature, History, and Philosophical Hermeneutics*, University of California Press, Berkeley 1978; Paul Ricoeur, *Du Texte à l'action: essayes d'herméneutique*, Éditions du Seuil, Paris 1986; Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Mohr, Tübingen 1986[5]; Brice R. Wachterhauser (ed.), *Hermeneutics and Modern Philosophy*, State University of New York Press, New York 1986: Gayle L. Ormiston, Alan D. Schrift (eds.), *The Hermeneutic Tradition. From Ast to Ricoeur*, State University of New York Press, New York 1990.

os saxões. 731 O santo Beda está morto". E assim por diante. Estaremos diante de uma sequência nua, simples, de eventos: falta qualquer tentativa de interligá-los, os critérios de seleção não são explícitos, a narração está ausente. A única cola extrínseca é a sucessão cronológica de eventos.

Já significativamente diferente do gênero literário dos 'anais' é a 'crônica': uma história que, ao contrário dos anais, se desenvolve em torno de um tema unificador (uma cidade, uma região, um empreendimento militar). Pensamos, por exemplo, em Dino Compagni que, na Florença de Dante, escreveu uma *"Crônica das coisas ocorridas em sua época"*, contando o conflito entre brancos e negros entre 1300 e 1308. Na 'crônica', segundo White, o a voz do narrador é perceptível, há um tema (o conflito entre brancos e negros, no nosso exemplo) que dá alguma unidade ao discurso e, ainda assim, não há ou há tentativa fraca de oferecer uma compreensão geral dos acontecimentos, de decifrar suas causas e a dinâmica. Prova clara disso, para White, é a falta ou irrelevância de um ponto preciso e motivado de origem e de conclusão dos acontecimentos: a crônica começa em qualquer momento e termina em outro de forma casual, acidental; termina quando termina, sem que o narrador possa indicar o ponto em que se exaure a história narrada.

Ao contrário da crônica, a historiografia existe quanto tal quando instaura uma conexão forte e necessária entre os acontecimentos narrados. Os acontecimentos, simplesmente enumerados nos Anais, tornam-se, peças de um desenho coerente, adquirem um sentido unitário, passam a fazer parte de uma trama que revela a sua gênese e o sentido das suas transformações. A aglomeração desordenada de acontecimentos, a massa disforme de dados se transforma em uma ordem inteligível graças à exposição do historiador: é, portanto, a narrativa construída pelo historiador, muito mais do que a série de acontecimentos registrados, o elemento constitutivo da historiografia. Com aparente paradoxo, o discurso mais respeitoso da realidade são os anais, porque eles, em sua listagem aleatória de dados, refletem a desordem constitutiva da experiência: o magma, o entrelaçamento inextricável dos acontecimentos. É somente graças à intervenção do historiador que a massa informe de acontecimentos dá lugar a uma história com coerência interna.

O discurso historiográfico não é, portanto, um espelho que reproduz fielmente a ordem imanente das ações: antes, ele a 'constrói', inventa-a com um procedimento análogo ao que preside a escrita de um romance. Historiografia e narração, representação e invenção, ficção e história estão intimamente relacionadas. Então, do que trata a historiografia? Qual é o seu objeto e qual é a sua pretensão de verdade? Fazer essa pergunta é levantar uma questão filosoficamente decisiva: a relação entre discurso e realidade. A historiografia é capaz de dizer algo sobre o mundo, de nos fazer entender algo de como as coisas realmente aconteceram em determinado lugar e em determinado momento? Ou a historiografia é um discurso que constrói seu próprio objeto sem poder demonstrar sua consistência "real"?

De um lado, o primado da realidade e a reafirmação clara da vocação realista da historiografia; do outro, a ideia de uma historiografia tendencialmente autorreferencial, capaz não tanto de descrever um estado de coisas exterior a ela, mas de 'construir' seu próprio objeto quando pretende ou finge representá-lo como uma realidade autonomamente existente.

Uma voz tão autoritária quanto clara na defesa do componente cognitivo irreprimível da historiografia foi a de Arnaldo Momigliano, em seu ensaio de 1984. Carlo Ginzburg (2000) se move na mesma perspectiva e atribui a White um subjetivismo que se fortaleceu no contato com os ambientes franceses e nas sugestões de Foucault e Barthes, mas tem suas raízes em tradições anteriores: na tradição neo-idealista, que, especialmente em sua versão gentiliana, reconduz o

objeto de volta à subjetividade, ao sujeito transcendental e consequentemente rejeita a ideia de uma realidade existente em si mesma e por si mesma, independentemente do Sujeito que a pensa.

Traduzir os pressupostos do subjetivismo neo-idealista para a linguagem de uma teoria historiográfica atualizada não é uma escolha inofensiva. Os críticos de White e da teoria 'narrativista' da história em geral o demonstram ao se apoiarem em um *experimentum crucis*: perguntando-se se e de que modo, a partir de uma posição 'narrativista', pode ser discutida e contestada a tese chamada 'negacionista ', que contesta ou redimensiona o fenômeno da Shoah. Se a realidade é uma função do discurso, se entre história e mito, entre historiografia e narrativa, não existem dimensões qualitativas, como posso acusar Faurisson (o principal expoente do flanco 'negacionista') de ter falsificado seriamente a história? Como posso, em uma palavra, acusá-lo de mentir, se coloquei entre parênteses o critério da verdade histórica?

A questão é, em sua simplicidade, difícil de contornar. No entanto, devemos nos perguntar se o narrativismo de White (a estreita analogia que ele estabeleceu entre historiografia e narração) se resolve na recusa de atribuir qualquer consistência "ontológica" autônoma aos eventos, à *res gestae*. É claro que não faltam pistas em seus trabalhos para legitimar esta conclusão: a começar pela frase aceita como exérgica da coleção de escritos acima citada: "Le fait n'a jamais qu'une existence linguistique". É uma frase de Roland Barthes, que de fato não acredita que a historiografia possa entrar em contato com a realidade. A historiografia não descreve a realidade: simplesmente comunica ao leitor um "efeito da realidade"; a realidade não está lá fora, alcançada pelo discurso; está "dentro" do discurso, é sua função interna, seu produto. O historiador não tem um telescópio voltado para a realidade. Em vez disso, ele se esforça para apresentar como um telescópio o que é um simples caleidoscópio.

Se White se mantivesse totalmente fiel ao lema barthesiano citado como epígrafe, sua opção antirrealista estaria livre de qualquer ambiguidade. Seu raciocínio, no entanto, é mais complexo e matizado. Não faltam passagens nas quais White afirma explicitamente que assume não apenas a existência de uma realidade anterior (e independente) do discurso que a ela se refere. O caso dos 'Anais', mencionado anteriormente, é neste sentido emblemático: estamos lidando com um texto composto de meros registros verbais de eventos. Não apenas: é dado como certo que os historiadores, continua White, querem descobrir a verdade sobre o passado e vão à caça de informações esquecidas ou negligenciadas, realizando uma atividade semelhante à de um jornalista ou de um detetive. Novamente: diante do exemplo, ardente e perturbador, do holocausto e sua 'negação', White parece inclinado a concordar com um de seus críticos (Vidal-Naquet, que atribui à historiografia a possibilidade de 'dizer a verdade') pelo menos em um ponto: que é razoável supor, além de qualquer dúvida razoável, certos eventos, como a tomada da Bastilha, por exemplo, ou o Holocausto. Onde então começam as diferenças com a historiografia de inspiração "realista" e qual é o *proprium* da abordagem "narrativística" defendida por White? As divergências começam quando olhamos para o momento em que o historiador avança para além da simples listagem dos eventos e constrói um discurso capaz de interligá-los e oferecer uma representação unitária, coerente e abrangente.

O relato historiográfico se baseia em uma trama que o historiador apresenta como imanente nas 'coisas em si'. White afirma que não quer apagar o mundo fazendo da realidade uma função do discurso: sua intenção é antes se despedir definitivamente de uma visão muito simples do conhecimento histórico, ainda ligada a uma ideia de conhecimento como reflexo da

realidade, e sublinhar o fato que o conhecimento passa pelo emprego de construções linguístico-conceituais que complicam a relação entre o sujeito que conhece e o objeto conhecido.

É verdade, então, que também para White, a historiografia também tenta dizer como as coisas realmente aconteceram? Uma resposta afirmativa seria muito simples. Podemos conceder, de fato, (como sustenta Tortarolo[8]) que White não nega a realidade dos eventos. É inegável, no entanto, que algumas de suas afirmações parecem se inclinar para aquele tipo de 'textualismo' que Rorty chamou de forte: um textualismo convencido de que "a realidade [....] é constituída por uma representação, que, ao invés de preexistir ao esforço de apreendê-la no pensamento, na imaginação ou por escrito". Nessa perspectiva, a realidade parece existir apenas quando representada. E, no entanto, algumas linhas depois, o mesmo autor afirma que a realidade (e ainda mais a realidade passada, o mundo perdido a que o historiador dedica a sua atenção) "não é acessível senão através das suas representações [...] (White, 2006, pp.166-67). As duas afirmações, consideradas homogêneas entre si, são na verdade radicalmente diversas. A raiz da ambiguidade dos argumentos de White consiste na insuficiente distinção entre dois níveis: entre a existência da realidade *ut sic* ("como as coisas realmente aconteceram") e seu conhecimento; entre a verdade e o acesso à verdade (Marconi, 2007); ou, se preferir, entre ontologia e epistemologia (Ferraris, 2012, p. 43ss).

O que se pode tirar dessa comparação (um tanto exemplar) entre White e Momigliano? Que imagem podemos ter da historiografia no final de seu longo trânsito na cultura (que costumamos chamar de 'pós-moderna') das décadas de setenta e oitenta do século XX? Não creio que as sugestões 'narrativistas' tenham triunfado a ponto de interromper de uma vez por todas a antiga vocação da historiografia de 'dizer a verdade': falar não de mundos possíveis e objetos imaginários, mas (como já notou Aristóteles) de mundos reais, experiências vividas, personagens que existiram, eventos ocorridos, crenças compartilhadas. Sem essa tensão com a realidade, é difícil imaginar a historiografia. Ao mesmo tempo, porém, aumenta drasticamente a consciência da dificuldade, da fragilidade e da natureza conjectural do empreendimento cognitivo ao qual o historiador se dedica. Seria impossível hoje pensar na relação entre o historiador, o texto e a realidade nos termos relativamente simples e planos a que o positivismo do século XIX nos acostumara.

Queremos saber como as coisas realmente aconteceram, mas temos que passar por um emaranhado muitas vezes inextricável de testemunhos seletivos, parciais e incompletos. Queremos conhecer a verdade, mas devemos lidar com um tecido discursivo que não funciona como um espelho fiel, mas sim como um filtro que multiplica cores e quebras e recompõe as linhas. O conhecimento da realidade é, para a historiografia, uma aposta com um desfecho essencialmente incerto.

8 Edoardo Tortarolo, *Postfazione. Hayden White per gli storici*, in Hayden White, *Forme di storia*, cit., pp. 193 ss. Sobre o 'narrativismo' de White cfr. anche Kuisma Koronen, (ed.), *Hayden White and the History /Literature Debate*, Rodopi, Amsterdam-New York 2006; Daniele Pisani, *Carlo Ginzburg e Hayden White. Riflessioni su due modi di intendere la storia*, in «Engramma», 55, 2007; Giuseppe Ricuperati, *Una sfida a Clio? Storia e "novel" fra incontri e differenze*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei*, CDVIII, 2011 (Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche - Memorie serie IX – vol. XXVIII – fasc. 3), pp. 585 ss.; Pierpaolo Lauria, «La verità, tutta la verità, nient'altro che la verità». Arnaldo Momigliano, Carlo Ginzburg e il compito *dello storico*, in « Giornale di storia», 13, 2014 (www.giornaledistoria.net).

## 4. *A verdade dos fatos e a verdade dos textos*

De que se ocupa o historiador? De como as coisas realmente ocorreram, como disse Ranke. Podemos manter a fé neste programa, mas as chances de sua implementação, a partir dos anos setenta do século XX, resultam, se não ainda definitivamente comprometidas, certamente mais inseguras e problemáticas do que poderiam parecer aos olhos do historicismo ou do positivismo do século XIX. Para complicar ainda mais o quadro, um outro aspecto deve ser mantido deve ser levado em conta. Em que 'coisas' pensamos quando citamos a frase de Ranke? Em abstrato, podemos nos referir a qualquer aspecto da realidade. Na prática, porém, até há relativamente pouco tempo, a historiografia política era considerada, por assim dizer, a historiografia por excelência. Mesmo nos anos cinquenta do século XX, como recorda Skinner (2002, pp. 8-26) referindo-se a Elton (1967, 1970), havia uma forte tendência de ver os eventos políticos como o objeto privilegiado da historiografia: tratar principalmente dos grandes eventos, os eventos que (como se diz) 'fizeram história ', relegando a reconstrução de diferentes perfis da realidade ao nível de histórias menores ou auxiliares.

Tudo isso acabou há muito tempo. O papel privilegiado da história política foi alvo de uma das grandes 'revoluções' da historiografia do século XX, liderada por Braudel, Febvre, Bloch e os historiadores reunidos em torno dos *Annales*, que à *histoire-bataille* e à *histoire événementielle* - como chamavam ironicamente a historiografia política tradicional - contrastavam o estudo das estruturas profundas da sociedade, relegando aos eventos o papel de acontecimentos superficiais e não determinantes. No entanto, não apenas a 'primazia' da história política terminou: qualquer reivindicação de hierarquização interna do conhecimento histórico foi preterida. Não existem rotas de acesso privilegiadas para entender o passado. A essa altura, o espectro temático da historiografia se expandiu a ponto de coincidir com a realidade humana em todas as suas manifestações. Não existem áreas da existência para as quais a historiografia não volte sua atenção. Qualquer perfil da vida individual e coletiva pode ser tomado como objeto de reconstrução histórica: tanto a batalha e a grande política quanto o cotidiano, o grande Estado e também uma pequena e isolada comunidade, tanto ritos religiosos quanto os conhecimentos científicos, a alta cultura ou a cultura das classes populares, a cultura material – a alimentação, a convivência - como a produção literária, sem falar na crescente importância reconhecida às identidades de gênero, à corporeidade, à sexualidade.

Claro, podemos dar como certo que cada uma dessas historiografias "especiais" (muito diferentes entre si) quer nos dizer a verdade sobre o mundo (ou sobre algum aspecto do mundo) que já perdemos. Surge, contudo, uma complicação: o problema da verdade do reconhecimento historiográfico assume diferentes perfis dependendo da área de experiência que se pretende reconstruir. Vou me limitar a uma distinção grosseira e aproximada, mas clara o suficiente para ilustrar o ponto em questão: a distinção entre ações e discursos, entre práticas e saberes. Queremos entender 'como as coisas aconteceram': na prática, entretanto, o significado dessa questão muda dependendo se o objeto que queremos reconstruir sejam eventos, fatos, ações ou símbolos, imagens, discursos, teorias. Vamos supor que nossa tentativa de conhecer algo do passado não diga respeito ao que os homens 'fizeram', em um dado contexto, mas ao que eles 'pensaram'. O que significa 'dizer a verdade' quando não são fatos e eventos, nem estruturas sociais e dinâmicas econômicas, mas 'teorias' que são assumidas como o objeto do reconhecimento historiográfico? É intuitivo que seja diferente perguntar, apenas para dar um exemplo, se Napoleão morreu em S. Elena ou o que Thomas Hobbes pensava da soberania.

Em ambos os casos, o historiador quer "dizer a verdade" e em ambos os casos o historiador interroga os textos. Os objetos específicos, porém, são diferentes e têm consequências diferentes as estratégias heurísticas adotadas. No primeiro caso, averiguar a verdade significa recolher um número adequado de testemunhos que possibilitem afirmar que determinado acontecimento ocorreu num determinado local e momento. 'Verdadeiro' e 'falso' neste exemplo contrastam nitidamente e evitam nuances e ambiguidades. No segundo caso, não há fato a apurar. Não questiono um texto para ser informado sobre um evento ocorrido no passado (a morte de Napoleão); questiono um texto para entender a mensagem que ele transmite (a ideia de soberania). No primeiro caso, o texto é uma pista, vestígio ou testemunho de algo que está fora dele e existiu independentemente dele. No segundo caso, o texto é o alfa e o ômega da minha investigação: não tenho que averiguar um evento extra discursivo; devo entender o significado de um discurso.

Devemos então dizer que o problema da verdade para a historiografia surge apenas no primeiro caso e não no segundo? Devemos dizer que o historiador só pode tentar dizer a verdade sobre a realidade passada quando o objeto de sua investigação é uma ocorrência, um evento extra discursivo (a queda da Bastilha, a morte de Napoleão, os crematórios), enquanto estiver isento de se preocupar com a verdade de seu reconhecimento historiográfico se o objeto deste não é é um fato (ou uma série de fatos), mas o significado de um texto? Se chegarmos a esta conclusão, devemos afirmar que na interpretação de um texto "vale tudo", que está tudo bem, que toda leitura equivale a outra e que é impossível demonstrar sua maior ou menor confiabilidade. Substancialmente, subscreveríamos o niilismo historiográfico ao qual conduz a hermenêutica desconstrucionista (Culler, 1982; Ferraris, 1986; Norris, 1993; Silverman, 1994). Aceitar a tese de que 'está tudo bem' significaria declarar impossível a 'aposta' constitutiva da historiografia: a 'aposta' de que é possível construir uma ponte entre o presente e o passado. Essa aposta é possível quando está em jogo não uma averiguação de um acontecimento, mas a compreensão de um texto, a decifração de sua mensagem? A meu ver, é porque dispomos de um critério para resolver entre os múltiplos sentidos atribuíveis a um texto: o critério segundo o qual será escolhido o sentido mais congruente com as convicções, com os valores, com as expectativas, enfim, com a cultura geral própria do contexto em que o texto vem à luz. É nesse terreno que se realiza a comparação entre as muitas contribuições historiográficas que se propõe a entender o que Hobbes pensa sobre soberania: das muitas interpretações propostas, pode destacar-se como 'verdadeira' (ou mais verdadeira) aquela que pareça mais capaz de entender o universo hobbesiano em seus traços característicos, em sua peculiaridade, em uma palavra, em sua 'historicidade'.

É possível, então, expressar e argumentar uma preferência entre diferentes interpretações historiográficas mesmo quando seu objeto não seja a constatação de um evento extra discursivo, mas a atribuição de sentido a um texto. É, no entanto, inegável que, neste último caso, a taxa de incerteza e o espectro de soluções possíveis aumentam consideravelmente. Claro, o conhecimento do passado é, em todo e qualquer caso, conjectural. No entanto, depois de coletarmos um número suficiente de pistas, podemos indicar o nome do assassino. Depois de coletarmos uma rica colheita de testemunhos concordantes, podemos dizer com razoável tranquilidade que Napoleão morreu em Santa Elena. As coisas mudam quando o texto não é o signo de um acontecimento, mas é válido por si mesmo; quando é objeto, e não instrumento, de pesquisa. Dizer a verdade sobre Hobbes não é dizer a verdade sobre um acontecimento. É compreender um texto apostando na possibilidade de superação da objeção desconstrucionista: ou seja, apostando na possibilidade de apreender a peculiaridade de sua mensagem, de devolvê-la em alguma medida

ao mundo, à cultura a que pertenceu. E devolver um texto ao seu mundo e, ao mesmo tempo, traduzi-lo para a nossa língua, tornando-o compreensível e significativo para nós, é uma tarefa complexa e articulada demais para ser exaurida por *uma* interpretação. Pode haver, portanto, múltiplas interpretações que diferem umas das outras porque se concentram em um ou outro aspecto daquele mundo e, ainda assim, "verdadeiras", pois são capazes de construir uma ponte entre o presente e o passado, respeitando a historicidade de seu objeto. Neste caso, a oposição binária verdadeiro / falso (Napoleão morreu / não morreu em S. Elena) dá lugar a uma pluralidade de pontos de vista, cada um dos quais pode reivindicar uma aproximação plausível de seu objeto.

O problema da verdade do discurso historiográfico se coloca, portanto, de forma diferente, dependendo se a questão que o inspira diz respeito à constatação de um evento ou ao significado de um texto. Diversidade e complicações adicionais podem então surgir das características específicas do texto cujo sentido queremos reconstruir. Um caso interessante é oferecido por uma categoria peculiar de textos: aqueles que, em sua construção retórica, em sua estrutura argumentativa, em sua intenção explícita, declaram seu desejo de apreender e descrever a realidade em suas características intrínsecas. Poderíamos chamá-los, para ser claro, de 'textos de conhecimento': são textos que pretendem 'dizer a verdade' sobre o mundo, oferecer ao leitor uma visão 'verdadeira' de seu objeto. Seu código retórico é precisamente o *pathos* da verdade.

Em que sentido no reconhecimento dos 'textos de conhecimento' o problema da verdade da operação historiográfica apresenta em grau adicional de complexidade? Claro que, mesmo no que diz respeito aos textos do conhecimento (como qualquer outro texto), o historiador tenta 'dizer a verdade' apreendendo a historicidade específica da sua mensagem, lançando uma ponte, embora frágil e insegura, entre o nosso mundo e o deles. Dada a natureza dos 'textos de conhecimento', no entanto, o problema da verdade se propõe, por assim dizer, duas vezes: devemos dizer a verdade (compreender historicamente) sobre textos que, por sua vez, foram construídos para dizer a verdade (sobre um ou outro aspecto da realidade). Permanece seguro que dizer a verdade sobre Hobbes, sobre Galileu ou sobre Ptolomeu significa entender qual representação do mundo esses autores comunicaram. No momento em que, porém, exponho sua verdade, não posso deixar de relacionar sua verdade com minha verdade, seu conhecimento com meu conhecimento, sua teoria com a minha teoria. Posso dizer a verdade sobre Ptolomeu (decifrar seu discurso historicizando-o, colocando-o na cultura da qual faz parte), mas em meu levantamento histórico da teoria geocêntrica ainda terei que lidar com uma verdade diferente (com minha 'crença prévia' de que é a terra que gira em torno do sol). O problema da verdade de meu levantamento histórico se complica ainda mais posteriormente e a operação hermenêutico-historiográfica encontra-se, por assim dizer, ocupando o vértice de um triângulo que tem, como seu segundo vértice, a verdade de Ptolomeu e, como terceiro vértice, a 'verdade' heliocêntrica[9].

9 Sobre alguns aspectos relativos aos 'textos do conhecimento' e sua interpretação historiográfica, gostaria de sugerir Pietro Costa, *Histoire, théorie et histoire de théories*, in Carlos Miguel Herrera, Arnaud Le Pillouer (a cura di), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?*, Kimé, Paris 2012, pp. 19-56.

## 5. *A verdade do juiz e a verdade do historiador: diferenças e semelhanças*

Histórias de eventos e histórias de discursos; histórias das práticas e história dos saberes: é possível fazer história das mais diversas experiências e para cada uma delas o problema da verdade do discurso historiográfico se propõe diversamente, mas em todo caso se choca com a dificuldade de construir uma ponte entre o presente e o passado.

'Contar a verdade' sobre o mundo através da interpretação de um *corpus* textual, de um conjunto de testemunhos, inevitavelmente 'opaco' e rigidamente delimitado, é uma aposta difícil que o historiador partilha com uma figura profissional muito diferente: o juiz. Que a profissão de juiz e a profissão de historiador tenham semelhanças é uma tese de longa data (já se falava no século XVIII), fortemente relançada durante o século XX, até os dias atuais (Ginzburg, 1991), e centrada justamente na relação entre o conjunto de 'provas' e a individualização da 'verdade'.

No início do século XX, na Itália, a relação entre o juiz e o historiador foi abordada por um filósofo - Guido Calogero (Calogero, 1937) - no contexto de uma análise mais ampla, voltada para a análise das características da operação intelectual realizada pelo juiz na redação da sentença (Calamandrei, 1939; Basile, 1967; Nitsch, 2012).

O juiz atua em dois níveis, que se cruzam, mas permanecem conceitualmente distintos: as normas vigentes no ordenamento jurídico e os fatos que ele é chamado a apurar e avaliar. Olhando para a relação entre o juiz e os textos normativos, Calogero defende a seguinte tese: a atividade do juiz não se reduz a um simples esclarecimento mecânico da vontade do legislador e a consequente aplicação desta ao fato. A doutrina tradicional descrevia a atividade do juiz a partir da figura do silogismo: a premissa maior é o texto legal (homicídio é crime punível com sanção específica); a premissa menor é o fato (x matou y); a conclusão é a sentença: x, culpado de cometer o crime, é condenado a vários anos de prisão. Segundo Calogero, a operação judicial é mais complexa: a interpretação das regras, a reconstrução do fato e a conexão entre o fato e o direito requerem uma intervenção não mecânica, mas criativa e seletiva do juiz.

Não posso me alongar na reflexão de Calogero porque ela é em parte estranha ao nosso itinerário. Ela permite, contudo, focar em alguns pontos. Em primeiro lugar, o juiz move-se em duas vias: fato e direito, eventos e consequências jurídicas desses eventos. Como é fácil adivinhar, o ponto de encontro entre o historiador e o juiz se oferece não tanto pela análise jurídica do sistema normativo realizada pelo juiz, mas pela reconstrução dos fatos: o juiz deve averiguar se x realmente matou y, assim como o historiador deve verificar que Napoleão morreu em S. Elena.

Tanto o juiz como o historiador querem saber como as coisas realmente aconteceram. Não é, porém, apenas essa 'vontade de saber' que aproxima as duas figuras profissionais. Vale destacar um aspecto mais geral: as operações intelectuais realizadas tanto pelo historiador quanto pelo juiz têm um caráter essencialmente hermenêutico. O juiz trabalha interrogando textos: por um lado, trabalha em textos normativos, para responder à questão "*quid iuris?*" (para compreender quais são as regras aplicáveis ao caso que lhe é submetido); por outro, interroga os documentos e testemunhos que lhe permitem reconstituir os acontecimentos que deram origem ao processo. O juiz é um intérprete, assim como o historiador: até o historiador, seja qual for o objeto de sua investigação, chega ao passado interrogando e decifrando os textos à

sua disposição. Se buscarmos analogias entre o juiz e o historiador, devemos encontrá-las no caráter essencialmente hermenêutico das operações que realizam.

Apresentar as operações intelectuais do juiz e do historiador como operações hermenêuticas não tem um valor meramente classificatório, mas serve para referir algumas características decisivas a ambos. Tanto o juiz como o historiador entendem um texto a partir de sua formação cultural, de sua posição social, de suas orientações ético-políticas, dos instrumentos linguístico--conceituais de que dispõe. Tanto para o juiz como para o historiador, surge o delicado problema da caráter não-valorativo, ou melhor, eticamente orientado, da operação hermenêutica. Se, por um lado, esperamos que o juiz e o historiador ajam "*sine ira et studio*", sejam imparciais, eles são, de fato, capazes de dizer a verdade (para entender como as coisas efetivamente foram e, para o juiz, também para entender como deveriam ter corrido, se a regra tivesse sido respeitada), por outro lado temos consciência que a neutralidade da interpretação, mesmo que seja assumida como critério regulatório e regra ética, deve tratar do subjetivo, situado, determinado pelo intérprete e, portanto, com suas paixões, inclinações, preconceitos.

É, assim, compreensível que a teoria processual tenha se abalado por uma crise epistemológica em muitos aspectos análoga àquela que afetou a historiografia a partir dos anos 60 e 70 do século XX: em ambos os casos, o olho da tempestade é precisamente a reivindicação ou expectativa de 'dizer a verdade'. Se, por um lado, a apuração da verdade é considerada (senão por todos, por muitos) um perfil decisivo e indispensável da justiça civil e criminal, por outro lado a reconstrução 'de como as coisas realmente correram' parece problemática e incerta[10]; a ponto de induzir à formulação de uma tese radical, segundo a qual o processo funciona não porque diga a verdade, mas por ser um rito solene, autorizado, socialmente aceito e, por isso, capaz de bloquear o conflito, qualquer que seja a correspondência da frase para 'como as coisas realmente foram' (Damaška, 1991, 2003).

Da comparação entre o juiz e o historiador, portanto, emergem algumas analogias interessantes. Em primeiro lugar, ambos compartilham uma opção 'realista', eles pretendem dizer a verdade, mostrar o que realmente aconteceu em um determinado tempo e lugar. Em segundo lugar, tanto o juiz quanto o historiador trabalham sobre eventos passados: eles não operam diretamente, mas reconstroem a dinâmica do ocorrido de forma indireta. Em terceiro lugar, ambos realizam operações hermenêuticas, trabalhando em testemunhos, documentos, textos. Não ficam, porém, prisioneiros das palavras: adotam a estratégia de Sherlock Holmes (ilustrada por Ginzburg, 1986, pp. 158-209), procuram evidências, reúnem pistas para indicar, com razoável certeza, o nome do assassino.

Essas analogias não são desprezíveis, mas devem ser colocadas ao lado de diferenças não menos significativas. Em primeiro lugar, ainda que admitamos que tanto o juiz como o historiador aspiram a 'dizer a verdade', é preciso acrescentar que sua busca pela verdade responde

10 Uma importante reflexão pode ser encontrada em: Michele Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Laterza, Roma-Bari, Laterza 2009. Il centro del dibattito è costituito, come è ovvio, dal concetto di 'prova'. Cfr. Alessandro Giuliani, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Giuffrè, Milano 1961; Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, Giuffrè, Milano 1992; Giulio Ubertis, *La prova penale : profili giuridici ed epistemologici*, UTET, Torino 1995; Baldassare Pastore, *Giudizio, prova, ragion pratica : un approccio ermeneutico*, Giuffrè, Milano 1996; William Twining, Iain Hamphsher-Monk (eds.), *Evidence and Inference in History and Law: Interdisciplinary Dialogues*, Northwestern University Press, Evanston 2003; Jordi Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, il Mulino, Bologna 2004; Federico Stella, *Il giudice corpuscolariano: la cultura delle prove*, Giuffrè, Milano 2005; William Twining, *Rethinking Evidence: Exploratory Essays*, Cambridge University Press, Cambridge 2006[2]; Mariagrazia Orlandi, *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità : aspetti giuridici, sociolinguistici e di comunicazione*, Giuffrè, Milano 2007; Flora Di Donato, *La costruzione giudiziaria del fatto: il ruolo della narrazione nel processo*, Franco Angeli, Milano, 2008; Riziero Angeletti, *La costruzione e la valutazione della prova penale*, Giappichelli, Torino 2012.

a necessidades profundamente diferentes. O objetivo do historiador é meramente cognitivo. É claro que seu programa heurístico, as questões que ele dirige ao passado, são instigadas e moldadas pela dinâmica social da qual o historiador faz parte. A meta que ele se propõe (e o que a sociedade espera dele) é, no entanto, idêntica à meta perseguida pelo matemático, físico ou astrônomo: uma expansão das fronteiras do mundo conhecido, se quisermos usar uma fórmula enfática. Para o juiz, porém, a apuração da verdade não é a finalidade, mas apenas um instrumento, ainda que necessário, do processo, que tem sua razão primeira de ser na resolução de um conflito. É o elo funcional com o conflito que faz do processo um eixo essencial da dinâmica social. Quando surge um conflito, é imprescindível poder dispor de dispositivos capazes de o resolver, restabelecendo as condições mínimas da colaboração. O processo é um desses dispositivos e desempenha uma função essencial naquele difícil e precário jogo de equilíbrio entre regras e transgressões de que depende a estabilidade da ordem social.

Uma segunda diferença diz respeito à relação diferente que o juiz e o historiador estabelecem com o passado, respectivamente. O juiz não se interessa por fatos propriamente ditos (as ações praticadas por algumas pessoas em determinado lugar e em determinado momento), mas apenas por aqueles que são suscetíveis de produzir consequências jurídicas à luz da legislação em vigor. A reconstrução dos fatos pelo juiz é, portanto, predeterminada pela interpretação das regras. O que o juiz (e, mais genericamente, todos os protagonistas do julgamento: a defesa, a acusação) querem saber sobre o passado são apenas as ações que podem ser rastreadas até as figuras típicas ou obrigacionais, do cumprimento ou do não cumprimento da obrigação, o ilícito ou o lícito e assim por diante. O conhecimento judicial do passado é, portanto, por um lado, predeterminado pelo sistema regulatório vigente e, por outro, amparado pela necessidade de expressar uma valoração, de formular uma condenação ou uma absolvição: de fato, um 'julgamento'.

É outra a perspectiva do historiador. Em primeiro lugar, ele não aborda o passado em trilhas predeterminadas e vinculantes. Não há aspectos do passado que, como tal, devam ser historiograficamente excluídos ou privilegiados. Quando o objeto da reconstrução historiográfica é o comportamento de um indivíduo, a maior ambição do historiador será oferecer um quadro o mais completo e integral possível de seu personagem. Se escrevo a biografia de Napoleão, tendo a me interessar por tudo o que Napoleão fez, escreveu, disse. Claro, mesmo neste caso, minha reconstrução será inevitavelmente seletiva. Não haverá, porém critérios obrigatórios e previamente estabelecidos: a seletividade da minha reconstrução dependerá, por um lado, das minhas escolhas interpretativas e, por outro, da inevitável desproporção entre a realidade do passado e o que podemos saber sobre isto.

Em segundo lugar, o historiador tem como objetivo principal não julgar o passado, mas conhecê-lo. Enquanto o juiz quer saber como as coisas correram para verificar sua congruência ou irreconciliabilidade com as regulamentações em vigor, o historiador quer nos contar sobre mundos distantes e experiências passadas sem os comensurar com um parâmetro normativo anterior. É claro que o historiador, como todo ser humano, tem sua própria visão do mundo, sua própria ética, sua própria crença política. No entanto, as suas convicções éticas, mesmo que não possam evitar deixar alguns vestígios no seu discurso, não são, contudo, nem o seu objetivo nem o seu fio condutor. O propósito de sua análise não é avaliação, mas compreensão. Posso estar convencido de que a escravidão é um valor negativo e que as ideologias nacional-socialistas são insustentáveis e deletérias. No entanto, se eu tratar do comércio de escravos nos séculos XVI e XVII ou escrever a biografia de Hitler, meu objetivo não é provar que os traficantes de escravos

eram imorais e que as ideias de Hitler eram repreensíveis: para afirmar essa tese, não seria necessário passar meses ou anos em tantos arquivos e bibliotecas. Meu objetivo é compreender em todas as suas implicações possíveis as ações, as escolhas, as crenças, a vida de um indivíduo ou uma pluralidade de indivíduos naquele mundo desaparecido a que pertenciam.

Uma terceira diferença diz respeito à natureza dos textos usados pelo juiz e pelo historiador. Para reconstruir o passado, o juiz costuma usar uma ferramenta que permanece quase sempre fechada ao historiador: o testemunho, a história recolhida a partir da viva voz de quem presenciou o acontecimento. A razão para essa diferença é intuitiva: o período de tempo com o qual o historiador e o juiz têm de lidar é diferente. O juiz está temporalmente próximo da realidade que tenta conhecer, enquanto o historiador está muitas vezes, embora nem sempre, distante dela. Apenas algumas pesquisas em história contemporânea podem usar a história dos protagonistas ou testemunhas dos acontecimentos (os especialistas falam, neste caso, de 'história oral'). A história oral, entretanto (mesmo com todo o interesse que tem), é apenas um capítulo da historiografia contemporânea, que por sua vez é apenas uma parte da historiografia *tout court.*

Em termos mais gerais, convém enfatizar que o juiz está mais diretamente envolvido no presente do que o historiador. Também o historiador se desloca do presente, dos conflitos e das expectativas que o caracterizam, mas o passado que reconstrói guarda uma relação muito mais indireta com o seu presente. Para o juiz, por outro lado, o acontecimento passado que deseja reconstruir é parte integrante do conflito que se desenrola diante de seus olhos. Mais uma vez, não é a dimensão cognitiva - a verdade - mas a dimensão imediatamente pragmática que domina o processo.

Justamente o valor pragmático da operação judicial, em oposição à dimensão cognitiva mais abnegada da historiografia, cria ainda uma outra diferença. A reconstrução historiográfica do passado é uma pesquisa em aberto, sem uma conclusão previsível: destinada por sua natureza a ser continuamente questionada por investigações posteriores. Este é um luxo que o processo judicial não pode se permitir: a sentença, uma vez transitada em julgado, torna-se definitiva, é a última palavra sobre a conduta, sobre as razões e injustiças examinados pelo juiz. Se assim não fosse, a razão de ser do processo cessaria: pôr fim ao conflito com um ato de autoridade. Vale ainda uma outra consideração, igual e oposta. A maioria dos crimes está sujeita à prescrição, mais ou menos longa: o tempo cura as feridas, o conflito, se afastando no tempo, esmaece, torna-se irrelevante. Por um princípio de economia de esforços, o direito se desinteressa. Pelo contrário, nada me impede de reconstruir historiograficamente as crueldades hipotéticas de Aníbal nas guerras púnicas. Mas eu teria dificuldade em convencer um tribunal internacional a reabrir o caso.

Ainda outra diferença poderia ser sugerida pela seguinte observação: o juiz está interessado nas ações, nos comportamentos concretos de um indivíduo, enquanto o 'foro interno' permanece juridicamente irrelevante; já o historiador deseja saber não apenas o que foi 'feito', mas também o que foi pensado, imaginado, temido, esperado, teorizado.

Na verdade, a tese de que o juiz avalia apenas as ações de um indivíduo e não suas crenças deve ser cuidadosamente considerada. Por muitos séculos, não apenas a ação transgressiva foi punida, mas também a opinião não alinhada com verdades abertas e indiscutíveis. Só aos poucos foi surgindo uma visão diferente, que pode ser resumida no princípio enunciado por John Stuart Mill: é livre (e, portanto, juridicamente incoercível) qualquer ação que não lese a esfera da

liberdade alheia. A tese classicamente liberal de Mill, entretanto, era mais fácil de ser enunciada do que aplicada, como a história dos regimes liberais e mesmo das democracias mais recentes podem demonstrar. Os regimes democráticos contemplam a liberdade de expressão como um de seus princípios constitutivos, mas muitas vezes sentiram a necessidade de equilibrar esse princípio com a necessidade de defender a democracia de seus inimigos; e defender a democracia significou não apenas punir as ações subversivas da ordem democrática, mas também reprimir manifestações ideológicas frontalmente contrárias aos valores da própria democracia. Nestes casos, como é evidente, o juiz é chamado a manifestar-se não sobre a conduta, mas sobre se alguém disse ou escreveu algo.

Parecem surgir, então, momentos inesperados de aproximação entre a atividade do juiz e a atividade do historiador na medida em que, mesmo nas democracias de hoje, o sistema jurídico continua a prever crimes de opinião. Uma aproximação ainda mais forte, ou mesmo o risco de um curto-circuito entre as duas atividades, surgiu recentemente diante dos partidários do 'negacionismo' (a tese, que se apresenta como historiográfica, segundo a qual a política genocida do nacional-socialismo nunca ocorreu ou não ocorreu na forma e nas proporções habitualmente descritas).

A tese negacionista foi declarada punível criminalmente em vários países[11]. Se o negacionismo é um crime, se é crime uma falsificação histórica grosseira, podemos então hipotetizar uma terceira tarefa atribuída ao juiz? Podemos dizer que o juiz, além de apurar ações, além de apurar opiniões, tem também a função de verificar o cumprimento de uma 'obrigação de verdade'?

Agora, que verdade e mentiras possam ser criminalmente relevantes é algo dado: eu não posso me declarar proprietário do Coliseu e passar impune e vendê-lo pelo lance mais alto. A proibição do negacionismo, entretanto, coloca o dever da verdade em outro nível: devo dizer a verdade não sobre o que sou, faço ou possuo; devo contar a verdade sobre um estado de coisas muito complexo, verificável pelo uso de informações, conhecimentos, habilidades específicas. Poderíamos então levantar a hipótese de um terceiro fronte de operações judiciais: o juiz não seria chamado para reconstruir a dinâmica de um evento ou para reconstruir o significado de um discurso, mas para avaliar se o acusado disse a verdade sobre um fenômeno histórico complexo. O próprio juiz se tornaria ele próprio um historiador: haveria entre as duas figuras, neste caso, não uma analogia, mas uma sobreposição, uma identidade, pelo menos no *modus operandi* (já que o resultado seria em qualquer caso não uma opinião científica, mas um julgamento).

A questão é delicada e amplamente discutida (Betta & Romanelli, 2009; Caffiero & Procaccia, 2008) e devo limitar-me a expressar apenas uma impressão geral: a transformação de um ideal regulador ('dizer a verdade') em uma obrigação sancionada penalmente só pode ocorrer onde a democracia liberal renuncia à defesa integral de um de seus princípios constitutivos: a 'liberdade de opinião' que impõe considerar a 'verdade' não o patrimônio intocável de qualquer instituição, mas um ponto assintótico de convergência da consciência coletiva.

11 A primeira lei a condenar o negacionismo foi aprovada no Estado de Israel em 1986 (*Denial of Holocaust Law*, n. 5746/1986), seguida por numerosos Estados europeus. Em 2007, a assembleia geral da ONU aprovou a resolução americana contra a negação do Holocausto. E novamente em 2007 (19 de abril) os ministros do Tribunal de Justiça da União Europeia assinaram um acordo sobre a punição de posições negacionistas de genocídios e de crimes contra a humanidade. Cfr. Claudio Vercelli, *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2008; Emanuela Fronza, *Il negazionismo come reato*, Giuffrè, Milano 2012: Claudio Vercelli, *Il negazionismo: storia di una menzogna*, Laterza, Roma-Bari 2013.

Dizer a verdade é uma aposta difícil que os múltiplos 'mundos da vida' e as múltiplas esferas do conhecimento devem enfrentar de acordo com as diferentes 'regras do jogo' neles vigentes. Em todo caso, permanece entendido que a tentativa de compreender o passado não pode ser reduzida a um *divertissement* inteligente e imaginativo, nem pode ser forçada a trilhos criados por qualquer 'razão de estado'. Claro, o reconhecimento do passado (inevitavelmente entrelaçado com a formação da memória e identidade coletivas) não é uma operação transparente e "objetiva", não é um mero reflexo de "como as coisas realmente aconteceram", mas é um processo complicado, influenciado pela condição sociocultural e existencial do historiador--intérprete. Não podemos nos iludir de que a historiografia ressuscite do nada, em toda a sua "realidade" incontestável, o mundo que perdemos. A 'verdade histórica' é frágil e parcial, não menos (ou mais) do que a 'verdade processual'. Se, contudo, a historiografia perdesse de vista, como seu próprio objetivo qualificador e como sua própria condição de sentido, a tentativa de uma aproximação assintótica das realidades passadas, a formação e a transformação de nossa identidade ocorreria por meio de 'invenções' livres e incontroláveis do passado, guiadas apenas pelas ambições mitopoéticas de uma ou outra ideologia política.

Diante do desencadeamento de uma retórica que triunfa nos meios de comunicação de massa (*mass media*) e decide, vez por outra, segundo a conveniência do momento, 'usar' o passado ou apagá-lo, o difícil desafio da historiografia - sua obstinada e problemática tentativa de 'dizer a verdade' - pode adquirir não apenas um valor cognitivo, mas também 'civil'. No distópico *1984* de Orwell, é eliminada, antes mesmo da liberdade, a possibilidade de dizer a verdade: para Winston, o herói derrotado desse romance, a rendição decisiva consistirá justamente em convencer-se internamente de que sejam cinco os quatro dedos da mão que seu inquisidor coloca diante de seus olhos. "I tried to tell the truth": este é o lema com o qual Orwell se reconheceria (Costa, 2008), E talvez, mesmo para o historiador, a tentativa, em toda a sua fragilidade e precariedade, de 'dizer a verdade' seja a condição necessária e suficiente para a sua legitimidade.

## References

Angeletti, R. (2012). *La costruzione e la valutazione della prova penale*. Giappichelli.

Assmann, A. (2002). *Ricordare: Forme e mutamenti della memoria culturale*. il Mulino.

Basile, S. (1967). *Intorno alla logica del giudice di Guido Calogero. Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 44, 225-260.

Beltrán, J. F. (2004). *Prova e verità nel diritto*. il Mulino.

Betta, E. ,& Romanelli, R. (cura di) (2009). Storia, verità, diritto. *Contemporanea*, (12)1, 104-155.

Caffiero, M. ,& Procaccia, M. (a cura di) (2008). *Vero e falso: L'uso politico della storia*. Donzelli.

Calamandrei, P. (1939). Il giudice e lo storico. *Rivista di diritto processuale civile*, 27, 105-28.

Calogero, G. (1937). *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, Cedam.

Chakrabarty, D. (2000). *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*. University Press, Princeton.

Connerton, P. (2010). *Come la modernità dimentica*. Einaudi.

Costa, P. (2008). Ho tentato di dire la verità: George Orwell e l'universo totalitário. In Franco Sbarberi (a cura di), *La forza dei bisogni e le ragioni della libertà. Il comunismo nella riflessione liberale e democratica del Novecento* (pp. 206-226), Diabasis

Costa, P. (2012). *Théorie et histoire de théories*, In Herrera, C. H. & Le Pillouer, A. (a cura di). *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle*. Kimé.

Culler, J. (1982). *On Deconstruction. Theory and Criticism after Structuralism*, Cornell University Press.

Damaška, M R, (1991). *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, il Mulino.

Damaška, M R, (2003). *Il diritto delle prove alla deriva*, il Mulino.

Desideri, D. (2007). La prova nella storiografia. In Andò, V. & Nicolaci, G. (a cura di). *Processo alla prova. Modelli e pratiche di verifica dei saperi*. Carocci.

Di Donato, F. (2008). *La costruzione giudiziaria del fatto: Il ruolo della narrazione nel processo*. Franco Angeli.

Elton, G. R. (1967). *The practice of history*. Fontana Press.

Elton, G. R. (1970). *Political history: Principles and practice*. Penguin Press.

Ferraris, M (1986). *La svolta testuale. Il decostruzionismo in Derrida, Lyotard, gli "Yale Critics".* Unicopli.

Ferraris, M. (2012). Manifesto del nuovo realismo (pp. 43 ss), Laterza.

Fronza, E. (2012). *Il negazionismo come reato*. Giuffrè.

Ginzburg, C. (1986). *Spie. Radici di un paradigma indiziario.* In *Miti emblemi spie. Morfologia e storia* (pp. 158-209), Einaudi.

Ginzburg, C. (1991). *Il giudice e lo storico. Considerazioni in margine al processo Sofri*, Einaudi.

Ginzburg, C. (2000). *Rapporti di forza. Storia, retorica, prova*. Feltrinelli.

Giuliani, A. (1961). *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*. Giuffrè.

Giuva, L., Vitali, S. & Rosiello, I. Z. (2007). *Il potere degli archivi. Usi del passato e difesa dei diritti nella società contemporânea*. Bruno Mondadori.

Lowenthal, D. (1985). *The past is a foreign country.* Cambridge University Press.

Marconi, D. (2007). *Per la verità. Relativismo e filosofia*. Einaudi.

Momigliano, A. (1984). La retorica della storia e la storia della retorica: sui tropi di Hayden White. In *Sui fondamenti della storia antica*. Einaudi.

Nitsch, C. (2012). *Il giudice e la legge: consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*. Giuffrè.

Norris, C. (1993). *Deconstruction: Theory and Practice*. Routledge.

Orlandi, M. (2007). *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità: Aspetti giuridici, sociolinguistici e di comunicazione*. Giuffrè.

Pastore, B. (1996). *Giudizio, prova, ragion pratica : Un approccio ermeneutico*. Giuffrè.

Ranke, L. (1824). Vorrede zu Geschichten der romanischen und germanischen Völker (1824). In *Geschichten der romanischen und germanischen Völker von 1494 bis 1514.* Reimer.

Ricoeur, P. (2003). *La memoria, la storia, l'oblio*. Raffaello Cortina Editore.

Rorty, C. (1991). *Philosophical papers: Objectivity, relativism, and truth (Vol. 1)*. University Press, Cambridge.

Silverman, H. J. (1994). *Textualities: Between hermeneutics and deconstruction*. Routledge.

Skinner, Q. (2002). *The practice of history and the cult of the fact*. In, *Visions of Politics, Regarding Method. (Vol. I)*, Cambridge University Press.

Stella, F. (2005). *Il giudice corpuscolariano: La cultura delle prove*. Giuffrè.

Taruffo, M. (1992). *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*. Giuffrè.

Taruffo, M. (2009). *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Laterza.

Twining, W. & Iain Hamphsher-Monk, I. (Eds.). (2003). *Evidence and inference in history and law: Interdisciplinary dialogues*. Northwestern University Press.

Ubertis, G. (1995). *La prova penale : profili giuridici ed epistemologici*. UTET.

Vercelli, C. (2008). *Democrazia e diritto penale: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Vercelli, X. (2013). *Il negazionismo: storia di una menzogna*. Laterza.

White, H. (1973). *Metahistory: The Historical Imagination. In Nineteenth-Century Europe*. The Johns Hopkins University Press.

White, H. (2006). *Forme di storia*. Dalla realtà alla narrazione. E. Tortarolo.

White, H. (2006). Il valore della narrazione nella rappresentazione della realtà. In *Forme distoria. Dalla realtà alla narrazione* (a cura di Edoardo Tortarolo). Carocci.

White, H. (2006). Teoria letteraria e scrittura storica, In. *Forme di storia*. Carocci E. Tortarolo.

Twining, W. (2006). *Rethinking Evidence: Exploratory essays*, Cambridge University Press.

Data de recebimento: 04/11/2020

Data de aprovação: 01/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Como comemorar duzentos anos de constitucionalismo?

*How to celebrate two hundred years of constitutionalism?*

**Cristina Nogueira da Silva**[1]

1 Universidade Nova de Lisboa (UNL)

## RESUMO

Este texto tem como objectivo reflectir sobre a comemoração da Revolução liberal portuguesa de 1820, problematizando a ideia de que esta, e o texto constitucional que lhe esteve associado, a Constituição de 1822, possam ser apresentados como o primeiro momento de um processo linear que termina na democracia e no Estado de Direito tal como os conhecemos hoje. Procuro recordar, a partir de investigações já feitas e de trabalhos já publicados, que, além de não ser democrática, aquela constituição não declarou nem deu origem a uma cultura constitucional orientada pela ideia de direitos fundamentais. Concluo que é mais produtivo pensar as mudanças que estes processos envolveram a partir do que trouxeram de novo relativamente ao passado, do que olhar para eles a partir da cultura constitucional do presente.

**Palavras chave:** Constitucionalismo, liberalismo, representação política, exclusão política e civil, memória, comemoração

## ABSTRACT

In this text I reflect about the commemoration of the Portuguese liberal revolution of 1820. I question the assumption that the revolution and the constitutional text it gave rise to were the first moment of a linear process which ended in democracy and in the rule of law as we know them today. Relying on existing research and published works on the subject, I recall issues such as the absence of democracy and the idea of "fundamental rights". As any other constitution of that period, the constitution of 1822 has neither declared nor given rise to a constitutional culture guided by the idea of fundamental rights. I conclude that it is more productive to think about the political and social changes brought by these processes by relating them to the past, rather than to look at them as the anticipation of nowadays constitutional culture.

**Keywords:** Constitutionalism, liberalism, political representation, political and civil exclusion, memory, commemoration

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78731

Neste texto faço um conjunto de reflexões e balanços que me foram suscitados pela forma como se tem assinalado/celebrado, em Portugal, os 200 anos da Revolução liberal portuguesa de 1820. Faço-as a partir do que tenho investigado e publicado sobre o tema "constitucionalismo e Império" no século XIX, mas também das leituras de trabalhos de outros colegas, historiadores e cientistas sociais, portugueses, brasileiros e de outras nacionalidades, que me ajudaram a investigar e a pensar sobre este tema. Citar todos esses colegas, cujos trabalhos também estão aqui, e a maioria dos quais fui citando nos meus próprios trabalhos, era correr o risco de duplicar as páginas do texto e, mesmo assim, esquecer títulos fundamentais. Por isso este é um texto que praticamente não tem citações. Nomeio apenas autores de alguns trabalhos que me vieram à memória enquanto escrevia e, por causa disso, termino com uma bibliografia pequena e incompleta.

A seleção dos acontecimentos e dos factos que rememoramos quando comemoramos acontecimentos históricos, bem como a forma como os rememoramos, está, em muitos casos, associada ao sentimento de que esses são os acontecimentos e factos que fizeram de nós aquilo que somos hoje. No caso particular da Revolução liberal de 1820, é comum ouvirmos que esse acontecimento, bem como todos aqueles com os quais se articulou – a Revolução americana, a Revolução francesa, a Revolução liberal espanhola -, foram o embrião, ou o "berço", da nossa cultura jurídica e política, a origem do nosso pensamento constitucional ou, ainda mais, do nosso Estado de Direito. Encontrei essa ideia há uns anos, num livro em que se comemorava a Constituição portuguesa de 1976, produto da Revolução democrática do 25 de Abril de 1974. Num dos textos desse livro, Novais (2016), um dos mais notáveis e respeitados constitucionalistas portugueses de hoje, escreveu que "(…) a experiência histórica de vários séculos demonstra que (…) a constituição do Estado de Direito é necessariamente dotada de elementos estruturais próprios: tanto na época em que nasceu, na América e na Europa, com as revoluções liberais dos finais do século XVIII, como na atual era «pós-estatal», a Constituição de Estado de Direito é essencialmente direitos fundamentais e separação de poderes" (p. 31). Depois disso, há uns meses, dois outros professores de Direito, Vital Moreira, um dos mais respeitados comentadores da Constituição de 1976, e José Domingues, seu colega na Faculdade de Direito da Universidade Lusíada (Norte) do Porto, afirmaram, (Moreira e Domingues, 2020) "Com a Revolução de 24 de Agosto de 1820 (…) o Porto tornou-se também o berço do constitucionalismo democrático em Portugal, marcando (…) a primeira experiência de uma ordem constitucional em Portugal, caracterizada pelo governo representativo (consubstanciado no Parlamento eleito), na separação de poderes, nos direitos e liberdades fundamentais ou na submissão do poder executivo (ou seja, do Rei), à lei (ou seja, às Cortes)" (p. 22).

Finalmente, há umas semanas, a Constituição de 1822 foi identificada pelo Presidente da actual Assembleia da República portuguesa, Dr. Ferro Rodrigues, numa " Sessão Evocativa do Bicentenário da Revolução Liberal de 1820" (12 de outubro de 2020), como a mais democrática constituição portuguesa antes da Constituição de 1976 (Rodrigues, 2020).

Estas afirmações comportam riscos de retroprojeção e de anacronismo que para os historiadores são fáceis de identificar. Riscos que se têm manifestado, no que se refere à comemoração da Revolução de 1820 e aos "200 anos de constitucionalismo" que com ela se celebram, de duas formas. Uma delas, consiste na atribuição à cultura dos direitos deste primeiro constitucionalismo de significados que não faziam parte da mundividência jurídica e política da época. É verdade que faziam parte do vocabulário político e jurídico destes primeiros liberais (era assim que muitos deles se autointitulavam, embora se saiba que o conceito tinha, na época,

contornos pouco definidos, questão sobre a qual reflectiram Lynch (2007), Pimenta (2006), Sebastian (2009)) conceitos que são familiares à cultura constitucional do presente, tais como a ideia da limitação do poder, do primado da lei, da soberania nacional, da representação e participação políticas a da centralidade dos direitos individuais e, até, dos "direitos do Homem". Mas se estas palavras são familiares, o seu conteúdo remetia, na época, para conteúdos e realidades muito diferentes dos actuais. Não tinham que ver com a democracia nem com os "direitos fundamentais" tal como hoje os entendemos. Nem é claro que possamos ver nesses conceitos um embrião que, de forma linear, viria a ter nestas ideias o seu desfecho natural. É mais razoável pensarmos que este primeiro liberalismo/constitucionalismo é um entre outros legados que, num diálogo criativo e tensional com outras propostas e com as circunstâncias que o desenrolar da história criou, geraram o que hoje são valores fundamentais do Estado de Direito.

Esta segunda afirmação remete-me para um segundo problema, associado ao primeiro, que é o do julgamento e da valoração na História. Se a expectativa criada for a de localizar nos primeiros anos do século XIX o "berço" da nossa cultura dos direitos, é fácil gerarem-se desilusões, cair-se na tentação de julgar os agentes históricos pelo que não fizeram, ou pelo que achamos que deveriam ter feito, pelas contradições em que achamos que incorreram, esquecendo as "condições de produção" do seu pensamento, da sua acção e dos sentidos que podiam atribuir a essa acção. Esquecendo que, como se disse atrás, esses agentes não atribuíam às mesmas palavras os mesmos significados que hoje atribuímos. Ou, por vezes, até, esquecendo que alguns conceitos centrais da nossa cultura constitucional não existiam no mapa cognitivo destes primeiros liberais. Desconheciam, por exemplo, o princípio da não discriminação em função da raça, do género, da idade ou da orientação sexual, ou o princípio da autodeterminação dos povos e as suas conotações anti-coloniais. Se fizermos uma pesquisa de palavras na versão digital das discussões da Assembleia constituinte de 1820-21 (https://debates.parlamento.pt/), verificamos que a palavra "discriminação" e "autodeterminação" não são detetadas pelo dispositivo da pesquisa livre (Debates, 2020). Nem era lógico esperar que o fossem.

Foram então as palavras "democracia" e "direitos fundamentais" e a facilidade com que, sem grandes explicações, são associadas à revolução de 1820 e à sua Constituição, que me levaram a revisitar o que tinha aprendido sobre este primeiro constitucionalismo e a afirmar, ou a confirmar, que nem uma nem a outra devem ser convocadas de forma descontextualizada quando se discute esta ou outras constituições europeias e americanas da época. Desde logo, porque não era de direitos fundamentais que na altura se falava, quando se falava de "direitos individuais". Percebe-se isso lendo, por exemplo, o Título I da Constituição vintista, pois o que nele se encontra declarados são os "Direitos e Deveres individuais dos Portugueses". A ideia de direitos que todos os seres humanos devem ter pelo facto de serem humanos não estava escrita nesta Constituição. Nem na letra, nem nos factos que acompanharam a sua redacção, pois sabemos que na altura havia pessoas que nasciam e residiam nos vários territórios da Nação portuguesa que não eram cidadãos, nem portugueses, e nem estrangeiros, como era o caso dos escravos, e que a Constituição não acabou com essa situação, como se falará mais à frente. Sabemos também que havia cidadãos portugueses/as a quem esses direitos não eram plenamente reconhecidos, quer na Constituição, quer na lei. Assim como sabemos que havia muitos/as cidadãos/ que não exerceriam direitos políticos. Isso aconteceu, em parte, porque, como sublinhou Hespanha (2009, 2019) em trabalhos sobre o constitucionalismo vintista, inspirando-se em trabalhos sobre o constitucionalismo espanhol da mesma época, como os de Garriga, C., & Lorente, M. (2007), a Constituição, que trazia muito de novidade, preservava também elementos da antiga Constituição do Reino. Não somente porque essa era, em grande

medida, a "constituição" social e institucional na qual o texto da Constituição foi recebido e as suas normas activadas, mas também porque a própria letra da Constituição preservava aspectos da antiga "Constituição". Nomeadamente em artigos em que se sublinhava a ideia antiga de que o Reino era católico, sendo-o também os seus naturais, agora cidadãos portugueses (esta era também uma ideia antiga, como mostrou Ângela Barreto Xavier). A religião da Nação era, na Constituição, a religião católica (art. 25), e essa realidade não era modificável pela acção do poder constituinte, tal como já tinha sucedido com a Constituição espanhola de 1812, tema estudado sobretudo por Cardim (2017). A "ordem católica" era anterior e impunha-se ao poder constituinte, explicando que da lista dos direitos declarados no Tit. I da Constituição não conste a liberdade ou a tolerância religiosas. E que, como consequência, só os estrangeiros pudessem praticar cultos não católicos (art. 32). Com estas determinações salvaguardavam-se os estrangeiros não católicos que vivessem em Portugal, mas não os portugueses não católicos. O que desde logo criou problemas quanto a serem ou não cidadãos portugueses muitos dos grupos populacionais que residiam em territórios submetidos à jurisdição portuguesa em África e na Ásia. Como explicou Lobo (2016), foi por isso que as populações hindus das *Novas Conquistas*, em Goa, não votaram nas primeiras eleições. Foi também por isso que houve sempre, nos parlamentos portugueses do século XIX, quem defendesse que esses grupos hindus não deviam ter acesso ao direito de voto, o mesmo sucedendo relativamente às populações "gentias" dos territórios africanos, de cuja identidade portuguesa se duvidava. A esta situação acrescia ainda a censura, na Constituição, dos escritos que envolvessem matéria religiosa (art. 1, § 8), bem como a inclusão, entre os principais deveres dos portugueses, do dever de "venerar a Religião" (art. 1, § 19). Princípios semelhantes, embora com algumas diferenças, reflectiram-se em todas as outras constituições portuguesas de oitocentos, e também nos Códigos criminais. A começar pelo primeiro deles, em 1852, no qual vários artigos (por exemplo, o artigo 135, que declarou criminosos os portugueses que renunciassem publicamente à religião do Reino), restringiam os direitos dos indivíduos em matéria de religião.

Também a subtração dos direitos políticos a grupos numericamente importantes, como era o caso das mulheres, dos criados de servir e dos filhos família, se explicava, em parte, com a sobrevivência da "soberania doméstica" do *Pater Familias*, em cuja esfera de acção se entendia que o Estado e a lei deviam evitar intervir. Algo de semelhante se passou no Brasil oitocentista, problema sobre o qual se debruçou recentemente, por exemplo, Airton Cerqueira-Leite Seelaender.

Mas além destes muitos outros grupos eram excluídos, por motivos diversos (no art. 33, por exemplo, excluíam-se do direito de voto, entre outros, "os que não têm emprego, ofício, ou modo de vida", classificados como vadios, ou os menores de 18 anos que num futuro próximo fossem ainda analfabetos; já no art. 34 consideravam-se inelegíveis entre outros, "os que não têm para se sustentar renda suficiente, procedida de bens de raiz, comércio, indústria ou emprego"). E embora na primeira Constituição, como em todas as outras, parecesse que, pelo menos no território europeu da monarquia, todos os cidadãos eram realmente iguais em matéria de direitos civis, aí residindo a diferença entre cidadão activo (gozando de direitos políticos) e cidadão passivo (gozando somente de direitos civis), nesta, como em outras matérias, o que permaneceu no horizonte jurídico, durante muitos anos, foram as *Ordenações filipinas*, uma compilação de Antigo Regime. E quando, em 1867, foi aprovado o Código Civil, as mulheres, por exemplo, viram ser-lhes cerceados muitos dos seus direitos civis, pois, inspirando-se no Código Civil francês e em outros códigos estrangeiros, aquele código protegia de muitas formas a "soberania doméstica" e a diminuição civil das mulheres, sobretudo das mulheres casadas. Essas

restrições, como em muitas Constituições, códigos e legislação europeia da época, atingiram também os "filhos família" e os criados domésticos.

Como as restrições do corpo eleitoral se mantiveram ao longo de todo o século XIX, mais restritivas em alguns momentos (quando se intensificaram os critérios censitários e capacitários), menos restritivas em outros, compreende-se a conclusão do historiador Rui Ramos quando afirmou que, no que diz respeito à cidadania, o objectivo deste primeiro liberalismo constitucional português não era tanto garantir direitos individuais anteriores, mas construir uma nova ordem na qual o "cavalheiro educado e proprietário com opiniões liberais", independente e patriota, predominasse (Ramos, 2004, p. 172).

Se até agora falei de constitucionalismo em geral, a partir de agora acrescento a este o "Império", a dimensão atlântica da Constituição de 1822, porque também importa considerá-la para dar inteligibilidade às características deste constitucionalismo.

Como é conhecido, um dos temas que dominaram as Cortes constituintes de 1821-22 foi o tema da recriação das relações que deviam estabelecer-se entre os diversos territórios, europeus e não europeus, da monarquia portuguesa, do "Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves". O processo constituinte tinha como fim recriar a unidade da Monarquia em novos termos, liberais e igualitários. Um tópico permanente, durante a discussão constituinte, foi, então, o da afirmação de que aquelas relações deviam ser igualitárias, e de que eram tão portugueses os cidadãos da parte europeia quanto os das "províncias" da América, da África e da Ásia. Os "cidadãos ultramarinos" destes territórios deviam eleger os seus representantes em função da respectiva importância populacional, e estes deviam ter assento no Parlamento, em Lisboa, como representantes de uma só Nação.

A Revolução de 1820 proporcionou, portanto, novas formas de participação política, oferecendo às elites provenientes desses territórios oportunidades de participação que antes não tinham, já que aí se realizaram eleições para a assembleia constituinte, tendo sido eleitos, além de cerca de 130 deputados no Reino de Portugal (mas só c. de 100 estiveram presentes), cerca de 100 deputados pelos territórios não europeus, sobretudo da América (cerca de 90, mas só cerca de 45 estiveram presentes), e também de Angola (três, embora só um tenha estado nas Cortes, Manuel Patrício Correia de Castro, um clérigo de ascendência africana cujo percurso está a ser estudado por Roquinaldo Ferreira), da Índia (três, dois dos quais brâmanes católicos, cujo percurso está a ser estudado por Luís Cabral de Oliveira, um deles conhecido pela doutrina que desenvolveu sobre a integração da Índia no sistema constitucional que se estava a construir) e de Cabo Verde (dois deputados). Esta presença nunca tinha acontecido antes, como se percebe lendo os trabalhos de Cardim (2016, 2017) sobre as Cortes no Antigo Regime. Embora seja relevante referir que, logo na Lei eleitoral de 11 de julho de 1822, se tenha reduzido significativamente o número de deputados por esses territórios: um para Angola, contra o parecer de Manoel Patrício Correia de Castro, que com base em censos populacionais pretendia que fossem 6. Um para Goa, um para S. Tomé e Príncipe, dois para Cabo Verde, um para Macau, Timor e Solor e, segundo Joana Filipa Pereira Costa, 39 para o Brasil.

Neste seu trabalho sobre o processo eleitoral de 1822 na província de Entre-Douro-e--Minho, esta última autora concluiu que, apesar da exclusão de muitos grupos e de muitas irregularidades, houve um alargamento assinalável da participação política (Costa, 2019). O que significa que, se olharmos para o passado a partir do ano de 1820, algo estava a mudar. Mas não no sentido de uma "democracia".

