

HISTÓRIA DO DIREITO

Revista do Instituto Brasileiro
de História do Direito - IBHD

Vol. 2

Nº 2

2021

ISSN 2675-9284

ibhd



História do Direito

Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD

Curitiba/PR

ISSN 2675-9284

Vol. 02

Nº 02

Jan/Jun 2021

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 Ciryly 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 Pompeu 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 (v. 2, n. 2, 2021)

Ricardo Marcelo Fonseca

EXPERIÊNCIAS

11

O “Árbitro” na Antiguidade

Releitura crítica de uma história da arbitragem

Walter Guandalini Junior

41

Ecclesiastical normativity and particularism in the New World

The regulation of baptism in the Synod of Salvador da Bahia (1707) and its practice in the Freguesia of Fortaleza (18th century)

Gustavo César Machado Cabral

59

Infidencia, el delito que cometieron los insurgentes novohispanos

Juan Carlos Abreu y Abreu

76

Codificação civil, guerra e geopolítica em Juan Bautista Alberdi (1865-1871)

Julio Cesar de Oliveira Vellozo

95

O crime de aborto no Código Penal de 1890

Um debate entre a literatura penal, os bons costumes, a honra e os vestígios de crime em processos e inquéritos (1890-1942)

Gustavo Silveira Siqueira

Bianca Jandussi Walther de A. C. Guedes

117

Entangled histories

Diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano

Giovanni Cazzetta

131

“La libertad de la persona humana”

El Fuero de los Españoles y la cultura de los derechos en la II postguerra

Alfons Aragoneses

FERRAMENTAS

150

História do Direito e a Historicidade do Fenômeno Jurídico

Arno Wehling

167

La transición como signatura.

Reflexiones sobre la noción de transición a partir de la historia jurídica rioplatense, primera mitad del siglo XIX.

Alejandro Aguero

185

O Jurista entre o Direito e o Progresso: Um Sentido para a Interpretação Jurídica no Pensamento de Tullio Ascarelli

Renato Sedano Onofri

201

El Derecho en los Tiempos del Totalitarismo

Sebastian Martin

RESENHAS

240

Uma paráfrase da história do Direito Romano

A manualística brasileira contemporânea em questão

Alfredo de J. Flores

250

Saberes jurídicos e experiências políticas na Europa do entreguerras

Resenha de Martín, Sebastián; Fernández-Crehuet, Federico; Aragonese Alfons, eds. (2021). Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras: la transformación del Estado en la era de la socialización. Sevilla: Athenaica.

André Peixoto de Souza

MEMÓRIA

257

Um quase retrato: Michael Stolleis (1941- 2021)

Airton Seelaender

Apresentação (v. 2, n. 2, 2021)

Chegamos ao segundo número da RHD, “História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito”. Seis meses depois do número de lançamento, agora vem a público o segundo passo desta caminhada que, apesar de recém iniciada, mantém as mesmas premissas que guiam a política da revista e que foram marcas do número anterior: dar abrigo a vozes com diferentes procedências disciplinares (embora confluindo de modo comum para a História do Direito), mas todas vozes de qualidade e em diálogo num plano comum. Mantém ainda sua profunda internacionalização, na meta de se constituir em um “locus” internacional nos debates na nossa área.

Apesar desta caminhada editorial ter se iniciado há muito pouco tempo, a revista até aqui já logrou integrar vários indexadores ou repositórios de dados (DOAJ – Directory of open access journals, Sumários, Aura, Google Acadêmico, Base – Bielefeld Academic Search Engine, Diadorim, Latindex, CiteFactor – Academic Scientific Journals e CAPES periódicos), mostrando o caminho que pretende seguir: acesso aberto e critérios certificados pela comunidade acadêmica internacional. E nesse sentido a caminhada prosseguirá.

Neste número em particular, seguindo critério cronológico, a sessão ‘Experiências’ conta com textos que se debruçam sobre a questão da arbitragem na história do direito antigo (por Walter Guandalini Junior, da UFPR e UNINTER), sobre temas do direito eclesiástico no Brasil colonial (por Gustavo César Machado Cabral, da UFC), sobre aspectos da história penal na América Espanhola (por Juan Carlos Abreu y Abreu, do Instituto de Ciencias Penales, do México), sobre o pensamento jurídico do intelectual argentino Juan Bautista Alberdi (por Julio Cesar de Oliveira Vellozo, da Universidade Presbiteriana Mackenzie), sobre o crime de aborto durante a vigência da Constituição de 1891 (por Gustavo Silveira Siqueira e Bianca Jandussi Walther Guedes, da UERJ), sobre os percursos do direito do trabalho no século XX na Itália (por Giovanni Cazzetta, da Università degli Studi di Firenze) e finalmente sobre o “Fuero de los españoles” de 1945 e a cultura de direitos espanhola do segundo pós-guerra, em especial da “liberdade da pessoa humana” (por Alfons Aragoneses, da Universidad Autonoma de Barcelona).

Já na segunda parte (na sessão ‘Ferramentas’), com textos de natureza teórico-metodológica ou com essas fortes implicações, este segundo número da Revista conta com artigos sobre a própria historicidade do fenômeno jurídico (de Arno Wehling, do IHGB e da ABL), sobre a questão da transição como problema histórico jurídico, tomando como base o contexto histórico-jurídico Rioplatense (de Alejandro Agüero, da Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), sobre reflexões acerca da hermenêutica do jurista italiano Tullio Ascarelli (de Renato Sedano Onofri, da Humboldt-Universität zu Berlin), e, enfim, sobre o atualíssimo tema das relações entre direito e autoritarismo, a partir dos casos da Espanha, Alemanha e Itália (por Sebastián Martín, da Universidad de Sevilla).

Por fim, na última parte deste número (na sessão ‘Resenhas’), vemos a análise do importante livro para os historiadores do direito que se debruçam sobre o legado latino, História do Direito Romano, de Walter Guandalini Junior (2021), feita por Alfredo de Jesus

Flores (UFRGS) e a resenha da monumental e atualíssima coletânea espanhola organizada por Sebastián Martín, Federico Fernández-Crehuet e Alfons Aragoneses, *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras: la transformación del Estado en la era de la socialización* (2021), elaborada por André Peixoto de Souza (UFPR e UNINTER).

Por fim, a nova sessão da revista ('Memória') se destina a fazer uma homenagem necessária a um dos grandes historiadores do direito europeus, Michael Stolleis, recentemente falecido, pela pena de um de seus orientandos, o professor da UnB Airton Seelaender.

Que o leitor aproveite e usufrua este novo número da Revista "História do direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito" (RHD).

Ricardo Marcelo Fonseca

Editor

Experiências

HISTÓRIA DO DIREITO

O “Árbitro” na Antiguidade

Releitura crítica de uma história da arbitragem

The “Arbiter” in Antiquity

Critical review of a history of arbitration

Walter Guandalini Junior¹

¹ Universidade Federal do Paraná e Centro Universitário Uninter. <https://orcid.org/0000-0003-2426-3326>

RESUMO

A dogmática jurídica arbitralista costuma identificar a história da arbitragem com a história da humanidade civilizada. Partindo da premissa de que a única forma racional de resolução de conflitos consiste em atribuir a um terceiro imparcial a autoridade para encerrar a disputa, proferindo um julgamento objetivamente justo para ambas as partes, considera razoável presumir que em civilizações pré-estatais esse terceiro imparcial teria de ser inevitavelmente escolhido *ad hoc* pelas partes em conflito, o que supõe constituir a essência do procedimento arbitral até os dias de hoje. Essa concepção não resiste, contudo, à análise histórica do direito antigo. O presente estudo pretende expor as falhas metodológicas da concepção linear-evolucionista usualmente apresentada pela dogmática arbitralista e sugerir novos critérios de avaliação da prática arbitral na antiguidade. Para isso, promove uma releitura da história do instituto e demonstra que as práticas arbitrais adotadas nas civilizações antigas da Mesopotâmia, da Grécia e de Roma, sob as figuras do *šibûtu*, do *δαιτητής* e do *arbiter*, não se confundem com o árbitro contemporâneo, devendo ser interpretadas em seus próprios termos.

Palavras-chave: história da arbitragem; história do direito antigo; direito mesopotâmico; direito grego; direito romano.

ABSTRACT

Arbitralists usually identify the history of arbitration with the history of civilized humanity. Based on the premise that the only rational way to solve conflicts consists in assigning to an impartial third party the authority to settle the dispute by rendering an objectively fair judgment, they consider reasonable to assume that in pre-state civilizations this impartial third party would inevitably have to be chosen *ad hoc* by the conflicting parties, which is supposed to be the essence of arbitration to this day. That conception does not stand up, however, to historical analysis of ancient law. This study aims to expose the methodological flaws of the linear-evolutionary conception usually presented by the arbitralist dogmatics and to suggest new criteria for the evaluation of arbitration practices in antiquity. To that purpose, it rereads the history of arbitration and demonstrates that arbitral practices adopted in the ancient civilizations of Mesopotamia, Greece and Rome, under the figures of *šibûtu*, *δαιτητής* and *arbiter*, are not to be confused with the contemporary arbitrator, and should be interpreted on their own terms.

Keywords: History of arbitration; History of ancient law; Mesopotamic Law; Greek Law; Roman Law.

1. Introdução

O *topos* do argumento histórico é frequentemente utilizado pela dogmática jurídica como instrumento de aproximação retórica ao objeto central do discurso a ser proferido. Empregada dessa forma, a narrativa histórica contribui para tornar familiar o desconhecido, estabelecendo entre o leitor e o instituto jurídico analisado uma relação de identidade, assegurada pelo efeito de naturalização artificialmente criado pela perspectiva de longa duração.

Não é por outro motivo que essa profissão de fé é usualmente apresentada nos capítulos introdutórios dos cursos e manuais de dogmática jurídica, sob títulos como “Introdução Histórica”, “Escorço Histórico”, “Origem do Instituto”, “Evolução do Instituto” e outros similares. A apresentação inicial da “Evolução Histórica” dos institutos promove a estabilização das mitologias jurídicas que constituem os axiomas inquestionáveis da doutrina, e a partir dos quais poderá desenvolver a reflexão sobre sua natureza jurídica, a construção dos seus conceitos e categorias fundamentais e a hermenêutica das suas normas positivas.