As leitura das discussões constituintes mostra que se desenvolveram esforços para manter unidos os vários territórios da Monarquia, tendo havido acordos, e também cedências, por parte dos deputados eleitos no Reino relativamente às reivindicações e aspirações mais autonomistas das províncias do Norte e Nordeste da América portuguesa, como mostrou Berbel (1999) e outros historiadores portugueses e brasileiros. O projecto radicalmente centralizador e unitário inicialmente proposto pelas Cortes, quando ainda não se tinham reunido a estas os deputados eleitos nos territórios não europeus da monarquia (projecto que nunca deixou de ser defendido por alguns dos mais reputados deputados eleitos na metrópole, como Fernandes Tomás, um dos líderes da Revolução), acabou por ser vencido, com o apoio de deputados eleitos no Brasil e no Reino (Alexandre, 1993), como sublinhou Valentim Alexandre. Contudo, a solução que ficou cristalizada na Constituição não se organizava em torno de ideias igualitárias. O que ficou desenhado nessa Constituição foi uma "nação-Império" (Catroga, 2014), como a designou Fernando Catroga, cujo território estava dividido em "províncias" na América, na Europa e na Ásia, todas submetidas a um só governo e representadas num só Parlamento localizado em Lisboa. As Cortes, a deputação permanente das Cortes (artigo 117), assim como o rei e o governo, residiriam sempre na capital do «Reino Unido», que era Lisboa (artigo 80). E o rei, e o sucessor da coroa, não poderiam «sair do Reino de Portugal e Algarves» sem o consentimento das Cortes (artigo 125). Havia, portanto, uma enorme distância entre este desenho e a única proposta que reuniu algum consenso entre os deputados eleitos no Brasil, divididos entre si por visões muito diferentes sobre como devia funcionar este Reino Unido. Nesta proposta, contida nos artigos adicionais apresentados por uma comissão de deputados das províncias do Brasil a 17 de junho de 1822, previa-se a existência de dois Reinos (Brasil e Portugal e Algarves), cada um com o seu Congresso legislativo, dotado da capacidade de legislar sobre o «governo interior» de cada um dos Reinos, bem com a criação de uma «Assembleia federal", composta por deputados tirados das Cortes especiais dos dois Reinos», e de uma delegação do poder executivo na capital do Brasil. A ideia foi recusada, sem discussão, em nome da unidade e indivisibilidade desta "Nação transcontinental" e da natureza abstracta da representação. O "deputado da Nação", afirmaram os deputados eleitos na metrópole, era capaz de interpretar os interesses da Nação no seu conjunto. A "diferença ultramarina" não devia, portanto, ser considerada.

Não recupero, com esta afirmação, a ideia de que a primeira Constituição é o resultado de uma intenção recolonizadora da "metrópole", ideia já posta em causa em inúmeros estudos, de Slemian (2004), Pimenta (2006) e Kirschner (2009). Mas se pensarmos na situação imediatamente posterior à criação do Reino do Brasil, em 1815, ou nesta última proposta, de uma Confederação, proposta recusada sem discussão pelos deputados eleitos no Reino, podemos problematizar o sentido igualitário da solução vintista desde o seu início. E ainda mais se a isso juntarmos a subalternização implícita das outras províncias ultramarinas (na Ásia e na África), muito visível nas discussões constituintes.

Depois da rutura com o Brasil essa desigualdade entre territórios europeus e "ultramarinos" aprofundou-se ainda mais. A subalternização dos restantes territórios ultramarinos, que na verdade eram territórios pequenos e/ou mal delimitados, subsistiu durante todo o período constitucional. E quando alguns dos deputados eleitos nos territórios africanos e asiáticos reivindicaram autonomia legislativa, através da criação de assembleias legislativas locais, ou um maior número de deputados a eleger para as Cortes, com base em cálculos mais rigorosos ou mais "inclusivos" da população que devia ser contada para efeitos de representação política, as suas propostas não tiveram qualquer eco. A resposta de Lisboa foi sempre a de que Portugal não tinha colónias, que a prova disso era, precisamente, a representação parlamentar dos territórios

ultramarinos, e que essa representação "concedida" às "províncias ultramarinas" dispensava outras formas de representação e participação.

Depois, a partir dos anos '40, e, mais tarde, definitivamente, com a aprovação do Acto Adicional à Carta Constitucional, em 1851, construiu-se um regime de governo das províncias ultramarinas que diminuiu significativamente o peso do Parlamento na elaboração da legislação para aqueles territórios, pois concedeu-se aos governos e aos governadores poderes especiais para, em casos extraordinários e urgentes, tomarem "providências legislativas".

Esta última decisão, que foi muito contestada, podia ser, ou não, favorável ao alargamento de direitos civis e políticos naqueles territórios. Dependia. A representação das elites locais dos territórios ultramarinos não funcionava necessariamente de forma favorável aos direitos de todos os habitantes desses territórios. Pelo contrário, muitas vezes, senão a maioria das vezes, era exercida a favor de projectos de "colonização", subalternização e exploração económica de populações locais. Os naturais católicos da Índia, por exemplo, não poucas vezes usaram essa representação para subalternizar as populações hindus das Novas Conquistas. Nomeadamente, argumentando que não deviam ser cidadãos portugueses, pelo menos com a plenitude dos direitos, por não serem católicos, um argumento que podia sustentar-se, como já foi referido, nos artigos constitucionais sobre religião. Tal como houve deputados de África que se constituíram, no Parlamento, em obstáculo à aprovação da legislação abolicionista que o pequeno grupo de abolicionistas gradualistas, organizados à volta da figura do Marquês de Sá da Bandeira, insistiu em submeter à aprovação do Parlamento. Ou, ainda, numa presença que favoreceu, depois da abolição da escravatura, em 1869-1875, a aprovação de legislação que promovia formas de trabalho forçado nas colónias.

Certamente que uma investigação futura sobre a acção destes deputados no Parlamento de Lisboa, já iniciada no âmbito do projecto de Investigação "O Governo dos Outros" (www.governodosoutros.ics.ul.pt/), poderá dar-nos uma perspetiva mais ampla sobre a natureza – e também sobre os limites – desta representação.

Mas voltemos à Revolução vintista e à sua Constituição.

O "governo interior" reclamado pelos deputados eleitos no Brasil assemelhava-se ao que anos antes tinha sido reivindicado pelas colónias americanas da França e da Grã-Bretanha, no contexto dos processos revolucionários que aí tinham ocorrido. E, tal como nesses casos, a sua reclamação relacionava-se, também, com a garantia de autonomia legislativa em tudo o que dissesse respeito ao problema da escravidão e dos estatutos pessoais com ela relacionados. Outro problema que sinaliza, agora de forma muito mais radical, a distância deste constitucionalismo, e do seu contexto, relativamente ao constitucionalismo actual. É que, à semelhança de outros textos constitucionais da época, nomeadamente os da América do Norte, a Constituição vintista declarou, no seu artigo 21, que eram cidadãos portugueses "os escravos que alcançarem carta de alforria", os libertos (art. 21, IV). Isso significava que os escravos/as que tivessem nascido e/ou que residissem no "Reino Unido" e não tivessem alcançado a carta de alforria permaneceriam escravizados. E que, por isso, não eram portugueses. Ainda que fossem filhos de pai português e/ou tivessem nascido no território português. Muitos/as deles nunca tinham vivido ou conhecido outro território. Outros/as tinham sido transportados/as de forma violentíssima para os territórios portugueses. Já não pertenciam a qualquer comunidade política, e também não eram considerados estrangeiros. Só na América portuguesa residiam, nessas circunstâncias, cerca de 1 milhão e cem mil pessoas, 38 % da sua população, nos cálculos de Alden Dauril e Maria Luíza Marcílio.

O artigo 21 da Constituição explica-se por causa da economia de plantação brasileira, pois embora ainda existissem pessoas escravizadas no Reino, pelo menos até 1830, o seu número era já irrelevante, em parte por causa dos efeitos dos Alvarás pombalinos de 1761 (que tinha proibido a entrada de novos escravos no Reino e declarado livres todos os que aí desembarcassem) e o de 1773 (que tinha declarado livres os escravos que residissem no Reino - mas não aqueles cuja escravidão recuava somente às mães ou avós -, bem como todos os que nascessem a partir dessa data). Mas explica-se, também, porque a preservação da escravidão era, na época, aceitável. É um facto que estava já muito disseminado o pensamento abolicionista na Europa, um pensamento que ia da militância, em especial na Inglaterra e nos E.U.A., até uma visão crítica, mas bastante tolerante, em relação à instituição. Os deputados conheciam essas novas ideias, e por isso se gerou alguma perplexidade durante a pequena discussão sobre o tema. Mas o artigo 21 – tal como um outro, o artigo 37, que determinava que a cada deputado correspondessem 30 mil habitantes *livres* (sublinhado nosso), ou o artigo 34 (VII), que excluía da possibilidade de serem eleitos os libertos nascidos em "pais estrangeiro"-, não são surpreendentes. Tinha sucedido algo de semelhante nos E.U.A, onde muitas constituições estaduais, logo a seguir à Revolução americana, em 1776, distinguiam entre homens livres e não livres, não tendo a Constituição federal abolido a escravidão senão já nos anos '60 do século XIX. Algo de semelhante tinha sucedido também com a Constituição francesa de 1791, que foi desaplicada dos territórios ultramarinos franceses por causa da escravidão. Ou com a Constituição espanhola de Cádis de 1812, onde além da preservação do estatuto de escravo se excluiu da cidadania espanhola todos os "que por qualquiera linea son habidos y reputados por originários de Africa" (art. 22). Esse contexto, em que a convivência do constitucionalismo com a escravidão era quotidiano, ajuda a compreender que os deputados eleitos no Reino, que foram irredutíveis quanto à possibilidade de se aprovar uma Confederação que igualizasse os dois Reinos e que, com isso, contribuíram para a rutura e a independência do Brasil, não oferecessem resistência quanto a manter o estatuto de escravo. Nessa matéria podemos afirmar que os deputados eleitos no Reino convergiram com os deputados eleitos no Brasil. Esse não era, diríamos hoje, um tema "fracturante". Era-o mais o tema da hegemonia ou não do Reino de Portugal no conjunto da Monarquia. Por isso – e talvez até porque alguns alimentavam esse desejo desde o início -, perante a hipótese de uma arquitectura mais igualitária, os deputados eleitos no Reino preferiram a independência do Brasil.

O que surpreende mais, e por isso tem sido objecto de reflexões por parte de historiadores ; (Berbel et. al. (2010) e eu própria), e eu própria, é que a população afrodescedente livre e liberta do Brasil, cerca de 1 milhão e duzentas e cinquenta mil pessoas, tenha acedido, na altura, à cidadania plena. Isso não era assim tão comum, e por isso é que se sentiu a necessidade de explicitar essa inclusão na Constituição. Em princípio, formalmente, não teria sido necessário.

Os motivos que têm sido enumerados pela historiografia para explicar esta inclusão são conhecidos. Relacionaram-se, em boa medida, com acontecimentos que tinham ocorrido em anteriores processos revolucionários, e que os deputados vintistas não queriam que se repetissem no Reino que diziam querer manter unido. Na França, o tema da escravidão e dos direitos políticos dos afrodescendentes livres tinha estado directamente relacionada com vários episódios de violência, o mais radical dos quais terminara com a declaração da independência da colónia de S. Domingos (Haiti). Em Espanha, o facto de não terem sido concedidos direitos políticos a estas populações tinha estado na origem de graves conflitos entre deputados eleitos no ultramar e na metrópole, por causa do cálculo do número de deputados, contribuindo para os conflitos que geraram revoltas e independências na América espanhola. No Brasil a prática da concessão de alforrias tinha dado origem à maior população afrodescendente livre da América, o que tornava

a exclusão destes grupos, que ainda por cima já tinha revelado a sua capacidade reivindicativa em momentos anteriores (mostraram-no, por exemplo, Silva, A. R. C. da., (2012), para Minas Gerais, e Stumpf (2010) para a Baia), em algo de explosivo. E a tudo isso pode acrescentar-se o precedente jurídico do Alvará de 1773, que apenas se aplicava ao Reino de Portugal, mas onde os libertos tinham sido equiparados aos outros súbditos livres do Rei, o que os libertara da condição de "libertos" e das restrições a ela inerentes. Já nessa altura, como mostraram Silva e Souza (2017), estas populações tinham reivindicado a extensão dos alvarás aos territórios da América portuguesa.

Mas é importante sublinhar também que esta determinação constitucional significou que os (não muitos) libertos e os afrodescendentes livres (mas não as libertas ou as afrodescendentes livres) que, sendo menores de 18 anos, conseguissem alfabetizar-se até aos 25, e que não fossem inscritos no grupo dos que "(…) não têm emprego, ofício, ou modo de vida", podiam votar para a eleição de deputados; assim como significava que podiam ser eleitos, desde que não tivessem nascido em "país estrangeiro", e que não se contassem entre "os que não têm para se sustentar renda suficiente, procedida de bens de raiz, comércio, indústria ou emprego", situação em que se encontrava a esmagadora maioria, como tem mostrado a historiografia brasileira desde o trabalho pioneiro de Oliveira (1988), ou em trabalhos como os de Reis (2008), entre muitos outros.

Alguns desses afrodescendentes livres que sabiam ler e escrever, ou que tinham possibilidade de rapidamente se alfabetizarem foram, muitas vezes, pessoas que, directa ou indirectamente, beneficiaram da ordem escravista, ou ainda que não a problematizaram. Alguns vieram até a ser senhores de escravos, como hoje se sabe. Mas nem todos, e sem dúvida que o acesso destas pessoas à cidadania, antes e, sobretudo, depois da independência do Brasil, que manteve a sua cidadania na Constituição, além de constituir, em si, um alargamento de direitos, favoreceu a sua acção pública no apoio a projectos sociais emancipadores, como mostraram Pinto (2019), Azevedo (1999), Grinberg (2002) e tantos outros. Como também tem sido notado na historiografia sobre a escravidão, e não só, foram muitas vezes os excluídos, ou os que se sentiram excluídos, ou, ainda, os que sentiram que a sua inclusão era frágil, que mais contribuíram para atribuir aos direitos declarados nestas Constituições sentidos universalistas que eles originalmente não tinham.

Enquanto estas questões eram discutidas nas assembleias, o tráfico de escravos, um tema ainda mais ausente nas discussões constituintes do que o da escravidão, atingiu os seus números máximos, não obstante ter já começado a vigilância dos mares pelos navios abolicionistas ingleses. Segundo os dados de Caldeira (2017), em 1817 entraram no porto do Rio de Janeiro 18.000 escravos, em 1821, 24. 000, e em 1827 mais de 40.000. Esse tema não foi discutido. Mas são significativas, a este propósito, palavras atribuídas ao deputado Carneiro (1826) jurista conhecido, Professor na Faculdade de Direito e autor de um manual de Direito Pátrio (*O Direito civil de Portugal*, Lisboa, Impressão Régia, 1826). Neste manual Borges Carneiro reconheceu que, quanto ao estado civil, as pessoas também se dividiam entre livres e não livres, e a propósito disso teceu alguns comentários críticos, pois a divisão contrariava o princípio de que todos os homens eram pessoas jurídicas. Mas se o taquígrafo que transcreveu as Atas das Cortes não se equivocou - o que, como se sabe, era possível - percebemos, que o tráfico de escravos era, também, para este deputado, algo de aceitável, pois quando se estava a discutir a representação política dos territórios africanos Borges Carneiro argumentou a favor da ideia de que cada uma das províncias africanas elegesse pelo menos um deputado, independentemente da sua

população, tendo em conta "(...) a riqueza e importância desta província, a sua fertilidade em escravos que se importam para o Brasil, marfim, anil, arroz, etc. Deve, portanto, dizer-se que Moçambique com suas dependências dará um Deputado, qualquer que seja a sua população"[2].

O tema dos direitos das populações "indígenas" da América também não foi, na cultura política e dos direitos no século XIX, um tema muito relevante, em nenhum país da Europa ou da América. No caso dos Índios do Brasil, o que aconteceu nas constituintes vintistas confirma essa ideia. Para alguns deputados, o número de Índios era de tal ordem ínfimo (representavam como se sabe hoje, c. de 6 % da população) que podia considerar-se que não existiam. O deputado Margiochi afirmou, a certa altura, que "No Brasil os indígenas foram expulsos da costa, e mal se reconhece a sua origem. As nossas ilhas foram povoadas por nós...". Não existia, portanto, "Nação indígena" que pudesse reclamar parte alguma do território português[3]. Para outros, só faria sentido pensar na cidadania portuguesa dos Índios quando se civilizassem, tendo sido referidos alguns "projectos de civilização" para estas populações. Assim, na Constituição de 1822, as Cortes e Governo comprometeram-se, no último artigo (art. 240), a cuidar da "civilização dos Índios".

Nesta altura, como há já bastante tempo se sublinhou em trabalhos de Perrone-Moisés (1992), a população indígena estava sujeita a nova legislação que, desde D. João VI, contrariando anterior legislação portuguesa, favorecia a sua submissão ao trabalho obrigatório. Posteriormente, com a independência do Brasil, essas populações deixaram de ser um tema do constitucionalismo português. Mas, como a historiografia brasileira tem mostrado, a política brasileira em relação a estes grupos, estudada por Domingues et al. (2019), Sposito (2011), Almeida (2003), Moreira, (2010) e tantos outros, seguiu os padrões que eram próprios da cultura dos direitos da época.

Se os Índios deixaram de ser um problema na definição da cidadania no Portugal oitocentista, o mesmo não sucedeu com os libertos, pois a escravidão manteve-se nos territórios não europeus da Monarquia portuguesa, sobretudo em África. E embora a palavra "escravo" tenha desaparecido dos textos constitucionais portugueses, a palavra "liberto" manteve-se em todos. Porém, os libertos perderam os direitos políticos que lhe tinham sido reconhecidos em 1822. Na Carta constitucional os libertos eram cidadãos, mas apenas podiam votar nas assembleias primárias (Tit. IV, Cap. V). Depois, já nos anos trinta, a Constituição de 1838, que introduziu as eleições diretas, excluiu-os do exercício de todos os direitos políticos. Essa exclusão foi depois confirmada no Ato Adicional à Carta, em 1852.

Nesta altura, a palavra "liberto" tinha já um significado muito diferente daquele que tinha tido na Constituição de 1822, quando o liberto era o escravo alforriado pelo senhor. Estas pessoas já não deviam (na perspectiva da época) a sua alforria ao senhor, mas ao Estado, no contexto de um processo abolicionista conturbado, que conduziria à abolição da condição de escravo e de escrava em todo o território português, em 1869, quarenta e sete anos depois da independência do Brasil. O decreto que determinou esta abolição foi um momento importante dos esforços do Marquês de Sá da Bandeira para abolir a escravidão, em nome de um projecto africano do qual fazia parte a substituição da escravidão e do tráfico pela economia de plantação, como mostraram Alexandre (1993) e Marques (1999). Contudo, o que os antigos escravos

2 *Diário das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes* (DCGECNP), sessão de 18 de Junho 1822, pp. 474-476, Dep. Borges Carneiro.

3 D.C.G.E.N.P., Sessão de 27 Julho 1821, p. 1661, Margiochi.

adquiriram com esse decreto foi um estatuto intermédio entre a escravidão e a liberdade. Como era habitual na legislação abolicionista da época, ficaram obrigados a prestar serviço ao senhor por mais alguns anos, como forma de o indemnizar pela expropriação, de acordo com o que as Constituições determinavam. E durante esses anos ficaram submetidos à tutela do Estado, que se comprometia a protegê-los. Menores civis não podiam ter direitos políticos, e por isso os libertos transformaram-se em cidadãos passivos. Mesmo os que fossem alfabetizados e tivessem rendimentos suficientes, o que não era provável, não exerceriam direitos políticos, embora fossem formalmente contabilizados para o cálculo do número de deputados a eleger nos territórios em que residiam.

A 28 de Abril 1875 foi extinta por lei a condição do liberto, e declarada a liberdade de trabalho em todos os territórios sob influência portuguesa. Contudo, e contra a vontade de autores deste decreto, ele acabou por ser, nomeadamente através de regulamentos publicados para a sua execução, um primeiro passo para o estabelecimento do trabalho forçado nesses territórios, que viria a concretizar-se em 1899.

A partir desse momento, o primeiro liberalismo português (e a Carta Constitucional de 1826), que já tinha convivido com a escravidão, passou a conviver com essa outra realidade, o trabalho forçado. Como quase todos os textos constitucionais dos países que tinham jurisdição sobre territórios não europeus.

*

Selecionei estes factos para mostrar como foi pensada a cidadania em relação a determinados grupos, pouco referidos nas comemorações da Revolução de 1820 ou da Constituição de 1822. Mas não pretendo deduzir deles que se deva investir numa rememoração dirigida a mostrar a natureza constitucionalmente excludente do primeiro liberalismo. Isso seria simplificador, além de não nos libertar, como procurei argumentar no início deste texto, do risco do anacronismo.

A cultura da cidadania e dos direitos então vigente também não se deixa explicar com recurso a explicações como as "más intenções" dos agentes históricos, ou com as inclinações (serem mais ou menos brandos, mais ou menos tolerantes, mais ou menos racistas ou xenófobos) dos liberais do século XIX em geral e a dos liberais portugueses do século XIX em particular. Nem a referência a essas alegadas inclinações seria aceitável como factor de explicação na história. Além de que, desmontando todas essas não explicações, a historiografia tem descrito e explicado o contexto em que o que tenho vindo aqui a designar como uma cultura da cidadania e dos direitos do primeiro liberalismo emergiu, e que lhe dá inteligibilidade.

Finalmente, analisar os elementos dessa cultura também não significa que se está a investir numa comemoração dirigida a convocar a natureza mais "excludente" ou mais "inclusiva" do pensamento liberal em geral. Embora se possa, a propósito dela, reflectir sobre esse tema.

Por outro lado, nenhum destes factos impede que se recorde, nas Comemorações da Revolução de 1820, aspectos deste primeiro liberalismo que consideramos mais luminosos, como o alargamento da representação e participação políticas, quando comparado com períodos anteriores da história, ou outras dimensões desta cultura. Havia, por exemplo, doutrinas liberais (minoritárias) em que se afirmava acreditar que, no futuro, o progresso propiciado pelo liberalismo faria desaparecer os estatutos de desigualdade, que estes eram provisórios, porque todos (e todas?) se transformariam no modelo de cidadão que era o referente deste primeiro liberalismo: em proprietários educados e autónomos (a inclusão das mulheres nesta narrativa

colocava problemas mais complexos). Podemos também recordar que fazia parte da cultura política da época a crítica da ideia de império, bem expressa na correspondência que Jeremy Bentham enviou às Cortes vintistas, na qual convidou os deputados do Reino a conceder a independência ao Brasil, como tinha feito antes com a Espanha; mas sem omitir que, como sublinhou Clavero (1998), a crítica de Bentham dirigiu ao constitucionalismo de Cádis só atingiu a natureza "colonial" do pensamento constitucional gaditano em uma das suas dimensões, aquela que dizia respeito à integração num só sistema político centralizado de um conjunto populacional identificado pela cultura, religião, língua e afectos, embora não pela comunidade de interesses, os hispano-americanos.

Podemos também fazer balanços, valorizar o impacto, a prazo, da afirmação teórica da liberdade e da igualdade e da presença constante destas palavras no discurso político, recordando a bela imagem de Pietro Costa: elas eram um foco que projectava uma "nova luz sobre as diferenças [jurídicas, sociológicas, culturais], fazendo-as sobressair e, ao mesmo tempo, colocando o problema da sua legitimidade [...]" (Costa 2001) [4].

Podemos, finalmente, recordar, com Yuval Harari, que "todas as ordens criadas pelo homem estão repletas de contradições internas", que "as culturas tentam, constantemente, reconciliar tais contradições" e, finalmente, que "esse processo acelera a mudança"[5].

Mas o que não é mais possível fazer é falar desta Revolução e deste constitucionalismo como a antecipação de uma cultura dos direitos que se desenvolveu sobretudo a partir da Segunda Guerra Mundial. Ou seja, sem nos afastarmos de uma narrativa linear, que crie na memória dos portugueses (e dos brasileiros) a ideia de que na Constituição de 1822, ou, até, no constitucionalismo oitocentista, estavam já em gestação os "direitos fundamentais" ou a "democracia".

## Referências

Almeida, M. R. C. de. (2003). *Metamorfoses indígenas: Identidade e cultura nas aldeias coloniais do Rio de Janeiro*. Arquivo Nacional.

Alexandre, V. (1993). *Os sentidos do Império: Questão nacional e questão colonial na crise do Antigo Regime português*. Afrontamento.

Azevedo, E. (1999). *Orfeu de carapinha: A trajetória de Luiz Gama na imperial cidade de S.Paulo*. Unicamp.

Berbel, M. (1999) *A nação como artefato, deputados do Brasil nas Cortes portuguesas (1821-1822)*. Hucitec.

Berbel, M., Marqueze, R.,& Parron, T. (2010). *Escravidão e política: Brasil e Cuba, c. 1790-1850*. Hucitec.

Caldeira, A. M. (2017). *Escravos em Portugal: Das origens ao século XIX*. A Esfera dos Livros.

4 Pietro Costa, *Civitas, Storia della Cittadinanza in Europa*, Roma, Editori Laterza, 2001, vol. II: "L'Età delle rivoluzioni (1789-1848)», p. 77.

5 Yuval Noah Harari, Sapiens: *História breve da humanidade*, Braga, Elsinore, 2020, p. 198.

Cardim, P. (2016). Political status and identity: Debating the status of american territories across the Sixteenth and Seventeenth Century Iberian World, Rechtsgeschichte. *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History,* 24, 101-116.

Cardim, P. (2017). Cortes, representação e participação política no mundo ibérico (ca. 1650- 1800). In J. A. Pardos Martínez , J. Viejo Yharrassarry, J. M. Iñurritegui Rodríguez, J. M. Portillo Valdés, & F. Andrés Robres (Eds.), *Historia en Fragmentos: Estudios en homenaje a Pablo Fernández Albaladejo* (pp. 757-783). Universidad Autónoma de Madrid.

Catroga, F. (2014). *A geografia dos afectos pátrios.* Almedina.

Carneiro, M. B. (1826). *O direito civil de Portugal*. Impressão Régia.

Clavero, B. (1998) !Libraos de ultramaria!, el fruto podrido de Cadiz. In J. M. Iñurritegui, & J. M. Portillo (Eds). *Constitución en España, orígenes y destinos*. CEPC.

Costa, J. F. P. (2019). O processo eleitoral de 1822 na província de Entre-Doutro-e-Minho, *Revista de História das Ideias*, 37(2),79-108.

Costa, P. (2001). *Civitas, Storia della Cittadinanza in Europa.* "L'Età delle rivoluzioni (1789-1848). (Vol. II) Laterza.

Dauril, A. (1997). Late colonial Brazil, 1750-1808, In L. Bethell (Ed.), *Colonial Brazil* (pp. 284-343), Cambridge University Press.

Debates Parlamentares (2020). *Assembéia da República.* https://debates.parlamento.pt/

Diário das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes (1821). Sessão de 27 Julho 1821, p. 1661.

Diário das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes (1822). Sessão de 18 de Junho 1822, pp. 474-476.

Domingues, A., Resende, M. L., & Cardim P. (Orgs.). (2019). *Os indígenas e a justiça no mundo Ibero-Americano (séculos XVI-XIX).* Centro de História da Universidade de Lisboa.

Fernàndez Sebastián, J. (2009). *Diccionario politico y social del mundo iberoamericano.* C.E.C.

Gabriel P. (2014). Introduction: Liberalism in the Early Nineteenth-century Iberian World, *History of European Ideas,* 41(2), 153-165.

Garriga, C., & Lorente, M. (2007). *Cádiz, 1812: La constitución jurisdiccional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.* https://doi.org/10.1080/01916599.2014.914312

Grinberg, K. (2002). *O fiador dos brasileiros: Cidadania, escravidão e direito civil no tempo de Antonio Pereira.*Civilização Brasileira.

Harari, Y. N. (2020). *Sapiens: História breve da humanidade.* Elsinore.

Hespanha, A. M. (2009) *Hércules confundido: Sentidos improváveis e variados do constitucionalismo oitocentista o caso português.* Juruá.

Hespanha, A. M. (2019).*Uma Monarquia Constitucional.* Ed. autor.

Kirschner , T. C. (2009). Um pouco de historiografia: A representação do passado colonial brasileiro a partir da Independência, *Anais de História de Além -Mar,* 10*,* 249-275.

Lobo, S. (2016). O sujeito e o colonizador na Goa dos séculos XIX e XX. In A. B. Xavier , & C. N. da Silva (Orgs.). *O governo dos outros: poder e diferença no império po*rtuguês. (pp. 293-322). Imprensa de Ciências Sociais.

Lynch, C. E. C. (2007). O conceito de liberalismo no Brasil (1750-1850). *Araucária, Revista Iberoamericana de Filosofia Política y Humanidades*, 17, 212-234.

Marcílio, M. L. (1984). The population of colonial Brazil , In Leslie Bethell (Ed.), *The Cambridge History of Latin America.* (pp. 37-64). Cambridge University Press.

Marques, J. P. (1999). *Os sons do silêncio: o Portugal de oitocentos e a abolição do tráfico de escravos.* Instituto de Ciências Sociais.

Moreira, V. M. L. (2010). De índio a guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império Vila de Itaguaí, 1822-1836, *Topoi*, 11(21), 127-142.

Moreira, V., & Domingues, J. (2020). *No bicentenário da revolução liberal: Da revolução à constituição 1820-1822.* Porto Editora

Novais, J. R. (2016). A constituição nas comunidades políticas da era "pós-estatal". In A.A.V.V., *A prova do Tempo, 40 anos de Constituição (p. 31).* Assembleia da República.

Oliveira, M. I. C. de. (1988). *O liberto: seu mundo e os outros, Salvador, 1790-1890*. Corropio.

Perrone-Moisés, B. (1992) Índios livres e índios escravos, os princípios da legislação indigenista no período colonial (séculos XVI a XVIII). In M. C. da Cunha. *(Ed.), História dos índios no Brasil.* Companhia das Letras.

Pimenta, J. P. G. (2006). *Estado e nação no fim dos impérios ibéricos no Prata (1808-1828*). Hucitec.

Pinto, A. F. M. (2019). *Escritos de liberdade: Literatos negros, racismo e cidadania no Brasil oitocentista.* Editora da Unicamp.

Ramos, R. (2004). Para uma história da cidadania em Portugal. *Análise Social,* 172.

Reis, J. J. (2008). *Domingos Sodré, um sacerdote africano: Escravidão, liberdade e candomblé na Bahia do século XIX.* Companhia das Letras.

Rodrigues, F. (2020, 12 Outubro). Sessão Evocativa do Bicentenário da Revolução Liberal de 1820. *Notícias e informações.* https://cbr1820.com/noticias-info/

Seelaender, A. C. (2017). A longa sombra da casa: Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro,* 178(473), 327-424.

Silva, A. R. C. da. (2012). Apropriações do constitucionalismo na província de Minas Gerais (1820-1822) In Cecília Helena Salles de Oliveira, Márcia Berbel (Orgs.). *A experiência constitucional de Cádis - Espanha, Portugal e Brasil* (pp. 137-167). Alameda.

Silva, C. N. da. (2007). Liberdade e tolerância religiosa: Portugueses não católicos no Ultramar do século XIX, *Historia Constitucional, Revista Electrónica de Historia Constitucional,* 8, 39-66.

Silva, C. N. da. (2009).Conceitos oitocentistas de cidadania: Liberalismo e igualdade, *Análise Social*, (44)192, 533-563.

Silva, C. N. da. (2009). *Constitucionalismo e império: A cidadania no ultramar português.* Almedina.

Silva, C. N. da. (2010). Representação política e cidadania no império. In F. Catroga, & P. T. de Almeida (Coords.), *ResPublica: cidadania e representação política em Portugal, 1820-1926,* (pp. 90-111). Assembleia da República-Biblioteca Nacional de Portugal.

Silva, C. N. da. (2013).Estatutos incertos: Ser português e ser cidadão em territórios americanos e africanos do Império português, sécs. XIX-XX, In R. Guedes (Org.), *Portugueses e Brasileiros na África: tráfico de cativos, escravidão, hierarquias e direito (séculos XV-XIX).*( pp. 229-259). Mauad Publicações.

Silva, C. N. da. (2014)Tolerância religiosa e direitos da religião católica no constitucionalismo espanhol e português, primeira metade do século XIX. *Mélanges de la Casa Velázquez*, 44(1), 65-88.

Silva, C. N. da. (2018). Indivíduos, direito(s) e comunidade(s) na Península Ibérica, século XIX", *Themis, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, 333-370.

Silva, C. N. da. (2020). Empire, federalism, nation(s) and homeland(s) in the first portuguese constitutionalism (1821-1822), *Journal of constitutional history*, 40(2), 57-82.

SILVA, I. C.; ROQUE, R.; SILVA, C. N. (2020) 1820-2020, *Liberdades e direitos para quem? Uma conversa sobre os 200 anos da Revolução Liberal em Portugal e no seu antigo Império*, Episódio 2 do Podcast GI Impérios (ICS-Lisboa), 17 de Novembro de 2020( https://anchor.fm/imperios).

Silva, L. G. da, & Souza, P. de L. (2017) Sem a nota de libertos: mudanças nas petições de afrodescendentes livres da América portuguesa ao longo do século XVIII. *Tailler de la Historia*, 9, 28-56.

Slemian, A. (2004). *Vida política em tempo de crise: Rio de Janeiro (1808-1824).* Hucitec.

Sposito, F. (2011). Liberdade para os índios no Império do Brasil: A revogação das guerras justas em 1831, *Almanack, revista electrónica*, 1. https://www.scielo.br/pdf/alm/n1/2236-4633-alm-01-00052.pdf

Stumpf, R. (2010) *Filhos das Minas, americanos e portugueses: Identidades coletivas na capitania de Minas Gerais (1763-1792)*. Hucitec/Fapesp.

Xavier. A. B. (2015). Natural, ou nom natural de nossos reinos: Inclusão e exclusão, mobilidade e trabalho no Portugal da época moderna. In D. Martín Marcos, J. M. Inarrutegui, & P. Cardim (Eds.). *Repensar a identidade: o mundo Ibérico nas margens da crise europeia* (pp. 19-48). Cham.

Data de Recebimento: 11/12/2020

Data de Aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# L'ipotesi Tocqueville

## Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico'.

*The Tocqueville Hypothesis*

*Rereading Luigi Einaudi and Hans Kelsen at the time of the lockdown, or 'Democratic Despotism'.*

*A hipótese Tocqueville*

*Relendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen nos tempos do lockdown, ou do 'Despotismo Democrático'*

**Paolo Cappellini**[1]

1 Professor na Università degli Studi di Firenze

## RESUMO

O presente ensaio reflete, a partir do debate na Assembleia Constituinte italiana (1946-1948) e da análise acerca da declaração do estado de exceção realizada pela doutrina constitucional italiana do segundo novecentos, sobre o tema da limitação dos direitos constitucionais invioláveis na gestão governamental da crise covid-19. Partindo dessa questão expande o olhar para observar as origens sistêmicas dos procedimentos de tipo fundamentalmente administrativo postos em funcionamento. Recuperando uma declinação da democracia "sem liberdade", preconizada por autores como Tocqueville e Einaudi, como possível resultado de uma democracia que perca a sua ligação com o rule of law, analisa-se o possível desenvolvimento de democracias de molde ocidental na direção de modelos de Security State, não mais fundados no combate ao terrorismo, mas no risco sanitário como horizonte absorvente.

**Palavras-chave:** Epidemia. Estado de Emergência e de Exceção. Biopoder, Estado de Direito e Estado de Segurança Sanitário.

## ABSTRACT

This essay reflects, starting from the debate in the Italian Constituent Assembly (1946-1948) and from the analysis of the 20th century Italian constitutional doctrine on the state of exception, on the limitation of inviolable constitutional rights during the covid-19 crisis' governmental management. Based on this issue, the study expands to observe the systemic origins of the essentialy administrative procedures put into operation. Recalling a declination of democracy 'without freedom', advocated by authors such as Tocqueville and Einaudi as a possible outcome of a democracy that loses its connection to the rule of law, it analyzes the possible development of Western style Democracies towards Security State models, no longer based on the fight against terrorism, but on sanitary risk as an absorbing horizon.

**Keywords:** Epidemics. State of Emergency and State of Exception. Biopower, Rule of Law and Sanitary Security State.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78742

In questo anno tragico e luttuoso (doppiamente per chi scrive), anno di chiusure e azzeramento dei rapporti degli uomini tra loro, faccia a faccia – e chi anche solo per sentito dire conosce l'importanza dell'incontro del 'Volto' per la fenomenologia di Levinas, capisce cosa si intende [2] – , verrebbe quasi naturale abbandonarsi all'apparente sconfortante attualità di riflessioni come quelle che troviamo in fondo al taccuino di appunti di Marguerite Yourcenar, preparatorio per le celebri *Memorie di Adriano*:

> "I nostri rapporti con gli altri non hanno che una durata; quando si è ottenuta la soddisfazione, si è appresa la lezione, reso il servigio, compiuta l'opera, cessano;quel che ero capace di dire è stato detto; quello che potevo apprendere è stato appreso. Occupiamoci ora di altri lavori".[3]

A questa saggezza di sapore hobbesiano – e, del resto, in filigrana , di virus e Leviatano dovrà essere il discorso[4] – si può però opporre l'epilogo di un libro, certo tutt'altro che conciliante, viste le premesse, di un autore a noi temporalmente più vicino, anche se geograficamente un po' più distante, più 'nordico', eppure meno freddo:

> " Le persone che ci stanno intorno, nel corso della vita sono innumerevoli. Molte le notiamo appena per dimenticarle subito dopo. Con altre un contatto visivo porta ad un qualche genere di coinvolgimento emotivo. E con alcune di loro parliamo. Poi ci sono la famiglia, gli amici, la gente che si frequenta .Tutte le persone care. Alcune si perdono di vista, l'affetto si intiepidisce, le delusioni portano all'interruzione dei rapporti, qualche volta gli amici diventano nemici.
>
> Ma per la maggior parte sono solo persone con le quali ci si ritrova a vivere per pura coincidenza. Milioni di esserti umani che fanno una breve visita sulla Terra contemporaneamente a noi…..Non c'è niente che faccia paura in tutte queste persone che mi circondano e mi hanno circondato nel corso della vita. Scatenano in me una curiosità di scoprire chi erano in realtà. Quanti di loro avrei voluto conoscere! Come la donna nel duomo di Santo Stefano, i ballerini di tango a Buenos Aires o la ragazza che aveva ritrovato i suoi genitori nel punto di raccolta in Mozambico. E il boscaiolo e il commerciante da lui ucciso sessant'anni fa nel Norrland.
>
> Tutti questi sconosciuti sono con me . Per brevi attimi hanno fatto parte della mia vita. Con tutti loro divido quella che è stata la mia esistenza. La nostra vera famiglia è infinita. Anche se neppure sappiamo chi abbiamo incontrato per un attimo di una brevità vertiginosa".[5]

Capita a volte di trovare , leggendo, venirci incontro, descritta con lo stile, la precisione e capacità di penetrazione adeguate, una sensazione più volte oscuramente provata . Questo era uno di quei casi.

E , tra quelle persone, con le quali Hennig Mankell ci ricorda che anche " parliamo", in questi mesi di isolamento, senza dubbio ce n'erano alcune, contemporanei per pochi anni e mai fisicamente incontrate, in cui abbiamo però potuto (anche qui per coincidenza; e certo traen-

2 Cfr. almeno Massimo Durante, *Il Diritto di Giudicare la Storia il Terzo e l'Imperdonabile*, in *Responsabilità di fronte alla storia. La filosofia di Emmanuel Levinas tra alterità e terzietà*, a cura di Massimo Durante, Genova, il Melangolo, 2008, 177-198, 195.

3 Marguerite Yourcenar, *Memorie di Adriano* (1951),Torino, Einaudi, 1984, p.301.

4 Aldo Maria Valli, *Virus e Leviatano*, Macerata, Lilberilibri, 2020.

5 Henning Mankell, *Sabbie mobili. L'arte di sopravvivere*, Venezia, Marsilio Editori, 2015,pp.319-320.

doli, talora un po' impolverati, dai nostri scaffali) dopo molto tempo imbatterci , 'dialogare', per interrogarle sul nostro passato: e quindi anche sul nostro presente.

La domanda, che le vicende della gestione politico-giuridica dell'epidemia covid-19 riproponevano con forza, era quella posta impietosamente già nel 2003 da Colin Crouch nel suo libro, non per caso intitolato *Postdemocrazia*[6] .

E che risuona ancora , ancor più esplicitamente rafforzata dall'aggettivo prescelto, nel recente 'New York Times Bestseller' di Fareed Zakaria "*The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad"* [7].

La nostra democrazia è relativamente giovane, e per rispondere alla domanda, che sorge spontanea in chi , giurista e storico, abbia seppur cursoriamente riflettuto sul tema dello stato di emergenza o di eccezione[8], se vi sia realmente un *telos*, una 'freccia del tempo ', che la spinga verso l'approdo della democrazia 'illiberale', è sembrato naturale rivolgersi dapprima ad uno dei nostri Padri Costituenti, intellettuale liberale di spicco (e contemporaneamente , nella sua qualità originaria di illustre economista ed esperto di sistemi fiscali e tributari, liberista :sostenendo, contro Benedetto Croce, la necessaria compresenza dei due aspetti nel liberalismo politico), europeista *ante litteram* (l'ipotesi degli 'Stati uniti d'Europa' gli si era affacciata alla mente già nel 1897) , oppositore del fascismo, componente dell'Assemblea Costituente e poi secondo Presidente della Repubblica Italiana, eletto il 10 maggio del 1948.

Ci stiamo riferendo,com'è ovvio, a Luigi Einaudi ( 1874-1961). Ma prima di riprendere , in un dialogo 'immaginario' con la prospettiva kelseniana, scaturita dalla riflessione degli anni '20 del Novecento "sulla democrazia in difficoltà" , tra le Costituzioni di Weimar (1919) e la 'sua' Costituzione austriaca (1920)[9],un testo forse troppo poco ricordato, per non dire dimenticato, di Einaudi, ci sembra necessario ripercorrere per un momento , a sommi tratti, la vicenda relativa allo stato di assedio o di emergenza che si snoda prendendo le mosse dall'Assemblea Costituente italiana, e diventando poi oggetto dello sforzo interpretativo di alcuni dei maggiori costituzionalisti dello scorso secolo.

La redazione del progetto di Costituzione , ovviamente, non procedette dalla sede più ampia della stessa Assemblea; fu allo scopo istituita una Commissione per la Costituzione, detta anche "Commissione dei 75 " dal numero dei componenti che , a sua volta, si suddivise in tre Sottocommissioni come organi tecnici, ed in altri organi interni, tra i quali di tutto rilievo il "Comitato di redazione", che in una certa fase tese a diventare "anche una sede di elaborazione di modifiche al *Progetto di Costituzione*, del quale pure era stato l'estensore [10].

6 Colin Crouch, *Postdemocrazia*, Roma-Bari. Laterza Editore, 2003.

7 Fareed Zakaria, *The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad ,Wiht a new afterword,* New York London, W.W.Norton & Company, 2007.

8 Paolo Cappellini, *Pensare l'eccezione*, in A. Smorti (a cura di), *L'eccezione e la regola . Opposizioni, convergenze, paradossi, F*irenze, S.E.I.D. Editori, 2014, pp. 237-254; Paolo Cappellini, A.Cardone, *Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem*, in AA.VV., Scritti in onore di Gaetano Silvestri, I,Torino, Giappichelli, 2016, pp.399-411; Paolo Cappellini, *La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale'*, GLOSSAE, vol. 10, 2013 pp. 137-159; Paolo Cappellini, *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'"Inverted Totalitarianism",* in M.Meccarelli, P.Palchetti,C.Sotis*, Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo, Macerata, Eum edizioni, 2011, pp. 41-101.*

9 Hans Kelsen, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà* (1920-1925), a cura di M.A.Losano, Torino, Nino Aragno Editore, 2018.

10 Cfr.. Sergio Bova, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"*, in *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, a cura di E.Cheli, Bologna, Il Mulino, 1979, pp.305- 347. 340.

Quindi "per la maggior parte dei titoli e sezioni del testo costituzionale si aveva: a) una fase di raccolta degli elaborati precedenti; b) la predisposizione di un testo provvisorio (" testo predisposto dal Comitato di redazione"); c) la raccolta e l'esame degli emendamenti, controdeduzioni , etc.; d) l'allestimento di un "testo coordinato dal Comitato di redazione", cioè approvato dall'intero Comitato. Peraltro di alcune norme venivano rinviati sia il coordinamento che la collocazione. Parte di esse si ritroveranno poi al termine dei lavori del Comitato nel coordinamento generale cui la Commissione aveva delegato il Comitato il 1 febbraio 1947 , altre non avranno invece seguito.

Tra queste ultime - un altro caso interessante che non possiamo riprendere in questa sede è quello della libertà intesa come fondamento di responsabilità - ricade proprio la norma che ci interessa, ovvero quella relativa allo stato d'assedio. Essa era stata proposta in un articolo specifico dal Comitato speciale della Seconda Sottocommissione poi ripreso, e approvato, seppure con il voto contrario proprio di Costantino Mortati[11], dalla Seconda Sottocommissione, (quest'ultima che vedeva relatori del calibro di Mortati, Perassi e Paolo Rossi per il potere legislativo; Bozzi, La Rocca e Tosato per il potere esecutivo; Calamandrei, Leone e Patricolo sul potere giudiziario e le guarentigie costituzionali), ma il Comitato in un primo tempo aveva rinviato "il coordinamento e la collocazione" di tale articolo:

*" art… E' vietata la dichiarazione dello stato d'assedio ed è altresì vietata ogni altra misura di sospensione totale o parziale delle garanzie regolate dalla presente Costituzione"*[12].

Assai verosimilmente questa posizione di radicale divieto poteva trovare la sua ispirazione – oltre che in una diffidenza che permarrà in molte ricostruzioni successive rispetto al riferimento alla necessità come fonte del diritto – nel richiamo alla prassi degli abusi anche gravissimi commessi, sempre in funzione antidemocratica, con gli stati d'assedio del periodo statutario, come ricordò ad esempio Togliatti in Prima Sottocommissione, su questo in pieno accordo con il liberale Lucifero e il democristiano Rossetti, ma forse soprattutto con il ricordo dell'esito infausto per la democrazia weimariana dell'uso del celebre art. 48 di quella Costituzione da parte del Presidente Hindenburg.[13]

Fatto sta che "l'articolo divenne l'art. 74 della prima bozza a stampa del *Testo approvato dalla Commissione*" (poi nella seconda bozza a motivo di spostamenti e numerazione art. 91, e nella terza art. 93) in questa versione leggermente diversa :

"*art. 74. Non può essere dichiarato lo stato d'assedio o adottata ogni altra misura di sospensione delle garanzie regolate dalla Costituzione*".

Infine nella quarta, quasi misteriosamente, "fu eliminato senza alcun commento od osservazione"[14].

11 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, p.

12 Sergio Bova, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"*,cit., p.329.

13 ? Carl Schmitt, *La Dittatura del Presidente del Reich secondo l'art.48 della Costituzione di Weimar* (1924), in Carl Schmitt, *La Dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo, Roma, Edizione del Settimo Sigillo, 2006, pp.249 ss. Vedi anche Christoph Gusy, Die Änderung der Weimarer Verfassung, in ZNR, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 18.Jahrgang 1996 Nr.1/ 2, pp.44-65; *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren.* Hrsg. von Christoph Müller und Ilse Staff, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985; Costantino Mortati, *La Costituzione di Weimar.* Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti, Milano, Giuffrè, 2019; Giovanni Bisogni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

14 Sergio Bova, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"*,cit., p.330.

Tuttavia, con una parabola simile a quanto accadde in relazione all'articolo che prevedeva espressamente il 'diritto di resistenza' (la 'resistenza all'oppressione' di rivoluzionaria memoria)[15], anch'esso poi cancellato, ma reputato da alcuni ciò nonostante desumibile dal sistema[16], la migliore dottrina costituzionalistica italiana di quel monito, scaturente da una Costituzione che si voleva per di più rigida, si fece implicitamente od esplicitamente carico, sia che negasse in via di principio la sussistenza dei poteri di eccezione o di emergenza, sia che, pur ammettendoli, tendesse a limitarli il più possibile, reintegrando il prima possibile l'ordine violato.

Ragioni dello Stato e ragioni della Persona, tensione fra l'idea di concentrazione del potere di decisione e quella di un suo necessario esercizio democratico, tra libertà e sicurezza, si confrontano su di un crinale sottile ed estremamente rischioso, soprattutto per la dimensione personalistica e garantistica[17], cosicché non stupisce che, per esempio, Paolo Barile , caposcuola dei costituzionalisti fiorentini, allievo di Calamandrei, partigiano combattente e 'Partigiano della Costituzione'[18], arrivasse , quasi a coronamento della sua riflessione sulle libertà fondamentali, "a ritenere inammissibili deroghe o sospensioni della Costituzione, se non mediante legge costituzionale"[19].

Ma anche Giuseppe Ugo Rescigno aveva avuto modo di sottoporre a riesame la pretesa di trovare il fondamento di provvedimenti emergenziali sospensivi delle garanzie costituzionali nella necessità come fonte del diritto, "negando ad essa diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento, sia che la si faccia derivare dall'obbligo per le autorità di soddisfare i bisogni pubblici loro commessi che la necessità rende attuale, sia che la si consideri quale fonte sulla produzione, agendo per sua intrinseca forza (ma che poi, appunto perché riferita ad eventi imprevedibili, condurrebbe alla violazione di se stessa)", arrivando sino al punto di sostenere "che nell'attuale costituzione rigida non sia possibile riconoscere un generale ed illimitato potere di deroga solo che la necessità lo richieda, dovendosi altrimenti giungere alla conclusione che non la costituzione ma la necessità sia la fonte suprema."[20].

Tesi che, non potendosi poi negare " la insopprimibilità di circostanze straordinarie cui non possa farsi fronte con misure legali", porta direttamente, appunto, sul terreno del diritto di

15 Cfr. *Classici del Liberalismo e del Socialismo. Le Carte dei Diritti*, a cura di F.Battaglia, Firenze, Sansoni Editore, 1934, pp-118-119 e 127-131 (*Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino, 1789*, art.2; *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo adottata dalla Convenzione Nazionale il 29 maggio 1793*, art.1 e art. 29 : "In ogni governo libero, gli uomini devono avere un mezzo legale per resistere all'oppressione., e , quando questo mezzo è impotente, l'insurrezione è il più santo dei doveri")

16 Teresa Serra, *Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno,Roma, 14 dicembre 2015*, a cura di Fulco Lanchester, Milano, Wolters Kluver, Cedam, 2017, pp.141-156, che ricorda come Mortati, pur consapevole del carattere suo 'carattere metagiuridico ', avesse proposto in Costituente un famoso emendamento del seguente tenore: "E' diritto e dovere dei cittadini, singoli e associati, la resistenza che si rende necessaria a reprimere la violazione dei diritti individuali e delle libertà democratiche da parte della pubblica autorità". Poi ripreso nel altrettanto celebre articolo 50 del Progetto di Costituzione, mai approvato, che stabiliva che "Quando i poteri pubblici violano le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione, la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino". Nel prosieguo della discussione (seduta del 5 dicembre del 1946) Mortati poi ritenne sufficiente il sistema di garanzie positive introdotto in Costituzione e volto a tutelare i diritti dei cittadini di fronte agli abusi dei supremi organi della Repubblica. Tuttavia negli anni Settanta, mutando avviso rispetto alla 'tenuta' di quelle garanzie positive, nel commentare l'art.1 della Costituzione Mortati ritenne "che il diritto di resistenza si sarebbe potuto desumere dalla lettura combinata degli artt.1 e 3, secondo comma, della Costituzione" (p. 145), intendendolo come un diritto a fini di conservazione della costituzione.

17 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati, cit.*, pp.479-480.

18 Cfr. Marco Cannone, *Paolo Barile: il giurista delle libertà*, in *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie , 3/2020 (anno XI, fascicolo 139), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, Marco Cannone, Enzo Cheli, Stefano Grassi, Valdo Spini,pp. 23-104.

19 Paolo Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulini, 1984, pp.450-451; cfr. Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati, cit.*, p. 480.

20 Cfr. Giuseppe Ugo Rescigno, *Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza*, in *Novissimo Digesto Italiano*,XII, 1969, 98 ss. cit. secondo Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, Padova, Cedam, 1976, p.714.

resistenza, ovvero, di fronte all'ammissione "che deroghe al diritto scritto siano possibili, ma come eventi di fatto, esposti alla resistenza dei cittadini e alla non applicazione da parte dei giudici, e fonte di responsabilità a carico di chi le abbia effettuate, mentre una loro sanatoria si renderebbe possibile in virtù di un atto posteriore legittimo che, secondo diritto, sia autorizzato a legalizzare l'atto precedente illegale."[21].

Lo stesso Paladin, allievo di Vezio Crisafulli, e quindi proveniente da una impostazione di pensiero costituzionale attenta ai profili democratici della riflessione giuridica[22], nella prospettiva di assegnare al Parlamento un ruolo centrale nell'adozione di tali provvedimenti, dopo avere anche per parte sua negato la natura di fonte alla necessità, sostenne la tesi "che alle esigenze straordinarie si possa provvedere sulla base dell'art. 78, che dovrebbe considerarsi applicabile anche senza la dichiarazione di guerra ("Le Camere deliberano lo stato di guerra e conferiscono al Governo i poteri necessari")[23]: quindi, in via analogica (stato di emergenza esterno *versus* stato di emergenza interno), è il Parlamento che conferisce i poteri necessari al Governo mediante una (sua, non del governo) dichiarazione sullo stato di emergenza.

Un'altra acuta tesi, sempre proveniente dalle fila di coloro che sono portati a negare, per motivi logici o garantistici, il riferimento alla necessità, fu avanzata da un costituzionalista di particolare originalità, allievo di Santi Romano ed esponente di un positivismo 'critico' assai *sui generis*, Carlo Esposito[24].

Egli prendeva le mosse dal presupposto che " la necessità, nella sua indeterminatezza, non possa fungere da fonte di competenze giuridiche specifiche e determinate"; quindi, trovandosi di fronte "all'esigenza di rinvenire nel sistema uno strumento idoneo a giustificare gli interventi eccezionali che esigano un superamento dei limiti costituzionali", ritiene di poter partire allora dall'analisi testuale dell'art. 77, ovvero dalla norma costituzionale che prevede tra l'altro la possibilità di emanazione dei decreti-legge :

"art. 77 . - Il Governo non può, senza delegazione delle Camere, emanare decreti che abbiano valore di legge ordinaria."

Quando, in casi straordinari di necessità e d'urgenza, il Governo adotta, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge , deve il giorno stesso presentarli per la conversione alle Camere che, anche se sciolte, sono appositamente convocate e si riuniscono entro cinque giorni. I decreti perdono efficacia si dall'inizio, se non sono convertiti in legge entro sessanta giorni dalla loro pubblicazione.

Le Camere possono tuttavia regolare con legge i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti."

La tesi di Esposito è invero sottile : egli "desume, dal confronto fra il 1° comma dell'art. 77 (che fa riferimento agli atti normativi del governo i quali assumono «valore» di legge «ordinaria») e il 2° (che invece riguarda i provvedimenti con «forza» di legge) elementi sufficienti a far ritenere che con quest'ultima formula si sia inteso attribuire la forza della legge in gene-

21 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* cit., pp.714-715.

22 Vezio Crisafulli. *Politica e Costituzione. Scritti "militanti" (1944-1955)*, a cura di Sergio Bartole e Roberto Bin, Milano , Franco Angeli, 2018.

23 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,* cit., p.716.

24 Cfr. almeno Carlo Esposito, *La Costituzione Italiana. Saggi*, Padova, CEDAM, 1954

rale, compresa quindi anche di quelle costituzionali. A questa soluzione non farebbe ostacolo il fatto che si affidi ad una legge ordinaria la conversione di provvedimenti di sospensione della costituzione, perché la legge di conversione è legge speciale, che si collega alla natura del provvedimento da convertire".

Potrebbero allora darsi decreti-legge (ma solo essi da parte del Governo) sospensivi di norme costituzionali, ma anche qui il Parlamento dovrebbe giocare un ruolo centrale ed essere chiamato subito ad intervenire.

Tra l'altro, si potrebbe aggiungere, in parentesi, se ci fosse consentito un intervento integratore *ex post* della tesi, sulla base dell'analogia 'comparatistica' con l'art.19 del *Grundgesetz* tedesco (che per verità affida alla sola legge, o ad atti sul fondamento di una legge, "generale e non valevole solo per il singolo caso", la possibilità di limitare i diritti fondamentali ), che tale atto del governo, tale decreto-legge dovesse concernere "il diritto fondamentale limitato sulla base dell'indicazione specifica dell'articolo della Costituzione in cui è contenuto" e , soprattutto, che "in nessun caso si possa toccare, intaccare un diritto fondamentale nel suo contenuto essenziale (*in seinem Wesengehalt*)" [25].

Del resto è allo stesso Carlo Esposito – probabilmente ispiratosi alle vicende che videro Vittorio Emanuele III prima "con un vero e proprio *coup de Majesté* d'antico regime il 25 luglio del '43, e Umberto di Savoia poi come Luogotenente, agire per tentare di assicurare la continuità dello stato, sottraendo l'Italia dalla guida fascista della crisi bellica – che risale anche la teoria – di cui purtroppo in questo anno critico e tragico nessuno pare essersi ricordato – "del Capo dello Stato come reggitore dello Stato nei momenti di crisi sistemica": come – verrebbe anche fatto di dire – 'custode' della Costituzione[26]

Secondo Esposito infatti "è in queste situazioni che il sovrano [oggi il Presidente della Repubblica] avrebbe dovuto assumere su di sé il ruolo di salvatore della patria per scongiurare la disgregazione dello Stato"[27].

Questo filone giunge, si potrebbe dire, fino alle odierne, non numerosissime peraltro, prese di posizione critiche rispetto agli strumenti invece prescelti in Italia dal governo per l'indizione dello stato d'emergenza a seguito dell'epidemia covid-19 e per la sua gestione[28].

Ma prima di accennare qualcosa su questo punto resta da esaminare una singolare ed importante proposta, sebbene isolata – qualche affinità in taluni passaggi con alcuni punti individuati da Rescigno ed Esposito per vero emerge, ma subito stornata verso una posizione assolutamente originale – ; quella di Costantino Mortati. Un Mortati 'sostanzialista', come ci verrebbe fatto di definirlo, che, al contrario degli autori precedentemente visti, era convinto del richiamo della necessità come 'fonte' e che sempre connotò le sue affermazioni dottrinali con una attenzione insistita e capillare ai profili sostanziali del diritto.

Come detto, in Costituente quando la Seconda Sottocommissione (I Sez.) nella seduta dell'11 gennaio 1947 provvide ad approvare l'articolo nella sua prima versione, contenente

25 Cfr.Jarass/Pieroth, *GG. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*.14.Auflage, München, C.H.Beck, 2016, art 19 , p.480 ss.

26 Carl Schmitt, *Il custode della costituzione* (1931), a cura di Antonio Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981.

27 Carlo Esposito, *Capo dello Stato*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p.224 e sul punto il bel saggio di Antonio Mastropaolo, *2 Giugno 1946. Referendum o plebiscito?*, in *Costituzionalismo.it*, *Fascicolo n.2/2016- Saggi e articoli – Parte I*, pp.103-138, 117 e nota 10.

28 Si veda ad esempio *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi , domande*, a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli, Macerata, eum, 2020.

un espresso divieto di dichiarazione di stato d'assedio e di sospensione delle garanzie costituzionali – restando aperta poi solo, come precisò in quella stessa sede il Presidente Terracini, la questione della collocazione – , Mortati, che era invece favorevole ad una regolamentazione espressa, proprio a scopo limitativo e garantistico di un potere il cui uso in circostanze eccezionali gli sembrava non potersi escludere, e la cui disciplina avrebbe dovuto autorizzarlo "in quei limiti e con quelle garanzie che pur avendo un valore relativo, costituiscono sempre una remora ad un eventuale abuso", votò contro, palesando la sua "assoluta contrarietà… all'introduzione in Costituzione di un espresso divieto"[29]. Divieto (che poi si tramutò in silenzio, che potremmo a giusto titolo comunque definire 'ostile') che poiché , come nota con acuta partecipazione Lorenza Carlassare, "nella coscienza comune era troppo vivo il senso del pericolo implicito nell'attribuzione ad organi dello Stato del potere di sospendere la Costituzione e le sue garanzie."[30].

Mortati tentò allora, facendo emergere la sua radicata motivazione democratico-garantistica, seppur in contro tendenza rispetto agli altri; di trovare un ulteriore argine, ovvero propose , a quel punto, vista l'approvazione profilatasi, un emendamento aggiuntivo che prevedesse almeno una eccezione a quel divieto nel "caso di movimenti insurrezionali diretti a stabilire la dittatura": anche questa sua proposta però non fu accolta.[31].

Mortati, che era favorevole ad una regolazione espressa in Costituzione dello stato d'emergenza, proprio perché consapevole che i fatti non possono mai essere del tutto imbrigliati nelle norme, e che quindi non ci fossero vie definitive atte "ad eliminare l'esigenza di invocare la necessità come fonte (*autonoma*), perché non sono mai interamente prevedibili i casi e i modi del suo verificarsi"[32], continuò per tutta la vita a confrontarsi ed interrogarsi sul tema, in vista di una scelta – che tale doveva essere, visto il silenzio finale della Costituzione – , ma di una scelta la più rispettosa possibile dei principi di fondo dell'ordinamento costituzionale.

E certamente non scelse una via pervia o facile – come quella che sembra, come diremo fra breve, acquietare molta dottrina odierna, avvinta ad una *lectio facilior* dell'art.77, ben lontana anche dal tentativo di ricostruzione di Esposito – soprattutto perché, anche questa volta solitario e sconfitto, Mortati in Costituente fu un fiero avversario (per una sorta di armonia nascosta) dell'introduzione in Costituzione di una regolamentazione espressa dei decreti-legge.

Una contrarietà legata al fatto che, salvo rari casi attestabili nella storia parlamentare, essi sono solo "un pretesto che il Governo – e per esso la burocrazia – usa per decretare a sua volontà"; un abuso continuato contro cui bisognerebbe reagire " vietando al Governo l'emissione autonoma di qualsiasi provvedimento di urgenza", tanto più che tali decreti 'urgenti' sono quasi sempre "gabellati per tali dai direttori generali che li improvvisano all'ultimo momento, concorrendo a formare quella legislazione tumultuaria, caotica e contraddittoria di cui tutti i cittadini sono vittime". Non solo è pericolosa per il principio democratico la tentazione che ingenerano nel Governo di abusarne, ma anche e soprattutto perché essi creano un contesto che "eccita la condiscendenza del Parlamento, il quale tende a scaricarsi dei compiti di sua spettanza", e quindi portano "inevitabilmente all'invadenza dell'esecutivo", ovverosia alla "invadenza

29 Lorenza Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati, cit.,.*, p. 481, con opportuno riferimento anche all'articolo di B. Cerchi , *Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea Costituente*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, pp. 1108 ss.

30 Lorenza Carlassare , ibidem.

31 Lorenza Carlassare , *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati,* loc. ult. cit.

32 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,*Padova,Cedam, 1962, p.654.

della burocrazia nella formazione della legge" . Anche l'argomentazione portata da Mortati sulla modalità stessa dell'eliminazione riveste un'importanza significativa , che va forse al di là del caso specifico (ed è utilizzabile in prospettiva, specie nella prospettiva della sospensione dei diritti costituzionalmente garantiti); per essa sarebbe sufficiente il silenzio, poiché in una Costituzione rigida, che applica il principio della separazione dei poteri, "non c'è dubbio che il silenzio significa divieto"[33].

Non è questa la sede per sottolineare come i rilievi mortatiani in tema di decreto-legge fossero pertinenti e siano stati confermati dalla prassi successiva: quello che importa invece rimarcare, in vista dell'esatto intendimento della posizione che Mortati assume in tema di stato di emergenza, è che in nessun caso essa può essere letta puramente e semplicemente come una invocazione dello strumento decreto-legge, così come poi regolato nell'art. 77 della Costituzione.

Infatti , in una riflessione articolata , ma sostanzialmente coerente,che si snoda lungo tutto il percorso delle varie edizioni del suo manuale di Istituzioni di diritto pubblico, Mortati mette in luce i punti seguenti:

a) Non potersi ricorrere, con riferimento allo 'stato d'assedio', allo 'stato di emergenza 'o "stato di pericolo pubblico" (guerra civile od altre evenienze di pericolo generale interno, secondo la dizione dell'art.214 della legge p.s. del 18 giugno 1931, n. 773 ovviamente previgente alla costituzione) all'art. 78 della Costituzione riguardante lo stato di guerra, perché " si verrebbe per tale via a costituzionalizzare l'ipotesi straordinaria delle sospensioni di parti più o meno ampie dell'ordine costituzionale, attraverso uno strumento del tutto anomalo quale risulta essere quello della interpretazione estensiva di una norma eccezionale e per di più specificatamente indirizzata a consentire l'esercizio del potere presidenziale di cui a 9° comma dell'art.87"[34].

b) Che in merito a "restrizioni eccezionali della libertà dei cittadini", 'ora', cioè sotto la vigenza della nuova costituzione democratica, "provvedimenti del genere, nel caso di turbamento dell'ordine pubblico, potrebbero ora essere presi dal governo solo con la forma e con le modalità del decreto legge. Ammettere con questa portata il ricorso al decreto legge, che ha forza di legge ordinaria, per derogare a norme di carattere costituzionale, solleva il problema della fonte di validità di tale tipo di ordinanza di urgenza, essendo chiaro che essa non possa ritrovarsi nell'art.77."

c) L'organo ordinario competente in ultima istanza sarebbe allora solo l'organo di revisione costituzionale (ex art.138 Cost.), "Infatti solo l'organo di revisione costituzionale dovrebbe ritenersi idoneo ad operare la conversione di disposizioni che , sia pure in via transitoria, abbiano operato una modifica della costituzione".

d) Tuttavia questo percorso non può essere seguito nelle sua 'purezza formale ' per ragioni pratiche legate alla tempestività degli interventi, anche del Parlamento: " Ma la procedura di revisione è tale da richiedere per il suo svolgimento un tempo di gran lunga maggiore di quello imposto per la conversione dall'art.77."

e) A questo punto entra in gioco la necessità, che consente la sostituzione di un organo 'straordinario' a quello ordinario. " Deve pertanto ritenersi che le "sospensioni della costituzione"

33 Si tratta degli interventi in Seconda Sottocommissione (I Sez.) del 21 settembre del 1946 opportunamente richiamati da Lorenza Carlassare , *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati,* cit., p. 484.

34 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p. 713.

di cui si parla trovino la loro giustificazione giuridica nella necessità, operante quale fonte, nel senso di consentire la sostituzione di un organo straordinario (il governo) a quello ordinario (l'organo di revisione), quando quest'ultimo non possa tempestivamente intervenire per provvedere a esigenze connesse alla vita dell'istituzione e come tali improrogabili"[35].

Se queste sono le premesse del discorso, è chiaro che esso si muove tra due fuochi: da un lato il richiamo dirimente alla necessità come fonte, che rende palese come le 'sospensioni della costituzione' non possano *tout court* farsi risalire ad interpretazioni (letterali, estensive, integrative) del testo costituzionale richiamato, nella fattispecie, in un articolo specifico, ovvero il 77: resta quindi chiaramente non presa in nessuna considerazione l'ipotesi, pur poi sostenuta in dottrina[36] , che, "malgrado il silenzio" costituzionale, il decreto-legge "sia in grado appunto , quando la necessità lo esiga, di sospendere la Costituzione"[37].

L'altro fuoco è relativo alla riflessione sul ruolo del governo.

Tale riflessione lo mette certo al centro, ma intanto senza mai 'staccarlo' da quello del Parlamento e dello stesso Presidente della Repubblica, ed inoltre con la finalità di circoscriverne i poteri a ben precise linee di condotta.

Insomma Mortati una volta scartata dall'Assemblea Costituente la sua proposta di regolamentazione esplicita dello stato di eccezione ("in quei limiti e con quelle garanzie che pur avendo un valore relativo, costituiranno sempre una remora ad un eventuale abuso")[38] – e che inoltre, come accennato, in assenza (da lui auspicata) di regolamentazione diretta dei decreti--legge, aveva aggiunto che, laddove, in *casi eccezionalissimi*, si rendesse impossibile una rapida convocazione del Parlamento, "non sarà grave né pericoloso lasciare che il Governo emani… i provvedimenti necessari, i quali verrebbero ad assumere una efficacia di fatto"; i quali peraltro, trattandosi allora di "violazioni della Costituzione", necessiterebbero di un intervento delle Camere finalizzato alla concessione di un '*bill* di indennità', per sanare la responsabilità assunta dal Governo[39]; insomma, dicevamo, Mortati provvede *ex post* ad individuare le linee di un nuovo istituto giuridico.

"in ogni caso rimane aperto il problema" della sussistenza dei poteri e del loro modo di esercizio allorquando le circostanze fossero tali da precludere il ricorso alla procedura richiamata: problema che non può altrimenti risolversi se non risalendo a una fonte di legittimazione *extra ordinem* qual è la 'necessità', operante di per sé e validamente operante nel sistema in quanto indirizzata al fine di assicurarne la conservazione. Rimane però da chiedere a chi competa valutare la sussistenza della situazione di emergenza e provvedere a dichiararla abilitando ai provvedimenti consequenziali. Che esso, finché possibile, debba essere il governo si deduce, oltre che dal carattere non intermittente della sua attività, dalla responsabilità che su esso grava del mantenimento delle condizione necessarie al vivere comune ed alla loro reintegrazione quando esse risultano compromesse".

La forma di esercizio dei poteri connessi deve tuttavia scegliersi avendo chiaro davanti agli occhi l'obbiettivo; non di 'normalizzare' progressivamente lo stato di eccezione sino a farne uno strumento permanente di governo, ma, tutt'al contrario, di 'neutralizzare' l'eccezione

35 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Ottava Edizione rielaborata e aggiornata,* Padova , Cedam, 1969, pp.639-640.

36 Alessandro Pace, *Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp.143 ss.

37 Lorenza Carlassare , *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati,* cit., p. 485.

38 Dichiarazione resa nella seduta dell' 11 gennaio 1947 sempre in Seconda Sottocommissione.

39 Lorenza Carlassare , *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati,* cit., p. 484.

alla luce di una sua gestione il più possibile vicina all'ordine costituzionale, questo sì 'normale': " Sorge pure il problema della forma di esercizio di tali poteri ed esso deve risolversi *nel senso di riconnettere* (fino a quando sia realizzabile) *la situazione eccezionale all'ordine costituito, nel senso non solo di discostarsene il meno possibile, ma di avviare alla sua reintegrazione*. Ora, sembra che lo strumento più idoneo a tali fini, sia il decreto-legge, *piuttosto che il decreto puro e semplice* (*emesso dal consiglio dei ministri* e non mai dal ministro dell'interno, come invece consentiva il cit. art. 214), poiché, se tutti e due associano nella deliberazione degli stati di emergenza la responsabilità del governo a quella del capo dello stato che la rende operante, *il primo, deferendo al parlamento il giudizio su quanto il governo ha operato in stato di necessità, giova meglio alla ricostituzione dell'ordine costituzionale.*".

Discostarsi dall'ordine costituito il meno possibile e avviare quanto prima alla sua reintegrazione; queste due parole d'ordine richiamano però una procedura altresì adeguata all'importanza delle 'violazioni costituzionali' (che seppur temporanei valgono per quella fase come 'modifiche' della costituzione): l'uso non già del decreto-legge ex art.77, che, ricordiamolo, ha rango di legge ordinaria e quindi non potrebbe sospendere la Costituzione e i diritti di libertà in essa previsti, ma di un atto diverso.

Un atto avente la *forma* di decreto-legge ma un significato ed un percorso del tutto suo proprio: " E' chiaro tuttavia che il ricorso alla *forma* del decreto legge *avrebbe nella specie funzione ed effetti diversi da quelli ad essa propri, perché servirebbe ad investire subito il parlamento dell'esame della sussistenza di dette esigenze, ma non già allo scopo di convertire in legge il decreto (per il che difetterebbe di competenza)*, *e tanto meno di prolungarne l'efficacia*, bensì solo quello di consentire *un giudizio politico sull'opportunità del provvedimento (da ritenere "illegale" ma "non antigiuridico"*, perché legittimato da una fonte che prevale sulla legge), nonché di far valere, in caso di valutazione negativa, le responsabilità correlative, o, nel caso contrario, emanare una pronuncia di discarico, sul tipo del *bill* d'indennità. *Il non fare ricorso alla forma della legge giova a mettere in rilievo l'estraneità del procedimento rispetto a quello dell'art.77.* Una legge potrebbe essere emessa, ma *solo* per regolare gli effetti del provvedimento *nella parte che sarebbe stata consentita al legislatore ordinario*."[40]

La 'via stretta' dell'itinerario mortatiano, nel quale al realismo di fondo si accompagna però, come si sarà potuto notare, uno sforzo di costruzione dogmatico-formale tutt'altro che indulgente verso la responsabilità civile del giurista, si conclude tuttavia, utilizzando con originalità ed esplicitamente la distinzione/opposizione schmittiana tra legalità e legittimità, con una nota di quella che vorremmo chiamare una fiducia 'rassegnata' nella reale capacità della forma giuridica di ergersi ad argine rispetto agli abusi del potere, ma nella convinzione che allora spetti al popolo sovrano, nelle varie modalità pensabili, il compito di conservare l'ordine costituzionale democratico.

Infatti "a conclusione delle precedenti considerazioni si può affermare che il problema delle deroghe alla costituzione fuori dei casi in cui questa le consente si risolve distinguendo fra "legalità", intesa come stretta osservanza della legge scritta, e "legittimità", in corrispondenza alle esigenze da essa non previste, ma tuttavia così essenziali che ne condizionano la sopravvivenza. *Con più forte ragione che per i decreti-legge , occorre*: accertare l'effettiva sussistenza della necessità urgente di provvedere *contra constitutionem*, l'adeguatezza ad essa delle misure

40 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, pp. 713-714, corsivi nostri.

adottate; far valere o esonerare da responsabilità, *ma ciò non attraverso una procedura di conversione in legge ma con giudizi di congruità da parte delle due camere.*"[41]

Come accennato, però , Mortati è consapevole che la diversa costruzione dogmatica non basta da sola a vincere 'la tirannia della maggioranza', ovvero la saldatura ipotizzabile tra maggioranza di governo ed equivalente maggioranza parlamentare[42] :" E' superfluo poi osservare che *la diversità del procedimento di sanatoria non vale a preservare dal pericolo di arbitrio in occasione delle sospensioni effettuate di norme costituzionali, dato che rimane affidata sempre alla maggioranza su cui poggia il governo che ne è stato autore concedere la sanatoria stessa. Solo la resistenza dell'opposizione in seno al parlamento e quella popolare al di fuori possono farvi fronte anche dando vita a mutamenti dello schieramento delle forze politiche per giungere a contestare la sanatoria ed altresì a promuovere l'eventuale procedimento d'accusa*."[43].

E' superfluo altresì osservare – anche per una singolare recente trascuranza della propria storia che sembra 'in(af)fettare' un settore, quale quello costituzionalistico, che di storia vive[44] – che le pagine di Mortati (per tacere di quelle di un Barile) non sembrano, di nuovo (quasi un destino), aver giocato alcun ruolo nelle attuale fase dell'emergenza e della sua valutazione in ordine alla costituzionalità dei provvedimenti adottati per il contenimento; come li definisce un importante manuale istituzionale, collocandoli molto significativamente al termine del capitolo dedicato ai diritti di libertà: " L'eccezionale e provvisoria disciplina derivante dal contrasto alla pandemia Covid-19".[45].

Certamente l'itinerario scelto dal Governo italiano è stato fin dal principio tutt'altro. E altrettanto certamente la percezione della gravità della crisi – e il "serrare le fila" implicito nei messaggi della lotta comune all'emergenza – hanno favorito una certa indulgenza costituzionale (e costituzionalistica) nei confronti delle criticità emerse, specialmente ravvisate nella scelta del modello della 'catena normativa'.

E' vero che voci più che autorevoli si sono levate, dando la sensazione tuttavia di restare piuttosto isolate, e comunque inascoltate nelle sedi effettivamente 'competenti'. Così ad esempio

41 Ibidem, p.715, corsivi nostri.

42 Assai precocemente anche un liberale di vaglia come Nicola Matteucci , *Breve storia del costituzionalismo(1961). Introduzione di Carlo Galli*, Brescia , Morcelliana, 2010, notava come il principio della separazione dei poteri, nella sua forma classica, dovesse ritenersi ormai inadeguato a descrivere la realtà costituzionale delle democrazie post-belliche di massa: "Il principio della divisione dei poteri , nella versione di Montesquieu come in quella del Kant, sembra così assai poco aderente alla realtà dei nostri sistemi parlamentari; ed era certo più adeguato ad un sistema sociale in cui si davano due, o tre, poteri sociali , quello del Re, quello della nobiltà e quello del popolo, non al nostro , basato sul governo della maggioranza. Inoltre il governo della maggioranza può tollerare complesse procedure, quali il sistema bicamerale e le prerogative del Capo dello Stato; ma queste procedure non costituiscono né un limite , né una divisione del suo potere. Infatti il partito che avrà la maggioranza nelle elezioni, avrà anche la maggioranza in entrambe le Camere e , con tutta probabilità, il capo dello Stato uscirà dalle sue file. *Insomma c'è un solo potere , il potere politico della maggioranza che governa..*" (p.34). Da qui poi l'importanza di rivalutare pienamente , con Charles Howard MacIlwain, il principio fondamentale del costituzionalismo – nascente nel Medioevo , ma, appunto decisivo anche per il carattere (ancora necessariamente)liberale delle nostre democrazie – ovvero la limitazione del potere mediante il diritto , "la supremazia della legge" in quel senso intesa (*rule of law*). Sul tema vedi anche le belkle pagine di Antonio D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale. Quarta edizione*, Torino, Giappichelli Editore, 2018, cap.III *La Liberal-Democrazia*, pp. 47-75. Per l'esperienza brasiliana cfr.Eneida Desiree Salgano, *Constituição e Democratia. Tijolo por tijolo em um desehno (quase)lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*, Belo Horizonte, Ef Editora Fórum, 2007.

43 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p. 714, nota 1 corsivi nostri. Cfr. ancora Lorenza Carlassare , *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati,* cit., pp. 486-490.

44 Una significativa ricostruzione della vicenda storica a partire dalla Costituente offre invece Andrea Cardone, *Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione : una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia*, in *Osservatorio sulle fonti, fasc. speciale 2020.*, pp.313-350. Disponibile in : http://www.osservatoriosullefonti.it pur permanendo in questo testo, volto a criticare, sulla base di un radicale rifiuto del richiamo alla necessità come fonte, da un lato i tentativi di riproporre una regolazione esplicita dell'emergenza in costituzione, e , dall'altro, la via prescelta DL-DPCM, invece che l'utilizzazione delle ordinanze contingibili e urgenti, così come configurate nel Codice della protezione civile, la sottovalutazione della portata quantomeno euristica della posizione di un Mortati (o di quella di Barile).

45 Paolo Caretti ,Ugo De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico. Quarta edizione*, Torino, Giappichelli Editore,2020, pp.580-581.

il 28 aprile di quest'anno, però nel rendiconto su *L'attività della Corte costituzionale nel 2019* , l'allora Presidente della Consulta, Marta Cartabia, dando prova di una memoria storica almeno più affinata di molti suoi Colleghi, faceva rilevare che " La nostra Costituzione non contempla un diritto speciale per lo stato di emergenza sul modello dell'art. 48 della Costituzione di Weimar o dell'art. 16 della Costituzione francese, dell'art.116 della Costituzione spagnola o dell'art. 48 della Costituzione ungherese. Si tratta di una scelta consapevole. Nella Carta costituzionale non si rinvengono clausole di sospensione dei diritti fondamentali da attivarsi in tempi eccezionali, né di previsioni che in tempi di crisi consentano alterazioni nell'assetto dei poteri"[46].

E di alterazione nell'assetto dei poteri parla anche Sabino Cassese, tra i più profondi conoscitori del diritto amministrativo – e si avrà modo di tornare sul carattere amministrativo dei DPCM, determinante forse nella loro scelta come strumento principe – , a sua volta Giudice costituzionale emerito, quando sottolinea che "Bastava, invece di abusare dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri, ricorrere, almeno per quelli più importanti, a decreti presidenziali… abbiamo, quindi, assistito… a una sottrazione di un potere che sarebbe stato ben più autorevole, se esercitato con atti presidenziali. E' forse eccessivo parlare di usurpazione dei poteri, ma ci si è avvicinati"[47]

Ma nella maggior parte dei casi si è ritenuto "che le indubitabili tensioni a carico dell'impianto costituzionale non ne abbiano arrecato una lesione grave"[48], oppure ancora (pur se in apparenza costruendo una singolare gerarchia fra diritti inviolabili che privilegia quelli di stampo 'civico', ma su questo torneremo in conclusione), pur se si rilevi preliminarmente come si sia proceduto "anche con qualche errore" nei decreti-legge 'quadro' rispetto ai DPCM della Presidenza del Consiglio, che ci si sia trovati tutto sommato in presenza "di una disciplina non solo mutevole, a seconda dell'andamento della pandemia, ma temporanea *e che comunque non ha riguardato le libertà politiche, la libertà di manifestazione del pensiero e la libertà personale, strettamente intesa*[49]. Sembra, in altre parole, che si sia verificata una deroga temporanea e parziale del dettato costituzionale, ma solo allo scopo di contenere un pericoloso evento straordinario; la sua legittimità sembra pertanto affidata ad una valutazione sulla sua ragionevole proporzionalità rispetto all'emergenza che si è verificata"[50] .

46 Marta Cartabia, *L'attività della Corte costituzionale nel 2019 . Sintesi*, 28 aprile 2020, www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf, p.17

47 ? Paolo Armaroli, *Cassese:"La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi"*, in *il Dubbio*, 14 aprile 2020, ‹www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi/›

48 Così per esempio Giovanni Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, in *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi , domande*, cit., p. 31.

49 La formula ' sollievo, visto che almeno… (non ha toccato questi diritti)' .sembrerebbe introdurre una variante inopinata anche nell'ambito della discussione sul tema dei limiti alla revisione (e sospensione) costituzionale; un tema che ovviamente noin posiamo qui che solo accennare : cfr. Alessandro Pace, *I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo*, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno,Roma, 14 dicembre 2015*, cit., pp. 47-53.

50 Così Paolo Caretti ,Ugo De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico. Quarta edizione*,cit., pp.580-581.
A conclusioni ancora più positive giunge Massimo Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza,* in *Rivista AIC*, n.2, 2020, ma sulla base di una diversa valutazione (non solo rispetto ai Colleghi, ma diremmo anche rispetto alla procedura dichiarata dallo stesso Governo), sostenendo che i DPCM del Presidente del Consiglio dei Ministri trovino la loro fonte, oltre che nei decreti legge, nel Codice della protezione civile, che invece, secondo la ricostruzione di Caretti De Siervo (loc.ult.cit.), non è stato preso in considerazione (e non lo poteva) per la natura stessa della sua disciplina. " La stessa previsione nella legislazione sulla protezione civile di situazioni emergenziali (si prevede la possibilità di "ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente") appare riferita a vicende di minore entità *e comunque coinvolge solo organi , pur importanti e titolari di rilevanti poteri di ordinanza, privi di piena rappresentatività politica , e quindi inadeguati ad imporre comportamenti vincolanti l'intera collettività nazionale*, come invece indispensabile per gravi situazioni pandemiche." Di diverso avviso Andrea Cardone, nel testo cit sub nota 43.

Naturalmente talora, anche con acribia, si elencano i temi e momenti di frizione, come ad esempio sinteticamente sottolinea Di Cosimo: " Ciò non vuol dire che dal punto di vista costituzionale sia andato tutto liscio. Al contrario sono emerse rilevanti criticità per effetto dell'impostazione prescelta dal primo decreto legge del 23 febbraio 2020 che rinvia ad un altro strumento, il decreto del Presidente del Consiglio (dPCM). In questo modo il Governo mette in campo una catena normativa che lega il decreto legge al dPCM: il primo ha il compito di enunciare le misure di contenimento dell'epidemia, il secondo di applicarle in concreto.

Il modello della catena normativa deroga senza un chiaro motivo al preesistente modello per la gestione delle emergenze delineato dal codice per la protezione civile.[51]A parte ciò, l'aspetto più controverso di questa impostazione è che consente ad atti amministrativi, quali sono i dPCM, di limitare le libertà e i diritti. Vero è che la base legale di tali atti è costituita dal decreto legge, ossia da una fonte primaria. Ma ciò non basta a dissipare tutti i dubbi di legittimità ogni qual volta occorra rispettare riserve di legge previste dal testo costituzionale. Il problema nasce in particolare quando il decreto legge non circoscrive adeguatamente l'ambito di azione del dPCM, come nell'esempio dell'art. 2 del d.l.6/2020 che attribuisce potere all'atto amministrativo senza delimitarlo né formalmente né sostanzialmente"[52].

Sicché avremmo assistito – nonostante quanto sembrasse evidente *olim* ('un tempo') anche in relazione alle ordinanze, per le quali era ovvio che la "riaffermazione del carattere amministrativo attribuito al provvedimento… dovrebbe escludere ogni possibilità di limitazione delle libertà personali, esulando tali limitazioni dalla competenza amministrativa" [53] – all'emersione di un atto amministrativo, il DPCM, capace di sospendere (o di derogare al)le garanzie costituzionali in materia di diritti inviolabili.

Né convincente pare la tesi (quasi di sapore hobbesiano) che ciò venga legittimamente fatto in nome del diritto alla salute, che è l'unico diritto letteralmente definito 'fondamentale' nella costituzione, in quanto collegato al diritto alla vita, e quindi non bilanciabile, mentre tutti gli altri diritti costituzionali, pur inviolabili sarebbero bilanciabili tra loro; infatti anche il diritto alla vita viene innegabilmente bilanciato: basti pensare alla normativa sulla interruzione volontaria della gravidanza oppure, per tornare a noi, al caso di guerra.

In realtà tocchiamo qui una premessa tacita – per vero accettata forse non tanto inopinatamente da gran parte dell'opinione pubblica, che sembra appunto inconsciamente ricordare la premessa hobbesiana della paura della morte come sentimento dominante nello stato di natura che spinge alla costruzione dello stato moderno sovrano (ma, appunto, leviatanico) come unica istanza capace di assicurare una convivenza diffidente 'di sopravvivenza' [54]– che sta alla base di tutto il discorso: ovvero che tra libertà e sicurezza (salute) sia la seconda a dover prevalere.

Di conseguenza anche la dislocazione dei poteri – seppure assecondando una dinamica che era evidentemente emersa già in precedenza all'interno delle democrazie, occidentali e non,

51 Ma vedi quanto rilevato da Caretti De Siervo, citato nella nota precedente.

52 Giovanni Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*,cit., pp.31-32.

53 Costantino Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p.719. *Istituzioni di Diritto Pubblico,Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata*, cit., 1976, p.719

54 Thomas Hobbes, *Leviatano. Saggio introduttivo di Carlo Galli,* Milano, BUR Rizzoli, 2011, cap.XIII, *Della condizione naturale dell'umanità per quanto concerne la sua felicità e la sua miseria*, pp.127 ss. Ma varrebbe ricordare anche la parabola del Grande Inquisitore di Dostoevskij. Vedi comunque il bel saggio di Carlo Ginzburg, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica* , Milano, Adelphi, 2015 e cfr.anche il nostro *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'"Inverted Totalitarianism",* cit.supra sub nota 7.

come vedremo meglio[55], e come acuti osservatori avevano visto fin dal principio[56] – cambia e non di poco, almeno rispetto ai modelli comunemente accreditati. " Queste considerazioni concorrono a spiegare il ruolo assunto nella gestione dell'emergenza dal Presidente del Consiglio che, proprio grazie al ricorso sistematico e reiterato ai dPCM, ha finito con l'egemonizzare la scena. Il suo attivismo ha segnato la netta prevalenza rispetto alle altre componenti del Governo e, quel che più conta, ha messo in ombra le Camere, *dato che i dPCM sono atti che non passano al controllo parlamentare*. E così il Parlamento ha detto una parola sulle misure limitative soltanto il 5 marzo [la dichiarazione dello stato di emergenza rimontava al 31 gennaio], al momento della conversione del primo decreto legge, andando sostanzialmente a rimorchio dell'Esecutivo.

Un tentativo di recuperare almeno in parte un ruolo parlamentare coincide con un emendamento sulla parlamentarizzazione dei dPCM, approvato in sede di conversione del secondo dPCM. La disposizione prevede la previa illustrazione dei contenuti del provvedimento "al fine di tenere conto degli eventuali indirizzi" delle Camere. *Ma l'efficacia del meccanismo è tutta da dimostrare, dal momento che la sua attivazione è rimessa alla volontà del Governo che "per ragioni di urgenza connesse alla natura delle misure da adottare" può riferire a cose fatte*"[57].

Concludendo questa rapida disamina sul piano formale e della 'catena normativa' – e non acquietandosi alla considerazione, peraltro un po' troppo irenica, che "questi aspetti problematici caratterizzano la prima fase dell'emergenza", ma che invece, a partire dal secondo decreto legge del 25 marzo le cose sarebbero cambiate, rientrando nella legalità costituzionale, dato che esso "opportunamente fissa quel limite temporale di trenta giorni di cui dicevo, e contiene un'elencazione più precisa e puntuale delle misure di contenimento dell'epidemia, riducendo quindi i margini di manovra del dPCM"[58]: senza tuttavia, aggiungiamo noi, eliminare la criticità di fondo della mancanza di indicazione di termini finali differenziati nelle singole misure di sospensione dei diritti e delle libertà costituzionali (come invece dovrebbe avvenire per le ordinanze urgenti)[59] – si potrebbe dire , in modo non troppo paradossale, che anche la nostra Costituzione ha subito uno o più *lockdown.*

Bisogna allora domandarsi quale sia, o quale potrebbe essere, il compito del giurista in quanto pratichi, weberianamente, "il lavoro intellettuale come professione".

Una prima risposta, proprio con riferimento al tema della necessità come fonte (o meglio de *Le fonti e le situazioni di necessità*) ce la danno Paolo Caretti e Ugo De Siervo nel loro manuale: "…casi del genere non possono, per definizione, essere disciplinati e, ove si manifestino, *dal punto di vista dell'analisi giuridica, si tratterà semplicemente di verificare*, sulla base delle vicende reali intervenute e delle reazioni successivamente prodottesi, *se l'ordinamento è stato in grado di superarli o se ne è stato modificato o addirittura travolto*"[60].

55 Richiamiamo qui le osservazioni di Nicola Matteucci, cit supra in nota 41.

56 Cfr. Norbero Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2014; Massimo L.. Salvatori, *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Milano, Feltrinelli, 2020, soprattutto il cap.x. *L'avvento della democrazia negli Stati Uniti e Tocqueville*, pp.173 ss.; Salvo Mastellone, *Storia della democrazia in Europa. Da Montesquieu a Kelsen*, Torino, UTET, 1986.

57 Giovanni Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*,cit., p. 32; corsivi nostri.

58 Così ancora Giovanni Di Cosimo, loc.ult.cit.

59 ? Ettore Bruno, *D.p.c.m. e limitazioni della libertà personale e di circolazione: presidi a tutela della salute pubblica o misure abnormi che indeboliscono la democrazia?* p.6 in https://www.diritto.it/d-p-c-m-e-limitazioni-della-liberta-personale- e- di circolazione-oresidi-a-tutela-della--salute-pubblica-o-misure-abnormi-che-indeboliscono-la -democrazia/

60 Paolo Caretti ,Ugo De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico. Quarta edizione*,cit., p.608.

Sul piano del costituzionalismo 'positivo' questa verifica *ex post* andrà senz'altro svolta; forse è presto per anticiparla, anche se l'ipotesi intermedia può allo stato sembrarci plausibile.

Tuttavia il giurista come intellettuale è forse chiamato (dato che ha il compito, nel suo piccolo, anche di indicare vie e soluzioni percorribili, e non solo di prendere atto dell'esistente) ad interrogarsi , usando – contro un noto motto di Windscheid – della filosofia, della storia, della politica e di categorie che può trarre dal confronto interdisciplinare, per cercare anzitutto di comprendere il senso di quanto accade attorno a lui . Premessa indispensabile, questa, per una azione che si voglia ponderata e magari, come un tempo ancora si poteva ritenere, conservatrice di ciò che va conservato e, quindi, riformatrice dell'ordinamento.

A questo proposito – e così torniamo alla motivazione ideale iniziale di quanto cerchiamo di esprimere – ci sembrano ancora molto suggestive ed ispiratrici le parole che Luigi Einaudi, finito il settennato, ebbe a pronunciare il 22 maggio del 1956 in occasione della laurea honoris causa conferitagli dall' Università di Basilea e che reca il significativo titolo "*Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari*". [61].

Il testo del discorso – letto proprio nella terra svizzera che dette i natali a Rousseau, ma Einaudi ricorda all'inizio come proprio a Basilea insegnasse Jacob Burckardt, che oltre un secolo fa, assieme a Tocqueville, aveva previsto da storico lettore dei 'segni dei tempi ', "il fatale avvento di quel totalitarismo tirannico, che noi poi siamo stati chiamati a contemplare e a soffrire"[62] – è tutto rivolto (chiamando in proposito in causa il ruolo civico primario dell'Università) a sottolineare come la vittoria delle potenze democratiche su quel tipo di totalitarismo non possa lasciare tranquilli sul fatto che esso non possa ripresentarsi sotto nuove spoglie.

## Anche in democrazia.

E ciò proprio perché, ad avviso di Einaudi, quello che Kelsen aveva chiamato "forse il più importante teorico della democrazia"[63], appunto Rousseau – in questo magnifico esempio di laica eterogenesi dei fini – era stato colui che aveva meglio pensato e teoricamente delineato le condizioni necessarie all'instaurasi di un regime totalitario.

"Non conosco una formulazione più spietata del pericolo a cui va incontro la civiltà di quella che un grande svizzero, Gian Giacomo Rousseau, riassunse nel contrapposto fra le volontà "particolari" del singolo cittadino e la volontà "generale" del corpo collettivo… La volontà generale è sempre diritta e mira sempre all'utilità pubblica; non segue tuttavia che le deliberazioni del popolo abbiano sempre la medesima dirittura. Si vuole sempre il proprio bene, ma non sempre lo si vede ; non si corrompe mai il popolo, ma spesso lo si inganna ed allora solamente esso sembra volere il male (*Del contratto sociale*, II, 3)".

All'interno della democrazia la distinzione introdotta induce a porre il problema di come "persuadere il cittadino ad ignorare, nel momento in cui delibera, gli interessi particolari suoi, i suggerimenti dei gruppi, i quali brigano a per indurlo a votare in un modo piuttosto che in un

61 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau , le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari,* in *Prediche inutili, Dispensa quarta,* Torino, Giulio einaudi editore, 1956, pp.195-201.

62 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau , le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, cit.,* p.195.

63 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), in *La democrazia*,Bologna, il Mulino, 1981, p.41

altro". Cioè, visto che – salvo per il caso delle piccole aggregazioni politiche, sul tipo di quelle dei cantoni svizzeri, o dei piccoli stati, nei quali l'ideale rousseauiano di democrazia diretta può funzionare, sulla base della semplicità dei costumi e di una grande uguaglianza dei ceti e delle fortune, in sostanza grazie all'imperare "della virtù " – "gli uomini non scoprono tuttavia da sé, spontaneamente, quel che è la loro volontà comune", si deve postulare la necessità di una '*guida*': " La necessità di una guida è tanto più evidente, in quanto essa deve convincerlo che egli si era ingannato scambiando per sua volontà quella che non era veramente la sua ragionata opinione".[64]

La 'guida', il Governo dovrebbe allora essere 'perfetto': ma "un governo così perfetto non è adatto agli uomini. Solo un popolo di dèi potrebbe governarsi democraticamente (*Contratto sociale*, III, 4).

Se dunque "la volontà generale non coincide con la deliberazione presa a maggioranza dei cittadini e dai loro rappresentanti", occorre:

> " – la deliberazione sia presa dai singoli, i quali votino gli uni indipendentemente dagli altri, senza subire le influenze dei gruppi, delle fazioni, dei partiti i quali siano o possano farsi paladini di interessi particolari;

- ma poiché il cittadino vuole il bene, ma non lo conosce, egli deve essere istruito e guidato da chi conosce il bene comune;
- il cittadino, così istruito, deve inchinarsi al risultato del voto, anche se egli è rimasto in minoranza;
- *ma egli non ha il diritto di continuare a propugnare quella che egli ritiene la verità e non ha diritto, ove riesca a persuadere altri, di volgere la maggioranza in minoranza e modificare la legge*;
- *no; il risultato della deliberazione gli fa sapere soltanto che egli era nell'errore e non conosceva la verità. I votanti non hanno, col voto di una maggioranza, affermata una volontà generale. Essa preesisteva, ed essi l'hanno soltanto riconosciuta. Essa si impone con l'evidenza dell'assioma;*
- l'uomo è veramente libero solo se si sottomette a quella volontà generale che egli non ha voluto, ma ha semplicemente riconosciuto *perché illuminato da coloro che sanno.*"[65].

La democrazia diventa dunque un meccanismo e una macchina politica totale nei cui ingranaggi, nel cui gioco, l'individuo, la persona viene risucchiata e nella quale, con una dialettica inesorabile, che neppure l'Hegel della dialettica servo-padrone riesce ad eguagliare, la costrizione diventa libertà e la libertà costrizione, nell'illusione che il risultato finale ne sia che ciascuno obbedisca solo a se stesso: "Perché dunque questo patto sociale non sia una formula vana, esso implica tacitamente questa obbligazione, che sola può dare forza a tutte le altre: *che chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale, vi sarà costretto da tutto il corpo. Ciò non significa altro se non che lo si costringerà ad essere libero;* poiché questa è la condizione che, dando ogni cittadino alla patria, lo garantisce da ogni dipendenza personale; *condizione che costituisce*

64 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau , le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, cit.,* p.196.

65 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau , le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, cit.,* p.198. Corsivi nostri.

*il meccanismo e il gioco della macchina politica,* e che sola rende legittime le obbligazioni civili, le quali senza di ciò sarebbero assurde, tiranniche e soggette ai peggiori abusi" [66].

A buon diritto allora Luigi Einaudi, in armonia prestabilita, si direbbe (ma in realtà a partire dalla comune ispirazione tocquevilliana e liberale), con le tesi sviluppate pochissimi anni prima da Jacob L.Talmon sulle origini della democrazia totalitaria[67], può affermare : " Questo il messaggio del cittadino di Ginevra. *Non il voto dei cittadini, ma il riconoscimento degli dèi afferma la volontà generale*"[68].

E gli dèi si sono moltiplicati (e sembrano moltiplicarsi ancora oggi, siano essi tecnici, virologi, medici, insomma 'la scienza' come sostitutivo laico della religione, che ci assicuri almeno la 'salvezza' terrena)[69] e, come ricordava Anatol France , "gli dèi hanno sete": " Rousseau forse non prevedeva che la sua dottrina sarebbe stata feconda di effetti tanto gravi. A decine gli dèi sono comparsi ed hanno assunto l'ufficio di guide dei popoli . Da Robespierre a Babeuf, da Buonarroti a Saint-Simon, da Fourier a Marx, da Mussolini a Hitler, da Lenin a Stalin, si sono succedute le guide ad insegnare ai popoli inconsapevoli qual'era la verità, qual'era la volontà generale, che essi ignoravano; ma che una volta insegnata e riconosciuta, i popoli non potevano rifiutarsi di attuare.

I popoli hanno imparato che la libertà non consisteva nel discutere dapprima e nell'inchinarsi poi della minoranza al volere della maggioranza salvo il diritto di continuare a discutere e di ridurre la maggioranza a minoranza. Nel sistema degli dèi e delle guide, che hanno scoperto la vera verità, gli uomini si sentono liberi solo quando la guida inviata dall'oracolo divino ha indicato la via della verità ed ha condannato l'errore [ogni riferimento all'uso attuale del termine, scandaloso anche per la provenienza, 'negazionismo' *non* è puramente casuale]. L'errore, la deviazione, l'opposizione al principio dichiarato nelle tavole fondamentali dell'uomo-guida, del partito-guida è illecito, è un delitto contro la volontà generale e deve essere eliminato.

Non ha importanza la formula, con la quale l'oracolo conduce gli uomini alla scoperta della verità. Per Rousseau e Robespierre essa prende il nome di "virtù", *per Saint-Simon di religione della scienza*, per Hitler di dominio del sangue e della razza, per Marx e Lenin di dittatura del proletariato. Le formule mutano e passano. La dottrina di una verità la quale, scoperta, deve essere riconosciuta e obbedita, rimane."[70]

Alla domanda che allora taluno, o forse molti, legittimamente si fanno: "Ma non eravamo una democrazia liberale? Non ci siamo beati per decenni nella nostra magnifica "cultura dei diritti", di cui nel giro di ventiquattro ore ci siamo sbarazzati? E a causa di cosa, esattamente? L'unico *fatto* che ha giustificato tutto questo è un dato relativo all'organizzazione sanitaria: non

66 Jean-Jacques Rousseau, *Il Contratto Sociale. Con un saggio introduttivo di Robert Derathé. Traduzione e note di Valentino Gerratana,* Torino, Giulio Einaudi Editore, 1966, Libro I, VII, *Del Corpo Sovrano*, p.30, corsivo nostro.

67 Il libro di Talmon esce dapprima a Londra nel 1952, poi a Boston nel 1953 e soltanto quindici anni dopo è tradotto in italiano. Cfr. Jacob L.Talmon, *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, Il Mulino, 1967. Testo esaurito di cui sarebbe auspicabile proprio in questo momento una ristampa. Sul contesto vedi l'importante Alessandro Muliebri, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare. Prefazione di Nadia Urbinati*, Roma, Donzelli editore, 2019.

68 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau , le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, cit.,* p.198.

69 Pagine decisive sul punto ha scritto Giorgio Agamben, *A che punto siamo?L'epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet,2020, 12. *La medicina come religione*,pp.69-75. Ma vedi anche Fulvio Grimaldi, *Cambiare il mondo con un virus . Geopolitica di un'infezione,* Zambon editore, 2020.

70 Luigi Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau , le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, cit.,* p.199. corsivo nostro.

ci sono, si dice, abbastanza posti letto in terapia intensiva se il numero dei malati dovesse aumentare. Ma non si dice perché manchino i posti letto. Questo è irrilevante. La domanda del tutto lecita però è la seguente: questo fatto giustifica, rende legittima la sospensione di libertà e diritti di cui, dal secondo dopoguerra, non abbiamo fatto che ripetere quanto fossero "inalienabili" e "fondamentali"?", siamo forse allora, dopo aver ascoltato Einaudi, più preparati a rispondere.

Con facilità si può, in prima battuta, rispondere, come fanno i nostri due autori, che il diritto è debole se deve opporsi a forze sovrastanti: " La risposta è: sì, certamente. Perché la *necessità*, l'emergenza lo esigono: Il diritto è debole di fronte alla forza naturale della necessità"[71].

Ma, se guardiamo più in profondità, vediamo la sua attuale debolezza – garantistica; perché sotto il profilo della regolazione stiamo assistendo invece ad un picco difficilmente raggiunto nel passato – non gli deriva tanto dall'esterno, da una necessità imprevedibile, dirompente, incontrollabile con normali misure, ma piuttosto da un processo interno del suo farsi democratico.

Per chiarire cosa intendiamo possiamo, in chiusura, dare un breve sguardo ad un aspetto del pensiero kelseniano sulla democrazia che non ci sembra sia stato perfettamente focalizzato dalla pure significativa letteratura in materia – che tende a vedere nel giurista viennese un sostenitore di una democrazia 'procedurale', o di un'idea di essa quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza[72].

Ci riferiamo al saggio originariamente del 1920, da noi utilizzato nella seconda edizione del 1929, *Essenza e Valore della Democrazia*, laddove Kelsen dialoga, appunto considerandolo il massimo esponente del pensiero democratico, con Rousseau; e lo fa in modo, a nostro avviso, largamente adesivo.

Intanto l'idea democratica di libertà (che lo stesso autore definisce 'anarchica') non è autonoma rispetto all'idea di eguaglianza, ma 'scaturisce' (hobbesianamente) proprio da essa, dalla domanda cioè " E' dunque un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha dunque di comandarmi?".

Kelsen , e anche questo merita di essere rimarcato – sulla scia di una citazione di un autore coevo, David Koigen (1879-1933), (*Die Kultur der Demokratie*. *Vom Geiste des volkstümlichen Humanismus und vom Geiste der Zeit*, Jena, Diederichs,1912, p. 4), nato nell'odierna Ucraina, di famiglia ebraica, che si era laureato a Berna con una tesi sui giovani hegeliani come precursori del socialismo e fu attivo nel movimento rivoluzionario da socialista prima e da bolscevico poi, anche se dal 1918, deluso dalla Rivoluzione sovietica, si dedicò all'insegnamento universitario prima a Kiev e poi in Germania, sviluppando un'idea di Cultura come azione sociale e laddove entrò in contatto con Sombart, Toennies, e anche Albert Einstein – qualifica l'uguaglianza come un'idea profondamente *antieroica*: "Così, l'idea assolutamente negativa e a profonde radici antieroiche di uguaglianza si mette al servizio di un'altrettanto negativa esigenza di libertà"[73]

71 Paolo Becchi, Giuseppe Palma, *Democrazia in quarantena. Come un virus ha travolto il Paese,* Roma, Historica Edizioni, 2020, p.186.

72 Cfr. Sara Lagi , *La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920- 1932)* in *Teoria Politica* , 7,2017, Annali VII-,pp.363-688; p.372 laddove critica l'interpretazione di Ferrajoli. L'autrice inclina poi a rappresentare Kelsen come un liberale (ottocentesco) , pur dovendo ammettere come emerga "*tuttavia quanto nella teoria politica e democratica di Kelsen manchi la proposta di una difesa ad hoc , forte dei diritti fondamentali"*(p.378). Cfr. anche sempre di Sara Lagi, *La "Democrazia" di Hans Kelsen tra procedura ed etica*, in *Il Pensiero Politico,Rivista delle Idee Politiche e Sociali*, 2003, Anno XXXVI,n.2, pp.239-272.

73 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p.39.

Ma la libertà cosi concepita non può stare a fondamento di una società, e tantomeno di uno Stato. Allora si deve procedere per "metamorfosi" progressive dell'idea di libertà, ovvero nell'ottica di risolvere il "problema della democrazia" nel senso appunto indicato da Rousseau, vale a dire "trovare una forma di associazione che difenda e protegga che difenda e protegga ogni membro ad essa appartenente e nella quale l'individuo, pur unendosi a tutti gli altri, ubbidisca soltanto a se stesso e resti libero come prima" (*Contratto sociale*, lib. III, cap. 25)[74].

Ma allora la libertà di partenza, intesa come autonomia, deve 'trasformarsi' (in buona sostanza in una 'finzione giuridica'): "che si continui a parlare di autonomia e a considerare ognuno come sottomesso alla propria volontà, mentre quella che vale è la legge della maggioranza, *è un nuovo progresso della metamorfosi dell'idea di libertà*"[75]. Ma il processo di metamorfosi non si arresta: mentre prima tutti, nella formula di Rousseau, dovevano "restare liberi come prima", ora invece si introduce un principio dal sapore utilitaristico (che ricorda il beccariano *la massima felicità per il maggior numero*) "c'è soltanto un'idea che porta, per una via ragionevole, al principio maggioritario: *l'idea che, se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto col più piccolo numero di essi. Certamente questo ragionamento presuppone l'eguaglianza come postulato fondamentale della democrazia:* è chiaro infatti che si cerca di assicurare la libertà non di questo o di quell'individuo, *ma del maggior numero possibile di individui"*.[76]

Ma allora, una volta sostanzialmente riassorbita la libertà nell'uguaglianza – e quindi l'autonomia individuale nello Stato (nella rousseauiana libertà nello, e per lo, Stato), posto che non può essere che suo compito assicurare l'uguaglianza – si potrà del tutto correttamente parlare di una *democrazia senza libertà* (dato che liberalismo e democrazia qui si separano)[77]; di una democrazia che "*annienta*" la libertà.

Infatti "la trasformazione del concetto di libertà il quale, dalla idea della libertà dell'individuo dal dominio dello Stato, *si trasforma* in partecipazione dell'individuo al potere dello Stato, segna contemporaneamente la separazione della democrazia dal liberalismo. L'ideale democratico, se è ritenuto soddisfatto nella misura in cui gli individui sottomessi all'ordine dello Stato partecipano alla creazione dell'ordine stesso, sarà indipendente dalla misura nella quale quest'ordine dello Stato abbraccia gli individui che lo creano, vale a dire indipendente dal grado fino al quale riduce la loro "libertà". Anche se l'estensione del potere dello Stato sull'individuo fosse illimitata, nel caso quindi, che la "libertà"individuale fosse completamente annientata e l'ideale liberale negato, la democrazia sarebbe ancora possibile, purché tale potere statale fosse creato dagli individui ad esso sottomessi. E la storia insegna che il potere democratico non tende ad espandersi meno di quello autocratico"[78].

L'ultima trasformazione del concetto di libertà dell'individuo sta nel riconoscimento che essa è in ultima analisi "irrealizzabile": "E in uno Stato democratico, dove questa discordanza è ridotta ad un minimo approssimativo, si verifica una nuova trasformazione nell'idea di libertà

74 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p.42.

75 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p.44..

76 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p.46..

77 Vedi per una tesi analoga lo scritto 'ancora da comunista' di Vezio Crisafulli, *Liberalismo e democrazia*, Rinascita,agosto 1944,ora in Vezio Crisafulli. *Politica e Costituzione. Scritti "militanti" (1944-1955),*cit., pp.81-83.

78 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., pp.4.6-47.

politica. La libertà dell'individuo la quale, in ultima analisi, si rivela come irrealizzabile, finisce per restare in secondo piano, mentre la libertà della collettività le succede in primo. La protesta contro il dominio esercitato da uno che è simile a noi porta, nella coscienza politica, ad uno spostamento del soggetto del dominio, dominio che è inevitabile anche in regime democratico, vale a dire alla formazione della persona anonima dello Stato"[79]

Ma se il principio democratico ha portato al concetto di personalità giuridica dello Stato (una sorta di corto circuito kelseniano) cosa diventa allora la libertà dello Stato democratico nella sua trasformazione ultima? Kelsen non arretra neppure in questo caso nel dipanare la sua logica giuridica di ascendenza rousseauiana; non arretra di fronte all'ultimo paradosso della trasformazione: " La conseguenza – da alcuni autori logicamente dedotta – è che, *poiché i cittadini dello Stato sono liberi soltanto nel loro insieme, cioè nello Stato, chi è libero non è il singolo cittadino, ma la persona dello Stato.* Ciò è espresso anche nella formula che è libero soltanto il cittadino di uno Stato libero. Alla libertà dell'individuo viene a sostituirsi, come esigenza fondamentale, la sovranità popolare o, che è lo stesso, lo Stato autonomo, libero"[80].

## Kelsen, come Einaudi, ci pone di fronte ad una scelta.

La scelta del primo ci mette sotto gli occhi una faccia del diritto democratico sempre latente (oggi palesatasi) e che forse a molti, anche giuristi, che pure positivisticamente la presuppongono e la usano come punto di partenza, non piacerà guardare, e andrà rimarcato che l'ultimo richiamo storico, raggelante, assai più che la famosa conclusione del saggio, che sceglie Ponzio Pilato come vero esponente dell'atteggiamento democratico, vista la vicinanza temporale con un'altra scritta 'concentrazionaria', che Kelsen certo non condividerà in nulla, esprime assai bene la posta in gioco:

> "Questa è l'ultima tappa del processo di trasformazione dell'idea di libertà. Chi non vuole o non può seguire l'evoluzione che questo concetto compie in virtù di una logica immanente, può criticare la contraddizione esistente fra il suo significato iniziale e il suo significato finale e rinunciare a capire le deduzioni di chi, meglio di ogni altro, seppe analizzare la democrazia, di chi non retrocesse nemmeno di fronte all'asserzione che il cittadino è libero soltanto attraverso la volontà generale e che in conseguenza, obbligandolo ad obbedirvi, lo si costringe ad essere libero (Rousseau, *Contrat social*, l. IV, cap. 2°). E' più di un paradosso, è un simbolo della democrazia, che, nella Repubblica di Genova, sulle porte delle prigioni e sulle catene a cui, nelle galere, erano legati gli schiavi, si leggesse la parola "Libertas" (Rousseau, C*ontrat social*, l. IV, cap. 2°)."[81].

Ma la posizione di Kelsen non può essere considerata sorprendente; solo, forse, espressione di un sapere dimenticato o rimosso.

> "Democrazia non vuol dire libertà. Vi sono stati e vi sono tuttora regimi democratici nei quali la libertà dei cittadini ha ricevuto e riceve offese così gravi e frequenti come sotto i peggiori Governi assoluti. Democrazia vuol dire uguaglianza… I democratici… anzi all'azione dello Stato non vogliono temperamento o limitazione di sorta; il loro

79 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p. 47.

80 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p. 48.

81 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929),cit., p. 49.

> ideale è una autorità suprema onnipotente che abbia al di sotto di sé cittadini tutti giuridicamente e politicamente uguali: non più ordini e sodalizi nello Stato, non più classi e corporazioni nella società; ma singoli individui *senza particolari legami fra loro*, senza reciproca dipendenza, una folla confusa e acefala"[82]

## Entrambe le scelte dunque erano di allora e sono di oggi.

La prima esprime la logica immanenza di un processo – lo possiamo chiamare 'democrazia totalitaria', 'dispotismo democratico' o ancora altrimenti – che , come accennavamo, Tocqueville nella seconda parte della *Democrazia in America* aveva 'profetizzato', notando acutamente, e in controtendenza, come "i diritti individuali nelle democrazie sono normalmente poco importanti, molto recenti e assai instabili, ciò che fa sì che vengano spesso sacrificati senza difficoltà e violati senza rimorsi … Perciò, proprio in queste epoche democratiche in cui viviamo, i veri amici della libertà e della dignità umana debbono cercare continuamente di stare all'erta, pronti ad impedire che il potere sociale sacrifichi minimamente i diritti particolari di certi individui all'esecuzione generale dei suoi piani. Non esistono in questi tempi cittadini tanto umili che non sia pericoloso lasciare opprimere, né diritti individuali tanto trascurabili da poterli tranquillamente abbandonare all'arbitrio. La ragione di questo è semplice: quando viene violato il diritto privato di un individuo in un tempo in cui lo spirito umano è imbevuto della importanza e santità di questo genere di diritti, si fa male solo colui che ne viene spogliato; ma violare un simile diritto si nostri giorni significa corrompere profondamente i costumi della nazione e mettere a repentaglio la società intera; perché il concetto stesso di questa specie di diritti tende continuamente ad alterarsi e a smarrirsi in mezzo a noi"[83]

Dentro questa logica immanenza – che porta alle dichiarazioni apparentemente 'inimmaginabili' di un Jacques Attali – si colloca appieno la svolta del ' biopotere ' e dello Stato e delle strutture internazionali su di esso fondate, che tende a cancellare o a 'ridurre' drasticamente gli antiquati principi dello Stato di diritto, come ha messo bene in luce Giorgio Agamben, sfidando l'ostracismo di cui ci parlava Einaudi ("L'errore, la deviazione, l'opposizione al principio dichiarato nelle tavole fondamentali dell'uomo-guida, del partito-guida è illecito, è un delitto contro la volontà generale e deve essere eliminato."):

> "Stiamo vivendo la fine di un'epoca nella storia politica dell'Occidente , l'età delle democrazie borghesi, fondate sulle costituzioni, sui diritti, sui parlamenti e sulla divisione dei poteri . Questo modello era da tempo in crisi , i principi costituzionali erano sempre più spesso ignorati e il potere esecutivo si era sostituito quasi integralmente a quello legislativo, che esercitava, come avviene ora in modo esclusivo, attraverso decreti-legge. Con la cosiddetta pandemia è stato mosso un passo ulteriore, nel senso che quello che i politologi americani chiamavano *Security State*, Stato di sicurezza, che si fondava sul terrorismo, ha ceduto ora il posto ad un paradigma di governo che possiamo chiamare "biosicurezza", che si fonda sulla salute. E' importante comprendere che la biosicurezza supera per efficacia e pervasività tutte le forme di governo degli uomini che abbiamo conosciuto. Come si è potuto constatare in Italia, ma non solo in Italia, non appena in questione è una minaccia alla salute la gente accetta senza reagire limitazioni delle

82 Duca di Gualtieri, *L'evoluzione democratica delle istituzioni inglesi*, Torino, Roux Frassati e C Editori, 1899, p.11.

83 Alexis de Tocqueville, *Dizionario delle idee.* A cura di Graziella Pisanò, Roma, Editori Riuniti, 1997, *Diritti dell'individuo*, p.56.

> libertà che non avrebbe mai accettato in passato. Si è giunti così al paradosso che la cessazione di ogni relazione sociale e di ogni attività politica viene presentata come la forma esemplare di partecipazione civica."
>
> "Credo che un solo esempio mostri con evidenza quanto profonda sia nel regime della biosicurezza la trasformazione di tutti i paradigmi politici democratici."
>
> "Nelle democrazie borghesi, ogni cittadino aveva un "diritto alla salute": questo *diritto* si rovescia ora, senza che la gente se ne accorga , in un'*obbligazione* giuridica alla salute, che occorre adempiere a qualsiasi prezzo. E quanto alto sia questo prezzo lo si è visto attraverso le misure eccezionali senza precedenti cui i cittadini hanno dovuto sottoporsi"[84]

"I veri amici della libertà e della dignità umana", Tocqueville, Einaudi non hanno per sé alcuna logica immanente da far valere – semmai lo spettacolo tristissimo della cancellazione della *pietas* verso i morenti, lasciati morire soli per paura, privati del conforto dei familiari e di quelli religiosi, di una sepoltura che un tempo si chiamava cristiana, cremati con divieto di autopsia e di funerale; una cancellazione dello spirituale e religioso dalla vita quotidiana mai vista prima, con l'acquiescenza quasi unanime di una Chiesa ridotta a chiesa di Stato (anch'essa, la libertà religiosa e di culto, resecata quando più ci sarebbe stato bisogno del suo apporto, anche solo umano) – ; essi hanno per sé solo la 'fragilità del bene'[85]

Ma forse da una rilettura delle loro pagine sarebbe consigliabile che noi giuristi ricominciassimo ad interrogarci sulla nostra vocazione in tempi come quelli che stiamo vivendo.

## References

Armaroli, P. (2020). Cassese:"La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi, In *il Dubbio*, 14 apr. <www. ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi>.

Barile, P. (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. il Mulini.

Becchi, P., & Palma, G. (2020). *Democrazia in quarantena*. *Come un virus ha travolto il Paese*. Historica Edizioni.

Bova, S. (1979). L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione" In *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, a cura di E.Cheli. Il Mulino.

Cappellini, P. (2011). Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'"Inverted Totalitarianism. In Meccarelli, M., Palchetti, P., & Sotis C. *Le regole dell'eccezione: Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questio-ne del terrorismo*. Eum edizioni.

Cappellini, P. (2013). *La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale*. (Vol. 10). Glossae.

84 Giorgio Agamben, *A che punto siamo?L'epidemia come politica*,pp.82-83.

85 Martha C. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna , il Mulino, 1996.

Cappellini, P. (2014). Pensare l'eccezione. In Smorti, A. *L'eccezione e la regola: Opposi-zio-ni, convergenze, paradossi*, S.E.I.D.

Cappellini, P., & Cardone, A. (2016). Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem. In *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*. (Vol. 1). Giappichelli.

Carlassare, L. (1990). Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali se condo Costantino Mortati. In *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Giuffrè.

Carl Schmitt, C. (2006). La Dittatura del Presidente del Reich secondo l'art.48 della Costituzione di Weimar (1924). In Schmitt, C. *La Dittatura, a cura di Antonio Ca-rac-ciolo*. Edizione del Settimo Sigillo.

Crisafulli, V. (2018). *Politica e Costituzione. Scritti "militanti"* (1944-1955), a cura di Sergio Bartole e Roberto Bin. Franco Angeli.

Crouch, C. (2003). *Postdemocrazia*. Laterza Editore.

Durante, M. (2008). Il Diritto di Giudicare la Storia il Terzo e l'Imperdonabile In *Re-spon-sabilità di fronte alla storia: La filosofia di Emmanuel Levinas tra alterità e terzietà*, a cura di Massimo Durante. Melangolo.

Esposito, C. (1960). Capo dello Stato. In *Enciclopedia del diritto*, (Vol. 6), Giuffrè.

Einaudi, L., & Rousseau,G. G. (1956). le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli universitari, In *Prediche inutili, Dispensa quarta*. Giulio einaudi editore.

Gualtieri, D. di. (1899). *L'evoluzione democratica delle istituzioni inglesi*. Roux Frassati e C Editori.

Hobbes, T. (2011). *Leviatano. Saggio introduttivo di Carlo Galli*. BUR Rizzoli.

Kelsen, H. (1981). Essenza e valore della democrazia (1929). In *La democrazia*. il Mulino.

Kelsen, H. (2018). *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925): a cura di M.A.Lo-sano.* Nino Aragno Editore.

Mankell, H. (2015). *Sabbie mobili. L'arte di sopravvivere*. Marsilio.

Marguerite Y. (1984). *Memorie di Adriano*. Einaudi.

Mortati, C. (1991). *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Cedam.

Nussbaum, M. C. (1996). *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*. il Mulino.

Rousseau, J. J. (1966). *Il Contratto Sociale. Con un saggio introduttivo di Robert Dera-thé. Traduzione e note di Valentino Gerratan*. Giulio Einaudi Editore.

Schmitt, C. (1981). *Il custode della costituzione* (1931), a cura di Antonio Caracciolo. Giuffrè.

Serra, T. (2007). Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati. In Costantino Mortati. C. (2007). *Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015*, a cura di Fulco Lanchester. Wolters Kluver, Cedam.

Tocqueville, A. de. (1997). *Dizionario delle idee. A cura di Graziella Pisanò*. Editori Riuniti.

Valli, A. M. (2020). *Virus e Leviatano*. Lilberilibri.

Zakaria, F. (2007). *The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad, Wiht a new afterword*. W.W.Norton & Company.

Data de recebimento: 11/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# O que entendemos quando falamos de inovação jurídica?

## Um olhar a partir da História do Direito

*What do we mean by legal innovation?*

*A look from the legal history perspective*

**Massimo Meccarelli**[1]

1 Università degli Studi di Macerata.

## RESUMO

A proposta desse texto é considerar a possível vantagem heurística que o conceito analítico da "inovação" pode oferecer para a compreensão das mudanças no marco jurídico, sobretudo quando empregada em conjunto com o conceito de transição. Considerada tanto como forma de mutação do direito (problema teórico) quanto como ferramenta analítica para analisar a mutação do direito (problema metodológico), a noção de inovação nos permite articular a análise histórico-jurídica ao destacar a base pré-jurídica dos sentidos das formas que o direito adquire. Conclui-se que a díade inovação-transição permite recuperar um nível de compreensão da fenomenologia jurídica relevante tanto para o passado quanto para o presente, o que representa para a ciência jurídica não apenas uma oportunidade de sustentar sua capacidade de desenvolvimento como ciência crítica, mas também de se tornar efetivamente inovadora.

**Palavras-chave:** Inovação, transição, teoria e história do direito.

## ABSTRACT

This text's purpose is to consider the possible heuristic advantages of the analytical concept of "innovation" to the better understanding of changes in the legal framework, especially when used in conjunction with the concept of transition. Considered both as a form of legal mutation (theoretical problem) and as an analytical tool to analyze legal mutation (methodological problem), the concept of innovation supports articulation of legal-historical analysis by highlighting legal forms pre-legal basis of meaning. It concludes that the innovation-transition dyad allows for a better comprehension of legal phenomenology, relevant both to past and present, as it stands as an opportunity of legal science's development not only as a critical Science, but also as an innovation promoter.

**Keywords:** Inovation, transition, legal theory and history.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78732

## 1. A inovação e a mudança no marco jurídico

A proposta desse texto[2] é considerar a possível vantagem heurística que o conceito analítico da "inovação" pode oferecer para a compreensão das mudanças no marco jurídico (sobretudo, como veremos, quando utilizada em conjunto com o conceito de "transição"). No entanto, isso é sempre um desafio para o historiador, uma vez que levamos em consideração as transformações no direito – especificamente pela sua relação com as questões sociais, políticas, econômicas e culturais – que produzem uma necessidade contínua de atualização dos instrumentos mobilizados para desenvolver uma observação do direito e da sua dinâmica (Meccarelli, Paixão & Roesler, 2020).

Me interessa, especificamente, entender a função da categoria "inovação" em relação ao desenvolvimento do discurso jurídico, que se dá ao mesmo tempo de forma *teórica* e *metodológica*. A inovação, de fato, pode ser considerada como uma possível forma de mutação do direito (identificando, portanto, um problema teórico) e ao mesmo tempo como uma ferramenta analítica para analisar a mutação do direito (identificando, portanto, um problema metodológico).

À primeira vista, a palavra, "inovação" pode não parecer um tema de teoria do direito, visto que, efetivamente "inovação" não é especificamente, ou *puramente*, um conceito jurídico. Entretanto, refletir sobre esse conceito parece muito interessante, em particular no ofício do fazer história do direito. Como buscarei demonstrar adiante, essa reflexão nos permite articular a análise, destacando a base pré-jurídica dos sentidos das formas que o direito adquire.

Inicialmente, me interessa identificar algumas delimitações conceituais para testar a possibilidade de considerar a inovação como um problema jurídico. Desse modo, refletirei sobre o *valor situacional* referente à performatividade do direito. Além disso, gostaria de considerar a *dinâmica da objetivação do direito* que, sob essa ótica, pode ser observada (ou seja, a dinâmica que permite identificar o direito como forma especial de normativa com seu próprio valor "objetivo").

## 2. O conceito

Se a "inovação" indica *uma forma radical* de realizar as modificações no marco social, político, econômico, tecnológico, cultural, etc., como seria possível identificar a inovação na mudança jurídica? O que faz com que uma mutação do direito seja considerada como "inovadora"? pode-se falar em um tempo de inovação na experiência jurídica?

As respostas à essas perguntas podem ser só tentativas, porém esse exercício pode ser útil para melhor delinear os contornos do nosso tema. Nesse sentido, podemos considerar duas perspectivas distintas.

A primeira é a partir *do ponto de vista do objeto de análise*. Nesse caso, a inovação jurídica representa uma mudança (no contexto em que é produzida) entendida como um progresso.

2 Propõe-se aqui, munido de um aparato essencial de notas, o texto da conferência apresentada no III Congresso *Information Society and Law,* FMU, em São Paulo, no dia 4 de Novembro de 2020. Tradução em português de Tatiana de Souza Castro. Um estudo mais extenso sobre os resultados dessa pesquisa pode ser encontrado em Massimo Meccarelli, *Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history*, in: Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão, Claudia Roesler (eds.), *Innovation and Transition in Law. Experiences and Theoretical Settings*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 23-44.

Assim sendo, a "inovação" denota uma dinâmica explicitamente declarada (autoafirmada), que se distingue e se apresenta como orientada a produzir uma novidade, uma configuração sem precedentes, no direito.

Se nos debruçarmos sobre a história do pensamento jurídico encontraremos vários exemplos. Uma vez que, quando a finalidade de uma teoria é produzir uma proposta radical, o contraste entre o novo e o velho é um argumento típico.

Do ponto de vista historiográfico, o fato de uma proposta "inovadora" se expressar explicitamente em um discurso jurídico, é considerado como um elemento útil de avaliação para historicizar a experiência.

Por exemplo: para compreender o debate geral sobre a mudança no direito no início da época moderna, pode ser interessante considerar quando um autor "qualifica" a sua teoria como inovadora (como é o caso de Leibniz (1667/1974) em *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*[3], ou Grotius *De iure belli ac pacis*[4], ou mesmo Beccaria (1764/1965) em *Dei delitti e delle pene*,[5] apenas para ilustrar três exemplos distintos). (Iullis, 2010; Hespanha, 2012; Porret, 1997; Chiodi & Garlati, 2015).

O fato de uma intenção ser explicitamente inovadora *é significativo* para compreender a experiência de mudança jurídica, ao mesmo tempo em que *não é suficiente* para demonstrá-la. Como historiadores, para refletir sobre um projeto de inovação jurídica *explicitamente expresso* nas fontes, questionamos e verificamos a importância desse projeto, em termos sobre o seu impacto na jurisprudência e nos regimes normativos. Um aspecto importante da avaliação histórica das ideias sobre a inovação jurídica é, por conseguinte, o exame dos seus vínculos (ou a sua eficácia em relação) com as necessidades de mudança expressadas pelo tecido social ou reivindicadas pela sociedade.

Essas breves considerações nos levam a conclusão de que a auto afirmação do caráter inovador de uma solução jurídica, ainda que seja um *fator determinante* para compreender a ocorrência de uma mudança no direito, *não é suficiente,* como tal, para explicar o significado dessa mudança na experiência histórica.

Isso nos leva a refletir sobre uma segunda perspectiva possível sobre a inovação jurídica: *a inovação reconhecida.* Nos referimos aos fenômenos de mudanças no direito que *nós* – como observadores, externos ao fato – identificamos como inovadores. A inovação que consideramos sob esse ponto de vista, seria como a descrição de uma *determinada forma de ser* na mudança da dimensão jurídica.

Para esse tipo de enfoque, a perspectiva histórica pode ser considerada um campo privilegiado. O direito na história parece estar em um contínuo movimento, porém em uma sequência de descontinuidades, algumas delas nos parecem "inovadoras" pela forma com a qual se destacam ao serem portadoras de uma mudança de paradigma. Nesse sentido, o fato da expressão de

3 Gottfried W. Leibniz, *Nova methodus discendae docendaeque iurisprudentiae*, Francofurti, Zunnerus Leibniz, 1667. Ver: Carmelo M. De Iuliis, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in «Europa e diritto privato», 3, 2010, pp. 711-748; Antonio Manuel Hespanha, *A Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um milénio*, Coimbra Almedina, 2012, 311-332.

4 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis, libri tres, in qui- bus jus naturae et gentium, item juris publici praecipua explicantur*, Parisiis, Nicolaum Buon, 1625, Prolegomena, post medium e ante finem.

5 Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* [1764], edizione a cura di Franco Venturi, Torino Einaudi, 1965. Ver: Michel Porret, (éd.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997; Giovanni Chiodi, Loredana Garlati (a cura di), *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*, Torino, Giappichelli, 2015.

uma *vontade de inovar* tem pouca relevância em relação ao passado. Existem diversos exemplos na história do pensamento jurídico, que são bem eficazes em impulsionar uma mudança no direito, mas que, no entanto, seguem uma estratégia argumentativa baseada na demonstração de uma aparente continuidade da tradição. Pensemos, dentre muitos outros, nos protagonistas da escolástica ibérica do início da idade moderna.

Por exemplo, sabemos que a teoria de Francisco de Vitoria (1538/1967) sobre o *ius peregrinandi* e o *ius communicationis*[6] é inovadora porque introduz uma forma diferente de conceber a proteção jurídica e permite o emprego do direito europeu em um novo contexto, como o espaço possível do novo mundo (Meccarelli et al, 2014a, 2014b; Magalhães,2013; Garriga, 2010). A invenção dos direitos individuais no caso de Vitoria permite à tradição do *ius commune* de operar em um novo mundo, no qual de outra forma não teria tido nenhuma possibilidade de ser implementada (já que o novo mundo carecia dos pressupostos culturais, históricos e espirituais, que formavam a base pré-jurídica de sentido dessa tradição). Esse resultado, segundo o nosso ponto de vista, não é afetado pelo fato de que essa teoria seja concebida em continuidade com a tradição Costa (2001)[7], e contribui para que os direitos individuais sigam sendo o resultado do dimensionamento jurídico da justiça (Meccarelli, 2017)[8]. Em outras palavras, não há uma inovação auto afirmada no caso de Vitoria, porém, de fora, podemos identificar facilmente o caráter impactante e inovador da sua teoria.

Em outros casos, o fato de reconhecer uma inovação no pensamento jurídico confirma o seu caráter autoafirmado. A teoria do contrato social de Thomas Hobbes nos parece inovadora. Como historiadores podemos identificar que ela oferece uma solução sem precedentes ao problema da fundação do poder político e da coesão social. Ao mesmo tempo em que possibilita uma solução inédita ao tema da proteção jurídica através da proteção dos direitos, que deixa de ser visto como um problema de justiça (na comunidade) e se transforma em um instrumento para a implementação de um princípio de liberdade (individual).

Se trata, de fato, de um conceito da modernização que se sobrepõe a tradição: se baseia em uma inédita justaposição entre o *ius* (cujo significado, na compreensão de Hobbes, se reduz ao de *right,* seria o direito da pessoa) – e *lex* (cujo significado seria o de *law*, no sentido de *statutory law*, isto é, a lei)[9]. A consequência radical dessa construção discursiva é que os direitos individuais são frutos da vontade do legislador, que, através da sua norma jurídica, outorga direitos. O caráter inovador que identificamos na teoria de Hobbes está inegavelmente associado a um propósito deliberado de descontinuidade para conseguir explicar a ordem jurídica, sem a

6 Francisco De Vitoria, Francisco [1538], *De indis recenter inventis*, edicion critica por L. Pereña y J.M. Perey Prendes, CSIC, Madrid, 1967, Sectio tertia, nn. 2-12. Ver. Pietro Costa, *Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica*, in: Massimo Meccarelli et al. (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2014, pp. 27-80; Juliana Neuenschwander Magalhães. *A formação do conceito de direitos humanos*, Curitiba, Juruá, 2013; Massimo Meccarelli, *La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia*, in «Giornale di storia costituzionale», 27, 1, 2014, pp. 67-79; Carlos Garriga, *Continuidad y cambio del orden juridico*, in Id. (coord.), *Historia y constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, CIDE, 2010, pp. 59-65.

7 Pietro Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

8 Massimo Meccarelli, *Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica*, in: Letterio Mauro, (ed.), *Social Cohesion and Human Rights. Reflections on the contemporary society*, Milano, Franco Angeli, 2017, pp. 9-32.