O resultado é sempre o mesmo: a construção de uma visão da história do direito que identifica o passado e o presente jurídicos; que por meio dessa identificação acaba projetando sobre o passado, de forma anacrônica, os temas e preocupações típicos do presente; e que dessa maneira contribui para produzir efeitos de legitimação do direito contemporâneo, naturalizado, universalizado e, seja por sua perenidade, seja por sua evolução, ingenuamente concebido como “a melhor solução possível” justamente por ser a “única solução possível”.

Não é difícil compreender os motivos pelos quais essa abordagem se mostra tão atrativa para os estudiosos e praticantes da arbitragem. A relativa novidade do instituto jurídico, o seu caráter “alternativo” em relação à posição central atualmente ocupada pela jurisdição estatal e a existência de um vasto mercado de árbitros, arbitralistas e instituições de arbitragem, com importantes interesses econômicos em jogo, tornam especialmente interessantes os argumentos legitimadores da “naturalidade” e da “evolução” da arbitragem no decorrer da história. Obrigados a concorrer em situação de desigualdade com a jurisdição estatal, beneficiada com a possibilidade de execução pela força própria de suas decisões; pressionados a amenizar as suspeitas do usuário final, ainda inseguro quanto à isenção de interesses dos árbitros profissionais face à imparcialidade presumida da magistratura estatal; compelidos a buscar o convencimento de uma classe profissional mal treinada e pouco experiente em processos arbitrais, e por isso naturalmente tendente a preferir a jurisdição comum; é compreensível que arbitralistas se valham de todos os argumentos disponíveis para justificar os benefícios do procedimento. E o argumento histórico, nessas circunstâncias, é especialmente conveniente: fortalece a posição da arbitragem como “jurisdição natural” perante a especificidade histórica da jurisdição estatal; potencializa as vantagens do instituto como resultado de sua evolução plurimilenar; e atenua as inseguranças de profissionais e usuários pelo efeito de identidade gerado pela aproximação entre presente e passado, que dissimula a novidade ameaçadora com a máscara de velha conhecida.

Este estudo pretende contribuir para uma reflexão crítica acerca dos significados normalmente atribuídos e dos usos geralmente realizados da história da arbitragem na dogmática jurídica contemporânea. Para isso, analisa criticamente a leitura histórica que a dogmática jurídica tem tradicionalmente realizado do instituto e reexamina a história da arbitragem usualmente apresentada pela abordagem dogmática, promovendo a releitura das fontes históricas disponíveis. Assim, inicia por uma revisão crítica do modo como a doutrina arbitralista nacio-

nal e internacional costuma apresentar a história da arbitragem, examinando os *topoi* mais frequentes e o encadeamento linear-evolutivo usualmente construído; em seguida estabelece algumas premissas de caráter teórico-metodológico que devem orientar a compreensão científica da história da arbitragem, consistentes essencialmente na identificação precisa da natureza contemporânea do instituto e na observação das peculiaridades específicas de cada modelo de resolução de conflitos adotado pelas sociedades do passado; e ao final promove a releitura das principais fontes históricas disponíveis sobre as práticas “arbitrais” de resolução de conflitos na Antiguidade, analisando os institutos que costumam ser considerados as “versões antigas” da arbitragem contemporânea entre os povos mesopotâmicos, gregos e romanos: *šibûtu*, *διαίτησις* e *arbiter*.

2. História da Arbitragem: motivos tradicionais de uma história universal

“A arbitragem é tão antiga quanto a própria humanidade”. Essa frase sintetiza um dos mais presentes lugares-comuns na abordagem jurídico-dogmática da história da arbitragem. Resgatando a autoridade do famoso brocardo atribuído a Ulpiano, o tópico reformula o bordão latino “*Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*”², para presumir que esse *ius* naturalmente presente em todas as sociedades humanas somente poderia se manifestar, em civilizações pré-estatais, sob a forma da arbitragem.

Supostamente respaldado por Ulpiano, Jean-Baptiste Racine (2016, p. 19) pode, assim, considerar um “fato inegável” que a arbitragem seja “ao mesmo tempo ancestral e universal”, já que “a história humana, desde tempos imemoriais, contém traços de sua prática”³. No mesmo sentido Francisco Cahali (2020, p. 26) afirma que “é tão antiga quanto a própria humanidade” a prática de “nomear-se terceiros para solucionar conflitos”. O argumento não precisa apresentar elementos empíricos que o fundamentem, pois se desenvolve de forma exclusivamente lógico-dedutiva: é um fato inquestionável que o conflito faz parte da natureza humana; e é igualmente óbvio que, sendo o homem um ser racional, naturalmente buscaria formas pacíficas e racionais de resolução dos conflitos que emergissem do convívio social. Ora, para essa perspectiva a única forma racional de resolução de conflitos consiste em atribuir a um terceiro imparcial a autoridade para encerrar a disputa, proferindo um julgamento que seja objetivamente justo para ambas as partes. Dadas essas premissas, considera-se razoável presumir que em civilizações pré-estatais, nas quais não existe uma autoridade pública estabelecida *a priori* como competente para resolver litígios dessa espécie, o terceiro imparcial teria de ser inevitavelmente escolhido *ad hoc* pelas partes em conflito, o que se supõe constituir a essência do procedimento arbitral até os dias de hoje.

A arbitragem se apresenta, assim, como uma prática social tão inextricavelmente ligada à natureza humana que pode ser encontrada inclusive nas origens míticas da civilização. A suposição faz com que a doutrina se sinta à vontade para conjecturar a adoção da arbitragem até mesmo no tempo a-histórico da lenda e da religião – apontando numerosos exemplos da prática

2 “Onde há homens, há sociedade; onde há sociedade, há direito” (*tradução livre*).

3 Tradução livre do original em francês: “Il est un fait indéniable: l’arbitrage est tout à la fois ancestral et universel. L’histoire humaine depuis des temps immémoriaux porte les traces de sa pratique. Des multiples civilisations l’ont connu et le connaissent encore”.

nos textos religiosos da antiguidade mais remota. É o que se vê, por exemplo, na obra de Jacob Dollinger e Carmen Tibúrcio (2003, p. 28), que logo após apontarem a disputa bíblica entre Caim e Abel como esforço fracassado de conciliação, buscam no livro do Gênesis elementos para classificar Moisés como árbitro, por ter presenciado e resolvido a disputa ocorrida entre um egípcio e um judeu. Referências à mitologia grega são igualmente comuns: Cahali (2020, p. 26), por exemplo, encontra na Ilíada a notícia de que até mesmo os deuses olímpicos teriam recorrido à arbitragem: o autor argumenta que diante do conflito entre Hera, Atena e Afrodite quanto à definição de quem seria a merecedora de ganhar o pomo de ouro dedicado à mais bela, Zeus decide nomear como árbitro o príncipe troiano Páris – que ao resolver a disputa em favor de Afrodite atrai sobre si a ira das deusas derrotadas e se torna causa da queda de Tróia perante os aqueus.

Após localizar em nossos mitos fundadores a necessária prova da incrustação da racionalidade arbitral no íntimo da subjetividade humana, a história dogmática da arbitragem dobra a aposta e reitera o argumento com a narrativa historiográfica, por meio da qual pretende demonstrar a existência da prática em diversos momentos relevantes da “história universal”.

Como é usual ocorrer nas evoluções históricas elaboradas pela dogmática jurídica, tudo começa com os sumérios, que teriam empregado a arbitragem para a resolução de litígios relativos a negócios comerciais e sucessões (Racine, 2016, p. 20). Ao encontrar nos tabletas cuneiformes registros históricos de procedimentos de caráter arbitral realizados na Mesopotâmia desde 3000 a.C., a doutrina pode vincular o instituto ao berço da civilização humana, atribuindo-lhe origens potencialmente pré-históricas! É o que faz Figueira Junior (2019, p. 1), por exemplo, ao afirmar não só que “o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se tem notícia na história do Direito”, mas também que “a tutela dos direitos originou-se nos povos primitivos como consequência do próprio instinto humano de preservação e da concepção individualista do justo e do injusto”.

Constatada a existência da arbitragem desde as origens da humanidade civilizada, a narrativa histórico-jurídica dá um salto de quase 2000 anos para chegar à Grécia do século VIII a.C. – este outro berço dourado da civilização. Cahali (2020, p. 31) refere, então, o emprego da arbitragem no direito grego tanto para a solução de controvérsias entre as cidades-estado quanto para os conflitos privados, dirimidos por árbitros públicos.

Mas é sobre o mito da gênese romana do direito ocidental que se constroem os alicerces mais firmes dessa cronologia. Considerado o apogeu da racionalidade jurídica humana, o direito romano é visto simultaneamente como força geradora do nosso direito, repositório de soluções técnicas e direito vivo e vigente até os dias de hoje⁴. Sendo assim, é nele que a dogmática arbitralista encontra os elementos cruciais à compreensão do processo de formação histórica da arbitragem contemporânea. Nesse sentido afirma Racine (2016, p. 20) que “é em Roma que a arbitragem se desenvolve completamente”, tendo o direito romano fornecido o seu vocabulário e estabelecido os alicerces do seu regime jurídico⁵; também para Figueira Jr. (2019, p. 2), “é no Direito Romano que vamos encontrar as raízes mais profícuas do instituto da *arbitragem* ou do *compromisso arbitral*”.

4 A esse respeito ver a crítica já apresentada em Guandalini Jr., 2015, p. 176 e Guandalini Jr., 2021, p. 30.

5 Tradução livre do original em francês: “Mais c’est à Rome que l’arbitrage prit tout son essor. Un régime complexe et détaillé a été alors pensé. Le droit romain a d’ailleurs donné à l’arbitrage son vocabulaire (arbitre, clause compromissoire, compromis, sentence etc.). C’est à Rome que les ferments d’un régime se construisent (l’arbitrage sur compromis, connu et pratiqué aujourd’hui, puise ainsi ses racines dans le droit romain)”.