9 Thomas Hobbes, *Leviathan or the Matter, Forme & Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civill* [1651], Text edited by A. R. Waller, Cambridge, 1904, part I, chapter 14, p. 86 e chapter 15, pp. 97-98. Essa escolha pela descontinuidade, além disso, se manifesta também como uma crítica radical à jurisprudência tradicional. Nesse sentido, podemos rever a parte na qual Hobbes sinaliza "some foolish opinions of Lawyers concerning the making of Lawes" para criticar a atitude dessa "juris prudentia" de fazer direito (part II, chapter 26, pp. 189-193).

necessidade da tradição. Ao mesmo tempo, a reconhecemos como inovadora porque nos parece destacada em respeito ao contexto ao qual faz parte.

Pelas mesmas razões podemos considerar a teoria do contrato social de Jean Jacques Rousseau como inovadora[10], embora faça parte da trajetória de Hobbes. Na verdade, isso se dá em uma nova perspectiva, que se concentra no cidadão e no povo soberano, identificando novos problemas chaves, como o do poder constituinte da representação (Fioravanti, 1998). Além disso, identifica uma referência social diferente do habitual: os destinatários não são somente juristas letrados, senão em um sentido mais ilustrado, são os intelectuais. E não menos importante, é o fato de que suas teorias logo encontraram um terreno para uma implementação a nível institucional (por exemplo, na *Déclaration de droit de l'homme e du citoyen* de 1789).

Nota-se que o pensamento dos três autores mencionados representa três exemplos diversos de inovação jurídica. Isto é, a justificativa de inovação que nós, os observadores, descobrimos nesses objetos de investigação se dá de formas distintas, pois é sempre entendida de acordo com o contexto no qual é produzida. Logo, com a inovação reconhecida pretendemos captar um *caráter intrínseco objetivo*, um valor agregado ao objeto de análise que o diferencia dos demais. Ao mesmo tempo, esse valor agregado parece *relativo*, uma vez que depende, necessariamente, de qual *a priori* escolhemos, enquanto observadores. Ainda que a inovação reconhecida confirme seu valor analítico, também apresenta seus limites.

Reflitamos de forma sintética a respeito dos tipos de inovação com os quais estamos trabalhando: a "autoafirmada" e a "reconhecida". Em ambos os casos a inovação jurídica não se apresenta como uma categoria de *caráter transcendental,* na medida em que, nunca pode constituir um conceito independente da dimensão histórica, logo, não pode representar um *a priori* para ordenar e considerar as experiências.

Ao contrário, seu valor analítico reside em sua *atitude situacional*, ou seja, na forma com a qual explica o vínculo entre o marco circunstancial e o fenômeno de mudança jurídica. A "inovação" nos permite identificar uma *determinada forma de pensar o direito* no marco circunstancial. E por conseguinte, nos permite compreender os níveis de complexidade e as estruturas desse marco.

Então, o que entendemos quando falamos de inovação jurídica? Podemos considerar a inovação jurídica como um regime do direito (no sentido de uma particular configuração ordenadora identificada na dimensão da experiência)? Se a pergunta se baseia nesses termos, a resposta seria negativa. Se a inovação jurídica, como temos dito, consiste, sobretudo, em uma *maneira de considerar o direito na sociedade* – que se vê necessariamente afetada pela realidade do ponto de vista – dificilmente pode ser concebida como um *regime do direito.*

Todavia, devido ao seu caráter situacional, parece plausível pensar em inovação como um *tempo do direito* se a entendermos como um indicador de um *regime de historicidade,* no sentido especificado por François Hartog: uma determinada forma de pensar o vínculo entre passado, presente e futuro, uma "experiência do tempo" na qual as inter-relações das "categorias de passado, presente e futuro dão ordem e sentido" (Hartog, 2015; Paixão, 2013).[11] Nessa perspectiva parece fundamentada a ideia de um *tempo de inovação que dá forma à dimensão jurídica.*

10 Costa, *Civitas*, cit.; Maurizio Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano*. Bologna, il Mulino, 1998.

11 François Hartog, *Regimes of Historicity*, New York, Columbia University Press, 2015, pp. XV-XVII e pp. 11-16; Cristiano Paixão, *Tempo presente e regimes da historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito*, in: Ricardo Marcelo Fonseca (org.), *As formas do direito. Ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade)*, Curitiba, Juruá, 2013, pp. 77-87.

## 3. Inovação e transição no direito

Resumindo: a "inovação" sustenta sua plausibilidade como categoria jurídica e o seu valor intrínseco para compreender a mudança no direito. Ao mesmo tempo, devido ao seu limite constitutivo (não é uma categoria autossuficiente) se faz necessário levar em consideração um conceito complementar que, identificando um regime do direito, permita considerar o tempo da inovação jurídica.

Uma categoria complementar nesse sentido, segundo a minha opinião, seria a "transição" (Costa, 2019; Pombeni, 2016)[12]. A transição, assim como a inovação, consiste em uma dinâmica de gestão do tempo na mudança jurídica. Não obstante, se a inovação descreve somente um regime do tempo no direito (um regime de historicidade), a transição também pode constituir um regime jurídico, e, consequentemente, pode constituir um *lugar de ocorrência* para a inovação.

Deveras, se considerarmos a "transição" em uma *chave descritiva*, como uma fase histórica entre um ponto de partida e um ponto de chegada, ela representará o *marco temporal* no qual se produz uma mudança no direito. Na complexa interação de forças entre continuidades e rupturas, podemos buscar o surgimento da *inovação na transição.*

A relevância da transição para o nosso problema, em detectar a inovação no direito, é ainda mais evidente se considerarmos a transição sob um ponto de vista diferente, como um *tempo atributivo*, isto é, uma condição temporal capaz de atribuir ao direito características, conteúdos e funções específicas. Se o tempo descritivo contém a ocorrência do direito, o tempo atributivo, por sua vez, representa o *regime do direito.*

A transição, especificamente, é um tempo atributivo que vincula o direito a uma *condição de impermanência.* O espaço da transição, como tal, é o produtor de configurações jurídicas circunstanciais, que atuam para o presente. Ao mesmo tempo, no que tange ao futuro, essas configurações jurídicas se refletem como limitações e pré condições. Em outros termos, os efeitos do direito de transição, se projetam inevitavelmente na fase posterior. Esse caráter *atributivo e ultra-ativo* do regime jurídico de transição *abre um horizonte de possibilidades* pela inovação e ao mesmo tempo *define a condição* possível para emergir a inovação.

A este respeito, pensem no problema da transição democrática na Itália (1943-1948) e a questão das responsabilidades a serem atribuídas ao fascismo após o fim da Segunda Guerra Mundial. Sendo assim, é muito relevante o tema da relação entre as opções circunstanciais (ou seja, a exigência de uma justiça restaurativa para com as vítimas do regime que se confronta com a exigência de uma justiça de conciliação para obter a pacificação nacional) e os efeitos pós-transição, como a permanência daqueles magistrados no judiciário e de funcionários na alta administração do Estado, assim como na classe política; a preservação dos códigos penais (substancial e processual) produzidos durante o fascismo; bem como o surgimento, a partir dos problemas técnicos e éticos colocados pela legislação contraditória sobre a justiça transicional, do debate doutrinário sobre as características a serem atribuídas ao direito penal em um Estado

12 Sobre os mais recentes sobre o tema, ver: Costa, Pietro (2019), *La "transizione": uno strumento metastoriografico?*, in «Diacronìa. Rivista di storia della filosofia del diritto», 1, 2019, pp. 13-4; Paolo Pombeni (ed.), *The Historiography of Transition. Critical Phases in the Development of Modernity (1945-1973)*, New York, Routledge, 2016.

democrático). (Pombeni, 2016; Bernardini et al., 2017; Focardi & Nubola, 2015; Caroli, 2020; Bolzon & Verardo, 2018; Melis, 2003; Meniconi, 2017; Paixão & Meccarelli [2021]).[13]

## 3.1. A díade "inovação-transição" e a objetivação do direito

Sem, contudo, nos determos demasiado em exemplos[14], digamos simplesmente que para essas características (ou seja, uma temporalidade atributiva e ultra-ativa) a transição nos permite adquirir um ponto de vista analítico sobre os processos de inovação. Destarte, os dois conceitos são *complementares* nesse sentido: a categoria "inovação", nos permite compreender uma *determinada forma de pensar o direito* no marco circunstancial. Por outro lado, o conceito de "transição", entendido como tempo atributivo, parece revelar uma *maneira de ser do direito.* A partir disso, é possível considerar a possibilidade de *"inovação-transição" como uma díade conceitual.*

Gostaria brevemente de refletir sobre o valor heurístico dessa combinação, entre a inovação, que nos permite ler uma *experiência do tempo*, e a transição que nos permite ver a produção de um *regime jurídico*.

Iniciarei destacando que a inovação-transição nos ajuda a entender o *caráter situacional* por de trás das formas que o direito adquire. Isso revela a possibilidade de redescobrir uma dinâmica que a modernidade jurídica tem eclipsado.

Me refiro a *objetivação do direito* (isto é, à dinâmica de transformação dos fatos sociais em fatos normativos, do desenvolvimento de uma jurisprudência capaz de reconhecer a importância jurídica dos mesmos, da construção de um conhecimento jurídico baseado em um diagnóstico sobre os fatos sociais.) À vista disso, outra contribuição heurística que a díade inovação-transição pode oferecer é a da *desdogmatização das categorias jurídicas.*

Gostaria ainda de me concentrar brevemente sobre a dinâmica da objetivação do direito e logo retomar a conclusão da questão de sua desdogmatização.

Considero que, em primeiro lugar, seja conveniente resumir o processo histórico que eliminou e desconectou a hermenêutica jurídica do âmbito da objetivação do direito. A historiografia[15] entende a "*modernidade jurídica*" como um ponto de inflexão cultural e científica na compreensão do direito. Trata-se de um processo de longa duração, que, na Europa, marca o desprendimento das formas e estruturas estabelecidas durante a experiência medieval (baseada na dinâmica jurisprudencial de construção da ordem jurídica) (Grossi, 2003; Hespanha, 2012; Cacciari & Irti, 2019). A modernidade proporcionou um conceito de direito baseado na

13 Sobre esse tema ver: Pombeni, *The Historiography of Transition*, cit.; Giovanni Bernardini, et al. (a cura di), *L'età costituente: Italia 1945-1948*, Bologna, il Mulino, 2017; Giovanni Focardi, Cecilia Nubola (a cura di), *Nei Tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia repubblicana*, Bologna, il Mulino, 2015; Paolo Caroli, *Il potere di non punire. Uno studio sull'amnistia Togliatti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020; Irene Bolzon, Fabio Verardo (a cura di), *Cercare giustizia. L'azione giudiziaria in transizione*, Trieste, Istituto regionale per la storia della Resistenza e dell'Età contemporanea nel Friuli Venezia Giulia, 2018; Guido Melis, *Note sull'epurazione dei ministeri, 1944-1946*, in: «Ventunesimo secolo. Rivista di studi sulle transizioni», 2, 2003, pp. 17-52; Antonella Meniconi, *La magistratura nella storia costituzionale repubblicana*, in «Nomos. L'attualità nel diritto», 1, 2017, pp.1-19; Cristiano Paixão, Massimo Meccarelli (eds.), *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe*, Berlin, Springer, [2021] (forthcoming).

14 Ver *infra* a parte 3.2.

15 Paolo Grossi, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2003; Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2005; Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia.* Coimbra: Almedina. 2012. cit. Para uma perspectiva filosófica sobre o problema atual, ver: Massimo Cacciari, Natalino Irti, *Elogio del diritto*, Milano, La nave di Teseo, 2019.

ideia de primazia do poder político e, portanto, da pertinência da lei como fonte principal do direito. Essa transformação tomou forma na Europa continental, a partir de novos enfoques sobre o direito natural nos séculos XVI e XVII, e encontrou uma completa configuração no século XIX com o estabelecimento de sistemas jurídicos codificados (Meccarelli, 2016)[16]. E de fato, nesse itinerário se redefiniu o papel do Judiciário e do direito jurisprudencial. Destaco, especificamente, a criação da "cassação" na França após a Revolução (Hálperin, 1987; Montazel, 1998; Del Frate, 2005)[17]. Com ela se promoveu um modelo de juízo e de procedimentos judiciais (Calamandrei, 1921; Calogero, 1937)[18], que tem tido muito sucesso no continente europeu, o que implicou a compreensão de uma jurisprudência inteiramente dedicada à aplicação da lei e que já não podia exercer uma tarefa nomopoiética.

É uma dinâmica na história impulsionada de uma mudança de paradigma: do *ordo iuris* ao *systema iuris* (Cappellini, 2010)[19]*.* É justamente essa mudança que gera a *desconexão da jurisprudência da dinâmica da objetivação do direito*. Trata-se de um processo de *ressignificação do conceito de jurisprudência,* originalmente desenhado para relativizar, e, com isso, atualizar o direito existente. A ressignificação procura tornar a jurisprudência um instrumento para promover a hipostatização (e logo a dogmatização) do direito.

Essa mudança – que afetou primeiramente o método de interpretação do direito e da produção do saber jurídico – contribuiu para a redefinição da natureza da jurisprudência e para reorientar o papel dos juristas. Como efeito, o *processo de manifestação do direito deixou de ser um fenômeno que se objetivava* através da uma atividade hermenêutica.

Nossas considerações em relação as possibilidades que o valor situacional da inovação e da transição oferecem, nos induzem a ponderar sobre uma última questão. A utilização delas enquanto categorias analíticas, na medida em que nos dá uma perspectiva dos processos de objetivação do direito, nos permite *obter um ponto de vista diferente sobre os conceitos jurídicos* e sua utilização. Em consequência, isso nos leva a considerá-las fora do âmbito abstrato (dogmático) no qual convencionalmente se encontram.

Isso significa que através da díade inovação-transição podemos observar as categorias e os conceitos jurídicos em suas funções originais e, consequentemente, compreender as limitações da sua sustentabilidade teórica. Ou seja, os pressupostos, que, originalmente, justificam a razão de ser e, por conseguinte, a viabilidade do conceito jurídico. Enfatizar, redescobrir, esses limites constitutivos das categorias e configurações jurídicas, nos ajudam a verificar a adequação do uso dos nossos instrumentos conceituais convencionais em relação aos problemas atuais.

A inovação-transição nos auxilia, em outras palavras, a recuperar uma perspectiva de sentido para aqueles *fundamentos das estruturas legais* que sob o prisma de um desenvolvimento no campo dogmático seria impossível de ser compreendido. Dessa forma, me refiro a uma possibilidade de alcançar uma desdogmatização dos conceitos jurídicos.

16 Massimo Meccarelli, *Pensare la legge nel tempo dell'autonomia del diritto*, in: Claudia Storti, (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 127-157.

17 Jean Louis Halpérin, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*, Paris, LGDJ, 1987; Laurence Montazel, *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire: les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au 19. Siècle*, Frankfurt am main, Klostermann, 1998; Paolo Alvazzi Del Frate, *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2005.

18 Para o debate italiano, ver dentre outros: Calamandrei (1921), Calogero (1937). Piero Calamandrei, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, Bocca, 1920 voll.2; Guido Calogero, *La logica del giudice il suo controllo in cassazione*, Padova, CEDAM, 1937.

19 Paolo Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 243-246.

## 3.2. A inovação-transição como instrumento analítico para a história do direito e as ciências jurídicas

À luz do que observamos, parece evidente a relevância no campo histórico-jurídico de um instrumento analítico como a díade inovação/transição. Podemos mencionar o estudo das transformações institucionais de longo prazo (como o exemplo já mencionado dos tribunais supremos do século XIX, ou no estabelecimento de instituições e disposições ordenadas em contextos pós-coloniais, nas quais as transformações são marcadas pela resistência das estruturas sociais e políticas do passado) (Silva, 2010; Garriga, 2010; Sariñena et al., 2012; Sastre, 2015; Aguero et al., 2018) [20] . Ou ainda citarmos segmentos específicos da história nos quais é possível considerar o surgimento de regimes de historicidade atributivos e ultra ativos como os relacionados à transição democrática (tanto do lado penal como do constitucional (Sbriccoli, 2009))[21].

No campo da história constitucional, de uma forma geral, é possível reler o fenômeno do processo de produção das ordens constitucionais, tendo em consideração os fatores constituintes, bem como os fatores constitutivos (que surgem nas condições de impermanência atributivas como a transição, a exceção e, em geral, a crise) (Paixão & Meccarelli, 2020) [22]. E também o campo do direito privado em que se apresenta essa estrutura (como algumas instituições chaves da codificação civil, como os direitos reais[23] e de matrimônio)[24] (Gravina, 2013; Fonseca, 2004,2005; Solimano, 2017; Mastrolia, 2018).

Todavia, além disso, devemos observar (isso ocorre com frequência com as perspectivas analíticas capazes de iluminar a experiência histórico-jurídica), a dupla inovação-transição – em particular devido a sua pertinência com o tema da objetivação do direito –, parece relevante também para analisar diferentes cenários da atual mudança no direito. Penso em primeiro lugar no problema das novas formas de normatividade jurídica, ao policentrismo jurídico e a interlegalidade. Os problemas sobre os quais somos chamados a refletir nos dias atuais, nos levam cada vez mais a considerar um *espaço multi-normativo*, que não parece se assemelhar ao formato monista dos sistemas jurídicos estatais (estabelecidos desde o século XIX até o XX) e as categoria relacionadas com o mesmo (Hespanha, 2019)[25].

20 Paixão, *Tempo presente e regimes da historicidade*, cit.; Cristina Nogueira Da Silva, *Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos*, in «Africana Studia, Revista Internacional de Estudos Africanos», 14, 2010, pp. 231-254; Carlos Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Mexico D.F., Instituto Mora, 2010; Marta Lorente Sariñena et al., *El momento gaditano. la Constitución en el orbe hispánico*, Madrid, Cortes Generales, 2012; Maria Julia Solla Sastre, *Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898*, in «Rechtsgeschichte», 23, 2015, pp. 222-238; Alejandro Agüero et al. (coords.), *Jurisdicciones, Soberanías, Administraciones. Configuracíon de los espacios políticos en la construcíon del los Estados nacionales en Iberoamerica*, Cordoba, Universidad Nacional de Cordoba, 2018.

21 Como por exemplo, em relação ao direito de transição e sua ultra atividade na Itália após a II Guerra Mundial. Ver *supra* nota 12, Mario Sbriccoli, *Il problema penale* [2001], in: Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 695-715; e também em relação ao Brasil, América do Sul, Espanha e Portugal, Paixão/Meccarelli, *Comparing transitions to democracy*, cit.

22 Para una perspectiva nesse sentido, ver: Cristiano Paixão, Massimo Meccarelli, *Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems*, in «Giornale di storia costituzionale», 2, 40, 2020.

23 Giacomo Pace Gravina, *Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 42, 2013, pp. 435-469; Id., *«La enfiteusi ebbe ospitalità nel codice nostro». L'inclusione di un istituto controverso nel codice civile del 1865*, in «Rivista di storia del diritto italiano», LXXXIX, 2016, pp. 29-46; Ricardo Marcelo Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 33/34, 2004.2005, pp. 963-983.

24 Também nesse campo, existem investigações recente particularmente significativas. Como a Itália napoleônica estudada por Stefano Solimano, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, Giappichelli, 2017; Paola Mastrolia, *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*, Torino, Giappichelli, 2018.

25 Antonio Manuel Hespanha, *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático. prospetivas do direito no século XXI*, Coimbra, Almendina, 2019.

Em consequência, o conceito moderno de direito nos leva a considerar o surgimento da normativa jurídica como um problema de identificação das fontes do direito e da sistematização da sua relação mútua. Ou seja, as categorias que descrevem o surgimento da normativa jurídica foram definidas a partir do *resultado* para regular uma atividade de *produção* do direito. Deixou-se em segundo plano o seu valor como processo, e, portanto, a possibilidade de enquadrá-lo como fenômeno de *objetivação* do direito. Por isso, consideramos necessário recuperar em nosso discurso jurídico uma sensibilidade com os *fatos sociais* e, por conseguinte, com o *valor situacional* do direito, o qual contribuímos a construir.

Devido a díade inovação-transição, portanto, podemos recuperar um nível de compreensão da fenomenologia jurídica relevante tanto para o passado quanto para o presente. Trata-se de valorizar a atitude pragmática e interdisciplinar da hermenêutica jurídica, de superar a dogmática como horizonte de pensabilidade dos conceitos e das categorias jurídicas levando em consideração o problema do diagnóstico cognitivo do social como um elemento da elaboração das categorias jurídicas (Grossi, 2006, 2017, 2020)[26]. Em outras palavras, ocupar-se do tempo da inovação (e, portanto, da transição) representa uma oportunidade para a ciência jurídica (nas suas diferentes áreas), não apenas para sustentar sua própria capacidade de desenvolvimento como uma ciência crítica, mas também para alcançar uma margem de avanço, com a finalidade de ser *efetivamente* inovadora.

## Referências

Agüero, A. et al. (Coord.). (2018). *Jurisdicciones, Soberanías, administraciones. configuracíon de los espacios políticos en la construcíon del los Estados nacionales en Iberoamerica*. Universidad Nacional de Cordoba.

Bernardini, G. et al. (2016). *L'età costituente: Italia 1945-1948*. Il Mulino.

Bolzon, I. &, Verardo F. (Ed.). (2018). *Cercare giustizia. L'azione giudiziaria in transizione*. Trieste, Istituto regionale per la storia della Resistenza e dell'Età contemporanea nel Friuli Venezia Giulia.

Del Frate, P. A. (2005). *Giurisprudenza e référé législatif in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleônico*. Giappichelli.

Cappellini, P. (2010). *Storie di concetti giuridici*. Giappichelli.

Calamandrei, P. (1921). *La Cassazione civile*. (vol. 2) Bocca.

Calogero, G. (1937). *La logica del giudice il suo controllo in cassazione*. CEDAM.

Caroli, P. (2020). *Il potere di non punire: Uno studio sull'amnistia Togliatti*. Edizioni Scientifiche Italiane.

Costa, P. (2001). *Civitas storia della cittadinanza in Europa (Collezione storica)*. Laterza.

26 Para um estudo sobre essa perspectiva, ver: Paolo Grossi, *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, in: Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 251-278; Id., *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017; Id., *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020.

Costa, P. (2014). Dai diritti naturali ai diritti umani: episodi di retorica universalistica. In M. Meccarelli et al. *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell'individuo*. (pp. 27-80). Universidad Carlos III de Madrid.

Costa, P. (2019). La "transizione": uno strumento metastoriografico? *Diacronìa. Rivista di storia della filosofia del diritto*, (1), 13-14.

Chiodi, G, & Garlati L. (2015). *Dialogando con Beccaria: le stagioni del processo penale italiano*. Giappichelli.

Fioravanti, M. (1998). *Costituzione e popolo sovrano*. Il Mulino.

Focardi, G, & Nubola, C. (2015). *Nei Tribunali: Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell'Italia republicana*. Bologna: il Mulino.

Fonseca, R. M. (2004/2005). Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Settecento e Novecento. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno,* (33/34), 963-983.

Garriga, C. A. (Ed.). (2010). Continuidad y cambio del orden jurídico. In *Historia y constitución: Trayectos del constitucionalismo hispano*. (pp. 59-65). CIDE.

Garriga, C. A. (Ed.). (2010). *Historia y Constitución: Trayectos del constitucionalismo hispano*. Instituto Mora.

Grossi, P. (2003). *Prima lezione di diritto*. Laterza.

Grossi, P. (2005). *Mitologie giuridiche della modernità*. Giuffrè.

Grossi, P. (2006). La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemológico. In *Società, diritto, Stato: Un recupero per il diritto*. (pp. 251-278). Giuffrè.

Grossi, P. (2017). L'invenzione del diritto. Laterza.

Grossi, P. (2020). Oltre la legalità, Laterza.

Gravina, G. P. (2013). Ascesa e caduta del dominio diretto. Una lettura dell'enfiteusi nella codificazione italiana. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, (42), 435-469.

Gravina, G. P. (2016). La enfiteusi ebbe ospitalità nel codice nostro. L'inclusione di un istituto controverso nel codice civile del 1865. *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, (89), 29-46.

Grotius, H. (1625). *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres. In quibus jus naturæ & gentium, item juris publici praecipua explicantur*. Nicolaum Buon.

Hartog, F. (2015). *Regimes of Historicity*. Columbia University Press. (pp. XV-XVII, pp. 11-16.)

Halperin, J. L. (1987). *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution*. LGDJ.

Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica européia: síntese de um milénio*. (pp. 311-332). Almedina.

Hespanha, A. M. (2019). *Pluralismo jurídico e direito democrático: prospetivas do direito no século XXI*. Almendina.

Hobbes, T., Waller, A. R. (1951/1904). *Leviathan: or the matter, forme & power of a commonwealth, ecclesiasticall and civill*. Cambridge University Press.

Iuliis, C. M. (2010). Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmática. *Europa e diritto privato*, (3), 711-748.

Magalhães, J. N. (2013). *A formação do conceito de direitos humanos*. Juruá.

Massimo, C, & Irti, N. (2019). *Elogio del diritto*. La nave di Teseo.

Mastrolia, P. (2018). *L'ombra lunga della tradizione. Cultura giuridica e prassi matrimoniale nel Regno di Napoli (1809-1815)*. Giappichelli.

Meccarelli, M. (2014). La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia. *Giornale di storia costituzionale*, 27 (1), 67-79.

Meccarelli, M. (2016). Pensare la legge nel tempo dell'autonomia del diritto. In C. S. Storti, (Ed.). Le legalità e le crisi della legalità. pp. 127-157. (pp.127-157)Giappichelli.

Meccarelli, M. (2017). Diritti e coesione sociale. Una prospettiva storico-giuridica. In M. Letterio (Ed.). *Social Cohesion and Human Rights: Reflections on the contemporary society*. (pp. 9-32) Franco Angeli.

Meccarelli, M. (2020). Time of innovation and time of transition shaping the legal dimension: a methodological approach from legal history. In M. Meccarelli, C. Paixão, C. Roesler (Ed.). *Innovation and Transition in Law: Experiences and Theoretical Settings*. (pp. 23-44) Dykinson.

Melis, G. (2003). Note sull'epurazione dei ministeri, 1944-1946. *Ventunesimo secolo: Rivista di studi sulle transizion*, (2), 17-52.

Meniconi, A. (2017). La magistratura nella storia costituzionale repubblicana. *Nomos: L'attualità nel diritto*, (1), 1-19.

Montazel, L. (1998). *Entre fait et droit: histoire d'un pouvoir judiciaire: les techniques de la cassation civile en France et en Allemagne au 19. Siècle*. Klostermann.

Paixão, C. (2013). Tempo presente e regimes da historicidade: perspectivas de investigação para a história do direito. In R. M. Fonseca (Org.). *As formas do direito. Ordem, razão e decisão (experiências jurídicas antes e depois da modernidade*. (pp.77-87). Juruá.

Paixão, C. &, Meccarelli, M. (Ed.). (2021). *Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America and Europe.* Springer. (forthcoming).

Paixao, C. &, Meccarelli, M. (2020). Constituent power and constitution-making process in Brazil: concepts, themes, problems. *Giornale di Storia Costituzionale*, 2 (40).

Pombeni, P. (Ed.). (2016). *The Historiography of Transition. Critical Phases in the Development of Modernity (1945-1973).* Routledge.

Porret, M. (Ed.). (1997). *Beccaria et la culture juridique des Lumières*. Droz.

Sariñena, M. L. et al. (2012). *El momento gaditano: la Constitución en el orbe hispânico*. Cortes Generales.

Sastre, M. J. S. (2015). Ultramar excepcional. La construcción de un espacio jurídico para España y sus colonias, 1837-1898. *Rechtsgeschichte*, (23), 222-238.

Sbriccoli, M. (2009). *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007).* (pp.695-715) Giuffrè Editore.

Silva, C. N. (2010). Escravos e direitos fundamentais no pensamento constitucional e político de oitocentos. *Africana Studia: Revista Internacional de Estudos Africanos*, (14), 231-254.

Solimano, S. (2017). *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814).* Giappichelli.

Data de recebimento: 17/10/2020

Data de aprovação: 20/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Direito e história

## Questões para uma estranha disciplina

*Law and history*

*Questions for a strange discipline*

**José Reinaldo de Lima Lopes**[1]

1 Universidade de São Paulo (USP).

## RESUMO

O caráter prático do saber jurídico implica sua dimensão normativa e histórica. Assim, o estudo do direito – por ser aprendizado de uma disciplina prática – não pode tomá-lo como um objeto que exista fora e independentemente dos sujeitos que lhe dão existência. O direito é ontologicamente subjetivo, mas epistemologicamente objetivo, como as línguas, por exemplo. Por isso, o aprendizado do direito sempre é hermenêutico e nessa esfera assemelha-se muito à história. De fato, ela também consiste em apreender do passado os vestígios das ações humanas e de seus sentidos, e por meio deles compreender os vestígios puramente materiais deixados. Por essa semelhança de pontos de vista, a história do direito nunca se separa de seu próprio objeto, o direito vigente, e este não pode ser aprendido a não ser levando em conta sua dimensão temporal.

**Palavras-chave:** história, direito, filosofia, hermenêutica, prática, ensino do direito.

## ABSTRACT

The practical character of legal knowledge implies its normative and historical dimension. Studying law – due to this practical aspect of a practical discipline – cannot assume that law is an independently existing object, external to the subjects through which it lives on. Law is ontologically subjective, but epistemologically subjective, just like human languages. Therefore legal learning is always hermeneutical and thus it is similar to history. In fact, history means recovering from the past the existing vestiges of the senses of human actions, and through them reconstructing the material vestiges left behind. Because of these similar points of view, legal history is never severed from the existing law, which in turn cannot be learned except taking into account its temporal dimension.

**Keywords:** history, law, philosophy, hermeneutics, practice, legal education.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78733

O direito é uma estranha disciplina. Como todas as outras, desenvolve-se historicamente: direito e medicina de hoje não são os mesmos de há quinhentos, mil ou dois mil anos atrás. Ao contrário da medicina, porém, juristas de duzentos, quinhentos anos atrás podem ser lidos ainda hoje com proveito. Nisso, o direito assemelha-se mais à filosofia, ou à literatura do que às ciências em geral, inclusive as pretensas ciências sociais.[2] O direito distingue-se de outros campos de saber universitário, uma vez que para aprendê-lo não basta dispor de informações. Como se dizia na filosofia clássica, o direito é parte das ciências práticas, coisa que soa como um oxímoro para a mentalidade científica moderna. O jurista não é observador nem simples manipulador de seu objeto: não é simples cientista moderno que o observa e explica, nem puro técnico, que produz coisas a serem manipuladas. O jurista *usa* o direito e ao usá-lo o torna real, atual, existente. Seja ele o jurista acadêmico que realiza o direito ao fazer doutrina, seja ele o jurista prático, que o realiza decidindo, fazendo negócios jurídicos ou emitindo sentenças e outros atos, faz o direito aparecer e manter-se no mundo. Esse direito tem uma existência no tempo e por isso se diz histórico: está na mesma dimensão que as ações humanas.[3]

Aprender e ensinar direito assemelham-se, por isso, a aprender e ensinar uma língua: trata-se de uma prática. Prática, mas não técnica no sentido estrito. É um modo de agir, mas não um modo de produzir ou fabricar coisas externas aos agentes. A distinção entre prática e técnica nem sempre é clara para os juristas: prática é a ação cujo resultado não pode separar-se dos sujeitos *praticantes*, enquanto a técnica resulta em produtos separados dos agentes. Uma ponte, uma casa, um *software* de computador são produzidos por meio da técnica; uma vida individual, uma obra de literatura, um tribunal, uma escola ou um hospital resultam da prática, pois embora existam de fato, não podem existir sem os agentes (sem a pessoa humana que vive, sem os leitores, sem os juízes e partes, sem alunos ou professores, sem médicos e pacientes). O direito está na categoria dos objetos da prática, não da fabricação. Não é independente de como os agentes da prática o concebem, nem das instituições dentro das quais agem.

É devido à natureza *prática* do direito que sua história interessa. Não é simplesmente porque "o direito é histórico". Essa afirmação assim simples é desnecessária platitude. Também a medicina, a engenharia e a ciência da computação são históricas nesse sentido trivial: passaram a existir em certo momento, mudaram ao longo do tempo. Como disciplinas e ciências, só existem porque nós, seres humanos, as constituímos, não as apanhamos em árvores.

No caso do direito, aprendê-lo significa entrar numa prática já em andamento, fazer parte de uma tradição, não começar do zero. Em certos momentos aparecem ideais revolucionários com a pretensão de zerar tudo: na Revolução Francesa pretendeu-se mudar o calendário, começar uma nova contagem do tempo, fazer de conta que começava uma vida totalmente nova. Não deu certo. Os padeiros continuaram a fazer o pão como faziam antes: a prática da alimentação continuou como antes. A vida se impôs às pretensões dos intelectuais. Essa vida material, como diz Braudel,

> vive sob o signo da rotina: semeia-se o trigo como sempre foi semeado; planta-se o milho como sempre foi plantado; aplaina-se o solo do arrozal como sempre se aplanou; navega-se pelo Mar Vermelho como sempre se navegou...Um passado obstinadamente presente, voraz, consome de maneira monótona o frágil tempo dos homens (Braudel, 1979, p. 15).

2 Cf. Kenny (2008, p. 15).

3 Como diz Caroni, sem referir-se como faço à filosofia da ação, "a dimensão temporal é inerente ao direito. Não o acompanha, não o decora, nem o enquadra, mas *conota-o*. Confere-lhe aquela estrutura que nos permite percebê-lo conscientemente." (Caroni, 2009, p.71).

Essas diferenças materiais convivem com certo sentimento de contemporaneidade de ideias em certos âmbitos. De certo modo somos contemporâneos de Voltaire, e sob certos aspectos talvez não fosse difícil conversar com ele se uma máquina do tempo nos fizesse voltar ao século XVIII, diz o mesmo Braudel (1979, p. 14).

No direito encontramos contraste parecido: existe certa materialidade que nos é estranha, e existe alguma familiaridade de pensamento. Se nos encontrássemos num fórum do século XVIII, teríamos uma grande sensação de estranhamento, seja com as coisas e o comportamento das pessoas, seja com os conflitos que apareceriam, sejam com os pressupostos usados pelos agentes, seja com a maneira de conduzir a audiência, a redução a termo dos atos e assim por diante. Mas se abríssemos um livro de doutrina ou de teoria de Cesare Beccaria ou Jeremy Bentham não seria difícil entender algumas ou muitas coisas do que lá está escrito. O direito vive no tempo por meio dos agentes que lhe dão vida, não por vestígios inanimados. A ruína de um edifício onde se disputavam questões jurídicas – de um *palácio de justiça*, um *fórum* - precisa ser revivida pelo que podemos conhecer por outros meios, não materiais. Precisamos saber *o que se fazia* ali para termos ideia do que era, até mesmo para termos ideia de quais são as suas partes, seus aposentos, seus cômodos, suas câmaras... E precisamos saber que espécie de conflito estruturante determinava as formas do direito. O que conseguimos perceber nos textos e nos testemunhos dos juristas muda de sentido quando nos damos conta das circunstâncias todas em que eles foram originalmente produzidos, da mesma maneira que o reconhecimento de uma sala de audiências ou de uma sala de tribunal só se revela quando vestígios textuais dão testemunho do que se passava ali, de como e para que eram usadas aquelas dependências. O historiador tenta recuperar o *invisível* (Caroni, 2009, p. 68), o que implica olhar também para as "posições perdedoras" (Caroni, 2009, p. 78), pois a seu tempo elas apareciam como possibilidades mais ou menos viáveis, apagadas pela história dos vencedores. No Brasil temos um caso exemplar na história do direito constitucional, na qual os juristas apagam completamente a experiência monárquica. É certo que o Estado republicano quis realizar uma verdadeira refundação nacional, mas depois do dia 15 de novembro continuaram a operar a máquina estatal os mesmos juristas formados nas décadas anteriores. E a sociedade continuou impregnada das mesmas práticas, inclusive os hábitos escravistas generalizados entre nós. O olhar mais superficial não vê a tradição conflitiva entre liberais e ultramontanos como determinante da forma de laicidade afirmada depois do golpe republicano, nem o uso liberal do *habeas corpus*, nem a cisão social que já se constatava entre uma elite jurídica ilustrada e liberal, tensamente acomodada na contradição do escravismo, e bases sociais tradicionais e conservadores em toda parte.[4]

A historicidade do direito, contudo, associa-se a seu caráter prático e, por implicação, normativo e preceptivo. Caráter prático significa que o "produto" da atividade e do pensamento jurídico não se consolida em algo que se separa dos sujeitos ou agentes do campo jurídico. O direito, como saber, disciplina ou ordenamento não se separa de sua história porque seu objeto - decisões e instituições - é feito de singulares e contingentes - como eventos -, e universais inteligíveis - os sentidos dos eventos, e nem uns nem outros existem fora ou independentemente dos agentes ou sujeitos que se movem dentro das instituições sociais que eles mesmos criam, a "floresta de símbolos" que nós mesmos plantamos.[5] Isso lhe dá seu caráter histórico inerente. As decisões, as

4 Uma análise dessas posições encontra-se em Lopes (2010), especialmente p. 187-309.

5 A expressão é usada por Nunes (2010) para indicar nossa situação humana e vem do poema de Charles Baudelaire, "Correspondances": "La Nature est un temple où des vivants pilliers/ Laissent parfois sortir de confuses paroles;/ *L'homme y passe à travers des forêts de symboles*/ Qui l'observent avec des regards familiers." A expressão também serviu de título a uma antologia de textos do antropólogo Turner (1967).

ações e as instituições não se separam de seus agentes. Entendê-los é ao mesmo tempo entender os agentes que as realizam e sustentam. Nisso reside sua inescapável historicidade.

Outra vez, vale a pena usar da analogia: cada um de nós aprende a falar uma língua materna que tem sua gramática (suas regras, portanto). As regras da língua precisam ser aprendidas como regras, mas à medida que nos tornamos mais hábeis dentro da língua, somos capazes de usá-la com maior liberdade. Nossas habilidades crescem na medida em que aprendemos mais e mais modos diferentes de falar a língua: saímos de nosso círculo familiar e entramos em círculos sociais mais amplos. Nossa habilidade cresce também quando saímos de nossos círculos contemporâneos e aprendemos modos de falar (e sentidos, e conteúdos) que nos vêm do passado: pelas narrativas que ouvimos, pelos clássicos da literatura da língua que falamos. Se a analogia procede, então o mesmo se dá com o direito. E nisso se encontra sua historicidade também necessária.

Finalmente, o caráter prático do direito tem a dimensão conflitiva de toda história. "Os homens não sossegam jamais", dizia Portalis ao Corpo Legislativo na apresentação do projeto de código civil dos franceses em 1804. O desassossego dos homens servia para explicar a seus contemporâneos que um código, sistemático e unitário, estaria ainda assim sujeito à contingência da história, e para lidar com ela seriam ainda necessárias a doutrina e a jurisprudência. Os juristas, tranquilizava ele seus pares, continuarão sendo necessários. Novos conflitos, novos casos, novas formas institucionais, novos conflitos, novas lutas e novos interesses surgiriam inevitavelmente. Enquadrá-los numa moldura inteligível seria sempre necessário: nova dimensão da historicidade do direito.

A necessidade de os juristas resolverem casos novos com um arcabouço de inteligibilidade, arcabouço conceitual ou teórico que lhes vem do passado e do qual não podem escapar, impõe-nos a historicidade. Aqui, novamente, a analogia com a língua é instrutiva: estamos nas primeiras décadas do século XXI, um mundo muito distante daquele do século XVII. A língua natural em que foram escritos os textos do século sofreu suas mudanças, mas é a mesma língua. A língua política e jurídica também sofreu suas mudanças. Conseguimos ler os textos que nos vêm do passado, mesmo que para isso seja necessário algum nível de tradução de seus termos e de sua gramática geral, tanto na língua natural, quanto na língua política e jurídica.[6] Conceitos e palavras se mesclaram e se forjaram: "política" deu "polícia", e "polícia" como atividade de governar e administrar deu outra vez "política" (*política de governo, política de Estado, política pública*); "pacto" associou-se a "contrato" de forma nova, pois no direito antigo designava apenas uma espécie de negócio ou relação e não "acordo de vontades" como entendemos hoje. E o que não dizer de matrimônio ou casamento, cujos negócios anexos ou secundários, para nós, eram essenciais para os antigos, de modo que as formas do casamento variavam conforme os direitos patrimoniais ou a capacidade jurídica implicadas em cada uma delas? As fontes jurídicas romanas dão conta de que se reconhecia o negócio ou contrato de sociedade, mas sociedades não tinham o caráter permanente ou personalizado que têm para nós hoje: chegamos a esse modelo naturalizado de pessoa jurídica por meio de muitas discussões e invenções institucionais.

Essa necessidade confronta-nos permanentemente com a tradição e o passado nos quais estamos imersos e nos quais é nossa tarefa, como juristas, inserir os novos acontecimentos. Isto é o que faz da perspectiva histórica algo inerente ao pensamento jurídico e impõe ao jurista atenção para essa dimensão. A história do direito, como disciplina, cinde-se em duas perspectivas

6 Com razão, Pocock (1987, pp. 22-27) afirma que um historiador do pensamento político deve aprender uma nova língua, a língua dos autores que estuda, para ser capaz de fazer efetivamente história daquele pensamento..

distintas para dar conta disso. De um lado ela pode ser a história intelectual do direito, visto que se trata de um saber disciplinado constituído e organizado ao longo do tempo; de outro, ela pode ser uma história institucional, atenta a outras esferas que materializam e testemunham a existência de formas de pensar sobre o direito, uma história das fontes e das instituições.[7]

Instituições são o produto típico dos juristas e aqui também a história (tanto como *existência* no tempo quanto como *disciplina* intelectual) desempenha um papel fundamental. Para que uma instituição exista e se conserve, como uma universidade ou uma corporação qualquer, é preciso que viva por meio de seus membros, dos participantes. E para que estes ajam como membros da instituição, precisam ter ideia do que ela é. Para tomar emprestada a expressão de John Searle, instituições dependem de pessoas (agentes) para existir e são, portanto, *ontologicamente subjetivas*. Mas as pessoas que as compõem precisam ter delas uma ideia compartilhada, um sentido para o qual todas convirjam e por isso instituições são *epistemologicamente objetivas*. Uma faculdade de direito não se confunde com um edifício no qual se desenvolvem as atividades de ensino e pesquisa: ela é o conjunto de todos os que participam dessas atividades, por isso ela é *subjetiva*. Para que os que fazem parte dessa faculdade possam realizar suas atividades, é preciso que compreendam o que é a faculdade e no que consistem suas atividades: é a dimensão epistemologicamente objetiva da faculdade. À falta disso, ela não se mantém, não se sustenta, não se conserva (no tempo) como faculdade de direito. O aprendizado do que é uma faculdade depende tipicamente do entendimento não apenas do que ela está sendo, mas do que pode e deve vir a ser: essa ideia do que deve ser conservado para que ela continue sendo é essencial para a existência da própria faculdade (instituição). Ora, isso só se faz por uma espécie de consciência histórica, assegurada pela disciplina intelectual da própria história.

Se o direito é uma disciplina estranha para a ciência moderna, e se o treinamento profissional faz das faculdades de direito instituições carentes de justificar sua pertença na *universidade de pesquisa*, a história do direito é a "gata borralheira" das matérias integrantes de seu currículo, como disse Max Radin quase um século atrás (Radin, 1928). De um lado, o direito precisa sempre afirmar-se diante da universidade de pesquisa, já que sua histórica presença - tradicional como núcleo das universidades medievais e modernas - não basta mais para legitimá-lo como saber superior; de outro, a história do direito precisa justificar-se dentro de uma faculdade ainda hoje eminentemente profissional e, muitas vezes, de pouca pesquisa. Essa estranheza na educação profissional é compartilhada, naturalmente, por outras matérias no currículo, como a filosofia e a teoria geral do direito, uma vez que juristas comportam-se frequentemente como Monsieur Jourdain, do *Burguês Fidalgo* de Molière: assim como o personagem da comédia não sabia que falava em prosa desde que aprendera a falar, os juristas não sabem que sua disciplina é antes de mais nada a forma de articulação filosófica de certa prática social. Ficariam ainda mais surpresos, e desagradavelmente surpresos neste caso, se descobrissem que a parte da filosofia que mais se parece com o que fazem é, nada mais nada menos, que a filosofia moral ou ética!

Deixemos de lado as muitas discussões e esclarecimentos necessários para convencer os incrédulos aprendizes de legista e consideremos diretamente nossa questão: o jurista e o historiador do direito fazem coisas muito diferentes? Em torno dela deu-se uma controvérsia entre dois pensadores do século XX. Os protagonistas da controvérsia foram Emilio Betti e Hans-Georg Gadamer. O problema dizia respeito às reais diferenças entre as tarefas do jurista

7 Tomo aqui instituições no sentido de MacIntyre (1984, p. 194) e MacCormick (2007, p. 35).

profissional e a do historiador do direito. O que existe de semelhante e diferente entre eles? Betti acentuava a diferença e acreditava que a interpretação jurídica pertencia a uma classe de atividade interpretativa, enquanto Gadamer sustentava que, a despeito das evidentes diferenças, ambas interpretações não eram realmente de classes distintas. A resposta que se aceite tem efeito sobre o ensino e a formação dos juristas.

Emilio Betti (1890-1968) teve carreira de historiador do direito e de professor de direito civil sempre acompanhadas do interesse, paixão mesmo, pela filosofia. Combinou em sua obra as três disciplinas. Dessa atividade resultaram pelo menos dois textos importantes, origem de sua disputa com o filósofo Hans-Georg Gadamer (1900-2002), a polêmica que convém revisitar. Os textos são sua *Teoria geral da interpretação* (de 1955) e *Interpretação da lei e dos atos jurídicos*, um desenvolvimento de aulas proferidas na Universidade de Roma entre 1948 e 1949[8]. Hans--Georg Gadamer, de seu lado, foi sempre filósofo, imerso na filosofia alemã, e distanciando-se da tradição idealista, acompanhou a renovação proposta por Martin Heidegger, chegando em 1960, com a publicação de *Verdade e método*, a traçar uma direção própria, que ficou conhecida como "hermenêutica filosófica".[9] Seu livro de 1960 foi recebido criticamente por Betti.[10]

A controvérsia estabeleceu-se entre os dois por motivos fundamentalmente filosóficos, uma vez que Betti mantinha-se fiel ao idealismo e à concepção da hermenêutica como método e epistemologia, enquanto Gadamer propunha a hermenêutica como ontologia propriamente dita, como condição de existência do ser que se dá conta do tempo. Se a interpretação for atividade profissional, técnica, e se for encarada epistemologicamente, seu âmbito restrito se resolve na visão idealista de Betti. Se for compreendida como condição da racionalidade propriamente dita e da vida do ser que se dá conta de sua temporalidade, como quer Gadamer, todas as atividades linguísticas são formas de interpretar.

A distinção não convencera Gadamer, para quem toda interpretação implica aplicação, e o caso mais exemplar, e não especial, é justamente a interpretação jurídica (e teológica). A rigor, para Gadamer a interpretação do jurista e a do historiador do direito são ambas manifestações do mesmo processo, do mesmo compreender. Esse o ponto que nos interessa rever: o que distingue o jurista do historiador do direito e o que os aproxima. Para isso, é preciso esclarecer os termos do desentendimento entre os dois pensadores.

Os termos da polêmica tornam-se efetivos quando se dirigem às diferentes "formas de interpretação" propostas por Betti. Para este, elas se distinguem em interpretações *reconhecedoras* (ou *cognitivas*), interpretações *reprodutoras* (*reprodutivas ou performáticas*) e interpretações *normativas*. Como interpretação reconhecedora ele indica a história, como interpretação reprodutiva, as artes cênicas e a tradução, e como interpretação normativa, o direito e a teologia. A perspectiva de Betti sugeriria que o historiador, o tradutor e o jurista fariam coisas diferentes, e que a diferença estaria na diferente função da interpretação em cada uma dessas atividades ou disciplinas (Betti, 1971, p. 33). O historiador do direito e o jurista fariam, segundo o pensador italiano, coisas diferentes e perfeitamente distinguíveis. O primeiro observaria o direito (interpretação cognitiva), o segundo aplicá-lo-ia (interpretação normativa). Justamente por isso o jurista, ao se apropriar de algum direito do passado, reconheceria mais de um sentido no material disponível (lei, doutrina, etc.), falaria em uma *duplex interpretatio*, e depois desse

8 Betti 1955, 1971).

9 Sobre a trajetória filosófica de Gadamer v. Grondin (1994, 2000).

10 A polêmica foi tratada no Brasil por Pessôa (2002).

reconhecimento de distintos sentidos traria o texto para o presente, ele o atualizaria (Betti, 1971, p. 32). Isso, conclui o jurista de Camerino, o historiador não faz, pois apenas observa, reconhece um sentido passado e fixado.

Na segunda edição de *Verdade e método* Gadamer responde a Betti, esclarecendo que

> O propósito de [minha] investigação não é oferecer uma teoria geral da interpretação e uma explicação que distinga seus métodos (que E. Betti fez tão bem), mas descobrir o que é comum a todos os métodos de compreensão e mostrar que a compreensão nunca é comportamento subjetivo dirigido a um 'objeto' dado, mas à *história de seus efeitos – a história de sua influência*: em outras palavras, a compreensão pertence ao ser daquilo que se compreende (Gadamer, 1988, xix, grifos meus).

Isso significa que a hermenêutica da qual trata *História e verdade* não é, diz ele, metodologia das ciências sociais, mas esforço de entender o que são as ciências sociais: a compreensão (*Verstehen*) não é um método, mas seu objeto. Ele está à procura daquilo em que consiste a atividade das humanidades em geral, e não à procura de um método que leve a uma verdade científica. Como disse Benedito Nunes, talvez o livro devesse chamar-se mais adequadamente *Verdade ou método*, pois no fundo o que ele propõe é que a verdade que se pode obter nas humanidades ou na estética não se apreende pelo método proposto pelas ciências nem pelos métodos que pretendem ser substitutos do método científico nessa esfera (Nunes, 1998). A verdade na filosofia, na arte, na história e na filosofia não é submetida a um método, como o é nas ciências (Gadamer, 1988, xii).

O trecho mostra que o trabalho de Gadamer distingue-se do de Betti pela direção filosófica mais geral. O de Betti ocupa-se de um *problema epistemológico*, o de Gadamer de um *problema ontológico*. A hermenêutica de Gadamer não é uma técnica, mas "uma teoria da experiência real que é o pensamento" (Gadamer, 1988, xxiv). Uma teoria da experiência real do pensamento, não apenas de uma forma de pensamento, o conhecimento científico. Como disse Mario Bretone, com razão, Gadamer havia deixado para trás aquilo que era a preocupação de Betti, e este não atinara com o pensamento propriamente hermenêutico, seja do próprio Gadamer, seja de Heidegger (Bretone, 1978). E de fato, a transformação do problema no filósofo de Heidelberg ocorre porque para ele "a interpretação não é um ato a mais, ocasional, posterior à compreensão, mas a interpretação é a forma explícita da compreensão." (Gadamer, 1988, p. 274)

Para Gadamer o historiador está tão imerso na tradição originada pelo texto – na história dos efeitos (*Wirkungsgeschichte*, *história dos efeitos* ou *efeitual*) – quanto o jurista, pois "em última instância" a pesquisa e a escrita da história "não podem ser retiradas da esfera do estudo da história dos efeitos" (Gadamer, 1988, xx). A relação do historiador com o passado não seria de simples observador, algo que o idealismo de Betti conservara do positivismo.

Como o historiador persegue uma pergunta histórica, esta é sempre uma pergunta "semântica" e assim sua compreensão é, ela mesma, uma forma de aplicação, porque, conclui ele, quem *compreende sabe usar, sabe aplicar* (Gadamer, 1988, xx). Essa passagem de Gadamer evoca, aliás, um trecho de J. G. Pocock, para quem o historiador deve se tornar um experto em uma língua estrangeira e deve ser capaz de lê-la, em outras palavras deve ser capaz de utilizá-la, como qualquer pessoa que lê uma língua é capaz de usá-la, embora, como historiador, escreva a história – sua narrativa e sua interpretação - em sua própria língua. Em outras palavras, diz Pocock, o historiador é capaz de usar uma língua (passada) que aprendeu, mas ao escrever seu relato, ele o faz no seu tempo (Pocock, 1987, p. 27). Não seria isso uma outra maneira de dizer o que disse Gadamer, sobre o historiador estar imerso na história dos efeitos?

Em estudo recente a respeito da história do direito romano, Kaius Tuori concretiza claramente, a meu ver, o que Gadamer havia sugerido (Tuori, 2007). Para ele certos conceitos – e sua respectiva linguagem, ou *paradigma* – não eram disponíveis ou corriqueiros para os juristas romanos, nomeadamente os ideais de "ciência", "autonomia" e "codificação". Contudo, qualquer historiador contemporâneo os utiliza porque eles se tornaram o repertório comum a partir do século XIX e é por meio deles que tende a aproximar-se de seu objeto. Num caso exemplar, o da controvérsia a respeito da existência, conteúdo e natureza do *edictum perpetuum* atribuído a Sálvio Juliano em tempos do imperador Adriano, Tuori mostra como os historiadores, desde o século XVI, aproximaram-se do assunto carregando suas próprias convicções a respeito de codificação, compilação, papel dos juristas, e outros temas. A conclusão histórica de Tuori exemplifica perfeitamente o que dissera Gadamer: o historiador do direito não pode ir em busca do *sentido histórico* "sem ter consciência do sentido atual, que ele automaticamente aceita." (Gadamer, 1988, p. 292) Em outras palavras, a pesquisa e busca de sentido do historiador não pode não começar do sentido presente. E o sentido presente do direito (lei, doutrina, etc.), afirma Gadamer, é o mesmo para o jurista e para o historiador, porque o historiador, "que não tem diante de si uma tarefa jurídica", procura mesmo assim

> o significado jurídico desta lei – como de qualquer coisa que é transmitida ao longo da história - não pode ignorar o fato de que *ocupa-se de uma criação jurídica que deve ser compreendida juridicamente*. Deve ser capaz de pensar não só historicamente, mas também legalmente. Isto vale para qualquer texto que deve ser compreendido pelo que diz. Por isso deve ser reescrito.[11] E essa reescrita acontece pela sua relação com o presente (Gadamer, 1988, p. 293, grifos meus).

De fato, o sentido jurídico que o historiador procura, como parte da narrativa que irá compor com um amplo mosaico de elementos (Bevir, 2008, p. 388), é o sentido que um jurista do passado reconheceria e usaria em sua aplicação do direito, reconhecendo-se que esse uso pode ser complicado pela ausência de equivalente adequado ou perfeito. [12]

O que estava em jogo para Gadamer, filosoficamente, era o conceito mesmo de aplicação, que não seria um posterior, uma espécie de subsunção de um singular a um conceito compreendido previamente, mas era a apreensão real do sentido, pode-se dizer. Para o filósofo de Heidelberg aplicar, como visto acima, era ser capaz de usar e de distinguir. Quem sabe usar uma língua, quem entende uma língua (*langue*), sabe quando certo discurso (*parole*) é estranho ou errado. O historiador detecta isso no passado que investiga. Nesses termos o historiador também é um aplicador, um usuário do discurso que investiga. Ele reconhece que o jurista tem uma tarefa distinta daquela do historiador, porque é "prática". Poderíamos entender esse "prática" como sendo atual. O historiador, no entanto, está em busca de um sentido prático no passado. Isso, contudo, não significa que o historiador apenas *observa ou contempla*, e que sua função se possa exercer como se fosse *de fora*.

11 Em inglês "restated".

12 Esse o problema em torno do qual giram as preocupações tanto da história conceitual (na tradição de R. Koselleck), quanto da história contextual linguística (na tradição da "Escola de Cambridge"). A questão é comum aos historiadores do direito. Francesco Calasso a menciona com a sensibilidade e acuidade usuais referindo-se tanto a sua pesquisa sobre a soberania junto aos glosadores (Calasso, 1957), quanto sobre o negócio jurídico (Calasso, 1959) alertando que nos dois casos estava a "reconstruir um processo mental (...) com o instrumento de um conceito jurídico moderno, não somente estranho mas até mesmo contrastante com a mentalidade daqueles juristas [os glosadores]; e também nesse terreno foi constrangido a *incidere per ignes* enquanto tentava reconstruir por indícios e fragmentos a unidade ideal de um resultado de pensamento que era a expressão fiel de um mundo totalmente distinto, em espírito e forma, daquele que viu nascer, alguns séculos mais tarde, o conceito de soberania." (Calasso, 1966, p. 158, minha tradução). Nessa linha de cuidado com os conceitos seguiu também Pietro Costa anos depois, sob um espesso molho estruturalista, ao propor que a semântica do poder medieval expressava-se pela *iuristictio* (Costa, 2002).

É, de certo modo, o mesmo que Alfred Schutz e Peter Winch dirão a respeito da tarefa de um sociólogo ou de um antropólogo que investiguem uma sociedade que não a sua mesma, ou uma prática da qual não participem diretamente. O cientista social só pode criar os artefatos intelectuais com os quais vai investigar a "realidade social", diz ele, imputando propósitos, objetivos e noções (ideias) ou "significados subjetivos" (isto é usados por sujeitos) que presume invariáveis (Schutz, 1954, pp. 270-271), ou seja, *regulares*, usadas pelos agentes que o cientista social observa como regras para si mesmos (Winch, 2008, pp. 43-46).

A aplicação, que segundo Betti não seria da alçada do historiador, para Gadamer "não é uma aplicação subsequente, a um caso concreto, de um universal que primeiro nós entendemos em si mesmo, mas é a compreensão real do universal em si que o texto constitui para nós" (1988, p. 304).

Aplicação é uso, e o historiador do direito usa as categorias jurídicas: inicialmente usa as que lhe estão disponíveis, isto é, as contemporâneas, mas como historiador formula necessariamente a hipótese de que poderá não as encontrar no passado. O uso das categorias contemporâneas é *heurístico*, instrumento para dar início a sua pesquisa. Está à procura dos usos passados. Dessa forma, o sentido que está buscando, ele o está também pressupondo, e por isso Gadamer assimila o *sentido* - o que se diz e o que o historiador pressupõe - com a *significância* (relevância ou importância do que é dito ou do que o historiador reputa relevante e significativo) de qualquer texto [13] para seu intérprete.[14] A relevância para o intérprete não se separa completamente do sentido de um texto. O historiador vai a um texto porque parece oferecer-lhe significância, mas só pode afirmá-la ou constatá-la se for capaz de determinar seu sentido.

De outro lado, as atividades do jurista e a do teólogo, que para Betti são apenas as formas *normativas* de interpretar, são para Gadamer as formas exemplares de toda interpretação, não apenas *uma* delas, porque no caso do jurista (e do teólogo) o interesse pelo presente, a posição histórica em que se encontra, não é ignorada nem camuflada. Ela ressalta e evidência que não se pode interpretar do ponto zero, do nada. Isso, diz Gadamer, não se esconde no direito (nem na teologia), pois aqui interpretar e aplicar estão unidos. Não é possível nem adequado nesses casos supor que o objeto da interpretação está ali para ser contemplado como *coisa*. O juiz, caso paradigmático, fornece o modelo para a relação de presente e passado que se estabelece na hermenêutica em geral, porque o julgador sempre está imerso, sem alternativa nem disfarce, na tensão entre passado (de onde provém a norma a "aplicar") e presente (ao qual se dirige sua interpretação).

O jurista sabe que está imerso num *continuum*, que esse contínuo obriga-o, pode chamar-se tradição e consiste na "transmissão de material tradicional". Claro, a palavra tradição procede do latim e significa justamente transmissão, passar de um para outro. A ideia de tradição foi desalojada de sua importância pela ciência moderna, cujo paradigma foi a física (Gadamer, 1988, p. 297). Passou-se a tomá-la por algo negativo. O iluminismo definiu-a como forma de subordinação irracional e acrítica ao passado ou ao estabelecido e a contrastava, com razão, à atitude crítica, vale dizer, consciente de seus limites. Inserir-se numa tradição passou a significar renunciar ao pensamento autônomo, crítico.

13 Paul Ricoeur leva explicitamente a ideia de interpretação de textos ao nível mais geral da interpretação das ações humanas: a ação pode ser concebida como texto e podemos usar as categorias hermenêuticas aplicáveis aos textos também para as ações humanas. Cf. Ricoeur (1991).

14 V. Grondin (1994, p. 128).

Essa conotação pejorativa ressoa de certo modo na frase de Marx, "a tradição de todas as gerações mortas oprime como um pesadelo o cérebro dos vivos" (Marx, 1978, p. 329)[15]. Dado seu caráter não externo aos sujeitos que a criam e mantêm, e sua forma de existência não espacial, não seria possível observá-la como *res extensa*, ou objeto sujeito a repetição mecânica e necessária. O observador de certa tradição precisa dos sentidos de que ela se compõe, e que só lhe podem ser oferecidos por aqueles que dela participam. Nesses termos, a tradição não se deixa captar como um objeto qualquer, ela se confunde com as ações de quem a interpreta, compreende e usa. Como a língua que só se realiza por meio de discursos e enquanto haja falantes, a tradição só existe por meio das ações de quem dela participa. E da mesma forma que cada falante da língua simultaneamente a perpetua e modifica, os participantes de uma tradição a perpetuam e modificam.

Ora, o historiador por definição deve ser capaz de colocar o texto dentro da tradição a que pertence. O juiz, igualmente, não apenas "aplica a lei *in concreto*": ao fazê-lo, contribui para o desenvolvimento do direito, porque insere a lei na tradição, não a subverte nem ignora. O agente moral, da mesma forma, desenvolve a própria moral "pela fecundidade do caso individual" ao agir em cada caso. Tanto o juiz quanto o historiador e o agente moral vivem numa dimensão tradicional, entram em alguma tradição, ou, talvez pudéssemos dizer, no *campo* ou na *esfera de vida* que lhes exige a solução da tensão entre passado e presente. Trata-se da dimensão temporal, do *continuum* mencionado acima. A tradição é, assim, inerente a toda decisão a respeito das coisas que se podem decidir e escolher. A história mesma só é possível, diz Gadamer, quando se reconhece uma ordem válida e reconhecida que permite assimilar casos entre si (Gadamer, 1988, 294).

Ao fim e ao cabo, diz Gadamer, o historiador do direito e o jurista têm um mesmo objeto: o sentido do direito. O "conteúdo real" do que jurista e historiador compreendem é o mesmo, já que o conhecimento histórico só se obtém vendo o passado na continuidade do presente. (Gadamer, 1988, p. 292) Ambos estão imersos na mesma tradição, que recuperam para fins distintos, e ainda que ela exija deles tarefas diversas, na esfera da compreensão estão mais próximos do que parecia a Emilio Betti. De certo modo, todo jurista é historiador, devido à *distentio animi* em que se encontra sempre, e o historiador do direito só pode sê-lo se estiver à procura de uma criação jurídica que se entende apenas juridicamente.

Essa disputa a respeito do papel do jurista e do historiador indica que para alguns, como Betti, a formação do jurista e a do historiador são essencialmente diferentes tendo em vista que a conclusão do trabalho do primeiro é a produção de um comando (uma sentença), enquanto a do trabalho do segundo é um discurso *sobre* o direito. Para Gadamer, a proximidade entre as duas tarefas pressupõe uma antropologia filosófica, segundo a qual mesmo o historiador, que não emite nenhum comando para ninguém, insere-se no mundo da ação porque tenta compreender o campo das ações. As duas posturas levam a avaliar de forma diferente o papel da história na formação do jurista, pois a primeira, a de Betti, reforça a distinção das disciplinas, enquanto a segunda, a de Gadamer, sugere a semelhança entre elas. Nesse caso, a contribuição da história para o pensamento do jurista não é um acréscimo dispensável, mas uma sua forma constitutiva. Convém então examinar agora se pode refletir sobre o papel que a história do direito pode ter para a formação intelectual do operador do direito.

15 O mesmo Marx (1978, pp. 9-10) sugere a inevitabilidade dessa tradição ("Não só material de minha atividade – como a própria língua, na qual o pensador é ativo – me é dado como produto social..."), embora ressalte exatamente seu caráter histórico e, portanto, vivo: "assim como é a própria sociedade que produz o *homem* enquanto *homem*, assim também ela é produzida por ele.".

Foi dito antes que o direito precisou justificar-se numa universidade de pesquisa e isso se fêz pela reformulação de seu estatuto teórico. É significativo que exatamente no momento em que a universidade mudava de perfil, na virada do século XVIII para o século XIX, apareceu uma nova justificativa para o direito. O caso exemplar foi o de Friedrich Carl Von Savigny (1779-1861): sua vida, pode-se dizer sem medo de exagero, foi dedicada a dar novas bases para o direito como ciência. Abandonado o direito natural racional, campo da razão moral moderna por excelência, o que colocar no seu lugar? A síntese de Savigny foi: a *empiria* da história, o *idealismo* da cultura (o *Volksgeist*) e especialmente o *sistema* da filosofia (os conceitos – decantados da história – articulados entre si). Hoje a maioria dos juristas não se dá conta da relevância desse aspecto, mas foi isso que conservou suas faculdades na universidade. Investigação filosófica e histórica associaram-se para garantir o reconhecimento do direito como coisa séria e superior. Tanto o trabalho dos historiadores quanto o dos filósofos eram de "pesquisa básica", não aplicada, como diríamos hoje. Um historiador ou um filósofo não militavam necessariamente no foro, nem nas comissões legislativas. O jurista acadêmico, responsável pela sistematização doutrinária do direito – de *lege lata* ou de *lege ferenda* – seria admitido na universidade apenas se estivesse ligado a essas duas disciplinas básicas, não aplicadas, a história e a filosofia. Essa combinação garantiu-lhes a sobrevida.

Ao longo do tempo, porém, essa conexão tornou-se mais tênue. A filosofia do direito converteu-se numa disciplina autônoma, mas meramente auxiliar nas faculdades de direito, e hoje aparece nos currículos quase que de forma decorativa: não se percebe como é de fato formativa de um jurista. O grande debate a respeito da natureza do direito, envolvendo jusnaturalistas e especialmente o choque de visões filosóficas representados por uma sistematização jurídica proposta por Friedrich Carl Von Savigny e a proposta radicalmente filosófica de Georg W. Hegel (1770-1831) proposta nos *Princípios de filosofia do direito*, de 1820, deixou de ter como protagonistas os professores de direito.