Segundo a concepção comum, o direito romano estabeleceria, assim, o modelo definitivo de arbitragem que viria a ser adotado por todos os ordenamentos jurídicos afetados por sua influência: no direito bizantino sob a figura dos *dokimastai* (Papadatou, 2000, p. 350); no direito factual e costumeiro da Alta Idade Média pela livre ação de notáveis locais, estimulada pela falta de garantias jurisdicionais e pela fragilidade da autoridade estatal (Figueira Jr., 2019, p. 6; Azevedo, 1999, p. 4); no *ius commune* dos canonistas e dos pós-glosadores da Baixa Idade Média, que viam no *arbitrator* a possibilidade de contornar a complexidade e o rigor das jurisdições ordinárias (Jeanclos, 1999, p. 424; Racine, 2016, p. 20). Compreendida dessa forma a história da arbitragem, o direito jamais deixaria de reconhecer a partes em conflito a natural liberdade de recorrer, voluntária e consensualmente, a particulares não vinculados à magistratura estatal para que proferissem, com mais eficiência, sentenças com efeito vinculante.

De acordo com essa narrativa padrão, o instituto da arbitragem teria sua existência natural reconhecida e respeitada por todos os ordenamentos jurídicos da humanidade, até a formação do Estado Moderno. Segundo Racine (2016, p. 20), no século XVIII a arbitragem ainda conheceria uma era de ouro, incitada pela reação da Revolução Francesa à nobreza togada do Antigo Regime e por seu apreço ao direito natural. Para o autor, o maior exemplo desse reconhecimento é a *Lei sobre a Organização Judiciária de 16-24 de agosto de 1790*, que logo em seu art. 1º já definia a arbitragem como “o meio mais razoável de encerrar os litígios entre os cidadãos”, vedando ao legislador a criação de quaisquer disposições tendentes a diminuir a eficácia dos compromissos arbitrais⁶.

O século XIX, porém, foi o século da afirmação da autoridade estatal. A hegemonia da Escola da Exegese, a multiplicação das funções estatais, a formação do direito administrativo, a conjuntura política napoleônica e pós-napoleônica, todo o contexto político, jurídico e cultural viria a contribuir para um reforçamento do poder do Estado, da sua lei e dos seus tribunais (Guandalini Jr., 2016, p. 124). Para os doutrinadores arbitralistas, esse contexto teria sido marcado por uma redução da importância e da abrangência naturais da arbitragem, que somente no século XX voltaria a conhecer algum desenvolvimento (Racine, 2016, p. 21).

Os esforços de pacificação concertados pela Liga das Nações após a Primeira Guerra Mundial, aliados ao desenvolvimento do comércio internacional e à consequente necessidade de se estabelecer critérios de julgamento para litígios transnacionais, voltariam a tornar necessário o recurso a instituições julgadoras não estatais – ainda limitado, porém, ao espaço internacional, não alcançado pela autoridade do Estado-Nação. Em 1923 a Liga adota o *Protocolo Relativo a Cláusula de Arbitragem*⁷, e em 1927 a *Convenção de Genebra relativa à Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*⁸. A partir de então a Câmara de Comércio Internacional se esforça para promover a uniformização do procedimento arbitral em um quadro normativo que assegurasse a validade das cláusulas compromissórias e a efetividade das sentenças arbitrais, buscando influenciar a regulação do instituto nos direitos nacionais. Mas é somente após a Segunda Guerra Mundial, com a celebração, em 1958, da *Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*⁹, que viriam a ser criadas as condições necessárias

6 Tradução livre do original em francês: “Article Premier. L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucunes dispositions qui tendroient à diminuer, soit le faveur, soit l'efficacité des compromis”.

7 Ratificado no Brasil pelo Decreto nº 21.187/1932.

8 Esta convenção não foi assinada pelo Brasil.

9 Ratificada no Brasil somente no início do século seguinte, pelo Decreto nº 4.311/2002.

à efetiva difusão do procedimento arbitral para o interior dos ordenamentos jurídicos nacionais, inclusive para a resolução de conflitos de direito interno (Grisel *et alii*, 2016, p. 40).

Esta é a história padrão do instituto da arbitragem, tal como narrada nos manuais e livros-textos da dogmática jurídica arbitralista. Como se pode ver, ela parte de premissas axiomáticas e induz a conclusões predeterminadas acerca da natureza e das características do instituto:

- Concebe a arbitragem como um instituto jurídico natural, inseparável do próprio espírito humano desde o momento em que os homens se tornaram capazes de identificar os benefícios da resolução pacífica e racional de conflitos;
- Trata a arbitragem como instituto jurídico sempiterno, que se manifesta continuamente desde a pré-história da humanidade até os dias de hoje;
- Enxerga a arbitragem como um instituto jurídico estável, sujeito a poucas modificações no tempo, no espaço e nas diversas culturas em que se manifestou;
- Constrói uma história linear e contínua que conecta diretamente a antiguidade mais remota e as sociedades contemporâneas;
- Parte de um conceito simplório de arbitragem, compreendida como ajuste entre dois indivíduos para a submissão dos seus conflitos ao julgamento de um terceiro imparcial;
- Enxerga o período de formação do Estado Moderno (séculos XIX e XX) como breve lapso de interrupção em uma longa história permanente: a arbitragem é natural, a jurisdição estatal é excepcional.

Essa é uma narrativa que conduz sempre, inevitavelmente, ao mesmo resultado: a naturalização do instituto jurídico da arbitragem, que assim perde a sua historicidade para se tornar um mito trans-histórico e transcendental. A arbitragem contemporânea é anacronicamente projetada como molde ao qual se adaptam as práticas semelhantes de todas as sociedades do passado, o que faz com que passemos a compreendê-la não só como a melhor solução possível, pois resultado de uma evolução contínua plurimilenar; mas também como a única solução possível, pois natural e inerente à própria racionalidade humana. Esse processo de desistoricização leva à absolutização e cristalização da arbitragem, que nos impedem de enxergar a longa, casual e acidentada marcha histórica de sua constituição e, assim, também a própria possibilidade de sua transformação no presente. O resultado pode até ser benéfico para os arbitralistas: a legitimação da arbitragem como prática social e a consolidação do mercado em que atuam. Mas é péssimo para a compreensão do instituto, pois substitui a realidade complexa por uma fantasia tão simples e agradável quanto falsa e enganosa.

Se é tarefa da ciência contribuir para a compreensão racional do mundo em que existimos, devemos abandonar as belas fábulas de origem e analisar com ceticismo os meandros do processo histórico de formação do instituto da arbitragem. Esse trabalho demanda uma reflexão prévia específica, de natureza teórica e metodológica, acerca do modo como deve ser lida e construída a história da arbitragem. É esse o objeto dos próximos capítulos.

3. Reflexões Teóricas para uma História da Arbitragem

Ao tomar o direito contemporâneo como modelo de interpretação das ordens jurídicas do passado, a abordagem histórica proposta pela dogmática arbitralista voluntariamente se

põe antolhos: deforma e restringe o olhar histórico com os moldes anacrônicos do presente e se torna incapaz de enxergar as especificidades do passado que pretende descrever. De fato, nas abordagens que analisamos no capítulo anterior, estão sempre presentes um desses dois erros: falta a perspectiva histórica, o que torna a pesquisa incapaz de compreender o significado específico atribuído às “arbitragens” do passado; ou falta a perspectiva jurídica, o que torna a pesquisa incapaz de enxergar os elementos que distinguem as “arbitragens” do passado da arbitragem moderna.

A solução desses problemas não é simples. O esforço do jus-historiador deve ser direcionado ao objetivo de promover a comparação entre institutos jurídicos diferentes, buscando identificar as semelhanças que permitem a comparação sem perder de vista as diferenças que a justificam. Para isso, deve combinar duas tarefas: por um lado, um trabalho de conceituação precisa da arbitragem contemporânea, capaz de identificar a sua natureza jurídica, os seus elementos constitutivos, o gênero a que pertence e a sua diferença específica em relação às demais formas de resolução de conflitos atualmente existentes; por outro lado, um esforço de manter o olhar aberto e flexível o suficiente para enxergar no passado as peculiaridades características de cada modelo de resolução de conflitos, evitando moldes muito rígidos de modo a permitir que se manifestem com liberdade os seus elementos constitutivos, as suas heterogeneidades e os significados que lhes são atribuídos pelos grupos sociais que os empregam. É somente pela combinação de um olhar historicamente rigoroso com uma conceituação jurídica precisa que a comparação histórica se tornará capaz de enxergar os detalhes e as complexidades do processo histórico de formação e transformação do instituto jurídico da arbitragem.

Para isso, devemos começar pela identificação daquilo que define a arbitragem em sua encarnação contemporânea, o que depende da análise das características que lhe são atribuídas pela cultura jurídica atual. Na doutrina internacional, Fouchard e Gaillard (1999, p. 9) definem a arbitragem como um acordo privado por meio do qual se atribui a uma ou mais pessoas o poder de resolver um litígio¹⁰. Blackaby, Partasides, Redfern e Hunter (2009, p. 1) apresentam um conceito mais detalhado e analítico, que inclui também os critérios de escolha do árbitro (confiança das partes em sua expertise e julgamento), o caráter vinculante das decisões e a referência à vontade das partes como fundamento de validade.

A doutrina brasileira adota concepções semelhantes. Carmona (2004, p. 51) enfatiza a executividade atribuída à sentença arbitral, ressaltando tratar-se de “meio alternativo” a ser empregado somente quando o litígio envolver direitos patrimoniais disponíveis. Fichtner, Manheimer e Monteiro (2019, p. 29) propõem uma definição mais analítica, especificando que qualquer conceito construído a partir do direito pátrio deve tratar a arbitragem como meio de solução de conflitos fundado na autonomia privada das partes, julgado por terceiro imparcial de modo a formar coisa julgada material. Lamas (2018, p. 27) ainda acrescenta considerações sobre os critérios de escolha dos árbitros, sugerindo que ela é sempre inspirada pela confiança em sua idoneidade e expertise. Esses elementos estão igualmente presentes nas definições apresentadas por Beraldo (2014, p. 2), Pinho e Mazzola (2019, p. 243) e Cahali (2020, p. 121), apenas para citar alguns dos arbitralistas que enfrentam a questão. Salles (2020, p. 236) dá um passo além, dispondo-se não só a elaborar um conceito jurídico de arbitragem, mas também

¹⁰ Segundo os autores, no original em inglês: “Arbitration is a device whereby the settlement of a question, which is of interest for two or more persons, is entrusted to one or more other persons – the arbitrator or arbitrators – who derive their powers from a private agreement, not from authorities of a State, and who are to proceed and decide the case on the basis of such an agreement”.

a identificar aquilo que especifica a arbitragem em sua encarnação moderna: a liberdade das partes na escolha do árbitro e a executividade das suas decisões.