Se o destino da filosofia foi esse, qual o da história, aquele outro pilar de sustentação do direito dentro da universidade contemporânea em sua origem? "Gata borralheira", no dizer de Max Radin, como se insere na escola reduzida a treinamento profissional? Como pode participar, no âmbito didático da educação dos juristas, e no da pesquisa da própria constituição do direito (de *lege lata* e de *lege ferenda*)? Pode-se enfrentar a questão em duas dimensões. Primeiro procedendo-se à sua própria história, porque afinal de contas, como disciplina, ela foi estabelecida e criada em certo momento; segundo, confrontando-a com a doutrina e a ciência jurídicas especificamente. Em todo caso, pressuponho que a história do direito é em primeiro lugar história intelectual, história do pensamento jurídico.[16]

16 A história intelectual aqui concebida equivale em muitíssimos aspectos à história das linguagens políticas, à moda de Quentin Skinner e sobretudo de J. G. Pocock, assim como de Mark Bevir. Para este, a tarefa do historiador das ideias é reconstituir "como objetos históricos as frágeis intenções que constituem os *significados hermenêuticos* de enunciados feitos no passado." (Bevir, 2008, p. 105). Tudo isso não deixa de ser parecido com o que Collingwood propusera com "re-enactment" de pensamentos passados(Collingwood, , 1967 , p. 282). Collingwood foi muitas vezes confundido com um "intencionalista forte" ou ingênuo, porque não se compreendia que o "pensar o pensamento de um personagem do passado" consistia em pensar com as categorias do passado, vale dizer, exigia que se recuperassem historicamente as categorias perdidas. Só com o desenvolvimento da filosofia analítica e da hermenêutica filosófica a partir de meados do seculo XX, levando a sério a natureza social do pensamento, pode a obra de Collingwood ser reapreciada devidamente, como propôs Bernard Williams em seu "An essay on Collingwood" (Williams, 2008, pp. 341-358). Mark Jordan tem uma feliz e elegante expressão: demonstrar a teoria de Pitágoras exige que se pense como Pitágoras; compreender o pensamento de um filósofo exige que se pense como aquele filósofo. Ora, compreender um jurista de outro tempo requer também que pensemos como ele, o que, por seu lado, torna necessário recuperar historicamente os termos em que ele pensava(Jordan, 1997).

Embora possa haver muitas e importantes variações na origem e desenvolvimento da história do direito, um primeiro e importante marco encontra-se na virada representada pelo humanismo jurídico, quando os textos do direito romano começam a ser submetidos a uma leitura histórica, quando os juristas elegantes dão início à crítica textual e passam a interessar-se pela restauração de um texto histórico e original do qual já não dispunham, quando começam a enfatizar que o *Corpus Juris* com o qual trabalhavam era um produto datado e sujeito a corruptelas em sua mesma transmissão entre os séculos VI e XVI. Em seguida, as tradições e costumes locais, origem do *ius patrium*, percebem-se como produto histórico, sujeito ele mesmo a adaptações conscientes pela legislação. Finalmente, torna-se necessário fixar a identidade histórica dos *povos* das monarquias nacionais e seus respectivos direitos, que precisam ser fixados e reinterpretados em chave nacional. Essas diferentes camadas historiográficas explicam o surgimento de correntes de estudo: primeiro das *antiquitates* romanas, em seguida das histórias nacionais dos séculos XVIII e XIX, como a *História do direito lusitano* de Melo Freire e a *História do direito nacional* de Izidoro Martins Júnior, ou, num outro modelo, a *História do Direito romano na Idade Média* de Savigny. Se a história de Melo Freire é uma história da legislação e das instituições nacionais, a de Savigny concentra-se na doutrina e na teoria, organizada em boa parte em torno das obras mestras dos jurisconsultos.

Em síntese, a disciplina começa a desenvolver-se no início da modernidade como crítica do humanistas ao trabalho dos juristas medievais.[17] A crítica filológica é também histórica e a recuperação da história do direito romano é sua passagem obrigatória. À medida que cresce a importância do *ius patrium*, cresce também o interesse pela história desse direito local,[18] que não é totalmente original mas mantém uma forma de diálogo com os direitos "universais" da Europa, o romano e o canônico. Assim, desde os humanistas franceses, com propósitos políticos ou não, aparecem trabalhos de afirmação histórica dos direitos locais, como o *Antitriboniano* ou o *Franco-Gallia* de Francisco Hotman (1524-1590), uma afirmação que procede de modos diferentes em diferentes partes.

Em seguida vieram os estudos de reconstituição da história romana propriamente dita, da qual não se podia separar o direito, fundamento da república e do principado. Foi, por isso, cultivada de diversas maneiras, e no século XVIII conheceu um florescimento na forma de *Antiquitates*, sobretudo latinas. No bojo dessa onda é que se encontram os trabalhos de Johan Gottlieb Heineccius (1681-1741) - *Antiquitatum romanarum iurisprudentiam* de 1718, *História do direito civil romano e germânico* de 1733 -, do Barão de Montesquieu (1689-1755) - *História das causas da grandeza dos romanos e de seu declínio* de 1734, *O Espírito das leis* de 1748- e de Edward Gibbon (1737-1794) - *História da ascensão e queda do Império Romano* de 1776.

A disputa entre direito romano e direito pátrio no século XVIII fez que em alguns lugares a introdução do direito local nas universidades viesse acompanhada do ensino de sua história, o que tanto o valorizava quanto mostrava seus próprios critérios de racionalidade e tradição. O aumento da importância desse direito pátrio mostrou-se na publicação das fontes do direito de cada estado, de comentários, que resultaram em tratados - que hoje parecem quase de comparação entre o direito local, o direito romano e o direito canônico – e tentativas de sistematização e consolidação, como as *Ordenações* portuguesas de 1603, e mesmo as *Ordonnances* de Luis XIV no mesmo século XVII. A pretensão dos tratados e comentários (ou coleção de decisões

17 Pode-se ler com proveito Pocock(1967), Kelley (1966) e Maffei (1964), esp. p. 81-125.

18 Ver por todos Birocchi e Mattone (2006).

dos grandes tribunais) era afirmar a racionalidade e a adequação desses direitos locais que, ao fim, não deveriam ficar devendo nada ao direito romano e canônico. Muitos desses trabalhos ocupavam-se do direito público, aquele mais sujeito à legislação, aos costumes locais ou à ação dos grandes tribunais.[19]

Dessa posição de auxiliar para os juristas, a história do direito passou a posto mais relevante quando se tornou uma cadeira nas faculdades de direito, como no caso de Coimbra, quando foi introduzida na reforma dos estatutos de 1772. E o século XIX, como sabemos, foi em grande parte o século da história como disciplina intelectual, de modo que no campo das humanidades, da filosofia e do direito em particular, a história adquiriu grande proeminência. Só a título de ilustração, lembremos que Savigny, o fundador da moderna ciência do direito, dedicou sua vida à história do direito, ao lado do cultivo da doutrina jurídica em sentido estrito, e de sua pena procede a clássica *História do direito romano na Idade Média* em sete volumes (de 1815 a 1831) e o *Sistema de direito romano atual* em oito volumes (de 1840-1849).[20]

No Brasil a disciplina não foi ensinada nas faculdades do Império, mas criada pela reforma do ensino de Benjamin Constant em 1891. Embora não fosse matéria de ensino durante a monarquia, havia encontrado em Candido Mendes de Almeida um cultor. Com seus próprios fins ele havia recuperado fontes e escrito ensaios. O resultado desse trabalho aparece nas longas introduções que escreveu para sua edição das *Ordenações Filipinas*, para o *Tratado de direito mercantil e leis de marinha*, e mesmo para o *Direito público Eclesiástico*. Nessas publicações vê-se tanto o trabalho de pesquisa histórica – trabalho de arquivo e busca de fontes – quanto o de interpretação, consolidado nas longas e eruditas introduções a essas obras. A história do direito que precede seu *Código Filipino* tem mais de setenta páginas, a de *Princípios de direito mercantil* mais de seiscentas, e a do *Direito civil ecclesiástico brazileiro*, quatrocentas e vinte e quatro![21] Essas histórias vinham da pena de um monarquista católico ultramontano, de modo que, quando veio a República e a reforma do ensino jurídico, era preciso escrever novas histórias.

A reforma de 1891, vinda no bojo de uma reformulação mais ampla do ensino superior, ainda não foi capaz de criar a universidade no Brasil. Reformaram-se apenas os cursos de ensino superior, que continuaram a ser cursos profissionais ou profissionalizantes. Não havia escolas superiores de investigação e pesquisa livre, básica e desinteressada da formação de bacharéis, engenheiros ou médicos. [22] Dessa forma, a criação da disciplina história do direito em 1891

19 Essa literatura foi abundante em toda parte, inclusive em Portugal, onde os juristas dedicados ao direito pátrio se identificavam como *tratadistas* ou *decisionistas*, conforme se dedicassem maiormente a tratados sobre assuntos específicos, ou a comentar e organizar as decisões dos grandes tribunais. Começam a aparecer no século XVI (Antônio da Gama Pereira, Álvaro Valasco, Francisco Caldas Pereira e Castro, Jorge Cabedo) e se tornam mais numerosos no século XVII (de Miguel de Reynoso a Domingos Antunes Portugal, a Diogo Camacho Aboim, a Manoel Álvares Pegas).

20 O resultado dessa historiografia foi ambíguo, para dizer o menos. Calasso chama de "compromisso impossível e ilícito" o que ocorreu entre a dogmática do direito romano e a dogmática civilista do final do século XIX e primeiras décadas do século XX, que para ele continuava ainda durante sua vida. Foi esse compromisso o responsável, segundo ele, por causar um malentendido a respeito da função da história do direito, pois deu aos juristas a impressão de que ela lhe fornecia um prontuário de respostas a sua curiosidade, ou mesmo a suas necessidades práticas ou profissionais", e não as achando ali, a tomava por inútil. Cf. Calasso(1966), p. 163-169. O resultado foi a perda da função propriamente educativa que a história do direito teria, por lembrar ao jurista, "atraído pela dialética abstrata", que o direito tem uma substância humana e relativa (id., ib., p. 170). De certo modo, encontra-se em Caroni um sentimento semelhante:

21 Almeida (1866, 1870); Lisboa (1874).

22 Uma faculdade de filosofia, desvinculada do ensino religioso e não estatal, criou-se em São Paulo em 1908 anexa ao Mosteiro de São Bento, vinculada à Universidade (Católica) de Louvain na Bélgica. Em 1934 criou-se a Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras da Universidade de São Paulo, primeira de seu gênero no Brasil. No ano seguinte criou-se a Faculdade de Filosofia do Rio de Janeiro integrada em 1937 à Universidade do Brasil. As chamadas "universidades" criadas no Brasil antes dessa data haviam sido apenas a reunião das escolas profissionais superiores já existentes.

exigiu professores, mas não havia pesquisadores do tema. Achava-se fragmentada em cada uma das diversas matérias do currículo. O resultado da mudança curricular terminou sendo a produção de uma espécie de interpretação da história nacional alinhavada com os grandes monumentos legislativos e reformas institucionais, o que privilegiou naturalmente o direito público, dada sua proximidade com as instituições políticas. Essa tendência tem seu mais conhecido fruto na obra de José Izidoro Martins Júnior (1860-1904),[23] professor da Faculdade de Direito do Recife, e continuou em outros autores, como Cesar Trípoli e, de certo modo, Waldemar Martins Ferreira (1885-1964).[24]

Assim, ao longo do tempo a história do direito no Brasil apresentou-se em duas dimensões principais: (a) uma história das fontes jurídicas, especificamente das fontes normativas e uma espécie de crônica dos institutos, e (b) uma história das escolas teóricas, muitas vezes confundidas com escolas filosóficas. Nessa segunda vertente aconteceu muitas vezes que as escolas filosóficas chamaram mais a atenção do que as correntes de pensamento propriamente jurídicas, de modo que filósofos não juristas vieram a ocupar o primeiro plano, deixando-se de lado os juristas propriamente teóricos.

Essa tendência privilegiou a coleta e organização de fontes, em alguns casos de alto valor historiográfico, como na obra de Cândido Mendes de Almeida, em outro com o acréscimo de comentários conjunturais, como na de Aurelino Leal. No caso de Waldemar Ferreira sua produção situa-se na esteira de um movimento ocorrido anos antes, quando os arquivos da Câmara da cidade começaram a ser recuperados pelo então prefeito Washington Luis (Pereira e Sousa) e já haviam resultado no *Vida e morte do bandeirante*, de Alcântara Machado.[25] Com maior desenvolvimento em ampla análise de fontes encontram-se ainda trabalhos como o de Aurelino Leal, Homem de Mello, Tavares Lyra.

A segunda dimensão da história do direito surgida com a reforma do currículo de 1891 foi de linhagem filosofante. No Decreto no. 1.232 H, de 2 de janeiro de 1891 instituíram-se duas cadeiras de interesse: a *Filosofia e história do direito*, para o primeiro ano, e a *História do direito nacional*, para o terceiro. Na história ligada à filosofia do direito faziam-se duas coisas um pouco diferentes. Em primeiro lugar apresentava-se uma história geral de natureza evolutiva, isto é, na qual se percebia o passado como estágio anterior de progresso e o presente como o progresso realizado. A história que se pretendia expor era quase que uma *fisiologia* do direito em geral. Em segundo lugar tratava-se da sucessão de escolas e pensadores, clássicos da filosofia, que houvessem refletido sobre o direito. Essa história foi durante pouco tempo autônoma, mas já em 1911 (Decreto no. 3.903 de 12 de janeiro de 1901, "Reforma Epitácio Pessoa") anexava-se completamente à filosofia. Em 1911 (Decreto no. 8.662, de 5 de abril de 1911, "Reforma Rivadavia Corrêa") entrava em cena a *Introdução geral do estudo do direito ou Enciclopédia jurídica*, onde se abrigavam algumas informações históricas sobre o direito em geral. [26]

23 Martins Júnior (1979).

24 V. por exemplo Ferreira (1951, 1954, 1955). . Dele ver também (Ferreira, 1950) . Trípoli (1936). Pesso (2018).

25 A obra de Alcântara Machado não versa sobre história do direito, mas vale-se de documentos jurídicos (os inventários registrados nos livros da Câmara Municipal) para fazer uma história social. O trabalho é pioneiro do que viria a ser uma tendência historiográfica da segunda metade do século XX e desmentia visões idealizadas da vida na Capitania de São Vicente. V. Machado( 2006).

26 Sobre o ensino jurídico e suas distintas reformas na Primeira República cf. Pesso (2018). Sobre o ensino da história do direito em particular ver Ferreira (1950). A disciplina passou a integrar o curso de doutorado em 1950, e quando da divisão da faculdade em departamentos, em 1968, foi atribuída ao Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. Na sua reintrodução no curso de graduação, em 1990, deslocou-se para o Departamento de Direito Civil, permanecendo no Departamento de Teoria e Filosofia Geral diversas matérias de história do direito no respectivo programa de pós-graduação.

Como história filosofante ela foi abrigar-se na filosofia do direito, que nas faculdades brasileiras converteu-se às vezes num enfileiramento de autores, dos pré-socráticos aos pós--positivistas. Não tratando de temas próprios da filosofia, nem propondo discussão conceitual adequada à formação dos bacharéis, a pesquisa histórica, perfeitamente válida e corrente na filosofia mesma, não se desenvolveu para o direito brasileiro até tempos muito recentes. Como história das fontes tendeu a desempenhar um papel ancilar para as disciplinas jurídicas propriamente ditas, prestando-lhes um auxílio ornamental ou de legitimação, muitas vezes exibindo uma linhagem evolutiva. O resultado dessa tendência não foi muito fértil para os estudos históricos. Primeiramente porque, à medida que o tempo passava e as faculdades de filosofia se consolidavam, a história da filosofia propriamente dita migrou naturalmente para elas, convertidas em centros de investigação livre e de pesquisa propriamente dita. A história da filosofia desenvolveu-se desde então dentro das faculdades de filosofia, com sua própria metodologia e seus próprios objetivos, e raramente os juristas filósofos tornaram-se participantes relevantes desses debates e das descobertas e inovações a que deram origem. Quando surgiram os departamentos de história, em seu âmbito desenvolveram-se outras pesquisas de história do pensamento, das ideias, das mentalidades e assim por diante, também com metodologia e temas próprios.

Em segundo lugar, porque gerou um cânon de pensadores repetido e "tradicionalizado", o qual terminou por estiolar e engessar a pesquisa, afastando de si os juristas teóricos propriamente ditos. Estes, a despeito de serem verdadeiramente teóricos, foram relegados, no Brasil, ao interior de suas respectivas doutrinas, como foi o caso de Savigny, aprisionado no direito romano e civil, como Rudolf Jhering ou François Gény. Nem sempre foram vistos como os teóricos gerais do direito e mesmo da sociedade que de fato foram. Os cursos de filosofia do direito assumiram para si as grandes figuras e escolas, mas como frequentemente eram ministrados por professores que faziam da filosofia propriamente dita apenas uma atividade secundária – diante de suas atividades profissionais de juristas, ou de seus interesses dogmáticos – terminavam por oferecer uma visão panorâmica e ligeira, sem realmente desenvolver as ligações entre direito e filosofia. Em poucas palavras, um certo estilo de didática abortou o espírito de pesquisa.

Já como campo de pesquisa, a história do direito é muito recente entre nós. Pode-se dizer que não tem mais do que duas ou três décadas. Por pesquisa histórica em direito em termos contemporâneos quero dizer a atividade especial de ir diretamente a fontes históricas de grande variedade com alguma hipótese interpretativa, com uma questão ou problema oriundo de certa heurística gerada pela racionalidade jurídica, vale dizer, com alguma relevância interna para o direito e capaz de compreender e dar conta dos conflitos nos quais se acha inserido. A pesquisa histórica poderia enquadrar-se bastante bem na pesquisa jurídica em não poucas ocasiões.[27] Basta pensar que os juristas estão sempre envolvidos no processo de reforma das leis e das instituições. Muitas dessas reformas seriam beneficiadas por um conhecimento histórico das experiências locais passadas. Pensemos na reforma das instituições de justiça, nas formas de solução de problemas de direito intertemporal, de casos de calamidades públicas. A história, na formação dos futuros bacharéis, serve de "oficina da fantasia", que ensina "não tanto a desvelar a arte jurídica, quanto a participar dela" (Birocchi 2009, 34): fantasia ou imaginação institucional, naturalmente.

27 Como afirma Birocchi a respeito do trabalho de Caroni, uma história fortemente ligada à atualidade mas "criticamente autônoma", não uma sucessão de fontes, gêneros literários, e métodos de estudo apenas, mas de temas problemáticos, como a laicidade. Em resumo, uma pesquisa não de arquivística, mas em torno de problemas ou temas problemáticos. Birocchi (2009, p. 35).

No momento em que escrevo essas páginas estamos todos confinados em casa por causa de uma pandemia que hoje já ceifou cem mil vidas de brasileiros. Já passamos por calamidades naturais semelhantes e já passamos por calamidades institucionais comparáveis: pensemos nas epidemias que grassavam nas cidades brasileiras de início do século XX, ou no período de hiperinflação da década de 1980-1990. Foram inúmeros os experimentos para enfrentar esses males comuns, que se encontram nas doutrinas a respeito da revisão dos contratos, da cláusula *rebus sic stantibus*, do poder de polícia dos mercados financeiros, da emissão de moeda, da polícia sanitária e de higiene pública, da doutrina contratual, e assim por diante. Para desânimo de quem conhece a história, veem-se e ouvem-se propostas que ignoram totalmente as doutrinas longamente forjadas, no direito público e no direito privado sobre o tema. Houvesse mais pesquisa, consistente e constante, talvez os juristas pudessem perceber o quanto sua disciplina, que eles mesmos gostam de chamar histórica, para fugir das acusações de simples prestidigitação verbal de que os acusam seus colegas das ciências naturais, é de fato histórica e dependente de um saber histórico.

Tudo isso não quer dizer que a história é mestra da vida: não é, porque a história é o domínio do singular e do contingente, razão pela qual não se repete. Mas o saber histórico prepara-nos para uma forma de pensar, e as pesquisas históricas podem muito bem ser a alavanca para pensar soluções diferentes para momentos diferentes. Sobretudo, o saber histórico revela não a solução, mas formas de pensar sobre soluções. Ajuda também a perceber que algumas condições de pensamento repetem-se estruturalmente seja qual for o tempo e o lugar, e chama nossa atenção para o caráter eminentemente prático da razão jurídica.

## Referências

Almeida, C. M. (1866). *Direito civil ecclesiastico brazileiro.* B. L. Garnier.

Almeida, C. M. (1870) *Codigo Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Typographia do Instituto Philomathico.

Betti, E. (1971). *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Giuffré.

Betti, E. (1955). *Teoria generale dell'interpretzione*. Giuffrè.

Bevir, M. (2008). *A Lógica da história das ideias.* (G. C. C. Souza, Trad.). EdUSC.

Birocchi, I. (2009). Presentazione. In Caroni, P. *La solitudine dello storico del diritto* (pp. 1-39). Giuffrè.

Birocchi, I. ,& Mattone, A. (2006). *Il diritto patrio - tra diritto comune e codificazione*. Viella.

Braudel, F. (1979). *Civilisation matérielle, économie et capitalisme* (Vol. 1.). Armand Colin.

Bretone, M. (1978). Il paradosso di una polemica. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 7, 113-124.

Calasso, F. (1957). *I glossatori e la teoria della sovranità*.Giuffrè.

Calasso, F. (1959). *Il negozio giuridico*. (2a ed.). Giuffrè.

Calasso, F. (1966). *Storicitá del diritto.* Giuffrè.

Caroni, P. (2009). *La solitudine dello storico del diritto.* Giuffré.

Carreira, L. C. (1980). *História financeira e orçamentária do Império do Brasil.* Senado Federal.

Collingwood, R. G. (1967). *The Idea of history.* Oxford University Press.

Costa, P. (2002). *Iurisdictio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (110-1433).* Giuffrè.

Ferreira, W. M. (1950). A história do direito nos cursos jurídicos do Brasil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo,* v. 45, 429-446.

Ferreira, W. M. (1951). *História do direito brasileiro.* (Vol. I). Livraria Freitas Bastos.

Ferreira, W. M. (1954). *História do Direito Constitucional Brasileiro.* Max Limonad.

Ferreira, W. M. (1955). *História do Direito Brasileiro.* Max Limonad.

Gadamer, H. G. (1978). Emilio Betti un das idealistische Erbe. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 7(1), 5-11.

Gadamer, H.G. (1988). *Truth and method.* (G. Barden & J. Cumming, Trads.). Cross Roads.

Grondin, J. (2000). *Hans-Georg Gadamer: Una biografia.* Herder.

Grondin, J. (2012). *Hermenêutica.* (M. Marciolino, Trad.). Parábola Editorial.

Grondin, J. (1994). *Introduction to philosophical hermeneutics.* Yale University Press.

Homem de Mello, F. I. M. (1863). *A Constituinte perante a história.* Typographia da Actualidade.

Jordan, M. D. (1997). *The invention of sodomy in Christian theology.* The University of Chicago Press.

Kelley, D. (1966). Legal humanism and the sense of history. *Studies in the Renaissance,* 13, 184-199.

Kelley, D. (1981). *The beginning of ideology: Consciousness and society in French Reformation.* Cambridge University Press.

Kenny, A. (2008). *Uma nova história da filosofia ocidental.* (C. A. Barbaro, Trad.). (Vol. 1.). Loyola.

Leal, A. (1915). *História Constitucional do Brazil.* Imprensa Nacional.

Leal, A. (1922). História Judiciária do Brasil In *Diccionario Historico, Geographico e Ethnographico do Brasil.* (pp. 1107-1186). Imprensa Oficial.

Lisboa, J. S. (V. de Cairú). (1874). *Princípios de direito mercantil e leis de marinha.* (6a. ed.). (C. M. Almeida, Ed.). Typ. Academica.

Lopes, J. R. L. (2010). *O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil-Império.* Saraiva.

MacCormick, N. (2007). *Institutions of law: An essay in legal theory.* Oxford University Press.

Machado, J. A. (2006). *Vida e Morte do Bandeirante.* Imprensa Oficial do Estado.

MacIntyre, A. (1984). *After Virtue.* Notre Dame University Press.

MacIntyre, A. (1990). *First principles, final ends.* Marquette University Press.

Maffei, D. (1964). *Gli inizi dell'umanesimo giuridico.* Giuffrè.

Martins Júnior, I. (1979). *História do direito nacional.* (3ª. ed.). Ministério da Justiça.

Marx, K. (1978). *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos.* (J. A. Gianotti, Ed, J. C. Bruni, Trad.). Abril Cultural.

Mengoni, L. (1978). La polemica di Betti con Gadamer. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 125-142.

Nunes, B. (2010). À margem do estruturalismo. In *Ensaios filosóficos* (pp. 257-261). Martins Fontes.

Nunes, B. (1998, 13 de agosto).Nós somos um diálogo. *Folha de São Paulo,* Jornal de resenhas.

Pesso, A. E. (2018). *O Ensino do Direito na Primeira República: Do ensino livre à Reforma Francisco Campos*[Dissertação de Mestrado,Universidade de São Paulo].

Pessôa, L. C. (2002). *A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti: Uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno.* Sergio Antonio Fabris.

Piano Mortari, V. (1976). *Dogmatica e interpretazione: i giuristi medievali.* Jovene.

Pocock, J. G. (1967). *The Ancient constitution and the feudal law.* Norton.

Pocock, J. G. A. (1987). The concept of a language and the métier d'historien: some considerations on practice. In A. Pagden *The languages of political theory in early--modern Europe* (pp. 19-38). Cambridge University Press.

Radin, M. (1928). The Story of Law. *Columbia Law Review,* 28(3), 393-394.

Ricoeur, P. (1991). *From text to action: Essays in hermeneutics II.* (K. Blamey & J. Thompson, Trads.). Northwestern University Press, 1991.

Rohden, L. (2005). *Hermenêutica filosófica: Entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem.* Editora Unisinos.

Schutz, A. (1954). Concept and theory formation in the social sciences. *The Journal of Philosophy,* 51(9), 257-273.

Streck, L. (2017). *Dicionário de hermenêutica*. Letramento; Casa do Direito.

Trípoli, C. (1936). *História do direito brasileiro*. Edicão do autor.

Tuori, K. (2007). *Ancient Roman lawyers and modern legal ideals*. Vittorio Klostermann.

Turner, V. (1967). *The Forest of symbols: Aspects of Ndembu ritual*. Cornell University Press.

Williams, B. (2008). *The Sense of the past*. Princeton University Press.

Winch, P. (2008). *The idea of a social science and its relation to philosophy*. (2nd Ed.). Routledge.

Data de recebimento: 01/09/2020
Data de aprovação: 10/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Traditions, translations, betrayals

## Dialogues among legal cultures[1]

*Tradições, Traduções, Traições*
*Diálogos entre culturas jurídicas*

**Ricardo Marcelo Fonseca[2]**

1 Text originally presented, as a working paper, at the VII Congreso Latinoamericano de Historia del Derecho in Puebla, Mexico, in November 2018, and later at Harvard Law School in March 2019. The author would like to thank the Centro de Assessoria de Publicação Académica (CAPA) of the Universidade Federal do Paraná (UFPR) for language support along the development of this paper.

2 Universidade Federal do Paraná (UFPR)

## RESUMO

A partir do balanço feito pelos juristas a respeito das "tradições jurídicas", seus usos e suas premissas, seja fazendo uso de conceitos como "recepção" ou "transplante jurídico", este texto busca enfrentar este debate com a noção de "tradução", num movimento de aproximação entre as tarefas do tradutor e do historiador, enquanto um intérprete das diferentes linguagens do passado. Tomando o fato de que, de acordo com teóricos da tradução, ela sempre implica em um processo de "perda" (Steiner), de "negociação" (Eco) ou até mesmo de "manipulacão" (Aslanov), a relação entre as "tradições jurídicas" no tempo e no espaço deve ser sempre lida a partir das contingências históricas complexas específicas, envolvendo os interesses presentes na cena histórica que presidem a "tradução" de uma dada "tradição" jurídica para um outro contexto geográfico ou temporal. Exemplo deste procedimento foi o modo como o jurista brasileiro do século XIX, Teixeira de Freitas, fez sua peculiar adaptação do legado jurídico do direito civil estrangeiro para a cena brasileira, em sua 'Consolidação das Leis Civis'.

**Palavras chave:** cultura jurídica, tradição jurídica, transplante jurídico, tradução, Brasil imperio, Teixeira de Freitas.

## ABSTRACT

Based on insights from jurists regarding "legal traditions" – their uses and premises, whether drawing on concepts such as "reception" or "legal transplantation" – this text seeks to address this debate through the notion of "translation," that is, the movement of approximation between the tasks of the translator and the historian, as an interpreter of the different languages of the past. Observing the notion that, according to theorists, translation always involves a process of "loss" (Steiner), "negotiation" (Eco) or even "manipulation" (Aslanov), the relationship between "legal traditions" in time and space must always be read from the perspective of specific complex historical contingencies, involving the interests present in the historical context that preside over the "translation" of a given legal" tradition "into another geographical or temporal context." The way in which the 19th century Brazilian jurist, Teixeira de Freitas, made his peculiar adaptation of the legal legacy of foreign civil law to the Brazilian context, in his "Consolidation of Civil Laws" is provided as an example of this translation process.

**Keywords:** legal culture, legal tradition, legal transplantation, Translation, Empire Brazil, Teixeira de Freitas.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78734

# 1. Traditions.

## 1.1. “Legal traditions” as a problem

Jurists, whether from across the Americas or Europeans, widely appreciate referring to the existence of legal “traditions.” It seems convenient to want to fit matters into a cultural framework or family, preferably one that is endowed with a certain symbolic “pedigree”. This produces effects of power in the academic field, and also in courts. Moreover, this surely causes that sense of comfort of being properly framed in a definite place, already belonging to an earlier lineage, with a set of known and recognized cultural references. For law school professors, this is even more comfortable: linearity, consistency, and simplicity fit very well into their didactic procedures. The use of sorts of so-called “comparative law” - which often functions precisely to confront and compare various legal “traditions” - fits like a glove for the “clarity of exposition” to many masters. In addition, it is a pretext to display some erudition, a common trait in our field, whose effective utility, however, is sometimes difficult to demonstrate beyond the performative gestures. A typical (and very influential) example of this mental “standard” is the success of René David’s book, “Major legal systems in the world today” (David, 1986), which defines with the greatest clarity possible what are the “legal families” of our time and how genealogies work among them.

This way of observing juridical theories - or as I prefer to call them, diverse legal cultures - ends up involving the use of a series of conceptual dualities that serve to “fit” explanatory molds into defined frames. Some examples are the definitions of “center” and “periphery” (or central and local/regional), or as Diego Lopez Medina (2016, pp. 6 ; 25) says, between “places of production” and “places of reception” of legal theories. These dualities lead us, in our legal cultures, to other complementary tools that function as their natural consequences: hose dividing European/North American and Latin American theories, respectively, into poles as “origin” and “destination”, “original theory” and “adapted theory”, “invention” and “mimesis”, “production of legal theories” and “assimilation of legal theories”, and so on. This way of checking juridical theories - with their rigid families, origins and genealogies - also makes the understanding of legal cultures articulate and operate from notions such as “influence” (Lopez Medina, 2016, p. 26), reception, transplantation, etc.

Needless to say, of course, in all these conceptual games lies an understanding that idealizes the so-called “producers” of legal theories (the North Atlantic) and undermines the so-called “receivers” of legal theories (Latin America). The former produce, the latter copy or transplant – though inevitably imperfectly. Ethnocentrism and cultural colonialism (which paradoxically contaminate even many Latin American teachers) is evident here.

## 1.2. How do “legal traditions” relate? Some answers.

Nevertheless, it is necessary to countenance the problem calmly and cautiously. Many respond to this question by going to the opposite extreme of the debate, thinking that the answer is to reject every European (or American) cultural aspect, viewed as a synonym to oppression and cultural domination. These oppose the thesis of the supposed cultural “mimesis” of Latin

Americans with the thesis of the absolute originality (and not rarely, genius) of what we do in the South of the world. As I have already had the opportunity to assert, it is as if we were an authentic *jabuticaba* (Fonseca, 2013, p. 415-424), a Brazilian fruit which only flourishes and fructifies in our lands, and which tastes sweet and is unknown to the North of the world dominators. And I do not believe that we must combat these dangerous cultural schemes that the "tradition" idea brings with it, by putting on a public bonfire of the works of Savigny, Pothier, Pound or Mello Freire (as Goethe, Cervantes or Proust). Nor is anything accomplishedby refuting the fact that a historian of Latin American law cannot deny that the categories and theoretical frameworks that came from Europe or the United States shaped our institutions, our teaching and our circulation of ideas. Whether we like it or not, we all immerse ourselves in the world of codes, constitutions, parliaments, courts and the division of powers that came from the Old World. The question, therefore, seems to be mainly focused on the particular way, a very specific and localized one, that these categories and these theoretical frameworks were re-read and adapted in our region. Hence, given the circumstances that are inevitably particular, specific and, local to these processes, I believe that this is a task befitting of legal historians.

It is necessary to start by making the ideas of legal "traditions" less straightforward and schematic, along with the ways of thinking from families, affiliations, "transplants" and "influences." On the one hand, it is worth noting that even Europe itself does not have legal "traditions" as a definite, clear and linear construct as some comparatists might suppose. Clearly, there are some approximations to the French and Germanic traditions of the nineteenth century, such as the reduction of the legal pluralism of the old regime, the centrality of the state as a pole of legal production, separation of powers, and so on. And there is some distancing as well, as in the French legalist tradition, and the Germanic conceptual tradition that are not so clear in the way Italian, Spanish and Portuguese jurists worked their doctrine in the 1700s and 1800s. On the other hand, it is also necessary to realize that there is no unity in an alleged "tradition" of Latin American legal culture. We could see, first of all, the sensitive differences that exist among them in the many legal "traditions" of Spanish America (Mexico, Argentina, Peru, Colombia, Cuba, Chile, etc.) and, secondly, the differences between the latter and the legal "tradition" of Portuguese America, full of specificities stemming from a type of colonization (and culture) that took place in Brazil.

Following a "cautious" line in this debate around the relationship between different legal "traditions," it may be worth starting from some responses, which as we shall see, seem insufficient to address the problem of how "legal traditions" relate over time. To put it another way, we need to perceive how each era relates to the legal culture of its past. The jurists know some of these formulas very well. The best-known one is the notion of "reception," used above all to analyze the way the legacy of Roman law acted in historical times after its advent. This is a subject dear to all Romanists and to historians of law: the investigation of how the rich past of the law of Ancient Rome was "received." It can refer to many times in History, whether in the Middle Ages (by glossers, later commentators, etc.); in the first modernity (as in the so-called Legal Humanism, in the case of the *Usus Modernus Pandectarum*); or in the second modernity (as in the emblematic case of Savigny´s historicism, or the nineteenth-century German pandectistic). Roman law, with a few honorable exceptions, is presented as a historical preciousness that posterity appropriates and takes advantage of, "applying" it in its conceptual purity to different historical contexts. Roman law is "received," resisting the wear and tear of temporality by its intrinsic genius, which survives the centuries and shows itself as a "non-historical" instance. It is thus needless to mention the elements of anachronism that contaminate a theoretical belief of this kind. The theoretical naivety and the absence of methodological mediations that underlie this idea are of enormous obviousness in the eyes of historians of law.

In 1974, the Scottish author Alan Watson (1993) sought to forward a new conceptual contribution to this debate in the first edition of his book "Legal Transplants: An Approach to Comparative Law" which had a new edition in 1993 and brought the idea of "legal transplantation." In his words, "legal transplantation is the moving of a rule or a system of law from one country to another or from one people to another." In other words, for him, "legal transplantation" is a natural form of development of legal systems. Legal cultures can be transplanted from one system to another, from the spatial point of view (e.g., one country applying systems from another contemporaneously) and from a temporal point of view (e.g.; a country transplanting a legal system of the past). This idea produced an intense debate. Pierre Legrand, a French professor of the University of Paris 1 Pantheon-Sorbonne, wrote a text in 1997 that had a deliberately controversial intention. His text was entitled "The impossibility of legal transplants" (Legrand, 2014, p. 11-39) and directly attacked Watson's ideas, saying that they implied anachronism and did not consider the complex historical circumstances surrounding the application of a legal culture, which, in his opinion, cannot be considered as a mere set of ideas that has no relation to the context it is embedded. For Legrand, Watson sees law as "a propositional system of empty rules". The relationship between the various legal systems (whether in space or in time) is too complex for them to be conceived as transplants.

To be sure, if these answers that are heavily invested in the idea of "reception" or "transplantation" are outdated or insufficient when considering the relations between legal "traditions," what other path could be taken? I have a hypothesis. The concept of "translation" can be valuable in taking a step forward in this debate, able to provide the historian with the right tools to interpret this complicated problem of the relationship among legal traditions.

## 2. Translation

### 2.1. Translation as a theme for the historian

Pietro Costa (2009, p. 23) once said that the historian is, by excellence, a hermeneut. One can create a variation here and say thusly: the historian is, above all, a translator. Their task, in the end, is to confront themselves with old institutions, old concepts, old theories, and assign them a meaning for their contemporaries. It is to be able to explain in a current lexicon that which had another set of semantics in its time. It is to take ownership of what has happened in the past in order to, in a complex procedure, seek to render meaning in a different time. As Peter Burke puts it, "if the past is a foreign country, it means that even the most monoglot historian is a translator" (Burke e Hsia, 2009, p. 14).

In a collection devoted precisely to the subject of cultural translation, this English historian draws a parallel between the task of understanding the historian's past and the task of translation. Burke (2009, p. 46) posits that:

> Whether translators follow the strategy of domestication or foreignization, and understand well or badly the text they are imparting to another language, the translation activity necessarily involves both a decontextualization and a recontextualization. Something is always "lost in translation. However, the examination of what has been lost is one of the most effective ways of identifying intercultural differences. For this reason, the study of translation is or should be central to the practice of cultural history.

From this central intuition (the parallel between the historian and the translator), Burke sees the context of cultural history – his own conceptual lens – as central to the task of decoding the way each culture tries to interpret another. As he asserts, the research problem is to examine the "regimes" of translation that exist in each period in which one culture confronts another, seeking in this procedure to answer six great questions: Who translates? With what purpose is it translated? What is translated? For whom? In what way? With what consequences? (Burke e Hsia, 2009, p. 17). This premise seems to be fertile, in fact. Assessing the always peculiar and contextualized manner in which a past time appropriates some other cultural tradition, trying to understand the mechanisms and interests involved in it, is something that holds great potential to reveal something about our past (Duve, 2014).

In addition, considering our problem addressed here – how "legal traditions" are confronted with other traditions – the idea of translation seems to be a useful tool to avoid the shortcomings alluded to previously, those that the notions of "reception" or "transplant" hold. This has not gone unnoticed for the historiography of law. For example, in *Frankfurt's Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgechichte*, there have been numerous initiatives, publications and seminars precisely on this issue. One of the most eloquent of them was a 2014 publication dealing with the question of cultural "Entanglements" in the legal field (Duve, 2014).

If it is valid to follow this line of reasoning that takes *translation* as key to the interpretation of the cultural dialogues in the context of "legal traditions," I believe it is likewise valid to pay some attention to what some of the translation theoreticians say in the scope of linguistics, and to evaluate some of their intuitions about how to build bridges between two languages, or between two cultural worlds.

## 2.2. Contributions of translation theory.

It is perhaps worth beginning with one of the most important reflections on translation, one made by George Steiner (2005), in his work published originally in 1975: "After Babel". For our interests here, what is especially relevant is that he, just like the historian Peter Burke, draws a parallel between the activities of the translator and the historian. Citing John Hexter he writes regarding Burke:

> When reading a historical document, when referring to the process of a narrative in the history previously written, to interpret the acts of language performed in the past, near or remote, 'he perceives himself as becoming more and more a translator in the technical sense (Steiner, 2005, p. 160).

Even further: problematizing the recollection game (so dear to the curator of the past), stripping down its complexity and making reference to the ever-classic text "Pierre Menard, the author of Quixote" (1939, by Borges), Steiner says: "any genuine act of translation is, at least from one point of view, a crystalline nonsense, an effort to reverse up the escalator of time and voluntarily reconstitute what was a contingent movement of the spirit" (Steiner, 2005, p. 98). After all (and here we would seem to find echoes of Benedetto Croce's celebrated quote, "all history is contemporary history"), Georges Steiner, when speaking on translation, posits that "every moment engenders the previous instant. Whatever verbal tense is used, every statement is a present act. The reference always takes place now" (Steiner, 2005, pp. 159-160). This problematization goes beyond the past-present relationship and is a nod towards the complexity

inherent to communication itself: "between languages or within a language, human communication is equal to translation. A translation study is a study of the language", because "Babel's event confirmed and externalized the translator's endless task – it did not initiate it" (Steiner, 2005, p. 72). To Steiner, then, to communicate is, to a certain extent, to translate.

Likewise, Umberto Eco, in a volume dedicated to translation ("Dire quasi la stessa cosa", 2003), he follows a similar line of reasoning: one must not trivialize the complexity of transpositon between languages. Indeed, in his words, "si già *è* detto, ed *è* idea ormai accettata, che uma traduzione non riguarda solo um passaggio tra due lingue, ma tra due culture, o due enciclopedie" (Eco, 2016, p. 162). It is precisely for that reason that the aim of the book is to

> (...) cercare di capire come, pur sapendo che non si dice mai la stessa cosa, si possa dire quasi la stessa cosa. (...) Stabilire la flessibilità, l'estensione del quasi dipende di alcuni criteri che vanno negoziati preliminarmente. Dire quase la stessa cosa è un procedimento che si pone, como vedremo, all'insegna dela negoziazione (Eco, 2016, p. 10).

And it is indeed this word – "negotiation" – that I wish to highlight here. There is no translation without negotiation; dialogue between languages assumes negotiation:

> Tutte le pagine che precedono si sono poste all'insegna della negoziazione. Il tradutore deve negoziare con il fantasma di un autore sovente scomparso, con la presenza invadente del testo fonte, con l'imaggine ancora indeterminata del lettore per cui sta traducendo (e che il tradutore deve produrre ...) (Eco, 2016, p. 345).

Another useful contribution for the present discussion comes from Cyril Aslanov, professor from the Hebrew University of Jerusalem, from a short book entitled "Translation as Manipulation," from 2015. Not unlike the other authors heretofore cited, Aslanov (2015, p.14) points out that:

> (…) between the imperative of absolute fidelity that characterizes the translation of religious or legal texts, and the search for rhetorical and poetic effects, so frequent in the translations for commercial purposes or advertising, the translator oscillates in interlingua which is the no-man's land between the two languages.

And Aslanov continues:

> In this complicated space between languages, the translator manipulates not only the reader but also the text itself. There we have another meaning of the term "manipulation" in addition to the sense of 'deception.' It is the use of this word, if not in a positive sense, then at least in a not necessarily negative one, which is found, for example, in the terms 'medication manipulation' or, closer to our modern categories, 'genetic manipulation' (Aslanov, 2016, p. 14).

It is precisely on the basis of these contributions that I believe an interesting line of inquiry could be opened to the ends that are of relevance here: to study precisely the "regimes of translation" in the various legal cultures over time, as a key to a more fruitful reading than that of merely "reception," with legal "transplantation" or "transference." Upon bearing in mind how cultural dialogues (or translation between legal cultures) are inevitably marked by "loss," by decontextualization/recontextualization, by "negotiation" or even by "manipulation," I return to the historical conditions of these cultural translations to address some important questions:

Who translates? Why? How? For whom? With what consequences? It is an endeavor that I dare say is worth pursuing further here.

I have referred to "loss", "negotiation" and "manipulation." However, I could also speak, perhaps, of "betrayal," since it seems consensual that the translation process is always marked, almost inevitably, by "betrayal," as the well-known Italian adage (*traduttore/traditore*) always reminds us. Therefore, to study the translation systems that take place in the various legal traditions means to also speak of betrayals.

## 3. Betrayals

There are different kinds of betrayal, all of which are always intertwined with historical contingencies and interests at stake at a certain time. Unraveling these betrayals may mean revealing relevant historical meanings, as well as getting rid of reluctant schematics in the lapses of those who look back to the past with too much simplicity. To precisely study the forms of "cultural betrayal" seems to be a rich and fertile ground for the historian of law.

As in life, there are many different forms of betrayal in translation within a cultural context (there are different kinds of betrayal in the context of cultural translations). To demonstrate this, I now use an empirical case, that has to do with the Brazilian legal science of the 19th century, taking as a paradigm the one who is considered the most important Brazilian jurist of this period, the true "jurist of the 19th century", as defined by his biographer, the civilist Silvio Meira: I am referring to Augusto Teixeira de Freitas

As is known, Teixeira de Freitas was the first jurist charged by the Emperor himself, Dom Pedro II, to carry out that legal task seen as most important of the 19th century: the civil code. However, before carrying out the project (known as a "Draft," which, as we now know, was an ill-fated project), Teixeira de Freitas tasked himself with yet another work of great importance and that deeply impacted the Brazilian legal culture through to the beginning of the 20th century: to develop a "Consolidation of Civil Laws", that is, a survey of all that which was in force in Brazil in terms of civil codes, as the received heritage (which came from the "Ordenações Filipinas" or "Philippine Codes" of 1603, from the later Portuguese regal orders, from the post-independence Brazilian laws and even foreign ones incorporated into our legal books by the "Law of Good Reason" ("Lei da Boa Razão") of 1769), seemed confusing and even random. It would be necessary, in his view, before systematizing what was already in force to then later proceed with an enterprise involving further legal coding.

And so it went: the "Consolidation of civil laws," which was first published in 1857, ended up having the effect of substituting a civil code, while the latter only eventually came about in 1916: yet it was this important document that served as a framework for forensic life and for the Courts regarding what would effectively be in force in Brazil from that period on. Each article of the "Consolidation" (whose format closely resembled a code) was followed by a series of footnotes in which the "origin" and provenance of that normative disposition was attested, among a hodge-podge of norms that were then in force. That is to say: the "Consolidation of Civil Laws" proposed to simply be a systematization of what already existed, a joining together of laws in force, in one rational, objective and singular document: it thus proposed to be a "translation" of the legal culture in force (and pre-codified) for contemporaries from the second half of the 19th century.

However, as in all translations, this document worked with transpositions, negotiations (and, let it be said, betrayals), beyond that which could be supposed upon first glance.

First, consider *language*. To be sure, the "Consolidation" was intended to be a mere compilation of the legislation already in place at the time, paving the way for further codification work. Yet in terms of language, there is a great discontinuity (a real hiatus, a great strangeness) between the way in which pre-modern legal documents (the "raw material" of the consoling work of Teixeira de Freitas) were written and the way in which modern legal documents are written. What is meant here is that the very operation of transposing the language of the legal documents that Teixeira de Freitas was facing (coming from the pre-liberal era) into the consolidation text already showed evidence of a translation/creation work. In fact, the "Legislative" Texts of the old regime held very different characteristics from the post-revolutionary legislative pattern: they were long, argumentative and impregnated with a very peculiar style. All this will be "translated" into "Consolidation" as numbered clauses with direct and clear wording. It is, in fact, the stated objective of the consolidator himself: "the consolidation will be made by clauses and titles, in which the provisions in force will be reduced to clear and succinct propositions" (Teixeira de Freitas, 1859, p.vi). I believe that this lexical and stylish "transposition" should not be underestimated. The difference in the format in which the precepts are presented also brings a difference in the way of seeing law itself: in a complex, labyrinthine way, full of mediations and reconciliations, to a direct, concise form and that has the clear function of command.

Secondly, and most importantly, the way in which Teixeira de Freitas, by apparently simply "consolidating" pre-existing legislation, did not in fact only change language and style (as seen above), but apparently also attributed a different meaning – subverted even – to the texts themselves that he should have only brought together. In other words: on the occasion of the "consolidation" of the texts in force, not only was the language transformed, but the manner in which he selected, wrote, and expressed the subjects had a strong character of *reinterpretation* and *re-creation*, exactly in the format the jurists of the "ius commune" acted in their activity of "interpretation" (Calasso*, 1995*, p. 162).

I offer an example related to domain. At the beginning of the "title I" ("of the domain") of Book II ("of the real rights") of his consolidation, Teixeira de Freitas defines the domain as follows: "art.884. It is the domain of the free faculty to use and dispose of things, and to demand them by royal actions" The jurist says that this device is inspired by various provisions of 3rd and 4th books of Ordinances (which he mentions in the footnote). However, looking closely at the clauses of the Ordinances one does not perceive this direct relationship. For example, title XXXI of the 3rd Book of Ordinances (the provision which he places as a source for his article 884), comes from the hypothesis of demand that involves a movable property, and the defendant has no immovable property (it seems much more a disposition of processual character than of substantive law); title X of 4th Book of Ordinances gives rise to the hypotheses of sales and disposals of property which holds legal proceedings; the title 11 of the 4th Book of Ordinances addresses the prohibition of the constraint to sell the property to others (especially their own family); and, finally, title XXXVI of the 4th Book of Ordinances addresses the hypothesis of someone dying without naming someone to the property forum.

As can be seen, the assumptions and provisions present in the Philippine Ordinances that are invoked by Teixeira de Freitas as "sources" of the consolidated article (number 884), despite belonging to the relationships of men with things (real relationships), are far, however, from the things that Paolo Grossi called paradigm "napoleonic pandectistic" (Grossi, 2006, p. 10) of

the property, which resulted, in terms of property rights, in a formidable break (modern) with respect to the previous period (pre-modern). The provisions of the aforementioned Philippine Ordinances fit perfectly into a pre-liberal, re-centric and non-individualistic period. However, in the text of "Consolidation," Teixeira de Freitas imbues those provisions with a complete proprietary individualism, typical of the later period (where the property "is the projection of the sovereign shadow of the subject", again using the words of Grossi (1980, p. 23). Teixeira de Freitas does not say (as it is in art. 554 of the French civil code) that property is the right to the enjoyment of the thing "in the most absolute manner" and not tell you (as the art. 17 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 1789) that the property is a right which is "sacred," but will have that the domain is the free faculty to use and dispose of things. When he speaks of freedom and faculty, he shifts the focus originally present in ordinances to a perspective clearly centered on the figure of the proprietor. It approximates the definitions that most 19th century codes will follow with respect to property in the sense of defining it by the powers (in this case, to use and dispose) that the subject has with respect to the thing. In short, the text of the Ordinances (published in 1603 and which is typical of the "ius commune", that is, of an originally medieval appreciation of the legal experience) is transfigured into an individualistic, modern device, to the appearance of the 19th century codes. The operation of "consolidation," as we see here, went far beyond the mere "compilation" of extant texts." Without a doubt, the generative and conforming nature of law was at play (made possible by the discourse of the "scientific" for which Teixeira de Freitas desired to be the spokesperson) – law still not formalized, not enacted, but which would go on to enjoy prestige and even legality[3].

It cannot be forgotten that after the promulgation and dissemination of the Consolidation (and in view of the failure of the attempts of encoding until 1916), this text served as a guide in the jurisprudence and in the Brazilian doctrine for decades.

## 4. To conclude.

As can be seen, to begin to understand the dialogue between different cultural traditions and discuss the way in which they relate means, first of all, to face the complexity of the cultural translations domain.

That means being attentive to the various forms of betrayal that happen in this process, which are relevant precisely because they can be relevant indexes (and that insert elements of complexity) in a more appropriate understanding of the past historical process. Certainly the Brazilian legal doctrine of the 19th century acquires more complex colors (although perhaps less beautiful) when all the vicissitudes of the cultural translation procedures are unveiled.

It is, perhaps, to begin letting go of, in the analyses that we conduct around the clashes between the many cultural traditions (and here I refer to the culture of European law and the legal

3 In doctoral research on the law of property in the 19th-century Brazil, it was found that a total of 56 judged cases on the theme of domain and property, the Consolidation of the Civil Laws' appears as a text cited 44 times, which means that it was stated in 22 judged cases (therefore, almost 40% of the decisions found there). It can be seen, thus, the effect that this activity of Teixeira de Freitas (of translation or of betrayal – as it were – of the texts he took as basis) was crucial in institutional terms within the Brazilian legal culture of the 19th century. Staut Jr, S. S. (2009). *Possession in Brazilian law of the second half of the 19th century to the civil code of 1916.* (doctoral thesis-UFPR). (now published: Staut Jr, S. (2015). *Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916.* Juruá.

culture of Latin America), a search for the understanding of the forms of mimesis, of copying, of transplantation or reception; but, conversely, it is also to place the themes of contextualization, manipulation, negotiation and betrayal in a more central position in the program of Law History, in the scope of these cultural studies.

Finally, all this leads to yet another strong conclusion – which is put here in more of a provocative way: the more the dualities "original" and "copy" or "places of production" and "places of reception" of legal culture begin to be relativized, the more we may have to rethink the very strong duality Europe x Latin America. Perhaps there are far fewer rigid identities between these poles and there are many more mists and fogs between one and the other than the old cultural traditions had previously imagined. Our task must be to add complexity and more shades to the understanding of these processes, even if we exhaust the understanding nexus that we have known so far. And let Latin American legal historiography do so.

## References

Aslanov, C. (2015). *A tradução como manipulação.* Perspectiva, Casa Guilherme de Almeida.

Burke, P, & Hsia, R. P. (2009). *Tradução cultural nos primórdios da Europa moderna.* Ed. UNESP.

*Calasso, F. (1954). Medio evo del diritto: Le fonti.* (Vol. 1). Giuffré.

Costa, P. (2009). *Soberania, representação, democracia: Estudos de história do direito.* Juruá.

*David, R.* (1986). *Os grandes sistemas do direito contemporâneo.* Martins Fontes.

Duve, T. (Ed.).(2014). *Entanglements in legal history: Conceptual approaches*. Max Planck Institute for European legal history.

Eco, U. (2016). *Dire quasi la stessa cosa*: *Esperienze di traduzione*. (6ª ed.) Bompiani.

Fonseca, R. M. (2013). Tra Mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti dela scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In Sordi, B. (Ed.). *Storia e diritto: Esperienze a confronto ; Atti Dell'incontro internazionale di studi in ocasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini, 18-19 ottobre 2012. (pp.415-424). Giuffrè.*

*Grossi, P. (1980). L'inaugurazione della proprietà moderna.* Guida Editori.

*Grossi, P. (1995). L'ordine giuridico medievale. Laterza.*

*Grossi, P. (2006). História da propriedade e outros ensaios.* L. E. Fritoli e R. M. Fonseca (Trad). Renovar.

Legrand, P. (1997). The impossibility of 'Legal Transplants'. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, 4, 111-124.

Legrand, P. A (2014). A impossibilidade de "transplantes jurídicos". *Cadernos do programa de pós-graduação Direito/UFRGS*, 9(1), 11-39.

*Lopez Medina, D. (2016). Por que falar de uma "teoria impura do direito" para a América Latina?. Cadernos do programa de pós-graduação Direito UFRGS, 11(1) 3-49.*

*Staut Jr, S. (2015). Posse e dimensão jurídica no Brasil: recepção e reelaboração de um conceito a partir da segunda metade do século XIX ao código de 1916.* Juruá.

Staut Jr, S. S. (2009). *Possession in Brazilian law of the second half of the 19th century to the civil code of 1916.* (doctoral thesis-UFPR).

*Steiner, G. (2005). Depois de Babel: Questões de linguagem e tradução.* (C. A Faraco. Trad). Ed. UFPR.

*Teixeira de Freitas, A. (1859). Introdução. In Teixeira de Freitas, A. Consolidação das leis Civis.* Typographia Universal de Laemmert.

Watson, A. (1993). *Legal transplants*: *An approach to comparative law*. (2ª ed). University Georgia Press.

Data de recebimento: 11/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Historia Plural del Derecho

*História Plural do Direito*

*Plural Legal History*

**José Ramón Narváez**[1]

1 Universidad Nacional Autónoma de México y Escuela Judicial Electoral.

## RESUMO

O artigo questiona a forma tradicional de entender a história do direito de uma forma monopolista e muito ligada ao formalismo científico, mas nada conforme a atual geração. Através da metonímia busca-se a possibilidade de uma nova metodologia que utilizaria algumas das ideias da tradição ius historiográfica crítica como é o caso da recepção (transmissão) do direito entre culturas jurídicas.

**Palavras-chave:** História do direito, cultura jurídica, história da cultura, pluralismo jurídico, pluralidade.

## ABSTRACT

The article questions the traditional way of understanding the history of law in a monopolistic way and closely linked to scientific formalism, but nothing in accordance with the current generation, through metonymy the possibility of a new methodology that would use some of the ideas is raised of the critical historiographic ius tradition as is the case of the reception (transmission) of law between legal cultures.

**Keywords:** History of law, legal culture, history of culture, legal pluralism, plurality.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78735

## Introducción

Es urgente democratizar la historia y sobre todo la historia del derecho, hoy más que nunca, cuando la apremiante necesidad de dotar de sentido al derecho, de ligarlo a la sociedad, de convertirlo nuevamente en producto humano es más latente que nunca, y justo en estos términos utilizamos la noción de democratización, no como la vulgarización irracional de nuestra ciencia, sino como la generosa actitud de los científicos que se manifiesta en el convite que estos hacen a los hombres, sobre todo a aquellos olvidados por la ciencia positiva en los dos siglos que nos han precedido, para que juntos descubramos los principios fundacionales de nuestro orden jurídico.

La Historia, historia de hombres, ha puesto en duda aquellas seguridades modernas que se erguían tiranas sobre la sociedad subyugándola por presumirse racionales, hoy, son exhibidas y ridiculizadas por la cotidianeidad, su más acérrima rival, la contingencia está a la orden del día.

Por eso, queremos pluralizar a la historia del derecho, no para hacer descender el tono del debate sino para descender la vista y observar un objeto de estudio más rico, la sociedad; tal vez, el término más *ad hoc* sea el de sociabilizar el derecho[2], darnos cuenta, que existe derecho que sobrevive en los estratos menos pensados, que sobrevive aún a pesar de aquella embestida violenta que lo soterró por varias décadas, la enunciación del derecho sólo a través de la ley; aún hoy, con voz débil ese derecho excluido, se manifiesta, aunque muchas veces es condenado y calificado como anarquista, como irracional, como impuro, como extraoficial; es entonces que es más evidente la incoherencia entre el discurso, la historia y la práctica, porque el derecho nace de diferentes lugares, así lo ha entendido nuestra milenaria ciencia y ha tenido a bien denominarlas fuentes del derecho; pero hoy, neciamente en facultades, en estrados, en tribunas y bufetes sólo se habla de una fuente, la ley.

La Historia del derecho a veces cómplice, a veces agorera perseguida; mide sus pasos y tímidamente intenta advertir los errores en que incurrió el derecho al que llamamos moderno, ciertamente puede que lo haga de manera inconsciente, pero es justo lo que estamos en este momento proponiendo, que ahora lo haga de manera conciente y responsable, pues el demandar exige necesariamente el agotar la instancia si es que no se quiere delinquir en uso ligero de la justicia.

Nos atrevemos a denunciar la soberbia de nuestra ciencia jurídica, sabedores de que después de esta manifestación, tendremos que asumir la fiscalía del caso y presentar pruebas; no descartamos la posibilidad de una defensa vehemente por parte de los que conciben el derecho como algo artificial, matemático, prediseñado en encorsetadas formas que después se pretenden aplicar a la sociedad, exigiéndosele un cumplimiento ciego porque está oficialmente ordenado, aún si estas formas, la sociedad las percibe como ajenas, lejanas y muchas veces, irra-

2 En este sentido viene a colación la obra de Alvin Toffler quien nos sugiere que hemos entrado en la etapa de las 'organizaciones flexibles', abiertas a un conocimiento incluyente (Toffler, 1990) para el derecho este momento es más que propicio pues ante la flexibilidad estatal, el derecho se presenta como un mecanismo cercano y útil para la sociedad; el mismo Jean Carbonnier en su obra (Carbonnier, 1998), propone un proceso de reconsideración de fuentes del derecho, una imagen similar utiliza Gustavo Zagrabelsky (Zagrabelsky, 2002) estas obras recurren a la imagen de la maleabilización del derecho. Pero existen también aquellos trabajos que van enfocados a la falta de comunicabilidad del derecho como el de Cárcova (1998) en el plano específico de la historia del derecho (Lorente Sariñena, 2001) que sugiere una falta de coherencia discursiva por parte del Estado moderno entre su acercamiento al pueblo y el acceso a la ley, en este mismo sentido la obra colectiva que recoge el Congreso sobre Códigos (Cappellini & Sordi, 2002) que nos muestra un ocultamiento por parte del Estado que 'codifica los códigos'. Otros estudios han estado más bien en la línea de recuperar la cotidianeidad que tiene gran fuerza transformadora, por ejemplo: (Sarat & Kearns, 1993)Por ultimo aquellos que hablan del derecho alternativo o teoría crítica del derecho (De la Torre Rangel & Paoli, 2002).

cionales; entonces se desata la ira del formalista, que desdeña a esa sociedad inculta, rebelde, ilegal que no quiere cumplir el orden estatuido a *fortiori,* se esgrime que es el efecto de una falta de cultura legal, de un desapego al Estado de derecho, al principio de legalidad, al imperio de la ley; entonces el derecho en su forma de ley, se convierte en lo más antidemocrático, porque es el querer de unos cuantos, sobre una mayoría sin rostro, previamente calificada como incapaz para dotarse de derecho y circunscrita a vivir en un mundo de no-derecho, por eso, el derecho es asumido por esta mayoría como una cuestión monstruosa y temida, porque si no es obedecido les atraerá sólo males[3], pero también la sociedad descubre los vacíos y la vías para burlar este derecho y esto provoca grandes jaquecas a estos diseñadores del sistema jurídico que terminan por aborrecer a este ciudadano medio, insistimos, el más común, que incumple este derecho ilustrado, predispuesto por una minoría de iluminados que carecen, la más de las veces, de la cuestión más necesaria para legislar: el sentido común.

¿Y que hay entonces de ese derecho válido que conjuga las convicciones de una sociedad legitimándolas a través de la costumbre, de la aplicación contractual, del debate judicial, de la reflexión académica? Derecho en el que más fácilmente participa la sociedad. La respuesta es que simplemente este derecho lo hemos minusvalorado, lo hemos a veces olvidado, pero esto no significa que no exista, pues mientras los alquimistas de la ley siguen elaborando sus compuestos más acabados, todos los días, en todas las latitudes, el *otro* derecho sigue formándose como prueba indeleble de que el derecho en sí mismo es producto social.

¡Atención! que no estamos satanizando a la ley, pues es también fuente del derecho, y tal vez, la más importante dentro de nuestro contexto jurídico, lo que sí estamos tratando de hacer, es desenmascarar una propaganda insistente que intenta mostrarnos un derecho convicto que su mxima aspiración es la de ser 'bien redactado'.

Así que en forma condensada en las siguientes líneas intentaremos esbozar la problemática actual sobre nuestra materia, que como podrá intuirse va muy de la mano con la de la ciencia en general del derecho, pero al compartir método de estudio con la historia general no puede dejar de ser susceptible a los cambios que esta ciencia social va sufriendo, y aquí entra toda la discusión académica sobre la historia del derecho como categoría particularísima de la historia, pues estos nuevos enfoques de la historia general no son necesariamente adoptados *ipso facto* por la historia del derecho, en mente tenemos el claro ejemplo de la historia social, la cual tiene más de un siglo acercándose a nuevos enfoques, mientras la historia del derecho tiene apenas escasos años en que ha incursionado tímidamente en estos temas (Grossi, 1986, pp. 5-19), quizá con justificada precaución, pues la paradoja que sostiene al derecho en clave histórica, es la relación entre la costumbre (producción jurídica social) y su codificación (entendida esta en sentido muy lato), en donde es necesario un saber enriquecido a través de los años, de los miles de años de nuestra ciencia, por eso los vasos conductores entre sociedad y derecho deben ser claros y la pluralidad en este sentido, no debe significar de ningún modo, relativismo jurídico, las características propias de la costumbre confirman su existencia y su utilidad.

Hemos querido descifrar los nuevos retos a los que es llamada nuestra disciplina, desde una perspectiva particular, que aunque seguramente comparte muchos puntos en común con

3 Para explicar lo anterior hemos elaborado una alegoría muy útil tomada en préstamo de la teología: en la economía de la salvación hay dos formas de alcanzar la vida eterna, una imperfecta llamada atrición y otra perfecta llamada contrición; la primera forma implica el arrepentimiento a partir del temor a las penas del infierno, la contrición en cambio, supone el arrepentimiento por amor al Bien; el derecho contemporáneo plantea la posibilidad de generar un derecho atrito que se cumple por temor a la pena, sin embargo tendremos siempre la posibilidad de sugerir un ordenamiento jurídico contrito en dónde se cumpla el derecho por amor a la justicia.

otras ciencias sociales, aquí la manejaremos de un modo especial, y como decodificador de esas fluctuaciones históricas del derecho; y por denominarla de algún modo, le llamamos historia plural del derecho, porque lo que hoy más nos preocupa en el derecho, es el poder contrarrestar esta opacidad jurídica que nos sofoca, en pos de incluir la diversidad, y por eso, se habla de alternancia, alternatividad, multiculturalidad, en fin, de pluralidad.

Podríamos tomar como lista inicial de tópicos para una posible *Agenda de la Historia del derecho en México*, los Siete Pecados en los que puede incurrir un historiador según Aguirre Rojas: el positivismo, el anacronismo, el postmodernismo, el tiempo newtoniano, el acriticismo, el progresivismo y la obsesión por la objetividad (Aguirre, 2014), ahora bien, es difícil que en un historiador concurran los siete, y todos estamos expuestos a caer en alguno, alguna vez (o en otros casos, puede ser un mal recurrente, un vicio) y al igual que sabemos, o intuimos cual es 'el pie del que cojeamos', tenemos también noticia de cuales son los pecados de la historia del derecho en México, de hecho Jaime del Arenal en este mismo libro identifica algunos.

Para nosotros el más relevante, y que puede reunir a varios pecados, es la falta de pluralidad en varios sentidos, y quizá no sea un pecado privativo del caso mexicano, pero sí un defecto, que estamos a muy buen tiempo de corregir si es que no queremos caer, como en otros países, en luchas corporativas que terminan afectando la materia y condicionando temas y espacios para la discusión. Hay que democratizar el conocimiento.

## La Pluralidad Perdida

Cuando hablamos de pluralidad nos referimos a multiplicidad de elementos, la pluralidad no es un logro de la posmodernidad, es sólo una recuperación de una característica de la sociedad. Es evidente que la sociedad está compuesta por elementos variopintos, disímbolos, es cierto, que coexisten paradójicamente la unidad y algunos momentos de cohesión entre estos elementos; el derecho antiguo tenía en cuenta la diversidad y por eso, era más natural a la sociedad, la modernidad significó aniquilar toda forma diferente al proyecto unitario e igualitarista, el Estado, que significaba unidad soberana, necesitaba de un sistema que homologara y delimitara las diferentes realidades sociales; el derecho moderno se instituyó como un instrumento útil para poder restringir las apetencias sociales de diversidad, y poder generar la ilusión de igualdad a través de documentos, que dentro de su espacio de significación contenía sujetos que 'parecían' iguales entre sí, aunque la misma opacidad de dichos documentos, hizo posible disfrazar las diferencias, aún en el mismo texto. La misma falta de claridad permite vender la idea de que no es necesario utilizar la ley, que basta saber que ahí están los 'derechos necesarios' para tal o cual situación, lo que provoca apatía legal y desinterés jurídico, pervirtiendo la creatividad clásica del jurista y devaluando el derecho frente a los miembros no letrados, que continúan viendo el derecho como un conjunto de formulas vedadas, y sólo accesibles a un sector que además identifican con toda clase de triquiñuelas.

La pluralidad significa recuperar, por tanto, esta dimensión cultural, pero no es simplemente una historia cultural, que es ya un gran avance, pues supone:

> el estudio de las formas de representación del mundo dentro de un grupo humano cuya naturaleza puede variar –nacional o regional, social o política- y que analiza la gestación, la expresión y la transmisión. ¿Cómo representan y se representan los grupos humanos el mundo que los rodea? Un mundo figurado y sublimado – por las artes plásticas y la literatura-, pero también un mundo *codificado* – los valores, el lugar del trabajo y

> del esparcimiento, la relación con los otros-, contorneado -el divertimento-, pensado –por la grandes construcciones intelectuales-, explicado –por la ciencia- y parcialmente dominado – por las técnicas-, dotado de un sentido –por las creencias y los sistemas religiosos o profanos, incluso los mitos-, un mundo legado, finalmente por las transmisiones debidas al medio, a la educación, a la instrucción. (Sirinelli, 1992, p. iii).[4]

Pero además de esta ambiciosa agenda que incluye espacios y temas, antes no considerados como fuentes para la historia, y en cuanto que a nosotros nos incumbe una historia plural jurídica, es también necesario considerar el conjunto, o la combinación de estos elementos, en la construcción de un orden jurídico 'representado', pero que también busca transformar. Recordemos que *legis magistra est*, por tanto, una visión plural, mostraría además de la diversidad de ordenamientos, la coexistencia (o al menos su posibilidad) entre los mismos.

Otro problema con la historia de la cultura, es que se le relaciona con la historia de las mentalidades, y suele mirársele, como una lucha de contrarios, en donde existe una "frontera poco porosa entre lo real y sus representaciones…entre la producción y la recepción, entre texto y el contexto" (Rioux, 1998, p. 19) para la historia plural, las vías de comunicación son más abundantes y más cercanas, la diatriba se convierte en simbiosis.

## La *Quaestio* Sobre La Invención De La Historia

Nuestra formación es en principio jurídica, por lo que las apreciaciones de tipo científico/histórico, las hacemos un poco empíricamente, y es que no podemos eximirnos de este compromiso, pues quedaría incompleta esta reflexión, por lo que haremos brevemente una disquisición acerca de lo que entendemos por historia.

En este punto resulta conveniente traer a colación la reflexión del curitibano, Ricardo Marcelo Fonseca, quien explica, que en cierto modo, la historia había sido inventada en la modernidad, rescatamos su argumento y agregamos uno nuevo: Para él, la historia había sido inventada en la modernidad, porque tal y como la concebimos hoy, sobre todo como ciencia de la historia, la reflexión sobre 'lo sucedido' no era catalogada como saber autónomo en la antigüedad, es cierto, me decía, existe el historiar pero el sujeto que realiza esta actividad, no se concibe así mismo como historiador, y su trabajo no está ligado a una teoría, lo hace y ya (Rioux, 1998); al principio, consideramos un poco extravagante su planteamiento, pero en la medida en que la reflexión histórica fue imprescindible, había cierta razón en creer que muchas de las categorías que utilizamos para referirnos al 'paso del tiempo', tienen que ver con modelos necesariamente generados por la modernidad, y sobre todo en la historia del derecho, en que buscamos de algún modo ser justificados por nuestros colegas explicándoles de dónde vienen las instituciones que utilizan. Pero gran parte de nuestra investigación la empleamos para demostrarlo a través de pruebas fehacientes.

Sin embargo, es claro que la historia, sustancialmente existe desde que el ser humano comenzó a herir el tiempo con su paso, las reflexiones de Herodoto, y luego las de Tácito, nos

4 La historia cultural distingue cuatro bloques de estudio: 1) la historia de las políticas y de las instituciones culturales, 2) la historia de las mediaciones y de los mediadores o transmisores de la cultura, 3) la historia de las prácticas culturales y 4) la historia de los signos y de los símbolos (Rioux, 1998, p. 22). Pueden estos servir de referencia para la historia plural del derecho, pero ciertamente existen muchos más bloques relacionados entre sí por la esencia de 'lo jurídico' como un orden que regula las relaciones entre las personas que integran una comunidad, en donde se supone la heterogeneidad natural de dicha comunidad.

acercan a entender qué significaba contar o narrar ese paso del ser humano, siempre acercándonos, sea a una relación de hechos, o a una valoración de los mismos, o ambas.

Lo que queremos decir, es que el profesor Fonseca, en parte tiene razón, la historia que conocemos es una historia, pero existe una realidad también llamada historia, que nos excede, y que es siempre saludable tener en cuenta, para no sufrir el acoso del duendecillo malévolo que seducía a Descartes sugiriéndole, que era el creador de esa realidad.

Dicho en términos ricoeurianos: la historia es memoria y olvido, la historia inventada, es la memoria a veces gloriosa, que obliga por su misma naturaleza (en una metáfora con las funciones humanas, olvidamos como mecanismo de autoprotección de la mente para descargar la conciencia) a circunscribir al vacío, aquello que se considera no útil, no indispensable, superfluo, pero también a veces, lo que se considera peligroso o doloroso.

El problema metodológico es que hoy confluyen en un mismo episteme, memoria y olvido, haciéndonos creer que la historia (nos referimos a la historia inventada) fuera algo contradictorio o hubiera llegado ya a su fin, justo como proclamó Fukuyama (1989; 1992)[5] en su momento. Esto sugiere una nueva explicación de la historia a partir de ideas encontradas: entre el mito y su negación, entre el adoctrinamiento y la resistencia, entre lo oficial y la cultura.

Para explicar mejor, aún, este problema epistemológico, hemos ideado una pequeña metaforología que esperamos sea de utilidad, sobre todo para fines didácticos.

## Metáforas Para Reflexionar La Historia Del Derecho

Intentando explicar en diferentes sedes, ¿qué cosa es la historia del derecho? y escuchando de algunos colegas y profesores 'alegorías' respecto a esta aporía epistemológica, pensábamos que pudiera ser útil, en este apartado, esbozar algunas metáforas, que nos ayuden a discurrir sobre los fines y alcances de nuestra materia:

### *El punto y la línea*

En muchas ocasiones escuchamos de Paolo Grossi (2000) esta metáfora, que nos ayuda a entender de manera sencilla, una de las ventajas más palpables de nuestra disciplina, que se refiere al binomio cambio-continuidad.

Cualquier institución jurídica representa un punto que corre sobre una línea que viene quizá de un pasado remoto, pero que, además, se extiende hacia un futuro probable. La línea misma, representa una sucesión de puntos que la han conformado, ese punto, que hoy distrae nuestra atención (por ejemplo, el código penal de Michoacán) puede llegar a obnubilar nuestro criterio, reduciéndolo sólo a ese documento, si no tenemos en consideración, que éste, es sólo eso, un punto.

La ley moderna ha originado la atención de puntos que no consideran la línea, los códigos, las constituciones aisladas de su devenir, se convierten en libros místicos, ahistóricos, que fundan su necesidad de ser, en su propia existencia, parece que han estado ahí siempre y siempre estarán.

5 Nos referimos a la tesis del estadista norteamericano que anunciaba pomposamente el fin de la crítica al sistema capitalista como una ironía que haría referencia a que las historias inventadas pueden desaparecer un día (Fukuyama, 1989; 1992).

Por eso, para Grossi, el iushistoriador es incómodo, pues sugiere que las instituciones de derecho 'no han sido siempre así, y no necesariamente serán siempre así' por lo que el jurista, con visión histórica, es imperiosamente crítico.

Un problema práctico que ha afrontado la historia del derecho en México, en relación a esta metáfora, es relativo a confundir el ejercicio metodológico, propio de nuestra disciplina, con un 'antecedentismo' ¿quién no recuerda los manuales del Juicio de Amparo con sus 'antecedente remotos en el derecho griego? O tratados de reciente aparición, sobre historia de los derechos humanos, en dónde sólo se copian declaraciones de derechos fundamentales en momentos históricos, en los cuales el concepto *derechos humanos* no existe.

Pero hay también problemas más profundos, como la existencia de instituciones que 'asemejan' una actual, situación en la que no contamos con una palabra precisa para designar aquél concepto, el ejemplo más relevante en este sentido, es el concepto 'Estado', en dónde es bien claro que la institución político-jurídica, dotada de soberanía a la que llamamos hoy 'Estado', y que podríamos apellidar moderno, no tiene nada que ver con organizaciones políticas antiguas, no hay Estado maya, por ejemplo.

Malinowski propone que aclaremos que en tal situación, nos encontramos frente a una 'analogía' (Malinowski, 1974), tal vez así, podamos de alguna manera expresar en términos más claros la 'continuidad', que es evidente en ciertos productos históricos de la cultura, pues no somos hombres de etapas, como hemos visto en el apartado anterior. Rigoberto Ortiz parafraseaba a don Álvaro D'Ors, en aquella idea de acostarse una noche con el traje medieval, y levantarse al día siguiente como hombre moderno.

En fin, que la línea plantea, una paradoja entre continuidad y cambio, que debe solventarse en el ejercicio científico, forzándonos al rigor que requiere una investigación comprometida, y que pretende aportar algo; dejando de lado cómodas justificaciones históricas o decorativas que devalúan nuestra disciplina.

La recomendación, es tener mucha prudencia y mucho estudio, lo cual dará, como fruto, deslindes conceptuales sobre los que se pueda trabajar y discutir, en resumen, unas cosas cambian, otras cambian parcialmente y otras definitivamente son nuevas; un ejercicio simple, es la comprobación semántica del uso de una palabra, ante la duda:¿qué significa constitución en la Nueva España? El primer paso sería averiguar el uso que se da a esta palabra 'constituciones de la Universidad por ejemplo'. El segundo paso, consistiría en comparar que cosas tiene en común este uso, con el que hoy damos a la palabra; por lo que una historia constitucional, bien podría arrancar desde Roma en dónde el término *constitutio* efectivamente existe, y dentro de la teoría plural de la historia del derecho, no podríamos ser severos con una investigación que analizara las similitudes entre *polis* y *constitutio*. Del mismo modo nos parecería obtuso, que alguien se empeñara en afirmar que una historia constitucional es sólo posible hasta que exista una constitución formal, en nuestro caso patrio, desde Cádiz o desde 1824, dependiendo la postura que se asuma.

Efectivamente, una historia plural del derecho, es necesariamente más ardua, puesto que implica mayor trabajo de reflexión, análisis y compromiso con los resultados, mismos que no son de ningún modo, fatales o dogmáticos, y que son susceptibles de discusión, en la medida en que son instrumentos de trabajo para entendernos mejor y utilizar un lenguaje común, y que mejor si este lenguaje puede ser relacionado con un lenguaje cultural, con las nociones que la sociedad tiene de esa institución, en la pluralidad hay comunicación entre estas dos dimensio-

nes, a nuestra idea de constitución, se le antepone, como 'constraste', la idea que la sociedad tiene de su constitución y no sólo en lenguaje expreso, sino también en lenguaje alegórico, como lo ha estudiado Salvador Cárdenas.

Podríamos resumir lo anterior en una idea: 'La historia del derecho es una cuestión opinable'.

Muy parecida a esta metáfora, es la que utiliza Monguin acerca del río, y que recuerda aquella imagen griega ya planteada por Heráclito de Efeso:

> El río de la historia convertido en un curso de agua, un río juicioso, invita a quedarse en la orilla a contemplar el agua que corre donde se evaporan las pasiones colectivas (las ideologías, los grandes relatos). Nos vemos convertidos en espectadores de una historia que nada tiene de inquietante (pero) que sigue sabiamente la dirección del canal…hay que aceptar que las representaciones de la historia tienen hoy el carácter de una utopía blanda… (el) vacío remite menos al fin de una historia que sigue su curso como un largo río tranquilo. El actual movimiento fluvial de la historia se distingue más claramente del curso torrencial que del océano que evoca mejor la continuidad de un movimiento tranquilizador, una genealogía más que una génesis, el río de la historia no tiene otra movilidad que la de seguir la dirección señalada por el canal…una historia que sigue su curso sin drama ni tragedia (Mongin, 1994, p. 24).

En fin, que lo importante dentro de la historia plural del derecho, sería lograr el justo medio entre el cambio y la continuidad, pero este es sólo el inicio de la tarea gnoseológica, como a continuación veremos.

## *El plano*

Siempre que reflexionábamos sobre la primera metáfora con el colega Alberto Spinosa, había algo que nos dejaba insatisfechos ¿quién sugiere la línea? Y es que necesariamente una explicación de la historia, se presenta a partir de la experiencia concreta del expositor (Concha Cantú & et al, 2004) [6], es decir, de su línea, sería hipócrita de nuestra parte intentar defender la 'pureza' de la línea. Esto nos hace suponer que pueden llegar a existir diversas líneas, de hecho, la aportación del presente ensayo, plantea la posibilidad de la convivencia o diálogo entre diferentes posturas, por lo que agregaríamos a la alegoría grossiana, el trazo de otras líneas que cruzan central o tangencialmente el punto, todas ellas, pueden ser consideradas en un plano que tiene por límite los productos de la razón humana, y con esto nos ligamos al magisterio de Paolo Grossi nuevamente, porque al derecho le urge hoy una revaloración como ciencia, como ciencia humana y social. Las líneas son teorías del derecho, son posibles soluciones a los problemas que sugiere nuestra materia, y en esto hacía mucho énfasis el profesor florentino, estamos llamados a ser científicos del derecho; por eso el plano tiene confines precisos, que son los mínimos para guardar una cierta coherencia intelectual, y que los antiguos llamaban *ratio iuris*.

6 Y es que siguiendo con nuestro ejemplo de constitución, si yo quiero recabar de la sociedad la imagen que de este concepto tiene, pero lo ajusto al mío, y yo concibo una constitución sólo de tipo formal, mis preguntas irán en ese sentido -como se ha hecho recientemente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- predisponiéndome a escuchar una respuesta concreta de falta de cumplimiento de la ley coactiva; así a la pregunta ¿ud. cumple con su constitución? yo estoy esperando una respuesta entorno a la constitución de 1917 y de ningún modo a una idea de constitución como 'conjunto de convicciones comúnmente compartidas' parafraseando a Loewenstein, por lo que otra línea sugeriría una pregunta ¿ud. entiende los compromisos que como mexicano puede asumir y cumplir para vivir mejor?, cuestión que cómo podrá entenderse hará que se obtengan resultados distintos (Concha Cantú & et al, 2004)

Ciertamente esta metáfora geográfica, también nos sugiere que dentro del 'espacio' de análisis, nosotros conocemos sólo una parte, como en la biblioteca borgiana de Babel, en dónde cada persona tiene asignados ciertos estantes con ciertos libros (una imagen del conocimiento personal al que estamos cada uno de nosotros limitado). Pero esto no supone que ahí se agote el conocimiento, el problema es - y lo susurra Borges- que nos empeñemos en la búsqueda de un libro de libros "que contenga la respuesta a todas las preguntas" pues no existe.

Y hablando de espacio personal, Pierre Bordieau nos propone el estudio de

> ...las sociedades (que) se presentan como espacios sociales, es decir estructuras de diferencias que sólo cabe comprender verdaderamente si se elabora el principio generador que fundamenta estas diferencias en la objetividad. Principio que no es más que la estructura de la distribución de las formas de poder o de las especies de capital eficientes en el universo social considerado —y que por lo tanto varían según los lugares y los momentos. Esta estructura no es inmutable, y la topología que describe un estado de las posiciones sociales permite fundamentar un análisis dinámico de la conservación y de la transformación de la estructura de distribución de las propiedades actuantes y, con ello, del espacio social. Es lo que pretendo transmitir cuando describo el espacio social global como un *campo*, es decir, a la vez como un campo de fuerzas, cuya necesidad se impone a los agentes que se han adentrado en él, y como un campo de luchas dentro del cual los agentes se enfrentan, con medios y fines diferenciados según su posición en la estructura del campo de fuerzas, contribuyendo de este modo a conservar o a transformar su estructura (Bourdieu, 1997, pp. 48-49).

## *Espacio Poético*

Del diálogo ameno y fructífero con Salvador Cárdenas, que en este volumen profundiza sobre las implicaciones del espacio y el lenguaje, nos daba noticia de un autor interesantísimo, Gastón Bachelard, quién nos propone un bella imagen en dónde el plano, no es nada más un frío conglomerado de objetos, más bien la armonía tridimensional de las cosas que confluyen en una "inmensidad íntima" (Bachelard, 1986). Así, a la pregunta ¿porqué estudiamos uno u otro tema? Respondemos, que para desarrollar nuestra personalidad, de hecho, descubrimos a los demás en cada escrito parte de nuestra intimidad. Los temas, como los amigos, unos son más cercanos y queridos y otros los soportamos por ratos.

Salvador Cárdenas, va más allá, y propone que en este espacio de objetos -que podrían estar aislados- para el historiador del derecho no lo están, pues no sólo cuentan los objetos si no la relación entre ellos. Por tanto, cuando se estudia el punto, necesariamente (en cuestiones jurídicas) debiéramos tener en cuenta al menos otro punto y la línea que los une.

## *El saco o la bolsa*

Pietro Costa, nos propone una metáfora muy completa para incluir el elemento subjetivo, que aún no hemos considerado, pues hemos hablado sólo en términos topológicos (Costa, 1997, p. 71)[7]. Bien, sabemos que el espacio está ahí, es muy rico y que hay que observarlo, que nuestra

7 Si bien la metáfora es un elemento didáctico que el prof. Costa utilizó en los seminarios respectivos que le escuchamos en el doctorado florentino, puede de algún modo deducirse de varios de sus ensayos, en concreto recomendamos uno: Costa (1997, p. 71).

percepción es limitada a ciertas partes del espacio, o que puede ceñirse a un espacio específico, lo cierto es que esto es sólo una premisa metodológica. Pero ahora, estamos delante del trabajo especulativo, hermenéutico y por supuesto científico, debemos comenzar a seleccionar y distinguir entre los objetos que se nos presentan en el espacio; Costa nos dice, que esta actividad es en parte recolectar objetos, que vamos depositando en una bolsa o saco, por lo que son importantes tres cosas: la forma y el tamaño del saco, la forma y tamaño de los objetos recolectados y la relación del saco y los objetos.

Esta metáfora nos ayuda a situarnos: algunos de nosotros daremos preferencia a un cierto tipo de objetos, otros agotarán rápidamente el espacio de su bolsa con pocos objetos, y otros más, la llenarán de objetos, el resultado de la selección, curiosamente no tiene que ver (como ha errado la ciencia positiva en relación al derecho) con quién tiene la mayor cantidad de objetos, si no que en cada caso específico, se requerirá de elementos diversos, que también aquí, necesitan de la intervención de la prudencia para definir sus características.

Una historia plural no puede mesurar dos investigaciones con la misma medida, depende de los requisitos de cada problema el tipo de bolsa y objetos que se depositarán en ella; es cierto que algunos tendrán más o menos fortuna encontrando las piezas centrales del rompecabezas, y les será más fácil una visión integral, en relación con aquellos que han encontrado muchas piezas, pero sólo del marco que reviste el motivo central del rompecabezas.

Observamos, por tanto, que el mejor aliado de una investigación histórica 'para colmo', es el tiempo, las investigaciones como el buen vino, maduran con el paso de los años, eso no obsta, para que se vayan presentando ante la comunidad científica adelantos, lo que es palpable es que cuando un tema importante nos domina, difícilmente nos abandona, y de una u otra forma va emergiendo en todas nuestras observaciones. Cuando logremos identificar estos temas 'cordiales' (por que se arraigan en el corazón) que sirven de áncora y eje rotor, no hay que dejarlos escapar por que son de algún modo, nuestra 'teoría del derecho', y en la comunidad científica, nuestra carta de presentación.

Se entiende que pueden existir tantas metáforas como sea necesario para poder explicar, tanto la metodología de la historia del derecho y su problema epistemológico, así como metáforas que explican la historia y el derecho de modo independiente; pero basten por ahora estas como una expresión alegórica, para explicar la tan compleja gnoseología iushistórica.

A continuación haremos una breve referencia a un espacio necesariamente plural, como lo es América Latina que hoy se presenta como una opción temático-geográfica.

## Historia Del Derecho En América Latina

La trascendencia de la Historia del Derecho en América Latina es fundamental, lo decimos no sólo por una postura de vanidad gremial, puesto que es indispensable construir sobre bases sólidas, es decir, saber que hemos hecho, para saber que vamos a hacer.

Los límites de una posible historia jurídica común, han sido ya trabajados desde hace más de un siglo a través de la conformación de una parcela muy específica de la historia del derecho, que es la historia del derecho indiano, sin embargo, este coto académico había sido dominado por España, que había establecido un monopolio en el estudio de esta disciplina, y sólo a través de la tenacidad de algunos maestros latinoamericanos, fue abriéndose a otros países, hasta

crear el Instituto de Historia del Derecho Indiano en el que de algún modo confluyeron los historiadores del derecho más destacados, aún, si no eran indianistas; esto permitió el intercambio de ideas y publicación de relaciones muy interesantes, pero hoy se vislumbra un poco alicaído a decir de sus mismos miembros.

Por eso, hoy más que nunca, el estudio internacional de la historia del derecho, nos sugiere pensar en la posibilidad de nuevas brechas, por ejemplo, una muy recurrida en los últimos años, ha sido la de la codificación del derecho en América Latina, que era vista por algunos (González de Cancino, 1986 pp. 147-165; Martinez, 2003, pp. 467-468), como una 'tercera vida del derecho romano', haciendo alusión a la teoría del mexicano-suizo-holandés Floris Margadant (Floris Margadant Spanjaerdt-Speckman, 1986), que establecía diferentes desarrollos en el derecho romano, aún si más bien, estas nos son evoluciones sino 'zonas de influencia' respetando la romanística actual que marca una tendencia a deshistorizar el derecho romano que se había convertido en una especie derecho omnipresente desde Savigny hasta Stein en nuestros días[8].

El estudio de la codificación como un fenómeno latinoamericano, ha atraído a varios maestros de nuestro continente, desde estudios compilatorios muy serios como los del chileno Alejandro Guzmán Brito (Guzmán Brito, 2000), a estudios analíticos como los de Carlos Ramos Nuñez (Ramos Nuñez, n.d.). Todos estos estudios han hecho hincapié en la *reticencia*[9] que ha surgido por parte de los diferentes países ha adoptar de inmediato la codificación, aún en ellos, en los que la labor codificadora como Chile, Brasil o Argentina, marcaron hitos nacionales.

Por otro lado, se ha investigado, ¿qué papel ha jugado la costumbre en este movimiento? (Tau Anzoátegui, 2001) O la tradición hispánica, y obviamente el derecho romano como parte de esta tradición.

Recientemente el italiano Sandro Schippani, ha creado un Instituto de Derecho Romano vinculado a América Latina y en la que una buena parte de los trabajos se vinculan a la codificación como un fenómeno neoromanista.

Ahora bien, el problema surge cuando intentamos 'científicamente' generar una categoría que se denomine 'historia del derecho latinoamericano', que a lo mejor no existe, y entonces se nos vea como agoreros de una unión hoy por hoy fantomática, que debiera esperar el momento de estar conformada. Sin embargo, esta es una visión estatalista, es decir, viendo sólo desde el ángulo del derecho público, pues desde la visión del derecho privado y del internacional, es claro que existe derecho latinoamericano en diversas formas. Quizá en parcelas más identificadas como el derecho civil pueda hacerse sólo con un fin didáctico, como lo ha hecho Mathew Mirow (2004).

Toda construcción jurídica justa, nace con la pretensión legítima de servir de modelo y ser útil y de esto si existen muchos ejemplos de 'intercambios culturales jurídicos' entre los países que conforman América Latina, y que podrían ser objeto de estudio, sistematización y comparación: desde las formas jurídicas de la conquista, la fase de la dominación-inculturación española, el derecho de la insurgencia para alcanzar la independencia, la codificación, la socialización del derecho, los derechos humanos, etc.

8 Por ejemplo, suele decirse que un neo-derecho romano sería la solución para el nuevo derecho europeo, cuestión metodológicamente incorrecta puesto que el derecho actual que se construye en Europa es distinto y abreva de diferentes tradiciones, por lo que sería parcial atribuirle todo el éxito a una sola tradición.

9 Para Salvador Cárdenas muy atinadamente existe una diferencia entre resistencia (no aceptación) y retiecencia (aceptación parcial o condicionada).

Pero en cualquier caso, el autor deberá hacer referencia, de cuáles son sus objetivos y que metodología emplea para la comparación. Recordamos a colación de esta sugerencia, qué en México, en los años cincuentas, nació el Instituto de Derecho Comparado, que reunía varios saberes jurídicos acomunados por la idea de verse enriquecidos por la comparación; hoy este Instituto, se ha transformado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, pero su anterior denominación demuestra el interés que se tenía por el derecho de otras latitudes, y que hoy despierta ante el éxito parcial del derecho europeo; en este sentido, es lógico que un latinoamericano se pregunte sí es posible hacer las reformas conducentes al modo europeo, por ejemplo, recordamos en Italia las clases de Historia de la Codificación en Europa e Historia del Constitucionalismo europeo, ya a nivel licenciatura; y en Francia la *leçon* de Historia de la jurisdicción en Europa, materia que estudia los diferentes modos de impartir justicia en cada país a lo largo de la historia.

Tal vez, alguno podría argumentar, que es natural, pues en Europa la Historia del Derecho, si bien nació con tintes nacionalistas (historia del derecho italiano por ejemplo), siempre estuvo acompañada de una materia en historia del derecho medieval y en su momento moderno, que incluía a todo el derecho europeo; de hecho, son múltiples los manuales en Historia del Derecho Privado en Europa: por la parte germana desde el mismo Wieacker, Molitor, Schloser, Wesenberg y Wesener, en Italia Cavvanna y Tarello, en Francia Arnaud y Halperin, Portugal Hespanha y en Inglaterra Watson por citar a algunos.

Sin embargo, ese pasado común europeo, que justifica la elaboración de estos manuales, es el mismo, para América Latina, tanto, que se nos ha denominado el 'laboratorio europeo', pero además, tenemos otros elementos que enriquecen nuestro derecho, como lo es claramente la vertiente indígena, aún sí una visión evolucionista y positivista de nuestros países nos haga a veces repeler esta importante raíz.

Nuevamente una visión plural, sería muy benéfica en el planteamiento que estamos sugiriendo, puesto que hay un gran campo que cultivar en este asunto de la historia del derecho latinoamericano, y que hoy busca brazos que lo trabajen y que ya comienza a tener receptividad en Colombia y Brasil con claras manifestaciones, ya bien en la propuesta a crear un instituto por parte de la primera y la organización de un congreso por parte del segundo; sólo podemos congratularnos y desearles el mayor de los éxitos y esperar que México haga otro tanto.

## La Cuestión De La Recepción[10]

La *Rezeption* es un concepto que en idiomas cómo el alemán y el italiano es netamente jurídico, y equivale a acoger en un ordenamiento o sistema jurídico una ley o un derecho extranjeros (así se lee en la mayoría de los diccionarios idiomáticos). El término es utilizado con algunas variantes por la Historia general y ha sido adaptado, como veremos, para la historia del derecho.

Concretamente en la historia del derecho iberoamericana la influencia, uso y abusó de este término lo debemos a una traducción española de Franz Wieacker, *Privat Rechts Geschichte der Neuzeit* (1952) (Wieacker, 1952), realizada por Francisco Fernández Jardón en 1957 (Wieacker & Jardón, 1957). La edición en castellano traduce en las páginas 89 y siguientes la extensiva explicación de Wieacker acerca de la noción *Recepción,* cosa que no sucede ni con la versión portuguesa, ni con la inglesa, o italiana pues estas tuvieron como referencia la segunda edición que es de 1867.

10 Estas apreciaciones aparecieron publicadas en parte bajo el título Recibir y Concebir el derecho en la historia. Una propuesta a la base de la historia del derecho (2003-2004).

Wieacker aceptaba desde el inicio que el término lo había leído en un ensayo de A. B. Schwarz, *La réception et l'assimilation des droits étrangers,* de dónde concluyó que la recepción sustenta la civilización humana dándole continuidad y supervivencia a la cultura.

Para Wieacker la recepción es un concepto que no debe ser tomado como "una mera convención científica o tópico emocional" sino por el contrario como un concepto complejo que encierra una epistemología que debe ser analizada con rigor metodológico.

La recepción jurídica en concreto "es un caso especial de intercambio civilizador: La admisión de partes principales o esenciales de un ordenamiento jurídico 'extraño' por un pueblo, sin haber sido sometido o dominado por otro, pues ello sería la destrucción de la continuidad cultural del sometido o dominado...recepciones son, por el contrario, la aceptación libre y voluntaria..." dentro de los cuáles menciona dos interesantes: La apropiación del Derecho vulgar por los jóvenes pueblos de Europa (quizá la recepción más estudiada y conocida) y la difusión del *Code Civil* en los pueblos románicos y en la Alemania occidental.El porqué Wieacker eliminó esta parte explicativa sobre la Recepción en la 2ª edición es hasta ahora desconocido, pero las hipótesis podrían existir: Quizá en un primer momento Wieacker pensó que una introducción didáctica sería buena, pero una vez que el término fue conocido y 'recibido' por la doctrina no era ya necesario ponerlo. Para el profesor Grossi esto tiene que ver más bien con las actividades de Wieacker a quien él conoció personalmente, pues nos dice Grossi que durante la primera edición Wieacker era profesor titular de derecho romano, mientras que ya en la segunda edición era profesor de historia del derecho medieval y moderno.

La cuestión interesante es que en América Latina y España hasta el día de hoy se lee a Wieacker incluyendo la que podríamos llamar la "teoría de la recepción" y hasta el día de hoy se hace referencia a la citada teoría en cátedras, congresos y libros.

Hemos visto en algunas etapas de la historia del derecho que han existido algunos modelos que sin prejuicios han logrado extenderse de una zona de aplicación a otra o de un periodo temporal a otro, esto debido a su racionalidad y a su naturalidad, esto es, el que el derecho pueda ser una cosa objetiva, desglosable racionalmente de la naturaleza humana.

El derecho moderno se ha jactado de obrar dicha transmisión sobre todo con modelos legales, argumentando que la racionalidad de la norma otorga utilidad a la misma y su esencia abstracta le permite ser aplicada en cualquier realidad, es la magia del silogismo jurídico, de la formula pseudo-aritmética que parece prescindir de argumentos por que toda ella encierra una consecuencia razonable.

La premisa de la recepción es la utilidad, 'si ha funcionado en aquél lugar, no tendría porqué no funcionar aquí', y su contraposición es el nacionalismo jurídico: Francia inventó el Código por considerar que el derecho romano era extranjero, imperialista y burgués. Alemania y España por el contrario retardaron el Código de casi un siglo por razones parecidas.

La teoría de la Recepción dentro de la Historia del derecho ha desempeñado un papel importante primero porque es un modo de verificar una continuidad en institutos e instituciones jurídicas. En segundo lugar, porque ha dado unidad a la materia convirtiéndose en una especie de metodología, que explica los avatares y peligros que ha corrido el derecho romano en su paso de un ordenamiento a otro, en su vulgarización, en su mala interpretación en su menor o mayor recepción por parte de una cultura jurídica determinada.

El riesgo que corremos es justamente el de condicionar la historia del derecho sólo a una historia de lo recibido (olvidando las reticencias y resistencias), o en una mera actualización del derecho romano, mucho menos una exaltación fetichista de tradiciones antiguas, que tal vez ni si quiera llegaron a existir. La historia del derecho nos parece, es algo más.

## Historia De La Recepción

La recepción está íntimamente ligada al *ius commune*, en el imperio romano no existía una idea equivalente a recepción justamente porque el derecho romano era hecho para los romanos, era un derecho personal y diferenciado, el que uno u otro pueblo se valieran del derecho romano para elaborar su derecho (tal vez basándose en sus costumbres o en su propio derecho) es un análisis posterior y que implicó la vulgarización del derecho romano mismo, que entre otras cosas no es ya derecho romano en sentido estricto, como no lo es el *ius commune* o mucho menos el derecho indiano.

El derecho romano preveía la existencia de otros derechos, justamente el derecho itinerante, esto permitió que sobreviviera un derecho germánico y una vez disuelto el imperio romano se mezclaran las diferentes figuras jurídicas que a cada pueblo bárbaro sirvieron.

Tal vez pueda pensarse, por comodidad, que como las aportaciones del derecho vulgar fueron pocas, es más fácil aceptar una continuidad entre el derecho histórico romano y los sucesivos derechos, pero sería una imprecisión histórica decir que el *Liber iudiciorum* de los visigodos es derecho romano, el mismo promulgador, Recesvinto asegura que:

> estas leyes corregidas, (lo son) porque lo antiguo de los vicios exige novedad en las leyes y la arraigada antigüedad de los pecados reclama innovar las leyes por eso las leyes de este libro escritas desde el año segundo de mi señor y padre, de divina memoria, el rey Chindasvinto para todas las personas y gentes sometidas al imperio de nuestra plenitud, mandamos que valgan con toda fuerza y proclamamos la observancia para suavizar el yugo (Zeumer, n.d., pp. 47-48.).

Quizá una primera consideración para captar la recepción en un derecho podría ser ésta: la voluntad del legislador a no ser considerada como tal.

Estamos tratando de entender si existe una 'identidad jurídica' si cada ordenamiento jurídico se identifica o no a la sociedad a la que se aplica, en este caso de leyes bárbaras es claro que sí, además por que en este periodo no hay modo de comprobarlo a través de la doctrina pues ésta no existía.

La conformación de Europa tiene una lectura particular desde la óptica de la recepción "Europa no es un resultado de la geografía, sino el resultado de la historia" (Cavanna, 1979, p. 25) es la búsqueda de una *Republica christiana,* una unidad espiritual, política y obviamente jurídica. El Sacro Imperio formado por Carlo Magno en el siglo IX es propiamente la representación más evidente de esto. La preservación del latín en la elaboración de los diferentes textos de derecho vulgar hacen suponer un interés en conservar aquello que puede acomunar. Así en la época altomedieval encontramos una idea de sociedad ligada a una sola fe y a una sola ley un mismo derecho, un derecho común, en esta mirada se ve una suerte de europeización "el mundo medieval ha sido transformado en un lento formarse en la conciencia del saberse bajo una autoridad superior de la ley romana" (Cavanna, 1979, p. 25) *Roma mater legum*.

No obstante ya desde esta época hubo quién se opuso a tal expansión en 1219 se prohibe la enseñanza del derecho romano en la Universidad de París, porque se decía (también en latín) *Rex in regno suo imperator est.*

Alrededor del año 1100 se descubre la *Littera fiorentina* (Orlandelli, 1956, pp. 179-214)[11]. Según la leyenda en el Exarcato de Ravena se permitió la enseñanza del derecho romano hacia el año 1000[12], Irnerio un notable profesor de artes liberales en esta ciudad comienza a interesarse en el estudio del derecho romano y comienza a leer los textos existentes entonces en Ravena, uno de ellos son justamente las *Pandectas* las cuáles habrían sido encontradas en Amalfi. Convenciendo a Lotario de abrir una universidad en Bolonia, Irnerio parte hacia esa ciudad en dónde sería el primer profesor de jurisprudencia romana y maestro de los grandes juristas que dieran al periodo relevancia en toda la historia del derecho universal. Más tarde las *Pandectas* viajarían a Pisa como regalo hecho a esta ciudad por haber defendido al papa Inocente II contra Pedro el falso (Anacleto II) tiempo después fueron transportadas a Florencia[13] para quedarse desde entonces en ahí, cosa que permitiría el estudio en una fuente directa del derecho romano (Taglioni, 1829, p. 10).

En este periodo nacen las escuelas de la Glosa y el Comentario, aquí tiene su mayor apogeo la Recepción la cuál viene ligada necesariamente a la codificación justineanea y al redescubrimiento del derecho romano, que se identifican en dos figuras aquella de la escuela del *mos italicus* y aquella del derecho reinante el *ius commune*[14].

Francia no está de acuerdo, de hecho comienza una historia paralela por generar una 'identidad gálica del derecho' para entonces la critica será hecha a través del *mos gallicus* que señala la deficiente interpretación que se hace del derecho romano por parte de Justiniano y su séquito, hasta el grado de negarle valor a la recopilación por haberse hecho en un periodo de decadencia y por personas que no vivieron el derecho clásico, el llamado humanismo propone una justa 'historización del derecho romano' a través de Francisco Hotman.

Desde entonces ha siempre mediado una disputa entre aceptar el derecho romano tal y como era (mediante una cuidadosa recuperación histórica) o aceptar el derecho romano con sus constantes adhesiones a través del tiempo; a esta disputa se agrega el debate sobre la naturaleza de este derecho 'modificado' y si es o no derecho romano, debate que se ha extendido hasta la codificación en la famosa polémica entre Savigny y Thibaut juristas que entre otras cosas eran romanistas.

La confrontación no se ha detenido y aún en nuestros días no podemos hablar de la existencia de unidad discursiva por lo qué es posible encontrar planteamientos que aseguran la recepción del derecho romano en tal o cuál institución actual, aquellos que proponen retomar el derecho romano para crear una nueva figura jurídica o finalmente aquellas teorías que opinan que no es posible hablar de derecho romano sino sólo en sentido histórico.

11 Esto hasta hoy es una cuestión discutida, para algunos la *Littera Bononiensis* es una copia de la *Florentina* o también conocida como *Pisana,* lo cierto es que el descubrimiento científico de esta última se dio sólo hasta 1406, cuando se intentó demostrar, que ésta era la versión del Digesto más antigua. Para otros la Bononiensis tendría sus particularidades y sería un documento diferente: (Orlandelli, 1956, pp. 179-214). Mommsen, en su célebre ensayo, hipotizaba sobre la existencia de un *Codex Secundus*, que conjugó la *littera Florentina* con la *littera Bononiensis*. Algunos intentan demostrar que la Bononiensis es copia puesto que repite el mismo error de foliación que la Florentina siendo posterior a ésta.

12 En Ravena se conocía ya la gran parte del *Corpus iuris,* Irnerio ayudaría a perfeccionar las partes que habían sido rudimentalmente traducidas del griego como el caso de Las Novelas.

13 La historia popular cuenta como en una sala del Palazzo vecchio en Florencia se encontraran en dos nichos representadas las 'leyes de los hombres' a un lado la *littera fiorentina* y de otro lado la Biblia.

14 Derecho que no es sólo romano y que contiene un sinfín de nuevos planteamientos.

La intención es que la historia del derecho no se convierta en una justificación científica de la eterna recepción del derecho romano, una justificación metodológica de la permanencia de éste, hasta el punto de querer demostrar la existencia del derecho romano en Códigos y Constituciones porque "...no se da necesariamente algún paso adelante, alguna continuidad, alguna prefiguración entre el derecho romano histórico en sí mismo y una lectura liberal retrospectiva" (Cappellini, 2003, p. 474). No existe un derecho puro, todo derecho está contaminado, influenciado de otros sistemas jurídicos, de otras tradiciones, es plural; y en esta amalgamación cifra el derecho su continuidad y su transformación. Quizá sea ésta la razón por la cuál cuando alguien trata de llevar a cabo un 'sistema puro de derecho' piense fundarlo en el derecho romano y podrá ser puro en la teoría pero una vez injertado en la sociedad, una vez aplicado, necesariamente se transformará, por eso para legalismos y positivismos radicales la teoría de la recepción sirve como pretexto y la historia del derecho no puede inmutarse ante esta situación, por que la historia del derecho tiene como principal función la de ser la "conciencia crítica del derecho" como suele avisarlo en innumerables ocasiones Paolo Grossi.

Francia, como explica Carlos Ramos "ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania; es decir, entre la carencia y el exceso. Recogió y recreo el Derecho Romano, sin incurrir en formas agudas de recepción, conservando así su antiguo Derecho. A pesar de la desconfianza que concitaba el Derecho Romano es innegable que en Francia, así como en gran parte del continente europeo se incorporó plenamente al patrimonio cultural de estos pueblos, configurando el *Ius Commune.*" (Cappellini, 2003, p. 474). El *Code* es cómo explica el autor: "un crisol de influencias".

En el movimiento codificatorio encontramos dos tipos de recepción ya previstas por la teoría wieackeriana: la primera es aquella en la cuál 'recibimos en América Latina la codificación europea y que hemos propuesto sería mejor llamarla 'trascendencia'. La segunda es la que propiamente hemos venido analizando y se refiere a la relación y subsistencia del *ius commune* en la codificación moderna, que en este caso se presenta como tema y anatema a la vez, porqué hay quién ha defendido que el derecho romano siga vigente a través de los códigos (Stein, 2001) y para quién resulta una "ideologización del derecho romano" (Cappellini, 2003, p. 473).

Ahora que en Europa se construye un derecho común, muchos han puesto la mirada en aquél derecho de la glosa y el comentario que tuvo presencia en el viejo continente durante tanto tiempo y en zonas de tan variada composición social

> La importancia del derecho común no se debe ceñir exclusivamente al periodo colonial o indiano, sino que ha proyectado su influencia decisiva a lo largo y ancho de los países americanos, incidiendo de manera variada, pero siempre constante, en sus procesos codificadores. La ambigüedad que este fenómeno de la Codificación ha manifestado respecto al derecho romano se deja ver con claridad en el pensamiento y en las realizaciones de dicho proceso. El siglo XIX, por tanto, no pone fin a la incidencia del derecho común, lo mismo que había sucedido en Europa, no obstante el pensamiento crítico que se había desarrollado en el siglo de la Ilustración contra los abusos y defectos de la jurisprudencia hasta ese instante manejada. Esto se puede observar a lo largo de los diferentes procesos codificadores y de las obras de los juristas que se hallaron en esta etapa intermedia, de tránsito o paso de un sistema jurídico periclitado a uno novedoso, que, sin embargo, compartía muchas cosas con el derecho anterior (Martinez, 2003, p. 467-468).

El punto en cuestión es sí: ¿el derecho romano encontró o no acomodo en la codificación? La supervivencia del derecho común en la doctrina americana, el conocimiento y manejo de sus fuentes por los codificadores americanos harían suponer una "tercera vida del derecho romano"

como la llama Martínez Martínez (Martinez, 2003, p. 523), no obstante hay algunos signos que nos hacen dudar y nos llevan a moderar esta afirmación: por un lado encontramos la declaración expresa de los codificadores de no incluir el derecho romano como tal en la codificación, por otro lado la idea misma de codificación implica un derecho nacional, unitario, cerrado y completo que rechaza antiguos dogmas jurídicos en la idea de codificar *ex novo*, es parte de la vanidad moderna de perpetrar un sistema *ad eternum*.

Tal vez la muestra más evidente de renuncia al derecho común sea en el concepto de persona, antes de la codificación: 'no todos son personas pero...', es el principio del que se parte, en cambio en el Código Civil se parte del principio inverso: 'todos son personas pero...' El primer principio lo podríamos llamar como *principio de desigualdad equitativa* y el segundo como *principio de igualdad inequitativa*, ambos principios son discriminatorios pero la razón de la discriminación es diferente aún si ambos justifican su discriminación en el derecho natural; Para el primero hay desiguales porque objetivamente es así y esto sirve para proteger un tipo de sociedad preconcebida, para el segundo hay desiguales porque subjetivamente es así y en el ejercicio de la propia personalidad algunos van demostrando su incapacidad para ser personas al modo cartesiano. Pareciera que el primer principio se funda en una visión católica aristotélico-tomista que jerarquiza a los individuos según su finalidad dentro de la economía divina, mientras que el segundo se funda en una visión jacobina o protestante que mira a todos iguales en un inicio pero que entiende como sujetos predilectos aquellos que demuestran una plenitud social, económica o personal en la vida corriente.

Así el derecho romano no tuvo realmente una "tercera vida", más bien se utilizaron algunas partes de su cuerpo para hacer algunos injertos, tanto es así que, en tales casos el principio permaneció igual, con el mismo tejido epidérmico y del cuál emana un olor particular de cosa vieja cuando se encuentra en un código y se lee.

Recibir el *ius commune* era una cosa hasta cierto punto entendible, recibir la codificación significaba no sólo adoptar un sistema pragmático sino una 'cultura' como lo señala Tau Anzoategui:

> El sistema de Códigos...cierra la vía a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo código –costumbre, doctrina de los autores, jurisprudencia de los tribunales. Y encuentra a una elite de juristas consustancial a esta orientación que acepta una considerable reducción de sus posibilidades creativas (La Cultura del Código, 1998).
>
> Recepción es un concepto que le va mejor al derecho indiano, que a la codificación, que por esencia es impositiva, elitista y ¿porqué no? absolutista como la llama Paolo Grossi (Grossi, 1998).

Recepción implica cierta disposición a acoger. En la codificación la fuerza directora del movimiento estaba ya establecida desde que fue concebida. Sí de manera general podemos hablar de 'influencia', está necesariamente, por la naturaleza de la codificación, comienza desde quién ejerce la misma, es una influencia que desde el inicio buscó 'trascender' ir más allá de su realidad histórica y nacional', misma situación en la que se encuentra paradigmáticamente el concepto de persona. Cuando Pothier construía una noción jurídica de ser humano o Bentham una de sociedad codificada pensaban en aportar una construcción que permaneciera en el sistema jurídico para siempre.

El *Code* se presenta dentro de la codificación como el paradigma, es por eso entendible que Wieacker lo considere una de las recepciones más evidentes. Pero por su especial naturaleza de propaganda revolucionaria pero esencia conservadora lo llevó a ser el predilecto en la

recepción que operó en la codificación latinoamericana, así en México Justo Sierra O`Reilly, el codificador del XIX admite que la fuente principal es el *Code*, y este con bajas y altas ha estado a la base de las futuras generaciones de códigos civiles hasta el actual de 1928. Un poco por efecto dominó, se originaron situaciones parecidas en todo América Latina (Guzmán Brito, 2000; Ramos Nuñez, 1997) sin quitar ningún mérito a nuestros grandes codificadores que contribuyeron con su formación en muchos casos romanista y de derecho comparado, sin embargo no pudimos mantenernos intactos de una recepción acrítica, es más, es posible que hayamos sido contagiados, pero esta recepción moderna, esta clonación de un texto en lugar de fuentes, que había sido criticada por el mismo Wieacker de 'positivista' impidió de algún modo que obrara una crítica profunda y propositiva en el movimiento codificatorio latinoamericano, insistimos que sí bien pudieron darse innovaciones y propuestas estas permanecieron siempre dentro de los márgenes del modelo; la tradición (Hernandez et al., 1976) y los derechos particulares influyeron poco, baste pensar a la omisión del derecho indígena, en la organización territorial, en ciertos derechos de comunidad que desaparecieron después de la codificación.

Lo importante es lograr hacer de la recepción un instrumento útil pero no el fin. Ciertamente podemos hablar de una *Crisis de la codificación moderna* y de nuevas perspectivas hacia un derecho más flexible como hemos visto en la primera parte, y que de posibilidad a una verdadera recepción de ideas útiles e inteligentes, pero debemos aceptar que debido al proyecto del derecho moderno, la forma Código ha soportado toda clase de críticas y embates pero sigue dominando la escena y por el momento no se le ve flaquear:

> En una época como la nuestra, así convulsiva, así mutable e indeterminada, caracterizada por la tendencia a la desmaterialización de las relaciones y de un gusto palpable por el virtual, volver a pensar una cuestión históricojurídica vivida, en su totalidad a la sombra de un monstruo sagrado (el Código) que hacía del sujeto y de su voluntad el centro ordenante del universo jurídico, puede revelarse útil y en ciertos casos, hasta iluminante. Esto, sobre todo, si se descubre que aquél monstruo sagrado está todavía vivo y es vital, modificado pero no disuelto (Sabbioneti, 2001, p. 867).

El mismo Wieacker sanja el problema al advertir que la recepción no debe ser acrítica sino por el contrarios

> el acogimiento de las formas de vida de la sociedad humana se significa en el concepto *'Recepción'*. En el sentido de *aceptación y asimilación del derecho (Übernahme und Aufnahme des Rechts)*, refleja solamente de manera incompleta aquel proceso *trascendental* (estas cursivas son nuestras). La moderna investigación, por ello, admite el término con reservas (Molitor & Schlosser, 1980, p. 11).

No estamos en contra del uso del término sino de su uso indiscriminado, que en algunos casos llega a justificar anexiones de enteros sistemas legales o de normas extrañas a la tradición jurídica sin ninguna crítica o aportación propias. La Recepción será así, uno entre muchos procesos históricos, es la evolución del derecho vista desde la perspectiva del derecho romano.

Durante el siglo XIX hubo una reconsideración de la función del derecho romano que permeó en los doctrinarios de América Latina:

> Las leyes del derecho civil y común imperial de los Romanos se reciben en cuanto a razón natural, y no en cuanto leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la tienen en los reinos donde los reyes y príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal como en los reinos de España y reyes de ellos nuestros señores... (Hevia Bolaños, 1825, pp. 1, 8, 15, f. 45).

Cómo bien explica Wieacker esta idea del derecho romano como 'derecho extranjero' es parte del movimiento romántico y nacionalista del XIX (Wieacker & Jardón, 1957, p. 104) y se dio tanto en Europa cómo en América Latina.

Sin embargo el derecho moderno dio a la Recepción general una función diferente en la creación del Estado nacional a través de la racionalización y la centralización y muchas veces fue utilizada como bien dice explica Wieacker en "un proceso histórico-constitucional" (Wieacker & Jardón, 1957, p. 109) entonces no contó más el que fuera o no derecho extranjero o fuera o no derecho romano histórico contaba sólo el hecho de que sirviera para crear y justificar un sistema jurídico unitario, nacional en el sentido de que vendría promulgado por un órgano oficial.

El peligro lo advierte el mismo Wieacker, es la

> inexacta formula de 'recepción del derecho romano' (fruto del) Positivismo jurídico del siglo XIX (que ve) en el derecho sólo una suma de preceptos o normas que sin más podían ser extendidas a otra comunidad jurídica, y el pasar por alto la dependencia de ese derecho positivo, tanto de un conjunto de condiciones espirituales y éticas como de la oportunidad social e histórica de su realización (Wieacker & Jardón, 1957, p. 92).

Justamente el positivismo hace del derecho una cuestión inmaterial y desligada de la sociedad hacia las normas que la rigen, el derecho se convierte en una mercancía transportable, maleable y controlable. Los peligros son la extrapolación, el desarraigo social y el aislamiento.

Por eso, Paolo Grossi propone una nueva función de la historia del derecho que comienza en la tarea de "...abatir las fronteras demasiado angostas, excluir reduccionismos, impedir la excesiva aridez cultural creando diálogos e instituyendo ocasiones de encuentro con dimensiones diferentes de la jurídica" (Grossi, 1973) Solicitud que las ciencias sociales han hecho siempre al jurista, que a veces está cargado de perjuicios hacia otros saberes por considerarlos acientíficos, pero que son justamente los que fundamentarían un carácter social. Solicitud que dentro de todas las ramas del derecho debería ser considerada, en primer lugar, por la historia del derecho, por ser esta justamente, el producto, sí del derecho, pero del derecho como un descubrimiento de una determinada sociedad que se organiza.

## Concebir El Derecho

La Recepción por sí sola no sería entendida si es que no se añade el proceso inmediato que caracterizará al nuevo derecho que se genera fruto de la recepción, y esto es lo que llamamos concebir el derecho.

La palabra *concepción* tiene dos significados muy importantes para el caso que nos ocupa por un lado tiene que ver muy de cerca con el tema de la *interpretación*, pero por otro lado la misma palabra significa también dar a luz y por tanto *creación.*

La Recepción medieval permitió en cierto modo, una *Concepción* particular del derecho que originó un perfeccionamiento del mismo y que lo llevó a confrontarse con una variedad de fuentes, lo que se recibía eran el marco y el pegamento, las piezas que darían color y solución a la infinidad de problemas las fueron poniendo los juristas a través del tiempo el derecho premoderno no sólo trató de entender el derecho recibido sino que *concibió* nuevas figuras.

El derecho moderno destruyó de alguna manera esta coexistencia entre *recepción* y *concepción*, porque una vez establecido lo que se *recibía* la *concepción* fue considerada peligrosa y perjudicial para la anhelada certeza jurídica.

La Historia del derecho tiene en este punto una función primordial y es la de otorgar a la interpretación un sustento eficaz y la de proponer a la ciencia jurídica el uso mismo de la interpretación histórica:

> Sólo el valor de experiencia histórica que resulta de esta interpretación a nivel científico-cultural puede llegar a ser realmente útil para la *compresión* del estado actual de la ciencia del Derecho. Este valor se torna entonces adecuado para iluminar la necesidad del estudio de la Historia del Derecho en nuestra actualidad tan desligada de lo histórico y ello pese a los agoreros que profetizan su adiós (Molitor & Schlosser, 1980, p. 12).

La propuesta es la de crear en la ciencia jurídica una conciencia crítica que nos lleve a *Concebir* el derecho en todos sus sentidos, a intuirlo en la problemática cotidiana, a descubrirlo en la sociedad y a entenderlo a través de su realidad histórica, política y conceptual.

La historia del derecho ha contribuido en cierto modo a crear esta conciencia crítica y plural, si bien, como cátedra es más joven que la enseñanza del mismo derecho romano, como práctica, ha estado ligada a éste indisolublemente desde su nacimiento, pero la historia del derecho al igual que el derecho romano, son instrumentos de los que se debe valer el jurista para contribuir a crear un orden, en el cuál, la convivencia humana sea afable, sí a este fin, sirve recibir un cierto tipo de sistema jurídico, no somos contrarios, que se *reciba* siempre y cuando se *conciba*, esto, en todos los sentidos de la palabra.

## Hacia Una Historia Del Derecho Compartida

Podríamos llamar también a esta historia que proponemos, dialógica, abierta, empática, y habría un sinfín de términos con la idea de 'incluir'. Esta es nuestra propuesta, en un mundo al que le urge recuperar la confianza en sus instituciones, en el derecho, en la justicia y en sus semejantes; en un contexto dónde es necesario superar el concepto cerrado de tolerancia, cómo un simple 'te soporto', y pasar al nivel superior que implica la dinámica constructiva de la retroalimentación, del compromiso, en el cual es necesario, generar personas y relevar al individuo de su misión de aislamiento, de Estado irresponsable de soberanía, en dónde el saber es un lujo, y su difusión un pendiente siempre pospuesto.

La historia plural es sobre todo compromiso, interés social real, es una hipoteca que pesa sobre cada historiador del derecho, como punzón que aguijonea la conciencia del jurista, que alerta sobre la falta de coherencia en la construcción de una cultura y de una ciencia jurídicas, porque nosotros percibimos la movilidad del derecho y seríamos irresponsables si dejáramos de denunciar las formas en las que se petrifica.

Es verdad, esto supone mucho más trabajo que la simple contemplación, descripción o narración de la historia, que es también necesaria, pero hoy la pluralidad convoca a pensar más allá de nuestro encostrado egoísmo intelectual y a compartir nuestros ideales, nuestras utopías, nuestros sueños, y ¿por qué no? Nuestros fracasos, pues en el contexto fraterno son más llevaderos.

## References

Aguirre, R. C. A. (2014). *Antimanual del mal historiador: O ¿cómo hacer hoy una buena historia crítica?* Libros de contrahistorias.

Bachelard, G. (1986). *La poética del espacio*. Fondo de Cultura Económica.

Bourdieu, P. (1997). Espacio social y campo de poder. In *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Anagrama.

Cappellini, P. (2003). Dal diritto romano al diritto privato moderno. In *Diritto privato romano* (pp. 453-474).

Cappellini, P., & Sordi, B. (2002). *Codici: Una riflessione di fine millennio ; atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000,* Giuffrè.

Carbonnier, J. (1998). *Flexible Droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ.

Cárcova, C. (1998). *La opacidad del derecho*. Trotta.

Cavanna, A. (1979). Storia del diritto moderno in Europa. *Le Fonti e Il Pensiero Giuridico*, 1.

Concha Cantú, H. A., & et al. (2004). *Cultura de la constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*. IIJ-UNAM.

Costa, P. (1997). Storia giuridica: immagini a confronto. In *Anuario de historia del derecho español, LXVII* (Vol. 1). Homenaje a Francisco Tomás y Valiente.

De la Torre Rangel, J. A., & Paoli, A. (2002). *Derecho alternativo y crítica jurídica*. Porrúa Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Floris Margadant Spanjaerdt-Speckman, G. (1986). *La Segunda Vida del Derecho Romano*. Porrúa.

Fukuyama, F. (1989). *The end of history? The national interest* . 16.

Fukuyama, F. (1992). *The end of history and the last*. Avon.

González de Cancino, E. (1986). Algunas consideraciones en torno a la influencia del Derecho Romano en las codificaciones civiles de América. In *INDEX, Quaderni Camerti di Studi Romanistici* (Vol. 1986, pp. 147–165).

Grossi, P. (1973). *Pagina Introduttiva, Quaderni fiorentini per il pensiero giuridico moderno* (Issue 2). Giuffrè.

Grossi, P. (1986). *Storia sociale e dimensione giuridica : strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro ; atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985*. Giuffrè.

Grossi, P. (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Giuffrè.

Grossi, P. (2000). El punto y la línea. Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo. *Revista Del Instituto de La Judicatura Federal*, 6.

Guzmán Brito, A. (2000). *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Editorial jurídica de Chile.

Hernandez, G. A., Cienfuegos, A., & Zuleta, P. E. (1976). *El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana*. Sucs. de Rivadeneyra.

Hevia Bolaños, J. (1825). *Curia Filipica*. Imprenta de la Real Compañía.

La Cultura del Código. (1998). *Revista de Historia Del Derecho*, 26.

Lorente Sariñena, M. (2001). *La voz del Estado: La publicación de las normas (1810-1889). Boletín oficial del Estado*. Centro de estudios políticos y constitucionales.

Malinowski, B. (1974). *Magia, ciencia y religión*. Ariel.

Martinez, M. F. (2003). Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos. In *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (Issue XV, pp. 447-523).

Mirow, M. C. (2004). Latin American law: a history of private law and institutions. In *Spanish America*. University of Texas.

Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Bosch.

Mongin, O. (1994). *El miedo al vacío. Ensayo sobre las pasiones democráticas*. FCE.

Orlandelli, G. (1956). Ricerche sulla origine della «littera bononiensis»: scritture documentarie bolognesi del secolo XII. *Bollettino Dell'Archivio Paleografico Italiano*, 2-3, 179–214.

Ramos Nuñez, C. (1995). Código Napoleónico, fuentes y génesis. *Derecho y Sociedad, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú,* 10, 153-161.

Ramos Nuñez, C. (1997). *El Código napoleónico y su recepción en América latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rioux, J.-P. (1998). Un terreno y una mirada. In *Para una historia cultural* (pp. 11-23). Taurus.

Sabbioneti, M. (2001). Di alcune modificazioni del modello napoleonico di diritto. In *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2), 858-867.

Sarat, A., & Kearns, T. R. (1993). *Law in Everyday Life*. University of Michigan Press.

Sirinelli, J.-F. (1992). *Historie des droites en France* (Vol. 2, p. III.). Gallimard.

Stein, P. G. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Siglo XXI de España Editores.

Taglioni, O. (1829). *Codice civile francese ove merce del confronto colle leggi romane*. Dai Torchi di Pandolfo Rossi.

Tau Anzoátegui, V. (2001). El poder de la Costumbre. Estudios sobre el derecho Consuetudinario. In *América Hispana hasta la emancipación*. Instituto de Historia del Derecho.

Toffler, A. (1990). *El cambio del poder*. Powershift.

Wieacker, F. (1952). *Privat Rechts Geschichte der Neuzeit*.

Wieacker, F., & Jardón, F. F. (1957). *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*. Aguilar.

Zagrabelsky, G. (2002). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

Zeumer, K. (n.d.). *Legis Visigotorum*. Monumenta Germaniae Historica.

Data de recebimento: 07/10/2020

Data de aprovação: 13/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# O *Sattelzeit* diferido da América Ibérica

## Reflexões sobre uma história dos conceitos políticos fora do mundo europeu

*The extended Sattelzeit of Iberian America*

*Reflections on a history of political concepts outside the European world.*

**Christian Edward Cyril Lynch**[1]

1 Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), Universidade Veiga de Almeida (UVA) e Fundação Casa de Rui Barbosa.

## RESUMO

O artigo discute a categoria de Sattelzeit (1750- 1850), período de gestação do vocabulário político moderno na história dos conceitos de Koselleck. O intuito é partir dos pressupostos desenvolvidos por aquele autor para adaptá-la ao contexto da América Ibérica. Argumenta-se que o novo vocabulário liberal coabitou longamente na região com a sociedade herdada do Antigo Regime, devido a décadas de retração e estagnação econômica posteriores às guerras de independência. Haja vista que a renovação da velha sociedade ibero-americana só começaria em torno de 1860, o fim do período de seu Sattelzeit deveria situar-se quando do apogeu do liberalismo na região, algumas décadas depois.

**Palavras-chave:** História do pensamento político, América Ibérica, Koselleck, história dos conceitos, *Sattelzeit.*

## ABSTRACT

The article discusses the category of Sattelzeit (1750-1850), a period of gestation of the modern political vocabulary in Koselleck's history of concepts, in order to adapt it to the context of Iberian America. Since the emergency of liberalism cannot be thought without social change, it is argued that the political vocabulary cohabited for a long time in Iberian America with the society inherited from the Old Regime, due to decades of retraction and economic stagnation after the wars of independence. Since the renovation of the old society would only begin around 1860 due the impact of second Industrial Revolution in Europe, the end of Sattelzeit should coincide with the height of liberalism in the region, around 1900.

**Keywords:** History of political thought, Iberian America, Koselleck, history of concepts, Sattelzeit

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78736

# 1

Até a segunda metade do século XIX, prevaleceu no Ocidente uma ciência política de caráter ético-normativo que discutia a qualidade dos governantes. Indagava a forma de governo mais justa e tratava dos regimes constitucionais, a formação dos cidadãos pela educação e o papel da habilidade e do acaso nos destinos das nações. Articulado em torno do conceito de prudência, o conhecimento histórico constituía parte inseparável dessa velha "arte de governar os povos". Conforme o célebre brocardo de Cícero, a história era "mestra da vida". Sob o influxo do movimento ilustrado e da emergência do liberalismo, no século XVIII, a história se tornou o recurso obrigatório para saberes como a filosofia moral, o direito público e a economia política, sem a qual era impossível explicar as transformações sociais sofridas pela humanidade ao longo do tempo. A ciência política liberal reconhecia a precedência conferida à Inglaterra no processo de civilização e buscava em sua história subsídios para os demais países. Por outro lado, o saber histórico herdado da Antiguidade Clássica coabitou com as novidades do liberalismo. A formação humanística continuava valorizada, entre outros motivos, porque o liberalismo apresentava afinidades oligárquicas com o republicanismo greco-romano. O Iluminismo não eliminou assim a percepção de que a política continuava a ser uma ciência prática manuseada por homens cultos, patrióticos e experimentados. Daí porque as mais populares histórias constitucionais saíam da pluma de políticos como Lorde Macaulay, na Grã-Bretanha; François Guizot e Adolphe Thiers, na França; Alexandre Herculano em Portugal; Pereira da Silva e Joaquim Nabuco, no Brasil.

A história deixaria de ser reconhecida como ciência auxiliar da política apenas na segunda metade do século XIX, quando da emergência das sociedades de massa no centro do capitalismo mundial e de um novo paradigma científico (nas variantes do socialismo, do positivismo e do evolucionismo). A história como mestra da vida que orientava as histórias políticas, constitucionais e intelectuais foi então substituída pelas grandes filosofias da história pelos primeiros expoentes da nascente ciência social: Comte, Marx e Spencer. Passou-se a crer que, na medida em que o homem se modificava ao longo da história, cada evento histórico era único, insuscetível de repetição. A dinâmica racional da mudança, na forma de sucessivas etapas de desenvolvimento, não era apreensível pelo mero conhecimento dos fatos passados, e sim das "leis" subjacentes do processo histórico (o *progresso da ciência*, a *luta de classes* ou o *desenvolvimento industrial*). A nova consciência histórica rompeu as mediações com o passado clássico e a divisão do trabalho separou o cientista social do estadista. As histórias políticas e constitucionais passaram a ser praticadas por profissionais de sabor antiquário, descomprometidos com o tempo presente. A pá de cal viria depois da Primeira Guerra Mundial, com a convicção de que a história política, factual ou intelectual, não tinha outra utilidade no presente, senão a ideológica, legitimando o existente ou denunciando a opressão (Rémond, 1996). Para o marxismo, em especial, a história enquanto conhecimento objetivo dos fatos passados não passava de um "amontoado caótico de fatos, coisas e objetos, e em si desprovida de sentido" (Brandão, 2010 p. 151). O intelectual preocupado com o presente deveria preferir a filosofia da história, entendida como a "filosofia enquanto expressão especulativa da própria história" (Brandão 2010, p. 138).

As últimas décadas do século vinte assistiriam ao progressivo resgate da história política, repaginada pelas críticas e legitimada pela crise das filosofias da história. Entendeu-se que o liberalismo não era o oposto da democracia, mas parte inseparável dela, na medida em que postulava uma sociedade civil autônoma em relação ao Estado, composta por indivíduos livres

e iguais perante a lei. A teleologia futurista inerente ao positivismo, ao evolucionismo e ao marxismo passou a ser vista como um produto de uma consciência histórica formada a partir das mudanças desencadeadas pela segunda Revolução Industrial. A crítica do determinismo macroestrutural reabilitou o indivíduo como agente de efeitos políticos e intelectuais. No campo acadêmico, a mudança teórico-metodológica foi promovida pelos primeiros expoentes do contextualismo linguístico: Reinhart Koselleck, na Alemanha; Quentin Skinner e John Pocock, na Grã-Bretanha; e René Rémond e François Furet, na França. A despeito de suas diferenças, esses pesquisadores compartilhavam o pressuposto de que o liberalismo político seria um componente inseparável da democracia. Compartilharam também três pressupostos metodológicos. Em primeiro lugar, a história intelectual não seria mero subproduto de determinações econômicas e sociais. Em segundo lugar, a unidade de análise focada na "ideia", entendida à maneira de Hegel como uma entidade transcendente e desencarnada, deveria ser substituída como *conceito, palavra* e *linguagem.* O significado das "ideias" variava conforme as intenções dos agentes e as circunstâncias de tempo e espaço. A nova perspectiva revelou uma complexidade insuspeita do universo ideológico, para além de suas conexões com classes sociais. Em terceiro lugar, não haveria categorias intemporais para analisar a história na longa duração. O estudioso do presente e do passado estava inexoravelmente "ligado por múltiplas fibras ao seu tempo e à comunidade que pertence" (Sirinelli 1999, p. 78).

A partir desses pressupostos comuns, os autores representativos do contextualismo linguístico investigaram a emergência da *cultura política* moderna. Examinaram o vocabulário político formado por discursos, conceitos e representações da tradição clássica e, na sequência a mutação por ele sofrida durante o período revolucionário, a partir da Ilustração, desembocando nas *ideologias* características da modernidade política. Também se dedicaram a compreendê-las no nível nacional de seus respectivos países. Os bicentenários das revoluções americana e francesa serviram de oportunidades de revisitação dos marcos fundadores. A Revolução americana (1774-1787) foi estudada por Gordon Wood, Bernard Baylin, Isaac Kramnick e John Pocock, que dela deixaram livros como *A Criação da República Americana, As Origens Ideológicas da Revolução Americana*, *Republicanismo e Radicalismo Burguês* e *O Momento Maquiaveliano*. A renovação dos estudos sobre a Revolução Francesa (1789-1815) ficou por conta de Marcel Gauchet, Pierre Rosanvallon e Keith Michael Baker, que deixaram *A Revolução dos Direitos Humanos, A Democracia Inacabada e Inventando a Revolução Francesa.* Ao destacarem a tradição republicana, os autores anglófonos puseram em xeque a tese tradicional da independência estadunidense como uma revolução liberal. Já os franceses se viram também herdeiros de uma tradição liberal rica, embora problemática pela resistência da concepção absoluta de soberania. Em um terceiro momento, graças à obra de François Xavier Guerra - como *Modernidade e Independências e México: do Antigo Regime à Revolução* -, a renovação dos estudos do pensamento político começou a ocorrer também a respeito do mundo ibérico, na perspectiva das chamadas Revoluções Atlânticas (1808-1825).