Como se pode perceber, há elementos comuns presentes em todas as definições, a partir dos quais podemos identificar a substância do que seria a “concepção moderna de arbitragem”. Essa concepção nos orientará como bússola na investigação dos diversos modelos de arbitragem pré-moderna, e fornecerá o padrão de comparação que nos habilitará a identificar as transformações ocorridas durante a história do instituto. Em sua essência a arbitragem contemporânea se define pelas seguintes características:

- É um **meio alternativo** de resolução de conflitos, que pressupõe a existência de um aparato estatal como sistema judiciário “principal”;
- Está fundada na **autonomia da vontade** de sujeitos de direito;
- Exige **formalização** no compromisso arbitral;
- Recebe **competência residual** para o julgamento de litígios que envolvam **direitos patrimoniais disponíveis**;
- Tem como objetivo a **adjudicação de direitos**;
- **Profissionalização do árbitro**, escolhido não só por sua imparcialidade, mas principalmente por sua “expertise”;
- **Executividade das decisões** proferidas independentemente de homologação estatal;
- **Dependência do aparato de força estatal** para garantir a efetividade das decisões proferidas;
- **Permissão estatal** para a sua existência;
- **Julgamento segundo o direito estatal**: apesar da autonomia concedida às partes para indicarem os critérios de julgamento do litígio, é usualmente pactuada a aplicação integral do ordenamento jurídico estatal, mesmo que vigente em outro território;
- **Institucionalização** em tribunais arbitrais especializados.

Identificadas as características definidoras da arbitragem contemporânea, o passo seguinte de uma história realmente atenta aos processos de transformação deve ser a observação dos variados meios de resolução de conflitos adotados por culturas jurídicas do passado, buscando não ressaltar aquilo que possuem em comum com a arbitragem, mas justamente aquilo que possuem de peculiar e diferente. Em suma, buscar no passado não o reflexo reconfortante do nosso próprio rosto, mas a imagem perturbadora da alteridade, que põe em risco a nossa identidade ao expor tanto a insuperável relatividade do presente que considerávamos absoluto e natural quanto a radical humanidade do passado que nos parecia exótico e selvagem.

4. História da Arbitragem: releitura de uma história conhecida

É preciso reconhecer que existe uma racionalidade subjacente à afirmação trivial de que “a arbitragem é tão antiga quanto a humanidade”, tão criticada nos capítulos anteriores. Afinal, partindo-se de um conceito amplo de arbitragem como “resolução pacífica de litígios pelo re-

curso a um terceiro imparcial”, é difícil deixar de reconhecer que essa é uma técnica de convívio social que de fato acompanha a humanidade “desde os primórdios da civilização”.

O problema não está na afirmação, em si, mas justamente no que ela implicitamente pressupõe: ao referir-se à arbitragem genericamente, sem determinar com precisão os significados atribuídos ao conceito, limita-se a expressar o argumento tautológico de que “a pacificação de conflitos sociais é tão antiga quanto o próprio convívio social”. Sendo tautológico, não poderia mesmo estar errado; mas tampouco contribui para a compreensão da realidade, visto que não é capaz de informar sobre os modos específicos como as técnicas concretas de pacificação de conflitos se manifestam na história.

Devemos superar o truísmo de reconhecer que a instituição de métodos de resolução pacífica de conflitos é um dos elementos integrantes do próprio conceito de sociedade humana para tentar observar, nas formas específicas de resolução de conflitos empregadas pelas diversas sociedades do passado, as especificidades que nos permitem reconhecer a relatividade histórica da arbitragem contemporânea e compreender o contexto histórico particular que tornou possível a sua emergência.

Concentremo-nos, pois, nas três civilizações da Antiguidade mais mencionadas pelos arbitralistas (os povos mesopotâmicos, gregos e romanos) e analisemos os institutos que costumam ser considerados as suas “versões” respectivas dos nossos árbitros contemporâneos: *šibûtu*, *δαιτητής* e *arbiter*.

4.1 Šibûtu

Nas civilizações da antiguidade oriental, a função atribuída aos governantes é essencialmente de cuidado dos governados, de acordo com a metáfora do “bom pastor” tão comum entre as religiões do período. Dessa perspectiva a regulação jurídica não provém diretamente da vontade dos governantes; a sua autoridade é apenas o eixo de transmissão da vontade proveniente de uma autoridade superior, que os perpassa para lhes atribuir a função de, em nome da divindade, distribuir a justiça e organizar o convívio humano. O legislador não se apresenta, assim, como criador da ordem, ou como autoridade de governo, mas assume explicitamente a função de mediador entre os homens e a divindade, guardião responsável por distribuir a linfa vital que assegura não só os meios de subsistência, mas também os preceitos ordenadores da vida comunitária (Guandalini Jr., 2017, p. 19).

Não é por outro motivo que durante toda a história da Mesopotâmia a prerrogativa de julgar os homens é considerada um privilégio do Rei¹¹. Isso não o impedia, porém, de o compartilhar com outros notáveis e dignitários, que conforme o período histórico variaram de oficiais de estado a juízes nomeados (*dayyânû*), de governadores a anciões locais, de associações de mercadores (*Kârum*) a chefes de família. Segundo Radner (2005, p. 42), não se vislumbrava distinção entre a autoridade executiva e a função judiciária, e todos os funcionários administrativos exerciam também autoridade judicial. Essa prerrogativa não era exercida como ato de

11 Como demonstram os trabalhos de Wilcke (2003, p. 145), B. Lafont (2003, p. 186), Westbrook (2003, p. 363), Veenhof (2003, p. 434), Slanski (2003, p. 487), S. Lafont (2003, p. 526), Zaccagnini (2003, p. 570), Radner (2003, p. 886) e Oelsner *et alii* (2003, p. 915).

autoridade própria, mas em nome do rei e da divindade que o orientava, o que fazia com que o direito então aplicado tivesse um caráter profundamente ritualista e simbólico. O julgamento era compreendido como “restauração da ordem”, sendo expressado pela palavra *dikur*, que em tradução literal significa “quebrar o litígio” (Wilcke, 2003, p. 154).

É nesse contexto que devem ser interpretados os achados relativos à prática da arbitragem entre os mesopotâmicos. Antes de tudo é importante ressaltar, como explica S. Lafont, que simplesmente não existia, entre os povos mesopotâmicos, palavra passível de ser traduzida pela moderna expressão “arbitragem”. O fato de a palavra não existir já deveria acender um sinal de alerta, mas a autora prefere “confiar na natureza dos documentos para preencher a ausência de terminologia antiga”¹², identificando a prática da arbitragem nas relações internacionais entre soberanos e em assuntos privados de direito comercial e sucessões.

Argumenta, assim, que a arbitragem pode ser encontrada, em primeiro lugar, como manifestação do direito internacional nas relações estabelecidas entre os reis vassallos do segundo milênio a.C. (S. Lafont, 2005, p. 1): verificada a existência de conflito sem possibilidade de resolução consensual, os reis vassallos do império mesopotâmico costumavam recorrer a um estado mais poderoso, geralmente seu suserano, para que atuasse como árbitro do litígio.

Não é difícil perceber, contudo, que esse é um fenômeno absolutamente distinto daquele a que nos referimos usualmente quando mencionamos a arbitragem: em primeiro lugar porque se aplica a relações internacionais entre estados soberanos, que pelas próprias condições de seu relacionamento somente dispõem de meios negociais e da guerra para resolverem os conflitos existentes entre si. Não bastasse, nem mesmo por semelhança remota pode essa manifestação ser considerada “arbitral”, eis que lhe falta um dos elementos essenciais à sua caracterização como tal: a liberdade de escolha do árbitro privado. Afinal, nesses casos a escolha do “árbitro” sempre recai na figura de um soberano mais poderoso que atua como autoridade entre as partes em conflito, o que assemelha a sua posição muito mais à de um juiz que à de um árbitro – visto que não extrai a sua autoridade da indicação voluntária pelas partes, mas do exercício de suas próprias prerrogativas imperiais. Parece inadequado, dessa forma, caracterizar essa prática como uma “etapa” na história da arbitragem contemporânea.

Um segundo modelo de resolução de litígios usualmente considerado “arbitral” pelos juristas que encontram o instituto na Mesopotâmia antiga são os julgamentos proferidos pelas associações de mercadores (*Kârum*) a partir do período assírio antigo (c. 2.000 a.C.). Veenhof (2003, p. 432) relata, nesse sentido, terem sido encontrados diversos registros de arbitragens privadas no *Kârum* da cidade de Kanish. Compreende-as como tais porque os julgamentos encontrados não foram proferidos por juízes nomeados, mas por membros integrantes da própria associação.

No entanto, como explica o próprio autor, o sistema assírio de *kârums* não funcionava somente como associação para a preservação de interesses econômicos, mas como verdadeira instituição de organização política: reconhecia-se mesmo aos *kârums* inferiores a autonomia para fixar tributos, estabelecer regras comerciais e emitir julgamentos. Diante dessas características,

12 Tradução livre do original em inglês: “Two main features of Mesopotamian law are the abundance of sources and the scarcity of concepts. Many institutions are well illustrated in the cuneiform tablets though they have received neither theoretical analysis nor even a name in the texts themselves. The texts describe for instance how a husband takes a wife, but there is no Akkadian or Sumerian word meaning “marriage.” Nevertheless, the modern historian can safely rely on the nature of the documents to fill in the lack of ancient terminology. The task is somewhat more complicated when it comes to other institutions such as arbitration. The word does not appear in the cuneiform documentation, but it seems that the practice was known, especially in private matters such as commercial or inheritance law” (S. Lafont, 2005, p. 1).

é inevitável concluir que os julgamentos proferidos pelos *kârum*s não manifestavam a liberdade de escolha dos mercadores na indicação de árbitros privados, mas a própria autoridade política exercida pelo *kârum* na regulação e controle das atividades comerciais da região. Exercendo em nome do rei a ordenação das relações comerciais, os *kârum*s devem ser compreendidos como órgãos integrantes da estrutura judicial regular, em uma concepção de autoridade distribuída e compartilhada, e não como jurisdição privada alternativa a uma estrutura estatal monopolista. Dessa forma, tampouco esse modelo pode ser considerado parte integrante da história da arbitragem.