O presente artigo se debruça sobre um aspecto da discussão metodológica da história dos conceitos de Reinhart Koselleck: aquele relativo à categoria de *Sattelzeit*, por ele criada para fixar o período de gestação do vocabulário político e jurídico moderno entre 1750 e 1850. Pretende-se aqui problematizar sua transposição para a América Ibérica, a partir da experiência do autor como pesquisador integrante de equipe que, dirigida pelo professor Javier Fernandez Sebastian a partir da Espanha, esteve empenhada na confecção dos dois volumes do *Dicionário Político e Social do Mundo Ibero-americano: a era das revoluções* (2009-2014). Tratou-se de uma tentativa bastante bem-sucedida de replicar, para o mundo ibérico europeu e americano,

o esforço desenvolvido por |Koselleck quando da elaboração do seu monumental *Conceitos históricos básicos: léxico histórico da linguagem política e social na Alemanha* (1972-1997). O projeto de investigação dirigido por Fernandez Sebastián pretendia adaptar a metodologia empregada pelo autor de *Crítica e crise* na Alemanha, com o propósito de romper com a premissa de que a história intelectual da Península na América Ibérica se limitara a replicar, de modo empobrecido, o debate anglófono ou francófono da época revolucionária (Fernandez Sebastián, 2009). Trata-se aqui de problematizar a transposição mais ou menos automática da categoria de *Sattelzeit* para o contexto específico da América Ibérica, deixando de lado a Península. Para alcançar esse fim, recupero o diagnóstico a que chegaram colegas meus de equipe, algumas algumas reflexões da ciência política e, claro, da própria história dos conceitos. Concluo que, caso se deseje levar às últimas consequências a lógica seguida pelo próprio Koselleck em *Conceitos históricos básicos*, o final do período do *Sattelzeit* na América Ibérica não poderia estar situado entre 1850-1870, e sim 1900-1910. Conclusão que autorizaria a continuidade das pesquisas para além do *dies ad quem* adotado para a elaboração do dicionário.

## 2

O contextualismo linguístico em geral, e a historiografia dos conceitos, em particular, pressupõe uma "teoria da modernidade política" compreendendo pelo menos dois aspectos. Primeiro: a democracia moderna não se constrói contra, mas a partir do liberalismo. Foi o liberalismo o primeiro a reivindicar, no século XVIII, a primazia de uma sociedade civil formada por indivíduos livres e racionais, reputados capazes de perseguir pacificamente a satisfação de interesses legítimos. Segundo: haveria, antes do liberalismo, uma "ordem estatal" contra a qual ele se construiu: o Antigo Regime, com sua sociedade estamental e sua monarquia absolutista. Em outras palavras, antes do "momento oligárquico" do liberalismo oitocentista (precedendo, por seu turno, o "momento democrático" novecentista), teria existido um "momento monárquico", identificado com a construção e estabilização do Estado pela retórica absolutista. Esse pressuposto da historiografia coincide com os postulados da ciência política, segundo o qual todo conjunto territorial independente tenderia a se dotar de um aparelho político central (o Estado), com pretensões de monopólio da ação econômica, social e cultural obre sua periferia (Shils 1975, p. 7). Caso bem sucedido, esse processo teria sido posto em xeque pela posterior emergência da sociedade civil na época da Ilustração. A passagem do "momento monárquico" (autocrático) para o "oligárquico" (liberal) – a "revolução oligárquica" - corresponderia à época das revoluções setecentistas, acidentada devido à mobilização social inerente ao processo de democratização e seus consectários: envelhecimento institucional; novos grupos reclamando participação; e resistência dos interesses estabelecidos (Dahl, 1997; Santos, 1998; Huntington, 1975). Quadro semelhante se apresentaria quando da "revolução democrática" na virada do século XX, marcada pelo colapso do "momento oligárquico" liberal e o advento das democracias de massa. Descreverei os pressupostos da "revolução monárquica" e do "momento monárquico", distinguindo-os da "revolução oligárquica" ao longo da qual se processou a transformação do vocabulário político e jurídico. Vou tomar cada uma como categorias arquetípicas historicamente validadas, presentes implicitamente na teoria da modernidade de Koselleck desde sua tese de doutorado, *Crítica e crise* (Koselleck, 1999).

A "revolução monárquica" constituiria uma resposta a um período anterior marcado pela anarquia ou guerra civil. O Estado se constrói desde um "centro" político (uma capital), encar-

regando-se no longo prazo de organizar a população no interior de um dado território em uma única comunidade nacional. A representação política se processa nesse período por meio da *personificação* da comunidade pelo corpo físico do príncipe, que funciona como instância geradora da transformação da *multidão* em *povo* (Kantorowicz, 1998; Lefort, 2007). Daí a difusão de ideologias autoritárias, que justificam a concentração absolutista de poder nas mãos dos governantes, na qualidade de detentores de uma soberania una, indivisível e inalienável. Com o auxílio de um pequeno círculo de conselheiros, o príncipe poderia violar as regras morais ou jurídicas, sempre que confrontado pela transcendência dos interesses ameaçados e pela excepcionalidade das circunstâncias (a "razão de Estado"). A concentração de poderes pela Coroa exige o desenvolvimento de um aparato burocrático, civil e militar, capaz de velar pela execução das decisões tomadas pelo soberano. Ela uniformiza minimamente a administração, o direito e a economia; absorve os poderes mais ou menos fragmentários e padroniza a periferia em torno de elementos como história, língua e religião (Rosanvallon, 2002). Destruindo as hierarquias e aproximando grupos, o Estado cria uma identidade comunitária e amplia seu horizonte de expectativas, situação que conduz a um "momento monárquico" relativamente estável e próspero.

Este "momento monárquico", por sua vez, colapsaria sob os golpes brandidos por uma "revolução oligárquica" promovida por uma sociedade civil embrionária, liderada por profissionais liberais e apoiada por uma coalizão de proprietários rurais, banqueiros e grandes comerciantes. Em seu estudo sobre a crise do Antigo Regime, Koselleck aponta a centralidade do conceito de *sociedade civil ou burguesa*. Espaço de discussão pública apartada das instituições representativas do Estado absoluto, formado por cidadãos racionais reunidos em clubes, partidos e salões (a "opinião pública"), a sociedade civil criticava por jornais e panfletos o segredo e o monopólio do poder por parte de uns poucos privilegiados em regime de segredo, defendendo a *soberania da Nação*. Faziam-no através de uma filosofia da história que postulava o progresso indefinido da Humanidade rumo a uma vasta sociedade cosmopolita de homens irmanados pelos valores de liberdade e igualdade (Koselleck, 1999). Protestando contra o *despotismo* e a *tirania* em nome do *progresso* e da *liberdade,* a "opinião pública" deseja aumentar a participação no processo decisório para reduzir a autonomia do príncipe e a vocalização dos próprios interesses. Emerge aí o liberalismo, comprometido com a conversão da ordem estatal aos princípios do governo constitucional e representativo. A sociedade passa a ser concebida como uma ordem formada naturalmente por indivíduos autônomos, porque livres, iguais e proprietários. O *interesse* passa à condição de organizador da vida social: o próprio bem comum passa a se definir como *interesse público* (Hirschman, 2001). Uma declaração dos direitos e garantias individuais; a repartição dos poderes e o sistema representativo são os instrumentos garantidores da autorregulação social a ser consagrados por uma constituição. O Parlamento se torna o principal órgão do Estado, organizando e fiscalizando publicamente o governo (Manin, 1998).

A "revolução oligárquica" em curso na segunda metade do século XVIII europeu é o pano de fundo da renovação do vocabulário político-conceitual, que acompanhou a "dissolução da velha sociedade de ordens ou estados, e o desenvolvimento do mundo moderno" (Koselleck 2011, p. 8). O século de "transformação epocal" ("Sattelzeit") é subdividido em quatro fases. Durante a primeira (1750-1770), o debate político teria extravasado do círculo da alta nobreza, dos juristas e dos letrados para alimentar a nascente esfera pública. Durante o segundo (1770-1789), "uma torrente de palavras previamente desconhecidas e significados apareceu, testemunhando assim uma nova compreensão do mundo" (Koselleck & Gadamer, 1997, p. 10). O grande divisor de águas teria sido a eclosão da Revolução Francesa, que serviu de evento catalizador e difusor da modernidade europeia (1789-1815). Foi então que a "batalha semântica

se intensificou e sua estrutura se modificou" (Koselleck, 2006, p. 102). A quarta e última fase do século de transformação epocal (1815-1850) caracterizou-se pela penetração dos novos conceitos políticos nas massas. Difundiram-se as ideologias características da modernidade, como o liberalismo, o conservadorismo e socialismo (Koselleck 2011, p. 11). Em constante interdependência com a mudança social, registrada por índices crescentes de urbanização, de industrialização, de alfabetização, os conceitos políticos teriam sofrido quatro processos ao longo desse século: a *democratização* (alargamento do seu campo de uso por camadas até então alijadas); a *temporalização* (os conceitos passaram o futuro e não mais o passado como referência); a *ideologização* (os conceitos perderam sua dimensão concreta para se tornarem cada vez mais abstratos) e a *politização* (os conceitos passaram a adquirir acentuada polissemia por seu emprego por diversos setores na arena política).

## 3

A questão relativa à aplicação da categoria de *Sattelzeit* para a América Ibérica emergiu no âmbito da rede de pesquisadores *Iberconceptos*. A equipe foi reunida é coordenada por Javier Fernandez Sebastian, professor da Universidade do País Basco, para investigar como teriam se processado a mudança do léxico político e jurídico durante as "revoluções atlânticas" que tiveram lugar no âmbito da Península Ibérica e suas antigas colônias. Tratava-se claramente de replicar para a região o empreendimento de Koselleck para a Alemanha, os *Conceitos básicos históricos*, na forma de um dicionário de conceitos. Mas aproveitam-se também os estudos de John Pocock sobre a "revolução atlântica" anglófona operadas na segunda metade do século XVIII no hemisfério norte, como *O momento maquiaveliano*. Outra referência importante era *Modernidade e independências*, de François-Xavier Guerra, aluno de François Furet que se dedicara a estudar o impacto das revoluções modernas sobre as sociedades hispânicas. Em seu projeto de pesquisa para a rede Iberconceptos, Fernandez Sebastián adotou os mesmos limites temporais estipulados por Koselleck para recortar o período que deveria ser examinado pelos pesquisadores de Iberconceptos na região dos antigos impérios ibéricos: 1750-1850. Partia-se do pressuposto de que, coincidindo com as reformas ilustradas e as revoluções liberais e de independência, na virada do século XVIII para XIX, teria ocorrido "no Atlântico hispano-luso uma mutação profunda no universo léxico-semântico eu vertebrava as instituições e as práticas políticas" (Fernandez Sebastian, 2009, p. 28). A despeito das críticas preexistentes à categoria de Sattelzeit, com as quais Koselleck já tivera de lidar, suas premissas, segundo Fernández Sebastián, seriam úteis enquanto "ferramenta heurística adequada e frutífera para nossa análise histórico-conceitual" (Fernandez Sebastian, 2009, p. 29). Os fenômenos descritos no dicionário alemão - democratização, temporalização, ideologização e politização - eram facilmente perceptíveis também no caso ibero-americano: "Nossa opção por centrar esta primeira fase da investigação no lapso temporal indicado obedece à convicção de que foi precisamente durante essas décadas, a cavalo entre os séculos XVIII-XIX, especialmente durante a primeira metade dos oitocentos, quando tiveram lugar os debates mais encarniçados e as mutações semânticas mais importantes" (Fernandez Sebastian, 2009, p. 24).

A aplicação da categoria de *Sattelzeit* para nortear as pesquisas no universo ibérico pela rede Iberconceptos também não ficou isenta de questionamentos. A experiência do primeiro volume do Dicionário levou à conclusão de que não havia perfeita coincidência entre o período do *Sattelzeit* alemão e o ibérico, especialmente na América. O Antigo Regime parecia declinar

mais tarde, bem como a sedimentação dos novos conceitos políticos. Essa percepção afetou as diretrizes para a elaboração do segundo volume, conforme Fernandez Sebastian admitia na circular que a precedeu: "Está muito longe de ser evidente que por volta de 1850, ou mesmo 1870, os conceitos políticos e jurídicos alcançaram esse grau de 'modernidade' que uma parte da historiografia que vinha atribuindo". Por isso, "teria sido melhor atrasar ligeiramente o período para abarcar o lapso compreendido entre 1770-1870" (Fernandez Sebastian, 2006). A nova diretriz, todavia, também não bastou para cessar o incômodo. Diversos investigadores ibero-americanos registraram que os fenômenos inerentes à modernização do vocabulário político e jurídico na região continuavam não coincidindo plenamente com aquela descrita por Koselleck para a Alemanha. Um deles foi o coordenador-geral do projeto para o Brasil, João Feres Jr.:

> O ritmo da mudança semântica dos conceitos através do período escolhido variou demais. Enquanto nos primeiros 50 anos do período, a última metade do século 18, esse ritmo foi lento tanto nas colônias do Novo Mundo quanto nas metrópoles europeias, na primeira metade do século 19, os cinquenta anos finais do período escolhido, ele tornou-se frenético, com a eclosão de todos os movimentos de libertação e revoluções. Ainda no tocante à escolha do período, o estabelecimento de um limite inferior, ou seja, o limiar do período da mudança intensa, pôde ser razoavelmente identificado pelos pesquisadores participantes. Contudo, o mesmo não se deu com o limite superior, aquele em que a mudança diminuiria de ritmo, sinalizando, assim, que a evolução para a modernidade estaria completa. Tal limite de fato não coincidiu com a data de 1850, e se quer pôde ser identificado com precisão (Feres Jr., 2014, p. 18-19).

A impressão de João Feres Jr. foi compartilhada por outros coordenadores-gerais do Dicionário. Era geral a conclusão de que, por volta de 1870, embora onipresente no discurso, o alcance efetivo dos valores liberais era ainda bastante limitado. Para Gabriel Entín e Lole González-Ripoll (2014, p. 47) no subcontinente, "a cultura da mobilização, impulsionada pelas associações, pelos partidos e pela imprensa escritas" por volta de 1870, ao invés de robusta, como na Alemanha, ainda era "incipiente". Annick Lempérière (2014, p. 35) advertiu igualmente que "o conceito moderno de Estado em muitos países [da região] não decantará plenamente antes do século XX". A respeito do constitucionalismo ibero-americano, José Portillo Valdès (2016, p. 111) foi de opinião de que "por volta da segunda metade do século XIX, tudo ainda estava por encarnar-se em realidades concretas". Outros exprimiram conclusões semelhantes nos verbetes de conceitos escritos para os casos nacionais, como Argentina, Brasil, Cuba e México. O maior intelectual e homem público da Argentina, Juan-Baptista Alberdi, se queixava em 1871 que a liberdade no país ainda era uma palavra vazia (Entín 2014, p. 62). Segundo Lole González-Ripoll (2014, p. 91), à mesma época Cuba ainda estava às voltas com sua primeira guerra de independência, e seu principal tema, a abolição da escravatura. De acordo com Cristina Moyano Barahona (2014, p. 117), só a partir de 1870 se deixou no Chile de "discutir sobre a necessidade de os cidadãos serem livres e de exercerem a liberdade como direito natural inalienável de sujeitos". Peer Schmidt e Guillermo Zermeño (2014, p. 164), por suas vezes, declararam que só em 1867, depois da derrota de Maximiliano, o liberalismo teria definitivamente triunfado no México (Schmidt & Zermeño, 2014, p. 164). Luísa Rauter Pereira também registraria que, no Brasil, conceitos como Nação e Povo permaneceram por um longo tempo designando um círculo muito restrito de famílias, tal como se passava durante o Antigo Regime:

> Nesse período de cem anos da história brasileira, assistimos ao surgimento do conceito de povo-cidadão como o lugar da soberania política. Entretanto, os significados ligados ao Antigo Regime – o conjunto dos súditos, vassalos, e o terceiro estado – ainda se

> mostraram atuantes na linguagem política, ao mesmo tempo em que a distinção entre o povo legítimo e a plebe – ou canalha, patuleia, populaça – marcou todo o período. Tais elementos deram contornos e limites aos projetos de liberdade e igualdade e soberania popular, relegando a noção de um verdadeiro povo de cidadãos para o futuro. A unidade nacional – o conceito de povo Nação – foi então concebido pelas elites em torno da noção de unidade de cultura, geografia e raça, num vínculo menos com a vida política do que com a natureza física do país (Pereira, 2014, p. 186-187).

## 4

Diante da incongruência entre os resultados obtidos pela pesquisa iberoamericana face ao *Sattelzeit* centro-europeu, é legítimo questionar preliminarmente se foi acertada a adoção da categoria pelo grupo Iberconceptos. Entendo que sim. Em primeiro lugar, porque estou de acordo com as linhas gerais da "teoria da modernidade" compartilhada pelos renovadores da história intelectual. A construção de ordem nacional, iniciada com a afirmação autocrática do Estado ("revolução monárquica"), continua com sua posterior contestação por uma sociedade civil ("revolução oligárquica"), período ao longo do qual ocorre a renovação do léxico político. Ademais, a pesquisa carecia de um prévio recorte cronológico que não poderia discrepar demasiado daquela apontada por Koselleck, porque o Atlântico luso-hispânico sofrera seu "terremoto conceitual" como consequência das invasões napoleônicas. A adoção da categoria do *Sattelzeit tinha, portanto, a sua lógica; e a pesquisa* efetivamente demonstrou a relativa contemporaneidade entre os processos de mudança conceitual ocorridos no Atlântico ibero-americano e na Alemanha. Por fim, é preciso recordar que o projeto não se debruçava apenas sobre a América, mas também sobre a Europa. As Cortes de Cádis, na Espanha, teriam sido o epicentro da difusão da circulação, recepção e ressignificação dos conceitos. Tudo considerado, o que cumpre discutir não é a conveniência da transposição da categoria, que era inevitável, mas a conveniência de uma discussão sobre as condições específicas do *Sattelzeit* na América Ibérica. Haveria alguma especificidade na dinâmica iberoamericana do debate da época, à luz da própria teoria de Koselleck? O foco deve momentaneamente deixar de lado aquilo que foi comum a todos os países, que prevaleceu ao longo do projeto, para apurar o que foi diferente.

Essa apuração passa por ter em mente, para além de suas configurações formais, o processo de construção de ordens nacionais não foi isomórfico. As singularidades nacionais se encarregaram de conferir suas diferenças particulares a esse processo (Badie, 1994). Passa também por recuperar a pressuposição de Koselleck, segundo a qual a mudança do vocabulário político e jurídico no século XVIII, no curso da Ilustração, esteve associada a um processo concomitante de mudança social. Os efeitos gerados pela Ilustração variaram de acordo com as diferentes tradições e graus de desenvolvimento. França e Grã-Bretanha eram regiões mais urbanizadas, industrializadas e alfabetizadas que as do sul da Europa. Nelas, já havia uma sociedade civil atuante e o governo constitucional representativo, ou estava constituído, ou em vias de instalação. Esse não era o caso da Espanha e Portugal, velhos bastiões da Contra-reforma cujas sociedades ainda eram largamente tributárias das estruturas medievais. Conscientes do "atraso", seus governantes (Carlos III e Pombal) lançaram mão do repertório ilustrado, que na Grã-Bretanha e na França serviam para contestar o absolutismo e justificar o governo constitucional, para, ao contrário, apressar a construção de seus Estados e concentrar o poder político em suas mãos. Tais esforços foram replicados para as colônias, onde tenderam a ser menos efetivos por se tratar de territórios mais distantes, heterogêneos e despovoados (Wines, 1967; Andrews, 1968;

Bluche, 1969; Scott, 1990). Depois das invasões napoleônicas, embora o vocabulário moderno tenha se espraiado rapidamente, o maior atraso socioeconômico o tornou menos orgânico nas próprias metrópoles. Até 1830-1840 os liberais ibéricos estavam empenhados em guerras contra se viam às voltas contra monarcas absolutistas que, apoiados por reacionários, desejavam o retorno ao Antigo Regime. Situação inimaginável na França e na Grã-Bretanha da mesma época.

Nos antigos impérios ibéricos tornados independentes, o vocabulário moderno se articulou de modo ainda mais exógeno e descompassado com a transformação de suas estruturas socioeconômicas. Quando as revoluções se propagaram (1807-1824), na esteira das invasões napoleônicas das metrópoles, as estruturas do Antigo Regime estavam longe de apresentar o mesmo grau de degradação em que elas se encontravam na França de 1789 e mesmo na Península Ibérica. Além disso, o processo de construção de uma autoridade centralizada, iniciado por volta de 1750 nas metrópoles, teve então de recomeçar do zero na América hispânica. A ruptura com Madri, privando a região de uma autoridade legítima antes que houvesse prévio consenso relativo às regras e práticas do governo constitucional e representativo, a mergulhou num torvelinho de guerras civis. Com a exceção do Brasil e do Chile, as guerras não só destruíram a infraestrutura econômica herdada do período colonial, como desagregaram as antigas unidades administrativas do império espanhol. Antes que se estabelecessem novos centros de poder reconhecidos como legítimos, em torno dos quais se organizassem os territórios ao seu redor, não seria possível efetivar as garantias e os mecanismos liberais de representação, que ficariam em larga medida ficcionais. Forjar um Estado capaz de lograr a obediência das populações e garanti-las contra as investidas dos vizinhos continuava a ser a tarefa prioritária em um subcontinente onde ainda grassavam a instabilidade e a guerra civil (Vives, 1945; Guerra 1985; Botana 1998; Botana, 2016). Ao invés de estarem às voltas com "o momento oligárquico", como na Europa, os ibero-americanos ainda lidavam na primeira metade do século com o problema mais elementar de organização da ordem (a "revolução monárquica"). Mas os países ibero-americanos tinham de desincumbir-se da tarefa de construção do Estado em condições mais precárias do que os europeus do século XVII. Não podia retornar ao Antigo Regime, época associada ao atraso e ao colonialismo. Estavam formalmente obrigados a transigir com o um liberalismo que, ao invés de favorecer a concentração do poder no Estado, pregava sua dispersão em benefício de uma *Nação* ou *sociedade civil* que ainda não existia.

O desafio passava por acomodar a liberdade, exigida pela lógica constitucional "oligárquica", à necessidade de autoridade, preconizada pela razão "monárquica" de Estado. Por esse motivo, ao invés do reacionarismo tradicionalista que, na Ibéria, desejava o retorno do Antigo Regime, na América Ibérica organizou-se um conservadorismo mais aparentado com o absolutismo ilustrado. Ele buscava compatibilizar o constitucionalismo com o ideário ilustrado dos tempos de Carlos III e do marquês do Pombal nas metrópoles, e que havia sido transportado para a América por seus vice-reis e capitães generais (Lira, 1992, 170). Os novos governos, bem que constitucionais, na prática tiveram para se consolidar de recorrer às velhas doutrinas da razão de Estado e ao exercício autocrático do poder (Thuau, 2000; Senellart, 2006; Zarka, 2007). Em outras palavras, estadistas como José Bonifácio, Simon Bolívar e Diego Portales se esforçaram por viabilizar o "absolutismo ilustrado" dentro dos limites formais do "constitucionalismo" liberal (Loveman, 1993; Negretto, 2002; Gargarella, 2008; Portillo, Valdès 2016). Daí porque, nas palavras de Gabriel Paquette (2016), o absolutismo ilustrado encontraria uma "segunda era" na América Ibérica na primeira metade do século XIX. Não é desnecessário recordar, por fim, que o crescimento econômico de todo o subcontinente foi muito baixo durante o meio século que se seguiu à independência, devido aos violentos conflitos ideológicos e à instabilidade

política. Não admira que, nesse contexto turbulento de conflito e, senão de empobrecimento, de estagnação socioeconômica, o vocabulário liberal tenha sido largamente adaptado à lógica das estruturas herdadas do Antigo Regime, adquirindo nas práticas alcance mais restrito. Basta recordar que, por volta de 1850, quando o *Sattelzeit* chega ao fim na França e na Alemanha, já discutindo a democracia e o socialismo como alternativas ao liberalismo triunfante, as sociedades ibero-americanas ainda passavam ao largo dessas discussões, tentando simplesmente erigir ou consolidar a nova ordem independente, conforme reconhece José Carlos Chiaramonte:

> O principal problema do período das independências, que obcecava com razão a seus protagonistas, era o da soberania, um problema capital em duas vertentes: a da substituição do poder soberano que estavam abandonando e a da relação com outros povos, com os quais intetavam associar-se para a formação de um novo Estado nacional (Chiaramonte, 2013, p. 93-94).

Somente na segunda metade ou no último terço do século o cenário começou a mudar. Sob o impacto da segunda Revolução Industrial, as economias ibero-americanas foram incorporadas à economia internacional em acelerada expansão como fornecedores de produtos primários e passaram a receber volumosas entradas de capital estrangeiro, especialmente o britânico e, depois, o norte-americano. As economias e sociedades rurais da América Ibérica sofreram as maiores transformações que já haviam experimentado desde o tempo da Conquista (Bethell, 2002, p. 18-19). Foi por esse tempo, portanto, que enfim as camadas profundas da sociedade colonial começaram a se desagregar efetivamente, diante do dinamismo gerado pelo capitalismo europeu em expansão (Fernandes, 2002). A acumulação gerou prosperidade material para as oligarquias, consenso ideológico em torno do liberalismo e estabilidade política para os novos Estados nacionais. Emergiu uma esfera pública mais dilatada e atuante, e o repertório liberal se tornou hegemônico, reforçado fortemente pela ideia de ciência e de progresso (Weinberg, 1998). Representada por liberais como Tavares Bastos e José Victorino Lastarria, os intelectuais da nova sociedade emergente passaram a sustentar que o liberalismo teria sido uma farsa desde a independência devido às tintas conservadoras por que teria sido lido ao longo dos decênios anteriores. Cumpria à *opinião pública* torná-lo agora uma completa realidade, reduzindo a intervenção do Estado e da Igreja no mundo social e aumentando a participação da Nação nos negócios públicos. O desmantelamento das estruturas do Antigo Regime para além das palavras, com o início de uma verdadeira "revolução oligárquica", proporcionou ao vocabulário político moderno a contrapartida socioeconômica que até então lhe faltara para gerar efeitos semelhantes aos da Europa nos começos do *Sattelzeit*. Não por acaso, um historiador brasileiro influenciado por Cassirer batizaria seu livro sobre a época com o sugestivo título de *A Ilustração Brasileira e a Ideia de Universidade*:

> País colônia durante o século XVIII, não sentíramos todo o impacto da ilustração dos setecentos (...). Portugal mesmo, apesar do 'iluminismo pombalino', não apreendera todo o significado do pensamento novo. Não queremos dizer que, com um século de atraso, teríamos a nossa 'ilustração', exatamente nos moldes do século XVII; isto fora um contrassenso (...). Não; o que afirmamos é que, sob o influxo dos autores 'populares' do século XIX, criamos um movimento 'ilustrado' que, sob nova forma, de certo modo desempenhou um papel semelhante ao do iluminismo na Europa do século XVIII. Deste, a nossa 'ilustração' guardou a crença absoluta no poder das ideias; a confiança total na ciência e a certeza de que a educação intelectual é o único caminho legítimo para melhorar os homens (Barros, 1959, p.22).

Em suma, o momento fundacional dos países da América Ibérica operou apenas aparentemente conforme a lógica do "momento oligárquico" experimentado pela França e na Grã-Bretanha na primeira metade do século XIX. Na prática, eles atravessaram as vicissitudes do mesmo "momento monárquico" que aquelas nações haviam vivenciado séculos antes. A despeito de suas constituições, Brasil, Chile, Argentina e México tiveram de enfrentar as calamidades das guerras civis por meio de doutrinas de razão de Estado plasmadas em instituições como o poder moderador, os estados de sítio e a intervenção federal para erigirem seus Estados nacional (Lynch, 2014). Se, no *Sattelzeit* alemão, a época de "transformação epocal" conclui em torno de 1850 com a maturidade da sociedade burguesa e o triunfo ideológico do liberalismo, ao passo que despontam no horizonte a democracia e o socialismo, um hipotético *Sattelzeit* ibero-americano não poderia nunca terminar antes de 1900. É por esse tempo que o liberalismo oligárquico atinge o seu apogeu na Argentina de Julio Roca; no Brasil de Campos Sales e Rodrigues Alves, no México de Porfirio Dias, e no Chile de Pedro Montt. Tudo somado, sugiro ser preciso imaginar um *Sattelzeit* ibero-americano diferido, isto é, estendido em relação ao europeu, que duraria de 1770 a 1910. Ele se dividiria em dois grandes momentos. No primeiro período (1770-1850), marcado por conflitos, instabilidade e baixo índice de mudança socioeconômica, o vocabulário político e jurídico do liberalismo ainda convive largamente com estruturas herdadas do Antigo Regime colonial. Passada a tormenta revolucionária, ele acaba reinterpretado nas práticas políticas, que tendem a lhe restringir o alcance, inclusive pela propriedade conferida à necessidade de reconstrução da ordem. No segundo período (1850-1920), impulsionado pela expansão do capitalismo europeu, o liberalismo começa a revolver de modo mais decidido as camadas mais profundas da velha sociedade colonial. Se se tratava antes de acomodar a liberdade às necessidades da autoridade, agora se trata de adaptar a ordem às exigências da liberdade. Passa-se a criticar abertamente o caráter autoritário do Estado e o monopólio da Igreja sobre o ensino, atacada como inimiga do progresso e da ciência. O liberalismo se torna hegemônico como linguagem política.

## 5

Que a contribuição a metodologia da história dos conceitos pode adquirir na América Ibérica? A percepção secular das elites ibero-americanas, de se encontrarem à margem do "centro" localizado no Atlântico Norte, repercutiu fundo na definição de suas identidades. Orientadas por uma concepção histórica linear e eurocêntrica, desprezavam sua própria produção intelectual como primitiva ou cópia das importadas. Essa neurótica perseguição pela modernidade projetou-se no campo historiográfico por uma literatura marcada por um elevadíssimo grau de anacronismo, em que os valores, categorias e frustrações do presente contaminavam qualquer esforço de objetividade analítica. A posterior introdução de metodologias de corte marxista não melhorou este quadro. Além de afirmar o caráter ideológico de todo o pensamento político, na medida em que encobria a dominação das classes subalternas, o marxismo agravava a pecha da inferioridade da cultura dita periférica em relação às cêntricas, acusando-a de inautêntica ou duplamente ideológica, por refletir em segundo grau o imperialismo dos países centrais (Lynch, 2013). Nesse contexto, a introdução da história conceitual na América Ibérica pode desempenhar um papel mais relevante do que na Europa. Ela demonstra que os conceitos políticos e jurídicos circulam por todas as comunidades políticas, sejam elas centrais ou periféricas; que não existe uma "estabilidade semântica" nos conceitos, que adquirem significados conforme a cor local; nem "originalidade" na sua elaboração. A história dos conceitos também ajuda a depu-

rar a paisagem histórica dos excessos ideológicos e presentistas, revalorizando a contribuição dos países da América Ibérica como expressiva de uma experiência política ao mesmo tempo universal e singular. Ela evidencia que, embora a cultura europeia tenha servido de modelo à América Ibérica, deste fato não se aduz, nem que as ideias tenham um lugar próprio (o da origem), nem que os transplantes sejam servis a ponto de converter seus produtos culturais em "cópias". Não se trata, aqui, naturalmente, de negar a possibilidade da universalidade como categoria, mas de pensá-la como uma *universalidade complexa, que deixe de se restringir à experiência de três ou quatro países vanguardeiros do Atlântico Norte e incorpore a dos outros nove décimos do globo. Estender o final* do período do *Sattelzeit* ibero-americano, dando continuidade ao estudo dos conceitos políticos e jurídicos básicos para 1900-1910, certamente contribuiria para semelhante objetivo.

## Referências

Almeida, M. de. (1932). *O Brasil errado: Ensaio político sobre os erros do Brasil como país*. Schmidt Ed.

Andrews, S. (1968). *Enlightened despotism*. Barnes & Noble Inc.

Badie, B. (1994). *Le développement politique*. (5ª ed. , revue et augmentée). Economica.

Bethell, L. (2002). Prefácio aos volumes IV e V. In B. Leslie, & G. G. de Souza (Trads.). *História da América Latina*. (Vol. 5). EDUSP.

Bluche, F. (1969). *Le despotisme eclairé*. Fayard.

Botana, N. R. (1998). *El orden conservador: La política argentina entre 1880-1916*. (5ª ed.). Editorial Sudamericana.

Botana, N. R. (2016). *Repúblicas y monarquías: La encrucijada de la independencia*. Edhasa.

Brandão, G. M. (2010). *Gildo Marçal Brandão: itinerários intelectuais*. S. C. T. Coelho (Org.) HUCITEC/FAPESP.

Chiaramonte, J. C. (2013). *Usos políticos de la história: Linguaje de clases y revisionismo histórico*. (2ª ed). Sudamericana.

Dahl, R. (1997). *Poliarquia: participação e oposição*. EDUSP.

Vives, A. E. (1945). *La fronda aristocrática: História política de Chile*. Editorial del Pacífico.

Entín, G. (2014). Libertad – Argentina/Rio de la Plata. In Fernandez Sebastián, J. *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. (Vol. 2). Universidad del País Basco/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Entín, G., & González-Ripoll, L. (2014). La acción por la palabra: Usos y sentidos de la libertad en Iberoamerica (1770-1870). In Fernandez Sebastián, J. *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. (Vol 2). Universidad del País Basco/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Feres Jr., J. (2014). Reflexões sobre o projeto Iberconceptos. In Feres Jr., J. *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. (2ª ed., rev. e ampl.). UFMG.

Fernandes, F. (2002). A revolução burguesa no Brasil. In S. Santigo (Dir.). *Intérpretes do Brasil*. (Vol. 3). Nova Aguilar.

Fernandéz Sebastián, J. (2006). *Circular preliminar à elaboração do segundo volume do Dicionário ibero-americano de conceitos políticos e sociais*. Mimeo.

Fernandéz Sebastián, J. (2009). *Diccionario político y social del mundo iberoamericano: La era de las revoluciones*. CEPC-SECC- Fundación Carolina.

Gargarella, R. (2008). L*os fundamentos legales de la desigualdad: el constitucionalismo en América (1776-1860)*. Iberoamericana.

Gonzalez-Ripoll, L. (2014). Libertad – Caribe/Antillas Hispanas. In Fernandez Sebastián, J. *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. (Vol. 2). Universidad del País Basco/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Guerra, F-X. (1985). *Le Mexique: De l'Ancien régime à la révolution*. L'Harmattan.

Hirschman, A. (2001). *Les passions et les intérêts*: J*ustifications politiques du capitalisme avant son apogée*. (P. Andler, Trad.). PUF.

Huntington, S. (1975). *A ordem política nas sociedades em mudança*. (P. Lemos, Trad.; R. Boschi, Rev). Forense Universitária.

Kantorowicz, E. (1998). *Os dois corpos do rei: Um estado sobre teologia política* medieval. Companhia das Letras.

Koselleck, R. (1999). *Crítica e crise: Uma contribuição à patogênese do mundo burguês*. (L. V-B Castelo Branco, Trad.) Contraponto.

Koselleck, R. (2006). *Futuro passado: Contribuição à semântica dos tempos históricos*. (W. P. Maas, & C. A. Pereira, Trads.). Contraponto/Editora PUC-Rio.

Koselleck, R. (2011). Introduction and prefaces to the geschichtliche grundbegriffe. (M. Richeter, Trad.). *Contributions to the history of concepts,* 6(1), 1-37.

Koselleck, R. & Gadamer, H. G. (1997). *História y hermenéutica*. (F. Oncina, Trad.). Paidós.

Lempérière, A. (2014). O conceito de Estado no mundo iberoamericano. In Fernandez Sebastián, J. *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. (Vol. 2). Universidad del País Basco/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Lefort, C. (2007). *Le temps présent*: *Ecrits 1945-2005*. Belin.

Loveman, B. (1993). *The constitution of tyranny: Regimes of exception in Spanish America*. Pittsburgh: Pittsburgh University Press.

Lynch, C. E. C. (2013). Por que pensamento e não teoria? A imaginação político-social brasileira e o fantasma da condição periférica (1880-1970). *Dados*, 4 (56): 727-767.

Lynch, C. E. C. (2014). *Da monarquia à oligarquia: História institucional e pensamento político brasileiro*. Alameda.

Manin, B. (1995). *Principes du gouvernément réprésentatif*. Calmann-Lévy.

Moyano Barahona, C. (2014). Libertad – Chile. In: Fernandez Sebastián, J. *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. (Vol. 2). Universidad del País Basco/ Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Negretto, G. (2002). Repensando el republicanismo liberal en América Latina: Alberdi y la Constitución Argentina de 1853. In Aguilar, J. A., & Rojas, R. *El republicanismo en Hispanoamérica: ensayos de historia intelectual y política*. Fondo de Cultura Económica.

Lira, B. B. (1992). *El absolutismo ilustrado em Hispanoamérica: Chile (1760-1860) de Carlos III a Portales y Montt*. Universitária.

Paquette, G. (2016). *Enlightened reform in southern Europe and its Atlantic Colonies c. 1750-1830*. Routledge.

Pereira, L. R. (2014). Povo/povos. In Feres Jr., J. *Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil*. (2ª ed., rev. e ampl.). Editora UFMG.

Portillo Valdès, J. M. (2016). *História mínima del constitucionalismo en América Latina*. El Colegio de México.

Rémond, R. (1996). *Pour une histoire politique*. (2ª ed.). Seuil.

Rosanvallon, P. (2002). *O liberalismo econômico*: História da ideia de mercado. (A. P. Rocha, Trad.). Edusc.

Schmidt, P. ,& Zermeño Padilla, G. (2015) Libertad - México/Nueva España. In Fernandez Sebastián, J. *Diccionario político y social del mundo iberoamericano*. (Vol. 2). Universidad del País Basco/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Scott, H. M. (1990). *Enlightened despotism: reform and reformers in later Eighteeneth--Century Europe*. The University of Michigan Press.

Sirinelli, F. (1999). Ideologia, tempo e história. In Chauveau, A. Questões para a história do presente. (I. S. Cohen, Trad.). EDUSC.

Santos, W. G. dos. (1998). Poliarquia em 3D. *Dados,* 2 (41), 207-281.

Senellart, M. (2006). As artes de governar: Do regime medieval ao conceito de governo. (P. Neves, Trad.) Editora 34.

Shils, E. (1975). *Center and periphery*. Chicago University Press.

Tétard, P. (1999). *Questões para a história do presente. (I. S. Cohen, Trad)*. EDUSC.

Weinberg, G. (1998). *La ciencia y la idea de progreso en América Latina, 1860-1930*. (2ª ed.). Fondo de Cultura Económica.

Wines, R. (1967). *Enlightened despotism: Reform or reaction?* D. C. Heath and Company.

Thuau, É. (2000). *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*. Albin Michel.

Zarka, Y. C. (2007). *Monarchie et république au XVIIe siècle*. PUF.

Data de recebimento: 25/08/2020

Data de aprovação: 10/11/2020

# Resenhas

HISTÓRIA DO DIREITO

# Corporativismo e autoritarismo em perspectiva transnacional: caminhos para a história do direito

## Resenha de *Authoritarianism and corporatism in Europe and Latin America*: crossing borders (New York, Routeledge, 2019), de A. C. Pinto e F. Finchelstein

*Corporatism and authoritarianism from a transnational perspective: paths to the legal history*

**Maria Pia Guerra**[1]

1 Universidade de Brasília (UnB).

Para aqueles que se aventuram em entender os corporativismos do século XX, impressiona a amplitude e a diversidade da documentação produzida sobre o assunto, assim como da literatura nas ciências sociais que desde então tentou interpretar o fenômeno. O interesse, que faz deste um tema clássico nas ciências sociais, não é de todo fortuito. Os modelos corporativistas formularam respostas teóricas e institucionais para um dos problemas fundamentais da política moderna: a conciliação da diversidade dos interesses sociais com a unidade do Estado, então, há pouco mais de um século, diante do surgimento de grupos organizados de uma sociedade de massas(Gagliardi, 2014). Na definição conhecida de Philippe Schmitter, recuperando a previsão confiante de Mihail Manoilescu, o século XX parece ter sido o século do corporativismo (Schmitter, 1974).

Esta produção consolidada tem sido revista, nos últimos anos, por uma nova leva de livros, dossiês e eventos acadêmicos nacionais e internacionais, em especial no âmbito da história e história do direito. Tendo como um dos focos a relação entre o corporativismo e os regimes autoritários e democráticos, estes estudos, frequentemente comparativos e transnacionais, permitiram novo olhar ao corporativismo em ao menos dois sentidos. Primeiro, quanto à abordagem sociológica que, reconhecendo a plasticidade do (neo) corporativismo, adequado também aos regimes democráticos, alterava o sentido político da sua diferença em relação às democracias liberais (Garrido, 2016). Segundo, quanto à abordagem histórica, também corrente, que interpretava o corporativismo ora como fraude – cortina de fumaça para a implantação de regimes totalitários – ora como revolução frustrada, nunca implementada, restrita de todo modo ao parêntese da vaga totalitária, sem continuidades ou repercussões nos períodos democráticos seguintes (Pasetti, 2012; Stolzi, 2018). Para o Brasil, mais ainda, este tipo de análise sempre pareceu algo deslocado, sinal de uma especificidade local, uma vez que aqui a estrutura institucional sindical foi não apenas efetivamente implementada, mas se manteve praticamente intacta nas décadas seguintes (Lobo, 2016).

O livro de Antônio Costa Pinto e Federico Finchelstein é uma contribuição valiosa a esta produção recente de caráter histórico que atravessa fronteiras. É um bom ponto de partida para não especialistas, na medida em que reúne uma amostra das abordagens metodológicas e constatações mais recentes da literatura. É também uma contribuição importante para já iniciados, em particular pelo foco comparativo e transnacional. Reúne especialistas de diferentes países, da Europa e da América Latina, em quinze artigos, referentes em sua maior parte aos corporativismos e autoritarismos na primeira metade do século XX, ainda que o marco temporal se estenda para os movimentos precursores e para as ditaduras latino-americanas das décadas de 1960 a 1980. Tal como anunciado pelos editores no capítulo introdutório, o objetivo do livro é observar os processos de construção institucional dos corporativismos social, político e econômico a partir de três eixos: difusão transnacional na Europa e América Latina, "modelos e debates viajantes" e experiências de institucionalização (p. 4).

## Contribuições

Os artigos do livro enfrentam questões tradicionais do campo, como a relação entre corporativismo e autoritarismo, ressaltando a pluralidade de concepções e de apropriações mútuas entre os projetos. Exemplo disso é o artigo de Stein U. Larsen,"*Corporations*

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78737

*against corporatism in Quisling Norway, 1940-1950s*", que descreve, no contexto da ocupação nazista na Noruega, como os projetos corporativistas societais de redes sociais clandestinas concorriam com os projetos corporativistas estatais ou de partido único, ora se aproximando, ora resistindo. O relato desta pluralidade de projetos, mais do que o esforço do autor em prever modelos societais ou estatais, é interessante e se assemelha ao que no Brasil tem sido demonstrado por Marco Aurélio Vannucchi sobre as organizações de classe média, como a Ordem dos Advogados do Brasil e os demais conselhos profissionais (Vannucchi, 2019).

O artigo de Godofredo Adinolfi, "Corporatism and Italian Fascism", mostra um outro lado desta pluralidade. O autor explora, na descrição do processo de construção dos modelos institucionais, as diversas funções práticas que os mecanismos corporativistas adquiriam para o regime que se tornava progressivamente fascista, a exemplo da ampliação do controle ditatorial sobre as facções concorrentes no partido e sobre os ministros e burocratas do governo. Este corporativismo, que é algo instrumental, tornar-se-ia pouco interessante, como indica o artigo de Laura Cerasi, "Intellectuals in the mirror of fascist corporatism at the turning point of the mid-thirties", tendo sido substituído pelo apelo cada vez mais sedutor do imperialismo, até praticamente desaparecer do discurso oficial fascista em meio à guerra na Etiópia.

O processo, não obstante, mostram os autores, foi negociado, contingente, de modo que daí não se extrai uma subordinação necessária de um projeto a outro. É mérito do livro, neste sentido, partir do pressuposto de que a experiência corporativista e autoritária não se explica pelas interpretações de blefe, revolução fracassada ou restrição "ao plano das ideias". Como argumenta Melissa Teixeira no que se refere ao Brasil, no artigo "Law and legal networks in the interwar corporatist turn: the case of Brazil and Portugal", a Constituição Federal de 1937 do Estado Novo era *blueprint* para uma filosofia social, a revelar as ambições dos governantes, de modo que perguntar sobre a sua efetividade é perder o ponto central de análise histórica do documento. A autora analisa redes de juristas entre estes dois países e argumenta que a semelhança entre os regimes de Estado Novo do Brasil e de Portugal não era o descompromisso com as novas instituições corporativas ou com o *rule of law*, mas as "highly theorized and artfully crafted renovations to the core principles of liberal democracy and its corresponding legal system" (p. 213).

Em um sentido pouco diverso, Federico Finchelstein, no artigo "Corporatism, dictatorship and populism in Argentina", conclui que os corporativismos foram uma forma bem-sucedida de legitimação. O autor estende o marco temporal de análise para o futuro, buscando as continuidades nos regimes seguintes e em particular no populismo de Peron, inclusive na sua defesa do anticolonialismo – que, vemos em outros artigos do livro, já estaria presente no corporativismo influente de Mahail Manoilescu. A ampliação do marco temporal é importante porque afasta interpretações que definiam as experiências autoritárias e corporativas como um parênteses, eventos históricos isolados e superados (Stolzi, 2014). Assim, também Mario Sznajder, no artigo "Nationalist authoritarianism and corporatism in Chile", estende a análise até a ditadura chilena, traçando a evolução do arranjo que manteve a hierarquia de matriz corporativa católica, combinada, nos anos seguintes, à política liberal de livre-mercado.

O livro ganha corpo na abordagem metodológica transnacional, que é de fato a sua contribuição mais interessante. A pesquisa sobre a "difusão transnacional na Europa e América Latina" a partir dos "modelos e debates viajantes", tal como descrita pelos editores, explica conexões que ficariam obscurecidas por uma análise que se restringisse ao aspecto comparativo. O artigo de Matteo Pasetti, "From Rome to Latin America: the transatlantic influence of fascist

corporatism", busca percorrer o caminho destes conceitos entre os continentes, investigando, ainda que de forma preliminar, duas redes: a dos migrantes e dos intelectuais viajantes. A opção por estas redes é uma tentativa de encontrar os registros materiais destas doutrinas que não apenas surgem em diversos locais, mas viajam por eles. Embora o título se refira à América Latina, o ponto a se destacar no artigo de Pasetti é a conexão com os Estados Unidos e o programa de governo do New Deal, que surge como um ponto de partida para futuras pesquisas.

Para permitir a abordagem transnacional, os autores do livro recorrem a estudos biográficos e à investigação das redes de conexão, estabelecidas em congressos e eventos, impressos e revistas. Os estudos biográficos, em primeiro lugar, combinaram-se bem à história dos corporativismos e autoritarismos, uma vez que estes modelos são tanto doutrinas teóricas quanto projetos políticos de institucionalização. A abordagem permitiu a vários dos artigos identificar, a partir de registros pessoais de personagens centrais, as relações pessoais, os contatos e as influências teóricas recíprocas, assim como o trânsito entre funções intelectuais e cargos públicos, bastante característico destes agentes no período. Os impressos, em segundo lugar, configuraram uma espécie de substrato material para as ideias, a indicar projetos coletivos, que articulavam e opunham diversos agentes e instituições, assim como relações com os seus públicos (Sarlo, 1992). O resultado para o livro são bons exercícios de história intelectual ou história dos intelectuais (DOSSE, 2010).

O artigo de Laura Cerasi, a que se fez referência acima, parte do terceiro Congresso de estudos corporativos, que reuniu intelectuais italianos e franceses em Roma, em 1935, e segue com uma análise mais detalhada da trajetória de Giuseppe Bottai como político, intelectual e editor do jornal Critica Fascista. Cerasi assim identifica uma transformação na apropriação do corporativismo por intelectuais fascistas, de que resultou o referido declínio da atratividade do corporativismo para o governo, mas também, por outro lado, uma liberação da pauta do trabalho, a permitir que se tornasse ponto comum entre a esquerda e democracia católica na transição para a República democrática.

O também já referido artigo de Valerio Torreggiani, "A travelling intelectual of a travelling theory: Ramiro de Maeztu as a transnational agente of corporatism", traça a biografia intelectual e política de Ramiro de Maeztu. Torreggiani mostra como o corporativismo era o ponto de encontro, o lugar de encruzilhada que conectava e opunha posições diversas. Para a história do direito, o ponto a se destacar no artigo é o modo como o autor liga a virada corporativista de De Maeztu ao New Age Circle e às ideias do historiador e jurista Otto Gierke para a personalidade jurídica das associações (*German Law of Fellowship*).

O artigo de Constantin Iordachi, "Mihail Manoilescu and the debate and practice of corporatism in Romania", é uma biografia intelectual e política do autor de o Século do Corporativismo. Iordachi apresenta o corporativismo como uma doutrina adaptável, pois construída no cotidiano dos embates teóricos e políticos, locais e internacionais. Exemplo disso teria sido a alteração intelectual de Manoilescu em direção ao partido único em resposta aos críticos internos. A capacidade de adaptação, para Iordachi, seria mesmo constitutiva do corporativismo: "although corporatism was a universal doctrine, it did not advocate a rigid, ready-made form of state organization, but a set of core principles that could be adapted to local conditions".

O corporativismo era um significante vazio, que dava aos seus agentes, como Manoilescu, a oportunidade política e a relevância internacional. Neste sentido, o artigo de José Reis Santos, "Self-fashioning of a conservative revolutionary: Salazar's integral corporatism and the interna-

tional networks of the 1930s", narra a trajetória política de Antonio Oliveira Salazar e os seus esforços para alcançar a liderança da *revolução conservadora* de sua era. Em comparação ao artigo de Torreggiani e Iordachi, Santos acentua a subordinação política da adaptabilidade do corporativismo de Salazar, a função sempre limitada aos interesses de sobrevivência do regime. Tanto é que sua análise ressalta sobretudo a economia política interna da construção do modelo institucional do Estado Novo, já que o elemento transnacional, nesta abordagem, era a competição pela liderança diante dos exemplos fascista e nazista e a exportação do modelo Estado Novo mediante artifícios de propaganda.

O artigo de Angela Maria de Castro Gomes, "The appropriation of Manoilescu's The Century of Corporatism in Vargas's Brazil", investiga a circulação do corporativismo por meio da leitura e tradução, por Antônio José de Azevedo Amaral, dos livros de Mihail Manoilescu no Brasil. Como justifica a autora, as transformações na organização do mercado editorial no Brasil e o surgimento do que se convencionou chamar Estudos Brasileiros, voltados para a produção de diagnósticos sobre a "realidade nacional", conferiam lugar estratégico para a ação política de intelectuais dos anos 1930. A partir deste "substrato material" dos impressos, a autora busca as aproximações entre nacionalismo e industrialismo, decorrentes da crítica de Manoilescu à assimetria nas trocas econômicas internacionais, assim como as distinções de um autoritarismo de Azevedo Amaral que buscava se diferenciar das experiências fascistas e nazistas.

Por fim, o artigo de Fabio Gentile, "Fascism and corporatism in the thought of Oliveira Vianna: a creative appropriation", diferencia-se por ser não uma biografia, mas um estudo da teoria. O autor dá sua contribuição à extensa literatura sobre Francisco José de Oliveira Vianna e sobre as possibilidades analíticas do conceito de autoritarismo instrumental no Brasil, tal como proposto por Wanderley Guilherme dos Santos. Reconstruindo o processo de absorção das ideias de Alfreco Rocco, Sérgio Panunzio e Francesco Carnelutti, Fábio Gentile conclui que o autoritarismo de Oliveira Vianna exaure o antagonismo social fora do Estado, porque reduz a este, não aos trabalhadores, a fonte da legitimidade, de modo que incorpora a novidade do corporativismo fascista, excluindo dele não obstante as origens totalitárias.

A comparação das variadas análises presentes no livro revela assim traços comuns do corporativismo e do autoritarismo da primeira metade do século XX, que nos permitem ter um balanço geral da experiência europeia e latino-americana. Os corporativismos foram experimentos teóricos e institucionais com linhagens antigas e consequências recentes, em arranjos nacionalistas, tecnocratas e anticolonialistas, construídos no cotidiano político, jurídico e social por agentes que circulavam em ambientes intelectuais e governamentais, agentes estes que reagiam em sua época à crise do Estado liberal diante do surgimento de formas sociais organizadas.

## Caminhos para o futuro

O livro de Antônio Costa Pinto e Federico Finchelstein aponta para uma série de temas, os quais embora não aprofundados no livro, constituem pontos de partida para futuras reflexões. Nesta parte final gostaríamos de indicar alguns destes caminhos que interessam particularmente à história do direito.

A forma jurídica é um tema central para o corporativismo – autoritário ou democrático – da primeira metade do século XX. O tema está presente nas experiências europeias e latino-americanas, tanto pela sua reação à forma dos direitos individuais quanto pelo seu apelo a

conceitos como o das associações com personalidade jurídica coletiva. A importância do debate jurídico é bem lembrada, não apenas no caso brasileiro, pelos embates travados sobre o "país real" oposto a um "país legal". Os corporativismos – e a questão social – revisitaram as fronteiras entre o público e o privado, afetando e sendo afetados pelas transformações nos ramos do direito público e direito privado. Esta centralidade do discurso jurídico se reflete no destaque às redes, revistas e eventos de juristas e em estudos sobre o direito do trabalho. Seriam também bem-vindos, assim, estudos sobre outros ramos, como o direito civil, o direito corporativo, a teoria do direito ou processo civil, os dois primeiros anunciados aqui, respectivamente, por Valerio Torreggiani e Melissa Teixeira.

No mesmo sentido, os corporativismos eram modelos teóricos e projetos institucionais de reforma do Estado, o que se vê pela circulação, analisada no livro, de agentes entre os espaços de produção intelectual e instituições políticas estatais. Não obstante, a produção e a implementação de um projeto institucional de reforma do Estado nunca são puramente uma imposição hierárquica, seja dos escalões superiores e inferiores, seja do estado para a sociedade. As pesquisas em história do Estado têm nos últimos anos alcançado resultados interessantes ao repensar o Estado a partir de dentro, das suas diversas categorias de funcionários, assim como o Estado em relação com a sociedade(Bohoslavsky, 2014). Parte destas pesquisas teve início com a descentralização do estado promovida pelo professor Antônio Manuel Hespanha, o qual, por mostrar que havia pluralidade sem estado, mostrou também que havia pluralidade no estado (Hespanha, 1994). Assim, se são conhecidos os resultados desta abordagem para o período anterior, do constitucionalismo jurisdicional, são igualmente frutíferos estes caminhos para os idos do século XX, em particular, argumentamos, para a observação das redes de agentes estatais nas periferias do estado (estado adentro) e para a observação das disputas de jurisdição e de competência (estado afora)(Galante; Irurozqui; Argeri, 2010). Afinal, o corporativismo, em diversos países, incluindo o Brasil, adquire não apenas uma forma legislativa, como mecanismo representação, mas uma forma jurisdicional, de solução de conflitos.

Isso significa que o campo de pesquisa deve abranger outros personagens que não aqueles que estavam no centro das engrenagens do poder – no caso do Brasil, outros personagens complementares à tríade Oliveira Vianna, Francisco Campos e Azevedo Amaral. Este é certamente um desafio ainda maior para pesquisas transnacionais, como a proposta por Antonio Costa Pinto e Federico Finchelstein, mas existem exemplos interessantes no Brasil. Diego Galeano desenvolveu estudos sobre redes de expertise policial entre países da América Latina (Albornoz; Galeano, 2017), Mariana Silveira produziu algo equivalente para juristas argentinos e brasileiros (Silveira, 2019) e Fernanda Rabelo, especificamente para uma vertente tecnocrática dos projetos de reforma estatal dos anos 1930, analisou em seus trabalhos o programa de intercâmbio entre burocratas brasileiros do DASP e burocratas norte-americanos da Universidade de Washington associados ao New Deal(rabelo, 2014).

No mesmo sentido, embora o livro seja rico nas descrições das negociações entre as vertentes corporativistas e, novamente, embora o perfil transnacional acentue as dificuldades metodológicas, fez falta– para o olhar de uma historiadora do direito – uma análise dos processos de implementação das reformas estatais corporativistas, particularmente nos órgãos de função jurisdicional. Melissa Teixeira e Godofredo Adinolffi, nos artigos referidos, sugeriram que os regimes corporativistas-autoritários mantiveram, ao menos em teoria, parte do "rule of law". Neste aspecto, reconhecendo as limitações de uma coletânea, a afirmação parece ficar incompleta sem uma pesquisa na implementação cotidiana, de que são bons caminhos os processos judiciais e administrativos, nos quais os elementos básicos destas teorias eram negociados

por atores menos centrais e mais diversos. Com uma abordagem desta natureza seria possível compreender as funções da Constituição e do "rule of law" para além dos aspectos simbólicos, nominais ou semânticos normalmente a ela atribuídos(Carvalho Netto, 2002). Os experimentos corporativistas da primeira metade do século XX produziram novos modelos constitucionais (Pinto, 2018; Santos, 2011). Investigar as cortes e os tribunais é ainda um bom caminho para levar estes experimentos a sério.

## Bibliografia

Albornoz, M., Galeano, D. (2017). Anarquistas y policías en el atlántico sudamericano: una red transnacional, 1890-1910. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani* 47.

Bohoslavsky, E. (2014). El Estado argentino y sus políticas públicas (1880-1943): algunas discusiones historiográficas 1. *Sociedad y Economía*, 26, 17-40.

Carvalho Netto, M. De. (2002). A Revisão Constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. *Revista do Ministério Público do Estado do Maranhão*, 1(9), 37-61.

Dosse, F. (2010). Histoire intellectuellle. In Delacroix, C. et al. (Eds.). *Historiographies, I*. Gallimard.

Gagliardi, A. (2014). *Il corporativismo fascista*. Laterza.

Galante, M.; Irurozqui, M.; Argeri, M. (2010). *La razón de la fuerza y el fomento del derecho: conflictos jurisdiccionales, ciudadanía y mediación estatal : Tlaxcala, Bolivia, Norpatagonia, siglo XIX*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

Garrido, Á. (2016). O corporativismo na história e nas ciências sociais - Uma reflexão crítica partindo do caso Português. *Estudos Ibero-Americanos*, 42(2), 387-408, 9 abr.

Hespanha, A. M. (1994). *As Vésperas do Leviathan: Instituições e Poder Político - Portugal - Séc. XVII*. Almedina.

Lobo, V. M. (2016). Corporativismo à Brasileira: Entre o autoritarismo e a democracia. *Estudos Ibero-Americanos*, 42(2), 527-552, 9 abr.

Pasetti, M. (2012). Neither Bluff nor Revolution: the Corporations and the Consolidation of the Fascist Regime (1925-1926). In Albanese, G.; Pergher, R. (Eds.). *In the Society of Fascists: acclamation, Acquiescence, and Agency in Mussolini's Italy* (pp. 87-108). Palgrave Macmillan.

Pinto, F. R. M. (2018). *A formação do pensamento jurídico-autoritário brasileiro e sua concretização no Estado Novo: Júlio de Castilhos, Oliveira Vianna, Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva*. Universidade de Brasília.

Rabelo, F. L. (2014). *O Programa Hall of Nations e a cooperação técnica entre as Américas: o aperfeiçoamento de servidores públicos nos Estados Unidos e a delineação da Política da Boa Vizinhança (1936-1945). Anais do 11º Encontro Internacional da ANPHLAC*.

Santos, R. D. Dos. (2011). Oliveira Vianna e a origem corporativa do Estado Novo: Estado Antiliberal, Direitos Sociais e Representação Política. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 31(61), mar.

Sarlo, B. (1992). Intelectuales y revistas: razones de una práctica. *America*, 9(1), 9-16.

Schmitter, P. C. (1974). Still the Century of Corporatism? on JSTOR. *The Review of Politics*, 36(1), 85-131.

Silveira, M. De M. (2019). *Desloca(liza)r o direito: intercâmbios, projetos partilhados e ações públicas de juristas (Argentina e Brasil, 1917-1943)*. Universidade de São Paulo.

Stolzi, I. (2014). Cultura giuridica e regime fascista. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 43, 963-974.

Stolzi, I. (2018). Corporatism and neo-corporatism: developments in the 20 th-century Italian legal order. *Estudos Históricos*, 31(64), 221-242.

Vannucchi, M. A. (2019). The strong moment of corporatism: Estado Novo and liberal professions. *Tempo (Brazil)*, 25(1), 198-218, 1 jan.

Data de recebimento: 19/11/2020

Data de aprovação: 01/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Os conceitos e as coisas ou as palavras e os vestígios?

*Resenha de Escrever história do direito:* reconstrução, narrativa ou ficção? (São Paulo, Editora Contracorrente, 2020), de Michael Stolleis.

*Concepts and things or words and traces?*

**Samuel Barbosa**[1]

1 Professor da Faculdade de Direito da USP. Presidente do IBHD (2016-2019).

## 1.

Com a publicação do livro de Michael Stolleis (2020)[2] a literatura de teoria da história do direito em língua portuguesa ganha um fecundo estímulo.[3]

O campo da teoria e metodologia da história é uma especialização consolidada, com congressos e periódicos próprios. No Brasil, já há uma volumosa bibliografia a respeito traduzida, com peso maior para a linhagem francesa (de Bloch e Braudel a De Certeau, Ricoeur e Hartog, afora tantos outros), mas também da língua inglesa (Collingwood e Hayden White), italiana (Ginzburg) e alemã (Koselleck e Rüsen)[4]. Estes textos são referência inescapável para boa parte da pesquisa em história do direito produzida em âmbito universitário entre nós. A lacuna maior se dá justamente para a bibliografia específica de teoria e metodologia da história do direito (Fonseca, 2011; Paixão, 2002).[5] Embora sem o nome de fantasia de "teoria da história do direito" ou "legal metahistory", há muita reflexão metodológica acumulada, com alguma institucionalização[6], se bem que, na maior parte das vezes, esta reflexão ocorre (quando se dá explicitamente) entrelaçada com a pesquisa monográfica sobre um objeto qualquer. O livro de Stolleis, pois, é um convite para uma reflexão atenta e destacada dos pressupostos teóricos e metodológicos da escrita da história do direito em diálogo com a teoria da história.

## 2.

A edição brasileira tem quatro capítulos que correspondem a dois textos publicados autonomamente. O primeiro, que abrange os capítulos I a III, saiu originalmente na Suíça em 2008 com o título que dá nome à edição brasileira.[7] O segundo, de 2016, é um verbete para a 2ª edição de um importante dicionário de história do direito em língua alemã.[8]

O leitor não vai encontrar regras metódicas para a escrita da história do direito, embora haja algumas indicações mais gerais. Stolleis não abre as portas de sua oficina de trabalho de

2 Michael Stolleis (1941) é um renomado e influente historiador do direito alemão, com publicações em história do direito público, *Policey,* cultura jurídica da primeira modernidade, ditaduras. Foi diretor (entre 1991 e 2006; interinamente até 2009) do Instituto Max-Planck para História do Direito Europeu em Frankfurt a.M. Para a temática do poder de polícia no Antigo Regime, orientou o doutorado de Airton *Seelaender, Polizei, Ökonomie und Gesetzgebung.* Frankfurt: Vittorio Klostermann, 2003. Stolleis esteve no Brasil em dois Congressos do IBHD (2006 e 2013).

3 O livro foi publicado em 2020 pela editora Contracorrente (São Paulo), com tradução de Gustavo César Machado Cabral (Universidade Federal do Ceará). A edição brasileira conta com uma apresentação do autor e prefácio de Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo). Como lembrado pelo prefaciador, dois outros livros de Stolleis já foram publicados no Brasil: O Olho da lei: história de uma metáfora (tradução de Thiago Tannous, Belo Horizonte: Doyen, 2014); O Direito Público na Alemanha: uma introdução à sua história do século XVI ao XXI (tradução de Gercélia Mendes, São Paulo: Saraiva, 2018).

4 WEHLING, Arno. *A invenção da história:* estudos sobre o historicismo. Rio de Janeiro, 2001. MALERBA, Jurandir. *Lições de história.* Rio de Janeiro: Porto Alegre: FGV, Editora PUC-RS, 2010. MALERBA, Jurandir. *História e narrativa:* a ciência e a arte da escrita histórica. Petrópolis: Vozes, 2016.

5 Exceções que confirmam a regra no Brasil: FONSECA, R. M. (2011). *Introdução teórica à história do direito.* Juruá. Paixão, C. (2002). *Modernidade, tempo e direito.* Del Rey.

6 Como exemplo de publicações, a revista *Rechtshistorisches Journal* (1982-2001) foi um irreverente fórum de debate metodológico em história do direito. *Os Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (desde 1972) e *Rechtsgeschichte* (desde 2002) têm reservado largo espaço para resenhas e debates de teoria e método em história do direito.

7 Como indica Stolleis na apresentação e na nota 2, o texto partiu de uma palestra de 1997, publicada como Rechtsgeschichte als Kunstprodukt: zur Entbehrlichkeit von 'Begriff' und 'Tatsache' [História do Direito como artefato: sobre a prescindibilidade do "conceito" e do "fato"].

8 *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin: Erich Schmidt Verlag, 1971, 5 vols (edição de Adalbert Erler e outros). A 2ª edição já teve alguns volumes publicados, mas o projeto não está concluído. Na 1ª edição, o autor do verbete de metodologia da história do direito foi Franz Wieacker (vide nota 68).

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78738

onde saíram obras fundamentais. Também não é uma discussão cerrada das implicações filosóficas (ontológicas e epistemológicas) da teoria da história. No entanto, o autor explicita algumas das premissas teórico-filosóficas que orienta seu trabalho.

Os vetores do texto são indicações de história da historiografia (especialmente da Alemanha) e teses metodológicas da história e da história do direito. Em um texto sucinto porém denso, é possível conhecer a apreciação sobre diferentes linhagens historiográficas: germanistas e romanistas, materialismo, história social e cultural no direito, história de conceitos, histórias pós-nacionais (européia). Evidentemente, foge aos limites de uma conferência e de um verbete, fazer uma discussão detalhada, mas servem como ponto de partida fecundo para o leitor que se animar a fazer o percurso.[9] Com relação às teses metodológicas, se descortina um debate transnacional em que é possível conhecer as posições de Stolleis sobre questões centrais. Para nosso debate, tem especial interesse, sua crítica à história dos conceitos, a avaliação das consequências do giro linguístico para a escrita da história e a relação entre história do direito e dogmática jurídica.