Há também, por fim, um terceiro modelo usualmente considerado “arbitral” pelos historiadores do direito mesopotâmico. Ele era empregado igualmente em assuntos de natureza comercial e civil e consistia no recurso a *šibûtu*, testemunhas investidas da função de juízes para a resolução de litígios entre indivíduos.

Como explica S. Lafont (2005, p. 4), o direito mesopotâmico reconhecia ao credor a prerrogativa de apreender (*sabâtum*) o devedor, com o objetivo de obter um rápido pagamento dos valores que lhe eram devidos. Tendo-o apreendido, apresentava-o perante um conjunto de testemunhas (*šibûtu*), que deviam examinar as declarações dos litigantes e emitir um veredito. No entanto, o veredito proferido pelos *šibûtu* não vinculava os litigantes; pelo contrário, representava somente uma primeira fase do procedimento, que deveria ser posteriormente confirmado nos tribunais dos *kârum*s, em litígios comerciais, ou nos tribunais do rei, em litígios civis (Veenhof, 2003, p. 439). Em ambos os casos, os *šibûtu* deveriam comparecer como testemunhas, atestando a veracidade dos fatos que lhes houvessem sido narrados, após o que se daria o julgamento efetivo – com o acréscimo dos instrumentos de prova tradicionais representados pelos juramentos e ordálios. S. Lafont observa que dois terços dos litígios iniciados perante *šibûtu* demandavam confirmação pelo sistema judicial oficial (2005, p. 4), o que nos parece indicar que o procedimento se assemelhava muito mais a uma fase de conciliação pré-judicial do que a um procedimento completo de arbitragem. A leitura de um caso considerado por Lafont “o mais explícito testemunho da arbitragem na Babilônia” (2005, p. 9) pode demonstrá-lo com clareza:

Caso Warad-Sîn, filho de Sîn-gamil, contra Ili-awîlim, filho de Ili-Pari.

Após a morte de Ili-Pari, pai de Ili-awîlim, e Duššuptum, mãe de Ili-awîlim, Warad-Sîn formulou perante Ili-awîlim o pleito relativo a 1 *sar* (36 m²) de campo não cultivado que Duššuptum adquiriu de Warad-Amurrin, irmão do seu pai, e ½ *sar* (18m²) da casa que Duššuptum adquiriu de Warad-Sîn, e disse:

“Quando sua mãe Duššuptum construiu a casa, ela invadiu a minha casa em um côvado no lado pequeno e nove metros no lado grande. Além disso, o meio *sar* da casa que ela comprou de mim é a minha própria casa; há um excedente. Eu vou verificar para você”, Warad-Sîn disse a Ili-awîlim.

Ili-awîlim reuniu os membros da vizinhança que os conheciam, eles investigaram as suas declarações e, em relação à casa que foi comprada há vinte anos, em tudo o que eles investigaram a esse respeito, falaram de acordo com o que Warad-Sîn disse.

Quanto ao excedente de sua casa, fizeram Ili-awîlim concordar com o seguinte arranjo: 1 *shekel* de prata por 7½ *gín* (4,5 m²) da terra que exceda 1 *sar* e, do outro lado, 1 *shekel* de prata por 5½ *gín* (3,3 m²) da terra que, depois da verificação, exceder ½ *sar*, e eles deram 2 *shekels* de prata para Warad-Sîn.

Quanto ao excedente de sua casa ele está compensado, seu coração está satisfeito.

No futuro, Warad-Sîn não fará qualquer reivindicação contra Ili-awîlim em razão do excedente de ½ *sar* da casa.

Juramento pelo deus Marduk e o rei Samsu-iluna.

9 testemunhas. Data (Lafont, 2005, p. 8 – tradução livre do inglês).

Trata-se de uma disputa comum entre vizinhos: erros de medição geram uma disputa quanto aos limites entre os seus imóveis e o pedido de indenização pelas áreas indevidamente ocupadas. Os demais vizinhos são reunidos para avaliarem o caso e consideram devida a indenização pleiteada, arbitrando o valor a ser pago. Obrigam os litigantes a concordarem com a decisão e jurarem não mais discutir o assunto.

O sucesso do caso transcrito não oculta os limites do recurso aos *šibûtu*, que podem ser decifrados pela leitura atenta do trecho: “fizeram Ili-awîlim concordar com o seguinte arranjo”. A necessidade de concordância dos litigantes com o resultado do julgamento expõe a natureza do procedimento: um esforço de conciliação coordenado por testemunhas que conhecem as circunstâncias fáticas do litígio e são chamadas a opinar como membros da comunidade a que pertencem os litigantes, não por qualquer conhecimento técnico ou jurídico específico de que disponham. O juramento não formaliza a adesão dos litigantes ao conteúdo do veredito, mas à sua própria palavra de concordar com o acordo proposto, em um ato de conciliação. O objetivo não é a adjudicação de direitos, mas somente a pacificação do conflito, a harmonia da comunidade e a preservação da ordem divina. Muito distante, portanto, das concepções contemporâneas de arbitragem.

4.2 Διαιτητές (*Diaitetés*)

A situação é diferente na civilização grega antiga, que não apenas reconhece e adota procedimentos inquestionavelmente arbitrais de resolução de conflitos, mas como observa Velissaropoulos-Karakostas dispõe até mesmo de uma palavra específica para indicar o árbitro que os preside: *διαιτητές* (*diaitetés*)¹³. Para compreendermos o significado atribuído à palavra, contudo, precisamos avaliar preliminarmente o modo como a cultura grega antiga compreende o fenômeno jurídico e o papel que atribui ao direito no disciplinamento da vida em sociedade.

Segundo Harris (2006b, p. 4), apesar da grande diversidade cultural entre as pólis gregas, é possível identificar um conjunto de princípios comuns entre as diversas comunidades existentes, que lhes permitia compartilhar uma mesma “identidade grega”. O mais importante desses princípios, para o autor, é o da submissão à lei. De fato, a relação que os gregos mantinham com a lei e o direito era bastante distinta daquela adotada pelas civilizações do oriente próximo. Como explica Harris (2006, p. 6), monarcas como Hamurábi atuavam simultaneamente como legisladores e juízes supremos do reino; considerava-se seu direito e obrigação não só a promulgação das leis, mas também a sua correta aplicação, diretamente ou por seus subordinados. Esse dever implicava inclusive a prerrogativa de desconsiderar a lei para encontrar a solução mais adequada ao caso concreto; afinal, o pastor que zela por seu rebanho não se contenta em estabelecer regras abstratas, mas busca assegurar concretamente o bem-estar de cada um daqueles submetidos ao seu cuidado.

¹³ Velissaropoulos-Karakostas (2000, p. 17) observa que, além desta, outras expressões também costumam ser empregadas – *diaita*, *diallagè*, *épitropé*, *dialysis*, *diaitan*, *epitrepein*, *dialyein*, *diallassein*.

Os gregos, por sua vez, tendiam a enxergar esse tipo de autoridade como uma forma de tirania. Em sua perspectiva, o governo dos outros pressupõe, antes de tudo, o governo de si mesmo, o que se traduz também em dever de submissão da própria autoridade política ao governo da lei. Esperava-se, em razão disso, uma separação entre as funções de legislador e governante, como mostra com nitidez o exemplo de Sólon: convidado a elaborar novas leis para os atenienses, somente o fez sob a condição de que proferissem o juramento de obedecê-lo por dez anos; obtido o compromisso, promulgou o seu código de leis e partiu voluntariamente para o exílio, com o objetivo de tornar impossível a sua própria tirania (Heródoto, 1950, p. 41).

Essa separação entre os papéis de legislador e governante faz com que também a figura do juiz seja compreendida de forma distinta. Uma vez que não cabe aos magistrados buscar o bem dos cidadãos como cabe ao pastor, o de suas ovelhas, o juiz acaba desempenhando uma função muito mais próxima daquela de mediador, responsabilizando-se principalmente por garantir o respeito às formas prescritas para a resolução do conflito. Como explica Faraguna (2015, p. 8), a principal característica do procedimento judicial grego era o seu caráter oral. Nos primórdios da civilização grega ele era concebido como uma disputa de juramentos perante os deuses, atribuindo-se a vitória àquele apto a proferir a fórmula elaborada sem cometer perjúrio (sob pena de receber a punição divina). Dessa forma os magistrados não atuavam como guardiões da justiça, e nem mesmo como pacificadores de conflitos: o seu trabalho consistia em identificar as divindades competentes para punir o infrator e em formular com precisão os fatos que o réu deveria jurar; e a sua autoridade decorria da competência exclusiva para proferir as fórmulas adequadas, e para desempenhar o papel de testemunha do juramento (Thür, 2014, p. 917). Os julgamentos não decidiam, então, sobre a culpa ou inocência dos réus, limitando-se a avaliar o sucesso do juramento-fórmula cujo proferimento resolveria a disputa. Tudo isso faz com que o modelo judicial grego só possa ser compreendido levando-se em consideração a sua natureza agonística: o julgamento é um combate ritualizado sob a forma de desafio ao juramento. A tarefa atribuída ao juiz não é promover a justiça ou restabelecer a paz, mas estabelecer as regras do combate e declarar o seu vencedor. E é nesse contexto que deve ser compreendida a arbitragem grega.

Deixemos de lado, em primeiro lugar, a arbitragem internacional. Como já mencionamos anteriormente¹⁴, a semelhança de nomes e procedimentos não é suficiente para incluímos, na história da arbitragem privada, a arbitragem praticada na antiguidade entre estados soberanos. Registremos então, a esse respeito, apenas que há informações sobre o emprego da arbitragem internacional por cidades-estado gregas desde o século VI a.C. (Magnetto, 2018, p. 85) e que, diferentemente do que ocorria com os reinos da Mesopotâmia, não se recorria a um soberano imperial com autoridade reconhecida por estados vassallos, mas a uma pólis ou indivíduo de prestígio que, mesmo sem dispor de autoridade sobre os litigantes, era aceito como imparcial por ambos os lados.

Desconsiderado o modelo da arbitragem internacional, um dos primeiros exemplos de arbitragem usualmente mencionados pelos estudiosos do direito grego é o caso literário da disputa entre Menelau e Antíoco, narrada ao final do período homérico (XII-VIII a.C.) pela *Ilíada*: após a morte e o funeral de Pátroclo, Aquiles reúne os bens de seu amigo e organiza uma corrida de carros, prometendo concedê-los como prêmios aos vencedores. Durante a competição, Menelau fecha o carro de Antíoco, atirando-o para fora da pista e atraindo a sua repreensão. A

¹⁴ Ver *supra*, cap. 4.1.

corrida continua, mas Menelau deixa de aticar as suas éguas por temer uma colisão com o carro de Antíloco. A competição conclui com a vitória de Idomeneu, rei dos Cretenses, e Antíloco chega em segundo lugar, “tendo ultrapassado Menelau pela astúcia, e não pela velocidade” (Homero, 2013, p. 512). Inconformado, Menelau reclama o julgamento dos comandantes e desafia Antíloco:

“Antíloco, tu que antes eras prudente, que coisa foste fazer!
 Aviltaste a minha excelência e prejudicaste os meus cavalos,
 empurrando para a frente os teus, que são muito piores.
 Mas agora, ó comandantes e regentes dos Argivos,
 julgai entre nós dois, sem que haja favorecimento,
 para que ninguém diga dentre os Aqueus vestidos de bronze:
 ‘Com mentiras prevaleceu Menelau sobre Antíloco
 e ficou com a égua: conquanto seus cavalos fossem muito piores,
 ele próprio era mais forte pela nobreza e pelo poder.’
 Mas serei eu próprio a julgar e declaro que nenhum
 dos Dânaos me censurará. Reta será minha sentença.
 Antíloco, chega aqui, ó tu criado por Zeus! Como é justo,
 põe-te de pé ao lado dos teus cavalos e carro e toma
 nas mãos o chicote com que antes conduziste; e pondo
 a mão sobre os cavalos jura pelo deus que segura e sacode a terra
 que não foi por nenhuma manha que prejudicaste o meu carro.” (Homero, 2013, p. 515)

Segundo Velissaropoulos-Karakostas (2000, p. 14), Menelau inicialmente incita Antíloco a se submeter à arbitragem dos chefes do exército grego, que deveriam, como espectadores da contenda, julgar a sua trapaça. Em seguida muda de ideia e decide substituir o pedido de arbitragem pelo desafio ao juramento. É importante perceber, contudo, que o que Menelau demanda dos “regentes dos Argivos” não é uma arbitragem, mas um “julgamento” – *δικάσσετε* (*dikássate*), no original grego. Logo em seguida emprega a expressão de mesmo radical *δικάζω* (*dikázo*) para afirmar que em vez disso será ele próprio o “juiz”¹⁵. Ora, se a expressão empregada para referir a atividade dos regentes e a sua própria é a mesma, não há motivos para presumir que fosse distinta a tarefa demandada por Menelau dos comandantes militares: formular e testemunhar o juramento a ser proferido por Antíloco.

A própria justificativa apresentada por Menelau para a mudança de ideia reforça essa conclusão: “declaro que nenhum dos Dânaos me censurará, pois reta será minha sentença”. Como explica Harter-Uibopuu (2002, p. 50), a “sentença reta” a que se refere Menelau não deve ser compreendida como um veredito que examina os fatos e lhes aplica o direito justo; trata-se, pelo contrário, de um juramento formulado com honestidade e precisão, de modo a não permitir

¹⁵ O texto original grego pode ser consultado na biblioteca digital *Perseus* de textos da antiguidade clássica, mantida pela *Tufts University* no endereço eletrônico <<https://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0133%3Abook%3D23%3Acard%3D555>>, acessado em 12 de março de 2021.

deturpações por parte do desafiante nem subterfúgios por parte do desafiado. A habilidade de encontrar a fórmula adequada ao juramento era considerada uma arte entre os gregos, pois havia sempre o perigo de que ela fosse distorcida para atender aos interesses de uma das partes do litígio¹⁶. Dessa forma, a “sentença reta” prometida por Menelau e demandada dos comandantes não é uma análise dos fatos ocorridos, mas o desafio a proferir um juramento honesto.

Uma observação complementar fortalece essa interpretação: Homero explicitamente indica que, ao organizar a competição, Aquiles havia nomeado uma testemunha “para que vigiasse a corrida e sobre ela se pronunciasse com verdade”¹⁷. Contudo, em nenhum momento Menelau faz apelo à testemunha, que poderia simplesmente informar aos litigantes aquilo que havia visto, atestando a trapaça ocorrida. Como explica Foucault (2005, p. 32), os litigantes não consultam a testemunha porque a justiça do julgamento não depende da investigação dos fatos; a verdade jurídica se estabelece de forma agonística, por um desafio lançado entre os adversários.

A compreensão desse contexto lança nova luz sobre a aparente “arbitragem” demandada por Menelau aos comandantes militares: primeiramente pelo reconhecimento de que não se trata de um pedido de arbitragem, mas de um pedido de julgamento; mas também pelo reconhecimento de que o julgamento solicitado possuía a mesma natureza do desafio lançado: Menelau não pedia aos comandantes que analisassem os fatos imparcialmente, mas que elaborassem a fórmula adequada e testemunhassem o juramento que deveria ser proferido por Antíloco. Em suma, os julgadores mencionados no texto homérico não deveriam atuar como árbitros; representariam o papel de testemunhas do duelo verbal a ser travado.

Se as fontes usualmente mencionadas do período homérico (XII-VIII a.C.) não são suficientes para demonstrar a prática da arbitragem entre os gregos, as fontes do período clássico (V-IV a.C.) nos informam que a cidade de Atenas promulgou, em 403 a.C., uma lei que regulava a prática da arbitragem privada. Demóstenes a menciona:

Se quaisquer partes estão em disputa acerca de contratos privados e desejam escolher um árbitro, será lícito que escolham quem desejarem. Mas quando o tiverem escolhido por acordo mútuo, deverão observar as suas decisões e não poderão transferir as mesmas acusações para outro tribunal, mas os julgamentos do árbitro deverão ser finais (Demóstenes, 1939, 21.94¹⁸).

Trata-se, como se vê, de um modelo muito mais próximo da concepção contemporânea de arbitragem: dois litigantes decidem consensualmente eleger um árbitro para solucionar o seu litígio, comprometendo-se a aceitar a sua decisão como vinculante e não recorrer aos magistrados oficiais para questioná-la. A palavra empregada para indicar o árbitro é *δαιτητής*

16 A concepção grega de “julgamento honesto” pode ser mais bem compreendida com o exemplo do que seria considerado um “julgamento desonesto”. Harter-Uibopuu (2002, p. 51) menciona o julgamento de Hermes por Zeus, narrado no Hino Homérico a Hermes: conta-se que apenas um dia após o seu nascimento o deus Hermes roubou as vacas sagradas de Apolo e as escondeu em uma caverna; ao descobrir o fato Apolo acusou o irmão mais novo e o fez comparecer ao Monte Olimpo; perante Zeus, Hermes jurou solenemente que “não havia levado às vacas à sua casa” – o que era verdadeiro, mas desonesto, visto que as havia escondido em uma caverna.

17 “Tomaram seus lugares em fila; e Aquiles indicou-lhes o poste lá longe na lisa planície. Como árbitro de linha ali colocou o divino Fênix, seguidor de seu pai, para que vigiasse a corrida e sobre ela se pronunciasse com verdade” (Homero, 2013, p. 515).

18 Tradução livre do inglês: “If any parties are in dispute concerning private contracts and wish to choose any arbitrator, it shall be lawful for them to choose whomsoever they wish. But when they have chosen by mutual agreement, they shall abide by his decisions and shall not transfer the same charges from him to another court, but the judgements of the arbitrator shall be final”.

(*diaitetés*). Como explica Foucault (2010, p. 253), *diaitetés não designa um cargo, mas uma função: em sua origem etimológica, é “aquele que determina o regime”* (διαίτα, *diaita*); a *diaita* é a arbitragem, mas é também o regime médico, e o *diaitetés* é a pessoa responsável por mediar tanto o conflito entre os litigantes de uma disputa judicial quanto a oposição entre as diferentes qualidades que constituem o corpo (quente ou frio, seco ou úmido, etc.).

Para os gregos, estabelecer um bom regime não consiste em promover a primazia de um elemento em detrimento do outro, mas em assegurar o equilíbrio entre os diversos elementos que compõem o corpo para que ele se mantenha em harmonia. De modo alinhado a essa concepção, não se esperava do árbitro que declarasse vencedora uma das partes em litígio, mas que se esforçasse por conciliá-las em um meio-termo que pudesse ser considerado benéfico para ambas. O caso de Meneclis mencionado pelo orador Iseu de Atenas o ilustra bem:

Após muita discussão e mal estar, consideramos melhor, para que ninguém me considerasse avaro, ou me acusasse de jogar esses homens, que eram irmãos, um contra o outro, submeter o assunto à arbitragem do cunhado do meu oponente e dos nossos amigos.

Nossos amigos disseram que se quiséssemos lhes confiar a decisão do direito aplicável ao caso eles se recusariam a agir como árbitros, pois não desejavam conflito com nenhuma das partes; se, contudo, lhes permitíssemos decidir conforme o interesse de todos, consentiriam em agir. Então, de modo a resolvermos o assunto, confiamos-lhes a decisão nesses termos.

Após terem jurado perante o altar de Afrodite em Cephale que decidiriam de acordo com o nosso interesse comum, proferiram o veredito de que deveríamos abrir mão do que meu oponente demandava e lhe entregar como presente; pois declararam que a única forma de resolver o assunto seria que meu oponente recebesse uma parcela da propriedade de Meneclis.

Decidiram, então, que no futuro deveríamos nos comportar de maneira apropriada um em relação ao outro, tanto em palavras quanto em ações, e obrigaram ambas as partes a jurarem perante o altar que o fariam; então nós juramos que no futuro nos comportaríamos de maneira apropriada um em relação ao outro, tanto em palavra quanto em ações, até onde estivesse em nosso poder fazê-lo (Iseu, 1962, 2.29).