## 3.

Para uma breve indicação do teor do livro, vale a pena recuperar o título da conferência, "Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?", e seu título da versão inicial, "História do Direito como artefato: sobre a prescindibilidade do 'conceito' e do 'fato'".

Falar em "artefato" remete ao trabalho de construção realizado pelo historiador (do direito) pela escrita ou "a escritura do passado como construção social da realidade do passado" (p. 54). Stolleis endossa a tese de que não há acesso imediato ao passado, mas apenas uma construção mediatizada pela linguagem. Por linguagem, o autor se refere mais às palavras e seus usos do que aos conceitos com um núcleo essencial de sentido. Com isso, Stolleis critica tanto o pensamento realista-conceitual da dogmática centrado na essência de institutos como propriedade ou matrimônio (p. 39) quanto Koselleck que distingue categorialmente entre palavras e conceitos (nota 17 e p. 43). Conceitos são prescindíveis, o historiador reconstrói a partir dos usos das palavras; a experiência jurídica não se articula com palavras passíveis de definição exata (nota 17). Por outro lado, não há uma realidade de fatos mudos ("a dura realidade da história", p. 47) à espera da descoberta, apenas os fatos já articulados linguisticamente ou que ganham sentido pela mediação da linguagem. Os usos da linguagem, por sua vez, são performativos, fazem coisas (p. 36). Stolleis questiona, assim, a diferenciação entre palavras e coisas/fatos (p. 47).

Estas teses situam a escrita da história (do direito) com proximidade (sem se confundir) com a escrita de ficção, "o historiador é apenas uma espécie erudita e submetida a regras metodológicas especiais dentro do gênero 'poeta/escritor'" (p. 55). Ambos "escritor de história" e o "contador de estórias" reconstroem linguisticamente, fazem uso da criatividade e fantasia. Mas os gêneros se separam por regras específicas de cada parte. Há uma metódica de interpretação dos vestígios do passado e virtudes epistêmicas específicas ("limites da ética científica" como

9 Duas referências que podem servir de apoio: Duve, T. (2015) História do direito europeu–perspectivas globais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 60 (3), p. 383-412; Dilcher, G. (2016). The germanists and the historical school of law: German legal science between romanticism, realism, and rationalization. *Rechtsgeschichte*, 24, p. 20-72

chama o autor) que caracterizam a escrita da história. Metódica e virtudes surgem da prática da comunidade científica e são, por sua vez, passíveis de mudança com a história (p. 62, p. 74).[10]

## 4.

"A História do Direito é uma parte da ciência da história. Seu lugar acadêmico costuma ser as faculdades de Direito, mas suas perguntas centrais são da História" (p. 17). Uma paráfrase possível seria a seguinte: a história do direito não é uma parte da ciência do direito; apesar de cultivada predominantemente nas faculdades de direito, não está em linha de continuidade com a dogmática jurídica.

Não é nada trivial esta afirmação do autor. O vínculo umbilical entre história e dogmática do direito marcou a disciplina no passado e ainda informa implícita ou explicitamente muitas pesquisas nos dias de hoje. O fundamento da colaboração estreita entre história e dogmática é a crença em "uma estrutura de sentidos estável e sem contradições para a resolução pacífica de conflitos" (p. 41). Porém, como vimos, para Stolleis a história do direito tal como ele defende e pratica não parte de institutos jurídicos com um núcleo essencial e estável. Não por outra razão, a história do direito é propícia para "valorizar mais as dúvidas produtivas do que as certezas tradicionais" (p. 63). A história do direito se escreve no presente do historiador. A experiência jurídica contemporânea pode ajudar a formular hipóteses, a informar a escolha de objetos no passado. Isso não impõe, entretanto, buscar "falsas atualizações" ou a interpretar o desconhecido pelo conhecido (p. 65). No centro do argumento está a tensão complexa que emerge da compreensão do passado a partir do presente, o peso da experiência jurídica atual que pode "servir de ajuda" ou desencaminhar "com seus anacronismos" (p. 46).

Outra limitação imposta pela vinculação com a dogmática é a reprodução das divisões (direito civil, constitucional, administrativo) para o desenho da pesquisa em história do direito. Uma historiografia atenta à interação de diferentes áreas do direito em dada conjuntura é uma das tarefas propugnadas pelo autor (p. 72).

O que se entende por direito é respondido em afirmações esparsas ao longo do livro. Vou destacar apenas um par delas. O direito se refere a regras explícitas e implícitas (!), que fazem parte das convenções sociais. Regras jurídicas não provêm todas da vontade do Estado ("perspectiva moderna completamente inadequada ao passado", p.69). Nesta formulação estão condensados alguns impulsos teóricos que têm despertado cada vez mais interesse. A compreensão do direito exige o estudo dos conhecimentos tácitos, de outras normatividades que compõem as convenções e estão em relação com o direito. Esta é uma concepção distante

10 Estas teses ecoam um debate animado e controverso no campo da teoria da história do segundo pós-guerra. O texto é um marcador de lugar das posições do autor. Para uma discussão com maior detalhe seria necessário remeter a outros trabalhos seus. No Brasil, este debate tem sido recepcionado e discutido a partir de Ginzburg, C. (2002). Relações de força: História, retórica. Cia das Letras.; Ricoeur, P. (2007). A memória, a história, o esquecimento. Unicamp.; Hespanha, A. M. (2010). Imbecillitas: As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. AnnaBlume.

da frequentemente assumida pela dogmática centrada na regra jurídica, em especial naquela criada pela fonte estatal, não raro enfocada como um dado prévio e deslocada dos contextos.[11]

Por fim, quero registrar uma sutil diferença entre a conferência e o verbete. No texto de 2008, o horizonte pós-nacional é ainda a Europa. A tarefa do futuro, ao "final da época das histórias nacionais do direito" (p.70), é a escrita de uma história européia que inclua países do leste e do sul da Europa (p.72). Já no texto de 2016, ao lado da "europeização do direito", se reconhece a "globalização", se fala em "global turn" (p.87). Escrever a história do direito em um enquadramento global também está na ordem do dia e coloca novos desafios.

## 5.

Não posso encerrar sem uma nota pessoal. Meus votos são para que a Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito tenha uma formidável fortuna e, a exemplo de publicações congêneres, seja um fórum para discussões aprofundadas de teoria e metodologia da história do direito, afora, é claro, de aturados trabalhos de pesquisa com fontes primárias de que carecemos tanto.

## Referências

Dilcher, G. (2016). The germanists and the historical school of law: German legal science between romanticism, realism, and rationalization. *Rechtsgeschichte*, 24, 20-72.

Duve, T. (2015). História do direito europeu–perspectivas globais. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 60(3), 383-412.

Duve, T. (2020). Literatura normativa pragmática e a produção de conhecimento normativo nos impérios ibéricos do início da Idade Moderna (Séculos XVI-XVII). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 42, 3-44.

Erler, A. et al. (Eds.). (1971). (5 Vols.). Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte. Erich Schmidt Verlag.

Fonseca, R. M. (2011). *Introdução teórica à história do direito*. Juruá.

Ginzburg, C. (2002). Relações de força: História, retórica. Cia das Letras.

Hespanha, A. M. (2010). Imbecillitas: As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime. AnnaBlume.

Malerba, J. (2010). *Lições de história*. FGV, PUC-RS.

Malerba, J. *História e narrativa: A ciência e a arte da escrita histórica*. Vozes.

11 Talvez extrapolando o livro, tais impulsos têm estimulado pesquisa do Instituto onde Stolleis foi diretor. Vide o texto de Thomas Duve (nota 9 acima), que o sucedeu na direção do Instituto e Duve, T. (2020). Literatura normativa pragmática e a produção de conhecimento normativo nos impérios ibéricos do início da Idade Moderna (Séculos XVI-XVII). *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* 42, 3-44.

Paixão, C. (2002). *Modernidade, tempo e direito*. Del Rey.

Ricoeur, P. (2007). *A memória, a história, o esquecimento*. Unicamp.

Seelaender, A. (2003). *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebung*. Frankfurt: Vittorio Klostermann.

Stolleis, M. (1971). *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin: Erich Schmidt Verlag.

Stolleis, M. (2014). *O Olho da lei: História de uma metáfora*. (T. Tannous, Trad.). Doyen.

Stolleis, M. (2018). *O direito público na Alemanha: Uma introdução à sua história do século XVI ao XXI*. (G. Mendes, Trad.). Saraiva.

Stolleis, M. (2020). *Escrever história do direito: Reconstrução, narrativa ou ficção?* Contacorrente.

Wehling, A. (2001). *A invenção da história: Estudos sobre o historicismo.* Gama Filho.

Data de recebimento: 20/11/2020

Data de aprovação: 01/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Historicizando a "grande dicotomia"

## Resenha de *Diritto pubblico e diritto privato:* una genealogia storica (Bologna, Il mulino, 2020), de Bernardo Sordi

*Historicizing the 'great dichotomy'*

**Sérgio Said Staut Júnior**[1]

1 Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Bernardo Sordi, professor de história do direito medieval e moderno na Universidade de Firenze (Itália), grande especialista na área da história da administração e do direito administrativo, integrante da renomada *Escola Florentina de História do Direito* e membro do conselho editorial da importante revista jurídica "Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno", na obra "Diritto pubblico e diritto privato: una genealogia storica", publicado pela editora Il Mulino, realiza uma reflexão muito interessante e erudita do longo e complexo itinerário europeu da dicotomia público e privado.

Como não poderia deixar de ser, o autor procura incansavelmente historicizar e problematizar a distinção, demonstrando que, para além das palavras (*ius publicum* e *ius privatum*), os significados e os imaginários envolvendo a dicotomia são profundamente dependentes dos seus contextos culturais, são sempre contingentes (Hespanha, 2012, p. 13)[2] Bernardo Sordi evidencia e explica a profunda relatividade histórica dos termos. Diferentes temporalidades e localidades, riqueza e diversidade deste jogo de palavras.

Ao longo desse grande percurso, o autor constata que a dicotomia público e privado, apesar de remeter a uma distinção muito antiga, na conhecida definição de Ulpiano, assentada no *Corpus Iuris Civilis*, tem a sua força e consagração na modernidade jurídica. Público e privado são termos muito antigos, mas também novíssimos. A descontinuidade essencial entre o direito romano (antigo) e a dimensão jurídica moderna é muito bem observada pelo autor.

O historiador do direito explica que é apenas no final do antigo regime, com o surgimento e desenvolvimento dos Estados Modernos, com as revoluções, revoltas e reformas do final do século XVIII, que a antiga distinção começa a assumir a estrutura de uma grande dicotomia conformadora de todo o direito, a

> (...) summa divisio dell'intero ordine giuridico, incarnando compiutamente il modello ottocentesco, i suoi esiti statualistici e codicistici, il suo tipico equilibrio tra empire e propriété, tra la sovranità dello Stato e i diritti del soggetto individuale (Sordi, 2020, p. 07).

No medievo europeu ocidental, como ensina Paolo Grossi (2014), não há propriamente a figura do Estado, calcado na ideia de soberania (Grossi, 2014). A dimensão jurídica no medievo, considerando o tempo histórico na sua longa duração, não é colonizada por um poder político único e monopolizador, guarda um alto grau de autonomia em relação a contingências políticas de uma dada coletividade. O Estado soberano é uma invenção moderna, a ordem jurídica medieval se caracteriza, notadamente, por um "vazio político relativo", "um direito sem Estado" (Grossi, 1996, pp. 267-284) 3. As condições ainda não são favoráveis ao aparecimento de uma forma muito específica de compreender o direito como a observada na França pós-revolucionária.

Nesse mundo medieval, nessa sociedade de poderes fragmentados, do pluralismo jurídico e da *Iurisdictio* (Costa, 2002) como atesta Sordi (2020), não há esta bipartição dicotômica público e privado como um elemento estruturante de toda a dimensão jurídica. Ainda que a distinção não tenha passado desapercebida por parte dos juristas medievais, atentos às fontes romanas, não existe propriamente um direito público, em termos contemporâneos, autônomo e destacado no ordenamento em oposição ao direito privado. Outras distinções são mais comuns, *ius divinum / ius humanum; ius civile / ius canonicum; ius commune / iura própria*.

Bernardo Sordi reconstrói boa parte do percurso histórico europeu da grande dicotomia

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78739

público e privado analisando especialmente o pensamento jurídico, político e filosófico dos últimos séculos. Algo muito interessante, e que novamente demonstra a complexidade histórica do tema, é observar o cuidado do autor com as tipicidades da gênese desta grande dicotomia (em seus "itinerários" alemão, francês, inglês e italiano) com seus diferentes processos e fundamentos.

A parábola ascendente da grande dicotomia é observada especialmente no século XIX. Século de consagração, no âmbito europeu ocidental, de todo o ideário de matriz liberal-burguesa. Tempo de desenvolvimento e consolidação dos Estados soberanos e de colocação do direito em um rígido paradigma estatal (Fioravanti, 2005). A lei agora adquire um papel central como a fonte principal ou praticamente exclusiva do direito (Stolleis, 2014, p. 75).4 Inauguração de uma novíssima noção de representação política, que passa a assumir a função de representação geral (comum e igual) dos cidadãos. Invenção e desenvolvimento de todo o ideário de "interesse público" e de uma estrutura administrativa. Forte separação entre administração e justiça. Criação de um direito público (novo) responsável por estabelecer os pilares e as balizas da (igualmente nova) administração moderna.

A grande dicotomia direito público e direito privado ganha dignidade teórica e filosófica fornecida especialmente por Kant, em 1797, em "Princípios metafísicos da doutrina do direito". Além disso, encontra elementos importantes, embora não exclusivos, de sua base jurídica no pensamento de Savigny, em 1840, com "Sistema de direito romano atual", que retoma a antiga distinção de Ulpiano entre *ius publicum* e *ius privatum*, mas atribui conteúdos modernos novíssimos. A dicotomia se torna estrutural, a grande chave de compreensão de todo o ordenamento jurídico, e permite "distinguere Stato e società, a contrapporre individuo e potere, a circoscrivere un ambito di 'sociabilità` che ruota intorno agli interessi individuali e si distende quindi nelle conseguenti relazioni intersoggettive."(Sordi, p. 98).

Na esfera privada, tem-se a tutela da propriedade (consagrada como direito praticamente absoluto), a tematização e promessa da liberdade e da igualdade formal, assim como o progressivo reconhecimento da autonomia e independência do sujeito individual. Observa-se a pretensão da sociedade civil de distinguir-se do Estado. De um lado a sociedade, do outro o Estado. Os interesses tutelados são os privados, individuais. Os grandes códigos privados do século XIX, individualistas e proprietários, são compreendidos como uma espécie de "Constituição da vida dos privados". Seus pilares fundamentais são a propriedade, a família e o contrato. O Código Civil francês de 1804 é o grande exemplo disso. O "código símbolo" ou a "forma código (Cappellini, 2000), constituindo pretensamente "a concretização da *volonté générale*" (Hespanha, 2002, p. 402), torna-se o modelo ideal de direito, ou melhor, não há direito e direitos que estejam para além dos monumentos legislativos codificados (Cazzetta, 2012, p. *ix*).[5]

4 Nas palavras de Michael Stolleis, "graças à possível recondução hipotética à vontade do povo, ela adquire três novas qualidades. A lei é o novo sobrerano, que substitui o monarca. É o pastor vigilante, contrário ao poder monárquico remanescente. Finalmente, é a palavra completa da codificação nacional." (...) "a 'lei' se torna um novo Deus, já que, doravante, é a única expressão visível da nova ordem político-hierárquica a conformar a vida." (Stolleis, M. (2014) O olho da lei: história de uma metáfora. Doyen, 2014, p. 75.

5 Conforme explica Giovanni Cazzetta, no "*inizio dell'Ottocento il Codice civile di Napoleone si propose come nuova forma di ordine del giuridico e come progetto di programmazione statale di una società presentata come lo specchio delle certezze e delle speranze della borghesia at potere.*" (Cazzetta. Giovanni. Codice civile e identità giuridica nazionale: percorsi e appunti per una storia dele codificazioni moderne. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012, p. ix).

Na esfera pública, em linhas muito gerais, o objeto da regulamentação é o Estado, agora uma pessoa jurídica, e a sua estrutura administrativa. Comando, autoridade e império são as preocupações principais. Assiste-se à formação do direito público. O interesse tutelado é o público ou, em certa medida, o interesse supostamente de toda a sociedade e não o individual dos particulares. No século XIX, de um lado o Estado, do outro o indivíduo sujeito de direito.

No âmbito desta grande dicotomia, Bernardo Sordi proporciona ainda uma análise muito densa e interessante sobre a regulamentação da administração pública e o papel da doutrina, da ciência jurídica, na construção do direito administrativo nas últimas décadas do século XIX.

Conforme o autor, se o século XIX consagra a dicotomia público e privado e a coloca como elemento estruturador de toda a ordem jurídica, o Século XX traz o seu descenso. "´L`homme isolé n`existe pas` proclama, nel 1896, Léon Bourgeois (Sordi, 2020, p. 139). A "questão social" cada vez mais urgente, a explosão de inúmeros conflitos sociais, o surgimento de novas preocupações e novos deveres de solidariedade, trazem novas demandas e tarefas ao Estado a à administração pública. As esferas pública e privada são embaralhadas, confundem-se. Novos papéis e equilíbrios para institutos como a propriedade, o contrato, a sucessão, a assistência social e a organização dos serviços públicos.

Ainda no início do século XX o modelo da grande dicotomia permanece na mentalidade de muitos juristas, "Ma non corrispondono più, ormai, allo spirito del tempo: tempo inquieto, tempo di crisi, tempo di trasformazioni generali" (Sordi, 2020, p. 147). As fronteiras entre o público e o privado são perturbadas. Entre Estado e economia, social e individual, interesses gerais e particulares, os limites da grande dicotomia público e privado começam a esvanecer.

Neste tempo e espaço, como observa o autor, a propriedade como direito sagrado e praticamente absoluto, nos termos das declarações revolucionárias burguesas, começa a ser condicionada e funcionalizada. As definições de sujeito de direito, direito subjetivo e o papel central da vontade no âmbito jurídico começam a ser colocados em discussão. A liberdade passa a conviver com novas exigências coletivas, com novos deveres e obrigações. Assim, é necessário um outro e renovado direito público, é preciso repensar o conceito, o papel e as funções do Estado na sociedade e o que se entende por serviço público. Tem-se aqui igualmente o início da crítica à grande dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Como explica Bernardo Sordi, de forma muito mais profunda e complexa, o "ponto de não retorno" desta aproximação e mistura entre as esferas é o início da primeira guerra mundial. O "direito de guerra" introduz pesados condicionamentos publicísticos no âmbito do direito privado. O direito privado dos indivíduos e o direito de empresa passam a sofrer novas limitações e conformações, outros conteúdos e inquietações. O profundo individualismo típico dos códigos civis oitocentistas deve ser revisto. A igualdade formal já não é mais suficiente, é preciso caminhar em direção à igualdade substancial. "La grande dicotomia à già scesa dal piedistallo" (Sordi, 2020, p. 157).

Paralelo a tudo isso, aumentam as tarefas do Estado, cresce de forma significativa o seu aparato administrativo e o desenvolvimento de uma burocracia profissional. "L'amministrazione burocratica diventa il nucleo costitutivo e la componente fondamentale ed indefettibile" (Sordi, 2020, p. 160) do Estado ocidental moderno. Há uma expansão das atividades estatais e, consequentemente, dos entes públicos. Nesse mesmo período, tem-se ainda o surgimento de uma espécie de terceira dimensão jurídica, autônoma, distinta das esferas até então tradicionais (nem pública e nem privada). Tem-se o nascimento do direito social (em que o direito do tra-

balho seria o seu exemplo mais significativo), uma expressão muito ampla, bastante difundida nesta primeira metade do século XX e que permitiu inúmeros desdobramentos.

Ainda no século XX, ocorrem eventos extraordinários que remodelam, misturam e tornam ainda mais complicada a relação entre o público e privado. Entre as duas guerras, permanece a "espansione della ´mano pubblica`" (Sordi, 2020, p. 189). Todo o legado da Constituição de Weimar de 1919 e do "sistema weimariano", apesar da sua curta República. Verifica-se igualmente o nascimento de um direito coletivo e coorporativo no âmbito do Estado Fascista. Um Estado autoritário, totalitário e corporativo.

Mesmo após o fim da segunda guerra mundial, nota-se a permanência da expansão da estatalidade no âmbito privado e o desenvolvimento do direito social. Ao lado da publicização do direito privado, a privatização do direito público. O desenvolvimento do direito econômico e das "Constituições Econômicas". Há uma clara preocupação com a regulamentação jurídica e com a intervenção estatal no mercado. Estado e economia, império e propriedade, descobrem uma rica e profunda interconexão. O "Estado Constitucional", após a segunda grande guerra, busca por uma nova unidade do ordenamento jurídico, procurando superar a dicotomia público e privado.

Nesta parábola, a partir do último quarto do século XX, esta história começa a mudar. A queda do regime soviético, o desenvolvimento da comunidade econômica europeia, a revolução tecnológica, o desenvolvimento de uma economia digital internacional, a globalização econômica e a porosidade das fronteiras são alguns fatores, pontuados por Bernardo Sordi, que favorecem e principiam o "nuovo spirito del tempo" (Sordi, 2020, p. 211). Na esteira de Hayek e do novo ideário neoliberal, assiste-se a uma renovada primazia da economia sobre o direito e sobre a política.

Nestes últimos decênios, a globalização econômica, as políticas neoliberais e o empobrecimento dos programas constitucionais fazem pensar em uma nova preeminência do direito privado. O intervencionismo deixa o seu lugar para a concorrência. Defende-se uma economia de mercado "aberta e livre". Observa-se uma onda de privatizações e a decomposição ou o refluxo dos direitos sociais e trabalhistas.

No entanto, na nova ordem global e neoliberal, não é em direção a uma separação radical entre o público e o privado que caminha a dicotomia. O papel do Estado sofre mutações significativas, mas a sua presença permanece e continua sendo fundamental. A "mão visível do direito" perdura ainda que com funções, tarefas e pesos diversos. O mercado não é regulado por uma ordem espontânea, ele precisa do direito e do Estado. Assim, "lo Stato gestore cede il passo allo Stato regolatore" (Sordi, 2020, pp. 213-214). Regular e "salvar" os mercados dos seus problemas e crises, especialmente após a grande crise financeira de 2008, é tarefa do Estado.

Por fim, público e privado resistem e permanecem como coordenadas fundamentais do direito contemporâneo. Entretanto, há inúmeras combinações e miscigenações entre as esferas. As dimensões jurídicas tornam-se cada vez mais complexas. Na sempre renovada e remodelada relação entre público e privado, Bernardo Sordi propõe um equilíbrio razoável entre necessidades pessoais e coletivas, interesses públicos e privados, direitos e deveres, garantias e poderes. Trata-se de um livro importantíssimo, fundamental e que permite ao leitor deste país, com as devidas mediações, refletir sobre o quanto esta parábola influenciou o Estado e o direito brasileiros, mas também foi diferente e bastante incompleta.

## Referências

Cappellini, P. (2000). Il codice eterno: la forma-codice i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In Cappellini, P.; Sordi, B. *Codici: Una riflessione di fine millennio*. Giuffrè.

Cazzetta, G. (2012). *Codice civile e identità giuridica nazionale: Percorsi e appunti per una storia dele codificazioni moderne*. Giappichelli Editore.

Costa, P. (2002). *Iurisdictio: Semântica del potere politico nella repubblica medievale (1100-1433).* Giuffrè.

Costa, P., & Zolo, D. (Orgs.). (2006). *O estado de direito: História, teoria, crítica.* Martins Fontes.

Fioravanti, M. (Ed.).(2005). Lo stato moderno in Europa: Istituzioni e diritto. (5a ed). Laterza.

Fonseca, R. M. (2009). *Introdução teórica à história do direito*. Juruá.

Grossi, P. (1996). *Un diritto senza stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridico medievale).* Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, n. XXV. Giuffrè.

Grossi, P. (2014). *A ordem jurídica medieval*. Martins Fontes.

Hespanha, A. M. (2012). *Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio*. Almedina.

Stolleis, M. (2014). *O olho da lei: História de uma metáfora*. Doyen.

Sordi, B. (2020). *Diritto pubblico e diritto privato: Una genealogia storica*. Bologil Mulino.

Data de recebimento: 27/11/2020

Data de aprovação: : 19/12/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# Leituras introdutórias de uma longa história

## Resenha de *A short history of European law*: the last two and a half millennia (Cambridge, Harvard University Press, 2018), de Tamar Herzog

*Introductory readings to a long history*

**Gustavo César Machado Cabral**[1]

1 Universidade Federal do Ceará (UFC).

Dentre os gêneros da literatura jurídica, manuais e textos introdutórios ocupam uma posição bastante singular: por se tratar de uma primeira leitura sobre determinado tema, eles não devem adotar uma complexidade que assuste o leitor iniciante, ao mesmo tempo que precisam se afastar de lugares comuns, de visões metodologicamente ultrapassadas e mesmo de conteúdo materialmente pouco aprofundado. Não é incomum se deparar com o argumento de que, como os manuais são uma leitura inicial, podem deixar pontos abertos (ou mesmo sem uma precisão integral em tudo o que se pretenda abordar) a serem preenchidos por estudos mais específicos, os quais só seriam feitos por quem necessitasse ou optasse pelo aprofundamento do conhecimento na área.

Ao adotarem essas estratégias, muitos autores de manuais apresentam textos deficientes que frequentemente refletem um déficit também na sua formação, o que se torna facilmente perceptível ao leitor mais atento. O resultado acaba materializando um ciclo vicioso, pois manuais fracos dificilmente inspirarão alunos a se tornarem pesquisadores na área. Por outro lado, manuais publicados por autores com uma formação sólida tendem a ter a qualidade necessária para o duplo objetivo de qualquer obra com essa natureza: servir como ponte para o aprofundamento da minoria que decidir se especializar e, para a maioria, fornecer subsídios mínimos para uma compreensão ampla e adequada das principais discussões da área específica.

No campo da História do Direito, há dificuldades adicionais em comparação com a dogmática jurídica, considerando largas temporalidades, amplos espaços e distintas culturas que precisam ser abrangidas pelos manuais, sem falar em uma multiplicidade de fontes que não pode ser ignorada, sob pena de acarretar leituras anacrônicas e retroprojeções. Em meio a tantas dificuldades particulares, a profunda formação específica se torna ainda mais desejável, a fim de se evitar a proliferação de manuais repletos desses problemas – e o mercado editorial brasileiro tem abundantes exemplos de como os manuais de História do Direito podem ter resultados abaixo do desejado. A principal razão já foi aventada aqui; salvo exceções pontuais como José Reinaldo de Lima Lopes (2019) os grandes historiadores do direito brasileiro ainda não publicaram manuais ou obras que funcionassem como tal. Mesmo obras coletivas cobrindo um amplo programa de disciplina, mantendo um elevado e homogêneo nível de qualidade, a exemplo do que fizeram, por exemplo, Marta Lorente e Jesus Vallejo (2012), são escassas.

Diante desse panorama, a publicação de *A Short History of European Law: The Last Two and a Half Millenia*, de Tamar Herzog, se torna um grande acontecimento. Escrita originalmente em inglês em 2018 e traduzida para o espanhol em 2019, a obra é de autoria de um dos nomes mais importantes da História do Direito contemporânea, cuja carreira possibilitou uma ampla compreensão do processo de formação do direito ocidental. O fato de Herzog ter atuado como professora ou pesquisadora em centros de excelência na Europa (*École des Hautes Études em Sciences Sociales*, Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu e Universidade Autônoma de Madrid) e nos Estados Unidos (Universidades de Stanford e de Harvard), bem como de ter dedicado muitos anos ao estudo da História do Direito nas monarquias ibéricas, notadamente de suas possessões americanas, foi decisivo para a opção por um dos elementos estruturais do trabalho, que consiste muito mais na busca pelas aproximações do que na ênfase das diferenças, ainda que nem desconheça nem as ignore. Pelo contrário. A consciência das diferenças e da diversidade é o ponto de partida para uma análise que trate de contatos.

ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78740

Exemplo disso se encontra logo na introdução, quando a autora explica a necessidade de superação da distinção entre *Civil Law* e *Common Law*, que são analisados em um diálogo que enfatize essas aproximações, de modo que, "inclusive quando tomaram caminhos distintos, estavam em grande parte impulsionados a fazerem isso em resposta a acontecimentos e pressões similares" (Herzog, 2018, p. 6). Os incontáveis elementos distintivos cedem espaço aos pontos de comunicação que remontam a estruturas comuns, que na obra surgem tanto em uma história mais antiga (como na herança romana ou no *ius commune*) quanto em uma história recente com desdobramentos no presente (como a União Europeia). O paradigma teórico comum reside no argumento, já discutido há décadas por autores como Paul Koschaker (1947), de que a ideia de Europa, a sua definição e o seu espaço são invenções humanas contingentes, e o seu conteúdo mudou e seguirá mudando ao longo do tempo. Essa tese, bastante cara a importantes linhas historiográficas recentes, como a *Global History*, torna relevante um olhar para outras áreas que compõem o espaço analisado por esta obra; afinal, "alguns dos desenvolvimentos mais importantes ocorridos no ordenamento jurídico europeu se produziram fora do continente, como quando o direito das gentes se converteu em direito natural nas colônias ou como nas inovações constitucionais introduzidas na América do Norte" (Herzog, 2018, p. 9).

A obra se estrutura em seis partes, divididas em trezes capítulos, mais um epílogo. Apesar de as unidades se organizarem a partir de temas centrais, conforme indicado logo na introdução, percebe-se a presença de algumas preocupações transversais, as quais perpassam todos os recortes da obra: relações entre ordens gerias e diversidades locais; coexistência de ordens normativas; fontes do direito e sua aplicação; resolução de conflitos e mecanismos de negociação; o papel dos expertos na área jurídica e a sua formação; o papel dos poderes centrais; a circulação das ideias; entre outras.

A Primeira Parte trata da Antiguidade e dos dois grandes eixos estruturais da experiência jurídica europeia. O Capítulo 1, ao tratar do direito romano, e o 2, ao discutir a criação da cristandade latina, consideram as contribuições quanto ao que se pensou e se praticou sobre o direito em Roma e o que se agregou da cosmovisão cristã sobre a criação do mundo por um Deus, acarretando uma definição sobre o papel central da Igreja e da sua teologia na conformação dos padrões de ação humana. As implicações do direito romano e do cristianismo se fizeram sentir nos períodos analisados na sequência do livro.

Na Segunda Parte, o foco é a Baixa Idade Média, analisada a partir da discussão sobre a organização da vida em sociedade na Europa do período que se seguiu ao esfacelamento do Império Romano (Capítulo 3); sob um título provocativo (*An age with no jurists?*), a autora enfatiza o papel da negociação na vida em comunidade e trata da existência de expertos, ainda que sem a formação convencionada posteriormente. No Capítulo 4 (*Lords, Emperors, and Popes around the Year 1000*), as mudanças provocadas pela reorganização urbana e o desenvolvimento de relações senhoriais e do feudalismo e a presença de outras instituições, em especial o Papado e o Império, ganham protagonismo.

A Terceira Parte (Baixa Idade Média) emprega um método de análise que se repete nos seguintes, abordando em paralelo, mas com metodologia e perguntas semelhantes, os mundos da Europa Continental e da Grã-Bretanha. No Capítulo 5, discutem-se o nascimento do direito comum europeu e o estudo do direito civil e do direito canônico na Europa do *ius commune*, empregando-se fontes primárias relevantes como glosas de Rogerius e comentários de Bártolo. Já o Capítulo 6 trata do nascimento do *Common Law* inglês, questionando-se até que ponto havia ou não diferenças efetivas em comparação com o *ius commune*. Nele, enfatizam-se os writs, os

procedimentos e os profissionais do direito, bem como alguns fatores (a exemplo da ampliação da jurisdição régia e da dinâmica dos tribunais) que tornaram essas duas experiências muito menos distantes do que parecem ter sido, pelo menos até meados dos séculos XVI e XVII.

A seguir, a Quarta Parte (Idade Moderna) se divide em três capítulos. No Capítulo 7, o foco é recaiu na crise e na reafirmação do *ius commune*, chamando-se atenção para o humanismo, o *mos gallicus*, a Reforma Protestante e o que foi classificado como uma "reinvenção" dos direitos locais a partir do papel dos costumes no período analisado, particularmente nos séculos XV e XVI. O Capítulo 8 cuida da crise e da reinvenção do *Common Law*, notadamente das críticas sofridas por ele e do papel que o rei passou a desempenhar; a valorização dos costumes e algumas questões relacionadas ao direito público, em especial a noção da antiga constituição dos ingleses e a função do Parlamento, também se destacam nesse trecho da obra. Já no Capítulo 9 a proposta é retratar como o direito europeu foi ganhando universalidade em virtude da transformação do direito das gentes em direito natural; para tratar dessa questão, a autora discutiu a contribuição da neoescolástica e a sua aplicação ao espaço colonial da América Ibérica e do jusnaturalismo racionalista.

A Quinta Parte (Idade Contemporânea, ou *Modernity*, como utilizado no livro) abordou o período revolucionário a partir de dois grandes eventos. No Capítulo 10, a Revolução Americana e as inovações jurídicas decorrentes do rompimento político com a Inglaterra constituem as questões principais, merecendo destaque, para a autora, o surgimento de uma constituição escrita que passou a ocupar uma posição de superioridade diante das demais leis. As influências do antigo direito inglês, do iluminismo e do jusnaturalismo também são destacadas em alguns dos tópicos tratados nessa parte. O Capítulo 11, por sua vez, aborda a Revolução Francesa e seus efeitos. Dentre os muitos tópicos que podem ser trazidos numa discussão sobre esse processo, Herzog disserta sobre a formação de uma ideia de legalidade e de um novo conceito de liberdade, permitindo-se enxergar no direito um instrumento não mais para salvaguardar o status quo, como fora outrora, mas para mudar e melhorar a sociedade. Discutem-se tanto questões usualmente lembradas ao se tratar do período, como a relevância da igualdade jurídica, a contribuição do iluminismo e a consolidação da tese da soberania popular, quanto dilemas, em especial as dificuldades de se construir um sistema nacional para um público universal, conforme apontado em uma das seções do livro.

A Sexta e última parte é dedicada ao século XIX e aos processos de codificação. Experiências codificadoras na França e na Alemanha, assim como a expansão desses modelos, aparecem no Capítulo 12, enquanto o Capítulo 13 trata do impacto desse movimento no *Common Law*. Nele, examina-se o movimento de codificação na Inglaterra e o seu fracasso, apesar das vozes favoráveis retratadas no texto. Além do mais, o impacto da ideia de codificação nos Estados Unidos surge não apenas a partir do costumeiramente lembrado caso do Estado da Luisiana, mas também dos códigos editados no Estado de Nova York e adotados por vários outros estados ao longo do século XX, tema que costuma passar despercebido em obras do gênero.

Por fim, o epílogo *A Market, a Community, and a Union* trata do processo de aproximação iniciado no pós-Segunda Guerra Mundial que resultou na criação da União Europeia e no surgimento do direito comunitário, com fontes e instituições próprias (Gilbert, 2021; Amato, et al., 2019; Kaiser, Leucht e Rasmussen, 2009). Ao final, discute-se o processo de mudança de paradigma em que direitos nacionalizados passaram a conviver com uma ordem comum. Ou seriam um retorno a essa convivência entre ordens particulares e ordem geral? A leitura completa do livro ajuda a compreender a posição da autora sobre essa questão.

O direcionamento primordial da obra a leitores norte-americanos explica a ênfase em determinados temas e a opção por não tratar de outros. Evidentemente, um livro que pretenda cumprir o papel de introdução a certo ramo do conhecimento, especialmente diante da proposta de ser uma introdução mais simples e direta, deve necessariamente fazer escolhas que, em todos os casos, parecem ser trágicas, já que é extremamente improvável que algo importante não deixe de ser abordado. Particularmente, senti falta de discussões envolvendo temas de destaque no mundo resultante das revoluções liberais e do constitucionalismo, como o surgimento e o amadurecimento dos direitos sociais, o impacto dos discursos autoritários e totalitários no direito do século XX, a formação da matriz europeia do controle de constitucionalidade e ressignificação do direito internacional para englobar instituições e os direitos humanos no plano internacional. Todas essas questões são extremamente necessárias para compreender a história mais recente do direito europeu, mas talvez não tenham o mesmo interesse no mundo norte-americano.

Apesar dessas omissões pontuais, a obra é extremamente relevante e cumpre com louvor o seu papel de apresentar, de maneira direta e com profunda qualidade, as questões centrais no processo de formação do direito europeu. Mesmo na difícil tarefa de se traçarem marcos que separem a História do Direito e o direito contemporâneo (Seelaender, 2017) a autora faz uma importante opção por aproximar a discussão do tempo presente, o que torna ainda mais palatável e visível o percurso de dois mil e quinhentos anos narrado nas seções anteriores. Tamar Herzog combina questões tradicionalmente trazidas pela historiografia do direito do século XX (a exemplo do que fizeram nomes como Giovanni Tarello, Manlio Bellomo, Franz Wieacker ou Harold J. Berman) com um olhar que se afasta de narrativas puramente focadas em experiências nacionais, a fim de se pensar o Direito como um fenômeno cuja globalidade consiste justamente na combinação entre heranças comuns e diversidades locais.

Contar a história do direito europeu em cerca de duzentas e cinquenta páginas foi um grande desafio vencido pela autora, que optou por construir um discurso direto, sem muitas notas de rodapé nem volumosas citações de literatura, mas ao tempo consistente teoricamente sólido do ponto de vista metodológico, o que impressiona ainda mais se pensarmos o quão longe a autora foi ao aplicar a ideia de longa duração. Nesse sentido, o livro lembra o importante *Öffentliches Recht in Deutschland: eine Einführung in seine Geschichte* de Michael Stolleis (2018) que sintetizou os quatro volumes da sua *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* e também se tratou, portanto, de uma proposta de texto solidamente construído para ser uma leitura introdutória. Em termos de conteúdo e de abordagem, porém, este livro tem muito de *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*, de Antonio Manuel Hespanha, que foi uma das grandes inspirações intelectuais da autora e provavelmente um dos autores que a influenciaram.

Como resultado, estamos diante de uma obra que tem todas as possibilidades de se tornar uma leitura introdutória essencial para compreender esse complexo processo de formação do direito europeu, consciente da contingência do fenômeno jurídico, mas também dos seus processos de continuidades e rupturas. Particularmente, espero que a obra não apenas seja traduzida brevemente para o português, mas que também inspire os historiadores do direito brasileiros que estejam devidamente habilitados a fazerem o mesmo, oferecendo, assim, introduções consistentes que seguramente contribuirão com a formação de novas gerações de pesquisadores. O debate qualificado na área precisa de mais obras com essa proposta.

## Referências

Amato, G. et al. (Orgs.). (2019). *The history of the european union*: *Constructing utopia*. Hart.

Gilbert, M. (2021). *European integration: A political history*. (2ª ed). Rowman @ Littlefield.

Herzog, T. (2018). *A short history of european law: The last two and a half millennia*. Harvard University Press.

Kaiser, W.; Leucht, B. & Rasmussen, M. (Orgs.) (2009). *The history of the european union*: *Origins of a trans- and supranational polity* 1950-72. Routledge.

Koschaker, P. (1947). Europa und das römische recht. Biederstein.

Lopes J. R. L. (2019). *O direito na história*: Lições introdutórias. (6ª ed). Atlas.

Lorente, M. & Vallejo, J. (Orgs.) (2012). *Manual de história del derecho*. Tirant Lo Blanch.

Seelaender, A. L. C. L. (2017) A história do direito contemporânea: um projeto possível? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol 36, p. 20-35.

Data de recebimento: 15/09/2020

Data de aprovação: 13/11/2020

HISTÓRIA DO DIREITO

# As tensões do Estado constitucional

## Resenha de *Il cerchio e l'elisse:* I fondamenti dello Stato costituzionale (Roma/Bari, Laterza, 2020), de Maurizio Fioravanti

*Tensions of the constitutional state*

**Walter Guandalini Junior**[1]

1 Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Centro Universitário Uninter.

Giorgio Vasari (1550) conta, em suas *Vidas dos Artistas*, que certo dia o Papa Bonifácio VIII[2] decidiu decorar a sacristia da Basílica de São Pedro em Roma. Nomeou um cortesão como emissário e lhe determinou que buscasse artistas aptos a realizar a tarefa.

No final do século XIII o procedimento já era conhecido: os emissários do papa deveriam visitar os principais ateliês da Itália, solicitando aos melhores pintores e escultores disponíveis que fornecessem amostras de seus trabalhos para que fossem avaliados em Roma. As obras eram dadas à Igreja como presentes, sem qualquer pagamento ou garantia de contratação – o que desagradava os artistas convidados, que apesar disso se submetiam à prática contando com a possibilidade de uma comissão.

Tendo recebido amostras de diversos mestres seneses, o cortesão nomeado chegou certo dia a Florença e se dirigiu à oficina de Giotto, já então reconhecido pelos trabalhos que havia realizado em Florença, Assis e Arezzo. Explicou as intenções do papa e solicitou um desenho para que lhe fosse enviado. Vasari conta que em um gesto nobre Giotto pegou uma folha de papel e, com o pincel que tinha em suas mãos, já sujo de tinta vermelha, desenhou em movimento rápido um círculo perfeito. Entregou a folha ao emissário e lhe disse, com um sorriso: "Eis o desenho".

Incomodado com o que parecia uma brincadeira de mau gosto, e preocupado com o possível desrespeito ao sumo pontífice, o cortesão insistiu: "Você vai me entregar algum outro desenho?"; ao que Giotto respondeu: "Este já é bastante suficiente: envie-o com os outros e veremos se será reconhecido".

Giotto tinha razão. Apesar da insatisfação do emissário, o desenho foi enviado ao Papa junto com os demais, acompanhado da explicação sobre o modo como havia sido realizado, sem que o artista utilizasse o compasso ou sequer movesse o braço. O papa e os seus intendentes imediatamente reconheceram a excelência da habilidade de Giotto, e o contrataram para que executasse a pintura da sacristia. Vasari conclui o seu relato observando que o episódio deu origem à expressão toscana "*più tondo che l'O di Giotto*" ("mais redondo que o O de Giotto") – apreciada por sua ambiguidade já que, apesar da referência à beleza e à perfeição, em razão da simplicidade da forma circular é também associada à lentidão e à falta de inteligência.

Essa anedota inspirou a metáfora que dá título à mais recente obra de Maurizio Fioravanti (2020): *O Círculo e a Elipse*. Publicado pela Editora Laterza em 2020, o livro dedica suas pouco mais de 100 páginas a uma densa análise, em perspectiva histórica e teórica, dos principais fundamentos do Estado constitucional contemporâneo. O estudo é realizado em três capítulos, que se complementam como faces de um prisma.

O primeiro capítulo, intitulado *O Estado moderno e o Estado constitucional*, propõe uma abordagem de caráter mais teórico e conceitual. Apesar de não descartar completamente a perspectiva histórica, busca "comprimir em esquemas definidores gerais e simplificantes" (Fioravanti, 2020, p. 3) a pluriforme realidade histórica do Estado Moderno na Europa, com o objetivo de tentar esclarecer se o Estado Constitucional do século XX representa uma ruptura em relação à experiência do Estado Moderno.

O segundo capítulo, intitulado *As Constituições Democráticas dos Novecentos*, apresenta características mais típicas de um texto de história do direito. Nele Fioravanti volta a examinar o

2 Vasari faz referência ao papa Bento XII, mas provavelmente se equivocou. O pontificado de Bento XII se iniciou em 1335 em Avignon, apenas dois anos antes da morte de Giotto, em 1337. Já o Papa Bonifácio VIII, cujo nome de batismo era Benedetto, foi pontífice em Roma entre 1295 e 1303, e de fato foi patrono de Giotto durante esse período.

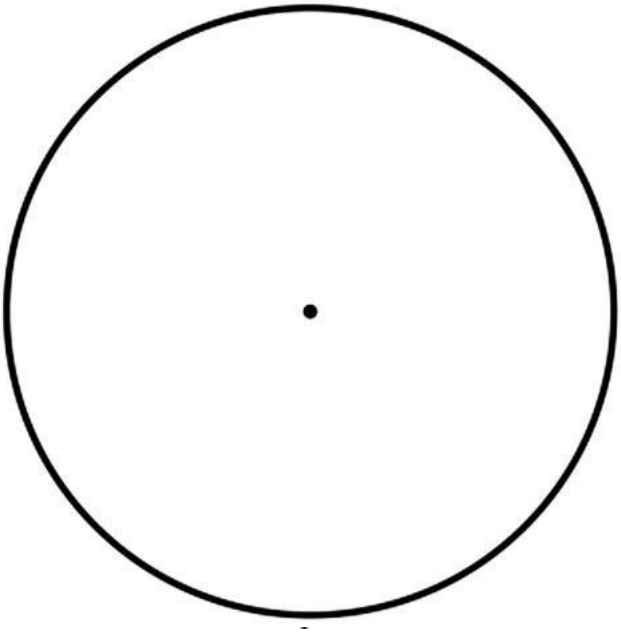
ISSN 2675-9284
http://dx.doi.org/10.5380/hd.v1i1.78741

Estado Constitucional do século XX, não mais com o objetivo de estabelecer a sua categorização conceitual, mas de compreender o processo histórico que conduziu à sua formação desde as primeiras constituições revolucionárias do século XVIII.

Por fim, o último capítulo é um breve ensaio de micro-história. Em *A Verdadeira História da Primeira Sentença da Corte* Fioravanti se debruça sobre a primeira sentença proferida pela Corte Constitucional italiana: em dezembro de 1955 dois operários da indústria têxtil de Prato recorreram ao pretor Antonino Caponnetto (tornado célebre nos anos 80 por sua participação no pool antimáfia de Palermo) para invalidar a prescrição constante do art. 113 da Lei de Segurança Pública do regime fascista, que desde 1931 proibia a distribuição de panfletos sem prévia licença da autoridade[3]. Embora a Constituição Democrática datasse de 1948, dez anos após a execução de Mussolini a legislação fascista continuava sendo aplicada, conforme o entendimento de que a norma constitucional somente poderia derrogar a lei infraconstitucional quando contivesse um preceito capaz de substituir integralmente o contido na lei. A decisão proferida pela Corte Constitucional em junho de 1956 reverteu essa posição e declarou inconstitucional a lei fascista, marcando a verdadeira data de nascimento da Constituição Democrática na Itália.

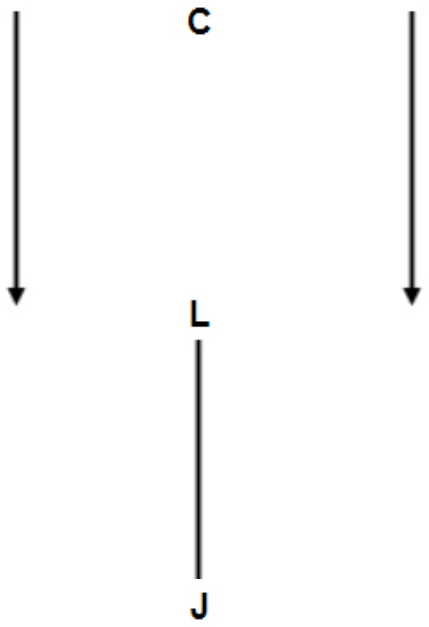
Apesar das perspectivas variadas, os três capítulos têm em comum o fato de promoverem o confronto entre duas concepções opostas de constituição. Nos termos da primeira, a constituição poderia ser bem representada pela imagem de um círculo: para essa perspectiva, como para Giotto e Vasari, o círculo evocaria o ideal de perfeição; assim como o círculo assegura a equidistância de todos os pontos de sua circunferência em relação ao centro, também a constituição representaria a garantia de paz entre as forças operantes no território sob sua regulação, por assegurar a existência estável de três condições: um centro titular exclusivo das funções de direito público; a disposição igualitária das diversas forças sociais e políticas na circunferência; e a completa absorção da política pelo centro, que irradia em direção à periferia. Nessa perspectiva tudo o que se encontra entre o centro e a periferia permanece liso e uniforme, transmitindo a ideia de um vazio que nos consola porque confirma que somos todos realmente iguais como pontos da circunferência, de modo que ninguém tem o direito de percorrer por conta própria o caminho que nos separa do centro para ficar mais próximo do soberano (Fioravanti, 2020, p. *viii*).

**Figura 1. A constituição como círculo**



Essa é a perspectiva usualmente adotada pelas constituições do "Estado de Direito" do século XIX. Nesse modelo a constituição é compreendida como expressão soberana da vontade geral, que se afirma como "lei suprema" do ordenamento jurídico positivo na mesma medida em que se afirma como "lei política" desse ordenamento – estabelecendo o núcleo fundamental dos poderes do Estado, a forma de governo, o processo legislativo. Ocorre que ao se caracterizar como "lei política" a constituição se abstém de dialogar com os aplicadores do direito e os cidadãos; dirige-se unicamente ao legislador, determinando-lhe que se atenha aos limites da lei política durante o exercício de sua atividade legislativa. E o controle dessa relação é realizado pelos próprios agentes políticos: como não existe diferença ontológica entre a constituição e a lei, sendo ambas manifestações da vontade geral soberana, não há razão que justifique o movimento ativo dos seus destinatários no sentido de proteger o texto constitucional de eventuais violações pelo legislador – pois não existe violação da vontade soberana pela própria vontade soberana. Essa concepção leva a que se atribua à constituição uma posição semelhante à ilustrada no diagrama abaixo (Fioravanti, 2020, p. 13):

**Figura 2. A constituição do Estado de Direito.**

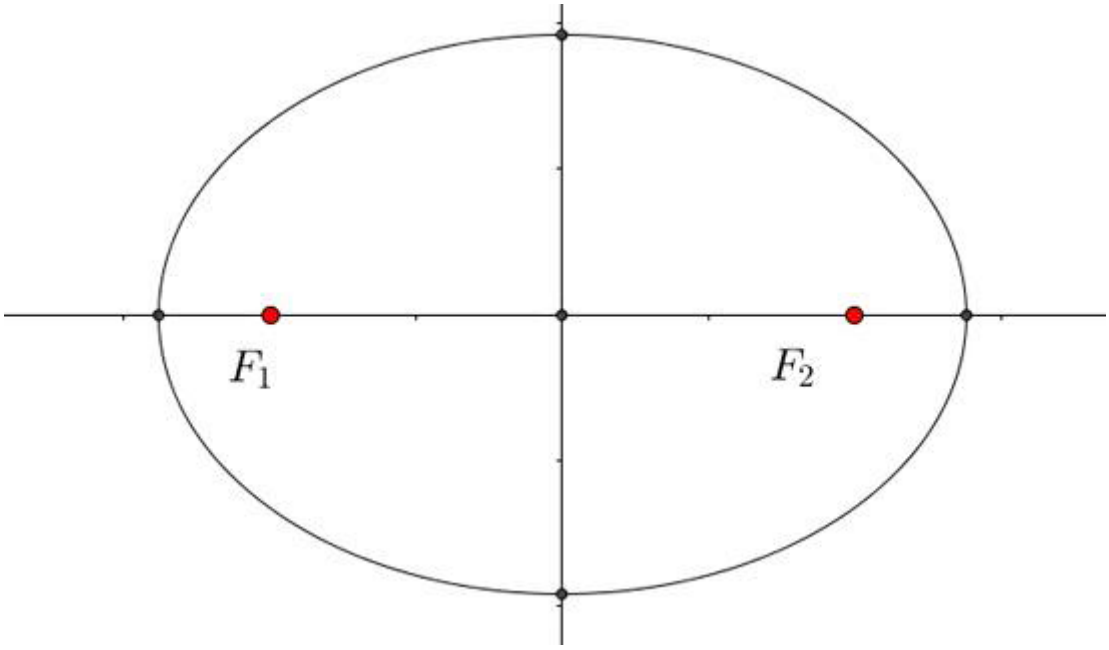



Nessa perspectiva a constituição é de fato o centro de um círculo, que remete os cidadãos à sua periferia. A força da lei ordinária reduz o juiz a mero executor dos seus comandos; as flechas demonstram que existe diálogo constitucional, mas este se estabelece somente entre a lei e a constituição, na medida em que a constituição estabelece os limites intransponíveis pelo texto legislativo, e a lei interpreta os conteúdos do texto constitucional. O diálogo não envolve os juízes responsáveis pela aplicação do direito, e nem os cidadãos aos quais os seus comandos se destinam.

Como argumenta Fioravanti (2020, p. *x*), porém, ainda que o princípio da unicidade do soberano seja o mais explícito elemento de distinção entre a era moderna e a era medieval, é difícil aceitar que o moderno se limite à construção monística de um governo sobre um território. Afinal, o direito moderno não se funda somente em um princípio da autoridade, mas também em um conteúdo de racionalidade que busca assegurar a mediação equitativa dos interesses dos sujeitos que existem no território em que ele se aplica. A observação desse fato expõe os limites da perfeição do círculo, e nos ajuda a compreender as razões pelas quais recebe o duplo sentido que lhe é atribuído pelo adágio toscano – de simplicidade, falta de engenho e estultice.

Consideradas essas circunstâncias, a metáfora do círculo se torna excessivamente simplória para ilustrar as complexidades da constituição moderna. Se o direito moderno representa um esforço de conciliação entre o princípio da autoridade e o princípio da racionalidade, mais adequado seria adotar uma imagem que representasse com precisão a duplicidade de sua natureza, e a tensão que caracteriza a relação entre esses dois polos: a figura da elipse.

**Figura 3. A constituição como elipse.**

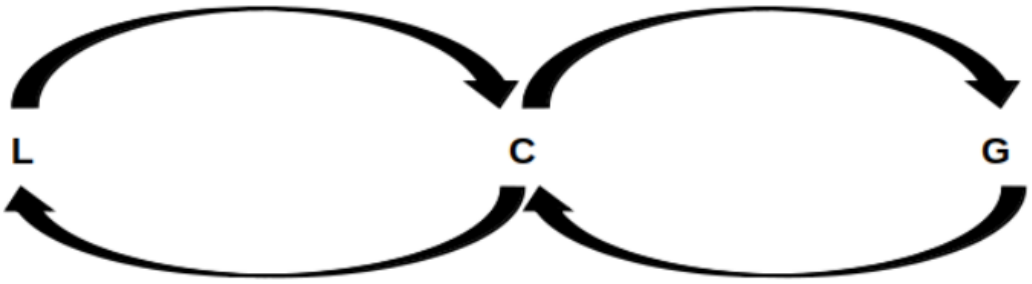



Como explica Fioravanti (2020, p. 30), na elipse não há estabilidade ou imobilidade. Trata-se de uma figura geométrica essencialmente dinâmica, na medida em que os seus dois focos se encontram em uma relação de contínua e recíproca tensão. De fato, a oposição entre os dois elementos nucleares da elipse nunca pode se resolver em favor de um deles, ou mesmo em um elemento intermediário de consenso; se o fizesse, anularia a tensão da forma, que voltaria a ter um núcleo único e se estabilizaria na simplicidade do círculo. O modelo da elipse depende da existência dessa oposição essencial, o que a torna não somente contraditória, mas também complementar.

Compreende-se, então, por que a metáfora da elipse se mostra mais adequada a ilustrar o funcionamento do Estado Constitucional contemporâneo. Afinal, a modernidade jurídica está fundada na afirmação do princípio da unicidade da soberania, mas também no da inviolabilidade dos direitos – mesmo contra a unicidade da soberania, e de um modo que, no final das contas, contribui para assegurar a própria ideia de soberania popular. Nas palavras de Fioravanti (2020, p. 39): de um lado, toda a inviolabilidade de direitos possível, até o ponto em que ela não se torne uma retomada do direito natural, pois isso seria contrário à essência do direito democrático; de outro lado, toda extensão do princípio democrático possível, até o ponto em que ela não viole os princípios fundamentais da República, pois isso seria contrário à racionalidade de preservação dos direitos.

Nessa perspectiva a "Constituição-Garantia" é substituída pela "Constituição-Programa", concebida não só como proteção soberana de direitos individuais, mas também como associação para o estabelecimento dos fundamentos e das finalidades da vida em comum – não só como preservação da ordem, mas também como criação da ordem. Isso explica a nova relação que os juízes e cidadãos estabelecem com o texto constitucional, nos termos do diagrama a seguir (Fioravanti, 2020, p. 13).

**Figura 4. A constituição do Estado Constitucional.**




Como se infere do diagrama, no modelo do Estado Constitucional não existe mais relação de verticalidade. A supremacia da constituição não decorre da sua superior autoridade como lei, mas de sua capacidade intrínseca de representar os princípios fundamentais de justiça que caracterizam uma coletividade histórica. Ao sintetizar os ideais de justiça de uma comunidade de cidadãos a constituição passa a permear todas as relações sociais dessa comunidade, colocando-se não mais acima, mas no centro do próprio ordenamento jurídico – de onde pode ser alcançada não só pela lei, mas também pelos juízes e pelos cidadãos, que dela extraem a racionalidade fundamental que permite a vida em comum na República por ela fundada.

Ocorre que nesse novo panorama não é possível definir de antemão quem terá razão em caso de prescrições contraditórias – se o legislador ou o juiz. Se o primeiro expressa a soberania popular e o princípio democrático do qual ela decorre, o segundo expressa a tutela dos direitos fundamentais da pessoa, e da racionalidade que funda o próprio ordenamento da vida comum. Na concepção de Fioravanti (2020) este não é um defeito, mas uma qualidade do Estado Constitucional contemporâneo: é justamente essa tensão jamais resolvida entre os polos opostos da elipse que torna possível o equilíbrio estável entre os dois princípios aparentemente opostos, mas essencialmente complementares, que fundam o Estado Moderno.

Essa é uma posição que deve ser compreendida em seu específico contexto histórico e social. A teoria constitucional pressuposta por Fioravanti (2020) obviamente pretende enfrentar os problemas específicos do constitucionalismo democrático italiano durante a transição para o século XXI. E esse é um constitucionalismo que tem algumas especificidades: parte de um texto constitucional sólido, promulgado há mais de 70 anos, e que formaliza o pacto social democrático celebrado após a queda do regime fascista ao final da segunda guerra mundial; estrutura uma democracia liberal estável, apesar de todas as dificuldades enfrentadas pela República Italiana nas últimas décadas; e tem hoje como principal desafio a sua integração ao sistema regional mais abrangente da União Europeia, de matriz igualmente liberal-democrática.

É compreensível que nessas condições seja vista com otimismo a perspectiva de movimento e instabilidade gerada pela contradição bipolar entre o princípio de autoridade e o princípio de racionalidade. De fato, não há porque optar pela democracia ou pelos direitos quando ambos tendem a caminhar juntos em um amplo consenso democrático-liberal que, se ainda não foi capaz de eliminar completamente, parece ao menos ter contribuído para reduzir consideravelmente o risco de aventuras institucionais.

Não é essa, contudo, a realidade do Brasil. Temos uma constituição recente, de pouco mais de 30 anos de idade, e insuficientemente sólida; o pacto social que ela formaliza não se fez com a exclusão dos grupos autoritários da sociedade brasileira, mas entre eles e os grupos democráticos, em uma solução de compromisso negociada sob a tutela do próprio regime autoritário; e a condição periférica do Estado brasileiro aumenta sua sensibilidade a movimentos de conjuntura, tornando sempre real e presente o risco de emborcamento de nosso sistema político-constitucional.

Nessas condições o princípio de autoridade e o princípio de racionalidade do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro parecem ter nos últimos anos degenerado em focos pestilentos de um constitucionalismo degradado, o que nos tem colocado entre a cruz autoritária dos arroubos populistas da extrema-direita e a espada vanguardista do tenentismo togado liberal – ambos riscos igualmente graves tanto à preservação de um consenso básico de direitos que possa fornecer um programa comum de vida comunitária, quanto à preservação de um sistema político de deliberação democrática apto a sustentar a continuidade da participação popular na vida da nação soberana.

Se a elipse brasileira permanece sob o risco de degenerar em círculo, as reflexões teóricas de Fioravanti nos oferecem ao menos alguma esperança: a de indicar a possibilidade de harmonia entre os dois polos aparentemente incompatíveis; a de demonstrar que essa contradição não é perniciosa em seus próprios termos, mas integra a essência do Estado Constitucional contemporâneo; e a de estabelecer um alicerce sólido e indicar um objetivo que podemos almejar.

Com essa esperança vem o consolo de que não somos obrigados a escolher entre democracia e direitos. O trabalho consiste, pelo contrário, em renovar e aprofundar nossa democracia, em fortalecer nossa rede de direitos e em buscar, pela sua convivência mútua e reforçamento recíproco, o preenchimento das fissuras que hoje abalam e adiam o Estado Constitucional brasileiro.

Oxalá o alcancemos.

## Referências

Fioravanti, Maurizio (2020). *Il cerchio e l'elisse – I fondamenti dello Stato costituzionale*. Editori Laterza.

Vasari, Giorgio (1550). *Le vite de' più eccelenti architetti, pittori, et scultori italiani, da Cimabue insino a' tempi nostri*. Lorenzo Torrentino.

Data de recebimento: 08/12/2020

Data de aprovação: 19/12/2020

## Autores e autoras

### Alfredo de J. Flores

Doutor em Direito e Filosofia pela Universitat de València (Espanha, 2004). Professor Associado de Metodologia Jurídica na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS, 2007). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir-UFRGS, 2007). Sócio efetivo, Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS, 2006). Membro, Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD, 2013). Membro-correspondente, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho (IIHD, Argentina, 2014). Membro, Associação Nacional de História, Seção Rio Grande do Sul (ANPUH-RS, 2015). Membro efetivo, Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul (IHGRGS, 2016). Associado, Asociación de Historiadores Latino-americanistas Europeos (AHILA, 2017). Membro, American Society for Legal History (ASLH, 2018). Associado, Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD, 2019). Membro efetivo, Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB, 2019). Membro, Société de Législation Comparée, Section Amérique Latine (SLC, 2019). Sócio efetivo, Associação Brasileira de Linguística (ABRALIN, 2020). Contato: ajdmf@yahoo.com.br

### Arno Wehling

Membro da Academia Brasileira de Letras (ABL) e do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), do qual foi presidente. Professor titular aposentado da UFRJ e da UNIRIO.

### Carlos Petit Calvo

Professor catedrático da Universidad de Huelva, Espanha. Ex-professor da Universidad Autónoma de Barcelona.

### Christian Edward Cyril Lynch

Professor do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (IESP--UERJ), e da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Pesquisador da Fundação Casa de Rui Barbosa (FCRB). Membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) e presidente do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD).

ISSN 2675-9284

## Cristiano Paixão

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UnB. Foi professor visitante nas universidades de Macerata e Sevilla. Coordenador dos grupos de pesquisa "Percursos, Narrativas, Fragmentos: História do Direito e do Constitucionalismo" e "Direito, História e Literatura: tempos e linguagens" (CNPq/UnB). Integrante da Direção da RDL – Rede Brasileira Direito e Literatura. Subprocurador-Geral do Trabalho. Foi Conselheiro da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça (2012-2016) e Coordenador de Relações Institucionais da Comissão Anísio Teixeira

## Cristina Nogueira da Silva

Professora da Universidade Nova de Lisboa (UNL)

## Ezequiel Abásolo

Professor da Universidad Catolica Argentina e membro do Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires.

## Gilberto Bercovici

Professor Titular de Direito Econômico e Economia Política da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho – Uninove. Doutor em Direito do Estado e Livre Docente em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo.

## Gustavo César Machado Cabral

Professor adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Produtividade do CNPq (PQ-2). Sócio Titular do Instituto Brasileiro de História do Direito.

## Gustavo Silveira Siqueira

Professor Associado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bolsista de Produtividade do CNPQ, Pesquisador da FAPERJ, Secretário do Instituto Brasileiro de História do Direito e Professor Adjunto da Universidade Estácio de Sá (UNESA). E-mail: gustavosiqueira@uerj.br

## Jacqueline Blanco Blanco

Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, magister en Historia, especialista en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica, Licenciada en Ciencias Sociales. Docente de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada en las asignaturas de Historia Constitucional Colombiana y Teoría del Estado. Miembro del Instituto Latinoamericano de Historia del Derecho ILAHD (Puebla-México, 2008) y del Instituto Colombiano de Historia del Derecho (ICHD). Autora de libros y artículos de investigación, conferencista y docente nacional e internacional.

## José Ramón Narváez

Professor da pós-graduação em Direito na Universidad Nacional Autónoma de México e da la Escuela Judicial Electoral. Doutor em  Teoría e História do Direito pela Università degli Studi di Firenze, Italia.

## José Reinaldo de Lima Lopes

Professor titular da USP.

## Luis Fernando Lopes Pereira

Professor de História do Direito da UFPR; membro do Instituto Brasileiro de História do Direito e do Instituto Histórico e Geográfico do Paraná

## Manuel Ángel Bermejo Castrillo

Professor catedrático da Universidad Carlos III de Madrid, Espanha. Presidente da Sociedad Española de Historia del Derecho. Orcid id: 0000-0002-7596-3130

## Maria Pia Guerra

Professora da Universidade de Brasília (UnB)

## Massimo Meccarelli

Professor ordinário na Università degli Studi di Macerata.

## Monica Duarte Dantas

Professora do Instituto de Estudos Brasileiros, da Universidade de São Paulo.

## Paolo Cappellini

Professor ordinário da Università degli Studi di Firenze.

## Paolo Grossi

Professor Emérito da Università degli Studi di Firenze, Italia. Ex-juiz e ex-presidente da Corte Constitucional Italiana.

## Pietro Costa

Professor Emérito da Università degli Studi di Firenze. Membro da Accademia dei Lincei, de Roma.

## Ricardo Marcelo Fonseca

Professor Titular de História do Direito da UFPR. Pesquisador do CNPq, nível 1-B. Presidente do IBHD entre 2007 e 2015. Vice-presidente acadêmico do IBHD. Vice-presidente do ILAHD (Instituto Latino Americano de Historia del Derecho). Reitor da UFPR. Orcid: 0000-0002-1418-5232

## Samuel Barbosa

Professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Presidente do IBHD (2015-2019).

## Sérgio Said Staut Júnior

Professor Associado do Departamento de Direito Privado e do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Federal do Paraná - UFPR. Diretor da Faculdade de Direito da UFPR (2020-2024). Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pelo Programa de Pós-Graduação da UFPR. Realizou estágio pós-doutoral no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Università degli Studi di Firenze, Itália. Integrante do Núcleo de Pesquisas de História, Direito e Subjetividade do PPGD/UFPR. Membro do Instituto Brasileiro de História do Direito – IBHD.

## Walter Guandalini Junior

Mestre e doutor em direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná; Programa de Desenvolvimento com Estágio no Exterior (doutorado-sanduíche) no Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, Università degli Studi di Firenze. Membro do Núcleo de Pesquisa Direito, História e Subjetividade (UFPR), do Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) e do Instituto Latino-americano de História do Direito (ILAHD). Professor de História do Direito na Universidade Federal do Paraná e no Centro Universitário Uninter. Advogado na Companhia Paranaense de Energia. Contato: walter.guandalini@ufpr.br.