Como explica Velissaropoulos-Karakostas (2000, p. 14), o árbitro julga *es méson*, expressão que pode ser literalmente traduzida como “no meio”. Não é a mesma coisa que um julgamento por equidade, mas a busca de uma solução que, na medida do possível, assegure perdas e benefícios iguais a ambas as partes. O objetivo principal desse procedimento não é encerrar o litígio pela adjudicação de direitos, mas preservar a boa relação entre os membros do grupo social a que pertencem os litigantes, restabelecendo a relação de amizade entre eles. É bastante comum que as fontes designem os próprios árbitros como *philoí* (amigos), o que demonstra as relações de afeto e compromisso social que fundamentavam a opção pelo procedimento. Contrariamente à jurisdição ordinária, que se desenvolve publicamente em um campo de batalha simbólico, a arbitragem se desenvolve de forma privada em um espaço doméstico e de paz, no interior do qual as partes em litígio abandonam as suas armas para se deixarem guiar pelos conselhos de seu grupo social ou familiar, em um negócio entre amigos regulado pelos deveres de discrição e pacificação (Velissaropoulos-Karakostas, 2000, p. 20).

Embora as fontes não deixem dúvidas quanto à prática da arbitragem na Grécia antiga, deve-se reconhecer a sua especificidade histórica em comparação com a arbitragem contemporânea. Afinal, não se apresenta, lá, como meio alternativo de resolução de conflitos para a

adjudicação de direitos entre as partes litigantes, que voluntariamente submetem o litígio a um árbitro privado para evitar a estrutura judicial do Estado. Entre os gregos a diferença fundamental entre a arbitragem e o julgamento padrão não se encontra na autonomia da vontade como fundamento da decisão, mas no objetivo de substituir o conflito público ritual por uma relação privada entre amigos, de modo a manter as boas relações do grupo social a que pertencem.

Por fim, as fontes mencionam também um último modelo de arbitragem praticado entre os gregos: logo após a lei de arbitragem privada, os atenienses instituíram um sistema de arbitragem pública obrigatória, regulado por uma lei promulgada em 400 a.C.¹⁹ O objetivo era permitir a ampliação do emprego do procedimento arbitral, evitando-se as suas várias desvantagens em relação ao procedimento judicial comum – a possibilidade de juramentos falsos sem punição, falhas de preservação dos documentos elaborados, a falta de publicidade etc. A arbitragem pública, contudo, não era um procedimento que se encerrasse em si mesmo. Os litigantes nem escolhiam os árbitros, que eram sorteados; nem eram obrigados a acatar a sua decisão, que só era emitida de forma vinculante quando o acordo fosse obtido. Funcionava, dessa forma, como uma fase obrigatória de conciliação preliminar, que em caso de insucesso seria levada ao procedimento padrão de julgamento por juízes. Caracterizava-se, portanto, como etapa regular do procedimento judicial comum, o que também a torna inadequada a integrar as etapas da história da arbitragem que temos reconstruído neste estudo.

4.3 *Arbiter*

Por fim, um terceiro exemplo de arbitragem usualmente mencionado pela dogmática jurídica é, como não poderia deixar de ser, o do direito romano. Uma observação preliminar a ser feita é a de que os romanos não costumavam recorrer à arbitragem internacional para a resolução de conflitos com estados estrangeiros; davam preferência à resolução de conflitos internacionais pela força – apenas uma das inúmeras vantagens de serem a maior potência militar de sua época. Essa observação já ilustra os limites das concepções que enxergam na arbitragem um meio “natural” de pacificação social nas sociedades civilizadas, e que costumam tomar a arbitragem internacional como contraprova empírica de sua pressuposição teórica. De resto, a própria noção de arbitragem internacional não se confunde com a arbitragem privada de direito interno, como já explicamos anteriormente. Deixemos de lado, então, essa discussão, e passemos a analisar as manifestações de “arbitragem privada” verificadas no direito da civilização romana.

A primeira referência à arbitragem no direito romano pode ser identificada no século V a.C., na Lei das XII Tábuas. As tábuas II, V, VIII, IX e XII contêm referências explícitas à figura do árbitro; em todas elas o árbitro é tratado como alguém indicado pelo magistrado para o desem-

19 Aristóteles a descreve: “1. São tirados à sorte também os quarenta juízes, à razão de quatro por tribo, e é junto destes que se instauram os restantes processos. Dantes, eram em número de trinta e procediam aos julgamentos deslocando-se de demo em demo; porém, depois da oligarquia dos Trinta, passaram a ser em número de quarenta. 2. Até ao montante de dez dracmas, eles julgam de forma soberana; a partir desse montante, entregam o caso a árbitros. Depois de tomarem conta do caso e na eventualidade de não conseguirem levar as partes a um acordo, os árbitros emitem uma sentença. Se ambas as partes aceitarem essa decisão e se ativerem a ela, o processo termina por aí. Contudo, se um dos contendores apelar ao tribunal, colocam os testemunhos, as citações e as leis aduzidas em dois receptáculos, um para a acusação e outro para a defesa; depois de selados, juntam-lhes a sentença do árbitro, inscrita numa tabuinha, e enviam esses elementos aos quatro juízes que julgam os processos da tribo da defesa. 3. Assim que recebem a documentação, os juízes levam o caso a um tribunal de duzentos e um membros, se a disputa for abaixo de mil dracmas; ou de quatrocentos e um, no caso de ser acima desse valor. Não é permitido fazer uso de outras leis, citações ou testemunhas que não as que o árbitro enviou, ao colocá-las nos receptáculos” (Aristóteles, 2003, p. 105).

penho de uma função cívica. A referência à indicação pelo magistrado é explícita nas tábuas V.6, VIII.4, VIII.11 e XII.3; e a referência ao dever cívico está implícita na tábua II.1, que demonstra a natureza pública da atividade ao regular os critérios que justificariam o excepcional adiamento de um julgamento, e na tábua IX.3, que pune exemplarmente com a pena de morte o árbitro que se deixasse corromper para beneficiar indevidamente uma das partes. Como argumentam Fumichon e Humbert (2003, p. 288), o *arbiter* mencionado pela Lei das XII Tábuas é um personagem investido de uma função judiciária pública; a prerrogativa que lhe é atribuída para resolver o litígio não decorre de sua livre nomeação pelas partes em conflito, mas da delegação dessa autoridade pelo próprio magistrado titular do *imperium* – o pretor.

A natureza da autoridade conferida ao *arbiter* pela Lei das XII Tábuas ressalta a proximidade existente entre a prática cotidiana do instituto e as relações semânticas da palavra. Como recordam novamente Fumichon e Humbert (2003, p. 287), ela possui o mesmo radical de *arbitratus*, que indica o poder discricionário atribuído ao magistrado de fixar a quantidade de vergastadas a serem infligidas ao ladrão impúbere, e também o poder ilimitado a ser exercido por Roma sobre as cidades conquistadas, na fórmula ritual da *deditio* (“*arbitratu ditione potestate*”). Dessa perspectiva, o árbitro não é compreendido como aquele que encontra a solução justa; o árbitro é, acima de tudo, aquele que detém o *arbitrio*, o poder incontestável de proferir a última decisão vinculante a respeito de algum conflito. E esse poder não lhe é atribuído pelas partes do conflito, mas pelo próprio magistrado da República, que delega o poder que, por sua vez, recebeu diretamente do *populus romanus*.

O papel desempenhado pelo árbitro no processo civil romano é melhor compreendido quando analisamos o procedimento arcaico das *legis actiones*. Como explica Moreira Alves (2019, p. 194), as ações da lei são em geral submetidas ao *ordo iudiciorum privatorum*, o que significa que elas eram processadas em duas fases: na primeira, diante do magistrado (*in iure*), proferia-se a fórmula ritual e solicitava-se a indicação do direito aplicável; na segunda, perante o árbitro (*apud iudicem*), realizava-se a análise dos fatos concretos e promovia-se a aplicação do direito fixado pelo pretor. O autor da ação comparecia perante o pretor e proferia a fórmula ritual, sob a forma de um desafio ao réu. Diante de sua contestação, solicitava o autor a nomeação de um árbitro pelo magistrado, que deveria analisar o sumário da causa e aplicar aos fatos o direito estabelecido pelo pretor.

Compreendem-se as profundas diferenças existentes entre o árbitro moderno e o *arbiter* do *ius civile*: o *arbiter* romano não era chamado a resolver o litígio, atribuindo os direitos devidos às partes em conflito; esse papel era reservado ao magistrado, que julgava com a autoridade do *imperium* que lhe fora atribuído pelo povo romano. O *arbiter* se limitava a promover a aplicação do direito estabelecido pelo magistrado ao caso concreto, pela análise de suas circunstâncias fáticas. Desempenhava, dessa forma, uma função complementar de conclusão do processo iniciado perante o magistrado estatal, no exercício de uma autoridade que não lhe havia sido conferida pelas partes, mas pelo próprio magistrado. Atuava como um auxiliar da magistratura pública, não como um mandatário dos particulares em conflito.

A figura do *arbiter* volta a aparecer no direito romano no século II a.C. Fumichon e Humbert (2003, p. 310) recordam as fórmulas contratuais redigidas por Catão em seu tratado de agronomia para a adequada gestão do trabalho agrícola por parte dos grandes proprietários. Essas cláusulas devem ser compreendidas em um contexto de desequilíbrio entre as partes contratantes: de um lado o proprietário, que dispõe da força econômica, política e social para impor livremente as condições do contrato a ser celebrado; de outro o empreiteiro, responsável

pela arregimentação e gestão da mão de obra a ser empregada, que tem a liberdade de aceitar as condições impostas pelo proprietário ou simplesmente buscar trabalho em outro lugar. No trecho abaixo, Catão (1922, p. 144) apresenta um exemplo:

Termos para a colheita de olivas: o empreiteiro reunirá toda a colheita cuidadosamente, de acordo com as instruções do proprietário, seu representante ou do comprador da colheita. Ele não colherá nem esmagará olivas sem ordens expressas do proprietário ou do seu representante. Se alguém violar esta regra, ninguém pagará ou será responsável pelo que tiver colhido nesse dia. Todos os coletores proferirão um juramento, perante o proprietário ou seu representante, de que não roubaram olivas, nem ninguém com a sua conivência roubou olivas da propriedade de Lucius Manlius durante a colheita; se alguém se recusar a proferir o juramento, ninguém pagará ou será responsável pelo que ele tiver coletado. O empreiteiro deve garantir a colheita adequada das azeitonas, satisfatória para Lucius Manlius. As escadas devem ser devolvidas em tão bom estado como quando foram entregues, exceto as que tiverem se quebrado em razão da idade; se não forem devolvidas, será feita uma dedução justa por arbitragem de um homem honesto. Seja qual for o dano causado ao proprietário por culpa do empreiteiro, este último compensará o montante a ser deduzido após arbitragem por uma pessoa honesta. O empreiteiro fornecerá tantos coletores e recolhedores quantos forem necessários; e se não o fizer, será feita uma dedução do custo de contratação ou empreitada, e esse montante será reduzido no total²⁰.

A cláusula estabelece uma série de obrigações ao empreiteiro contratado para gerir a mão de obra dos coletores: cuidado na coleta, obediência ao contratante, juramento quanto a furtos, devolução em bom estado dos materiais fornecidos etc. Em caso de descumprimento de qualquer dessas obrigações, o dano causado ao proprietário seria deduzido do valor originalmente devido ao empreiteiro, mediante “arbitragem por um homem honesto” (*virī boni arbitratu deducetur*).

Esse modelo é muito distinto da arbitragem privada contemporânea. Nele toda a relação se estabelece de forma unilateral, cabendo ao empreiteiro simplesmente acatar a submissão à cláusula imposta pelo proprietário – que define os seus termos, estabelece as condições passíveis de punição e escolhe entre os “homens honestos” de sua confiança o responsável pelo arbitramento do valor devido. O *arbitratus* do *bonus vir* sugerido por Catão não remete, portanto, à ideia contemporânea de resolução do litígio por um terceiro imparcial consensualmente escolhido pelas partes, mas à ideia tipicamente romana de arbítrio – poder soberano e discricionário de decisão. Se desejássemos insistir em algum tipo de analogia com o ordenamento jurídico contemporâneo, as cláusulas de Catão estariam muito mais próximas das cláusulas exorbitantes de um contrato de trabalho ou de um contrato administrativo, a estabelecerem em favor do contratante poderes de direção, disciplinamento e controle, do que de uma cláusula de compromisso arbitral.

Mas o termo também é empregado, em período próximo (I a.C.), em referência a outro tipo de função: *arbitrium* podia indicar também o modo como atuavam os magistrados na aplicação

20 No original em latim: “Oleam legendam hoc modo locare oportet. Oleam cogito recte omnem arbitratu domini, aut quem custodem fecerit, aut cui olea venierit. Oleam ne stringito neve verberato iniussu domini aut custodis. Si adversus ea quis fecerit, quod ipse eo die delegerit, pro eo nemo solvet neque debebitur. Qui oleam legerint, omnes iuranto ad dominum aut ad custodem sese oleam non subripuisse neque quemquam suo dolo malo ea oletate ex fundo L. Manli. Qui eorum non ita iuraverit, quod is legerit omne, pro eo argentum nemo dabit neque debebitur. Oleam cogi recte satis dato arbitratu L. Manli. Scalae ita uti datae erunt, ita reddito, nisi quae vetustate fractae erunt. Si non erunt redditae, aequom viri boni arbitratu deducetur. Siquid redemptoris opera domino damni datum erit, resolvito; id viri boni arbitratu deducetur. Legulos, quot opus erunt, praebeto et strictores. Si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit, deducetur; tanto minus debebitur”.

do *ius honorarium*. Fundamentando suas decisões não mais nas formas rígidas do *ius civile*, mas nos critérios fluidos e equitativos do direito pretoriano, esses magistrados eram referidos como árbitros sempre que desconsiderassem os critérios das *legis actiones* para tomarem decisões fundadas na equidade ou na boa-fé. Nesses casos os magistrados não estão simplesmente empregando o *iudicium* (juízo) para examinarem os conteúdos do *ius civile* tradicional e promoverem a sua aplicação ao caso concreto; mas, de fato, exercendo o seu *arbitrium* (arbitrio, autoridade) para encontrarem a solução mais equitativa às circunstâncias do caso concreto²¹. O sentido atribuído à expressão reforça a ligação do conceito à ideia de autoridade que se encontra em sua origem, na mesma medida em que o afasta das concepções contemporâneas de arbitragem.

Ainda no século I a.C., outro modelo de *arbitratus* se desenvolve entre os romanos: uma “arbitragem” realizada por iniciativa das próprias partes em conflito, que consensualmente decidem submeter o seu litígio à decisão de um terceiro imparcial. Trata-se do *arbitrium ex compromisso*, regulado no Edito Perpétuo e, por isso, objeto de diversos comentários no Digesto. Paulo e Ulpiano sintetizam o instituto:

D.4.1. Paulo, *Livro Segundo sobre o Edito*. A arbitragem se assemelha a uma ação judicial, e se destina a encerrar o litígio²².

D.4.2. Ulpiano, *Livro Quarto sobre o Edito*. Nenhuma exceção pode ser oposta pelo descumprimento de uma arbitragem, mas somente um pedido de aplicação da penalidade²³.

Como se vê pela opinião de Paulo, para a doutrina jurídica romana, a arbitragem se “assemelhava” a uma ação judicial, realizando-se com o objetivo de pôr fim ao litígio. Essa semelhança não pode ser exagerada, contudo; afinal, logo em seguida Ulpiano explica que a decisão proferida pelo árbitro não possui a mesma natureza nem os mesmos efeitos atribuídos à decisão proferida pelo magistrado: ela não impede, por uma exceção, a propositura de ação judicial para a rediscussão do litígio, mas se limita a atrair a incidência da penalidade fixada no compromisso como sanção pelo descumprimento.

Reconhecer a essa *conventio* caráter jurisdicional, contudo, ou mesmo semijurisdicional, seria extrapolar os limites impostos ao *ius honorarium* e desrespeitar a própria essência do *ius civile*. Somente o magistrado romano dispõe da autoridade para resolver definitivamente um litígio, sobre a base das tradições formais do *ius da cive* romana. O eventual descumprimento da sentença arbitral não pode, portanto, receber o mesmo tratamento jurídico atribuído ao descumprimento da sentença emitida pelo pretor. Afinal, não tem força de coisa julgada nem autoridade executória. Trata-se, em sua essência, de um negócio privado, um compromisso por meio do qual as partes assumem a obrigação de cumprirem o comando emitido pelo árbitro. Desse modo, nem impede a rediscussão do litígio perante o pretor por meio de uma *actio*, nem admite a execução específica da obrigação indicada na sentença arbitral, podendo no máximo atrair a aplicação da penalidade estabelecida para a hipótese de descumprimento.

21 Sobre o conceito de equidade no direito romano ver Guandalini Junior (2021, p. 154).

22 Tradução livre do original em latim: “Paulus libro secundo ad edictum. Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finendas lites pertinet”. Disponível em 19 de março de 2021 no endereço eletrônico <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#III>.

23 Tradução livre do original em latim: “Ulpianus libro quarto ad edictum. Ex compromisso placet exceptionem non nasci, sed poenae petitionem”. Disponível em 19 de março de 2021 no endereço eletrônico <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#III>.

Não se trata, em suma, de instituição alternativa à magistratura estatal; mas do reconhecimento jurídico de uma prática desenvolvida e realizada às margens do *ius civile*, a partir dos costumes comerciais formados durante a expansão pelo mediterrâneo, aos quais os pretores vão progressivamente reconhecendo efeitos jurídicos vinculantes. O fundamento dessa prática não é o reconhecimento de uma atividade jurisdicional por parte de um particular; mas, assim como já se verificava com o árbitro das XII Tábuas, a atribuição, a um particular, do arbítrio para emitir um comando com autoridade definitiva.

Tantas peculiaridades tornam pouco útil o esforço de analogia entre o *arbitratus* romano e a arbitragem contemporânea. As importantes diferenças quanto ao fundamento do acordo, à natureza do poder atribuído ao árbitro, o conteúdo de sua atividade, os efeitos da sentença proferida e a própria relação com o ordenamento jurídico “principal” nos impedem de enxergar na arbitragem romana algo como a “origem”, ou “embrião” da arbitragem instituída pela cultura jurídica moderna.

5. Conclusão

Essa “releitura de uma história conhecida” nos ajuda a corrigir os graves equívocos cometidos pela dogmática arbitralista em suas cronologias usuais. Deixando de levar em consideração os contextos históricos específicos em que o instituto se manifesta, o significado atribuído ao direito em cada um desses contextos e o papel específico desempenhado pela “arbitragem” (ou algo parecido) em meio aos demais institutos jurídicos existentes, a tradicional cronologia da abordagem dogmática promove o apagamento das importantes diferenças existentes entre passado e presente, e apresenta em seu lugar o reflexo desfocado de nossa própria imagem reconfortante. Assim pode conceber a arbitragem, erroneamente, como instituto jurídico natural, universal e eterno, que acompanha o homem onde quer que ele se estabeleça como sociedade civilizada.

Como vimos, a imagem é gravemente enganosa. Ao ressituar os diversos modelos de arbitragens em seus contextos históricos específicos, tornamo-nos capazes de enxergar as peculiaridades específicas de cada encarnação do instituto, os processos sociais que levaram à sua formação e transformação, a radical diferença entre a arbitragem contemporânea e as arbitragens do passado e, conseqüentemente, o caráter histórico, relativo e provisório da arbitragem que hoje conhecemos.

Pudemos enxergar, assim, como a civilização mesopotâmica não recorreu à instituição da arbitragem para a resolução dos seus conflitos. Em vez disso, adotou uma concepção de autoridade política compartilhada, que reconhecia a diversos órgãos e entidades a prerrogativa de, em nome do Rei, distribuir a justiça divina. Promoveu, também, a pacificação informal de conflitos, adotando técnicas de resolução comunitária dos litígios por meio da avaliação das circunstâncias fáticas e adoção de práticas conciliatórias com o objetivo de preservar a harmonia social – sempre dependente, contudo, de homologação pelas autoridades oficiais.

Pudemos perceber também as importantes diferenças entre a arbitragem praticada pelos gregos e aquela praticada pelos modernos. Afinal, também entre os gregos não se recorria a um terceiro imparcial para obter a adjudicação de direitos; mas a um grupo de amigos que, pelo aconselhamento, pudesse contribuir para a pacificação do grupo ao qual pertenciam as partes em litígio. Nessa perspectiva o importante é manter a paz, o que leva ao privilégio de soluções

domésticas e conciliatórias, buscando-se o meio termo entre as partes em conflito mesmo que isso demande o sacrifício de direitos de uma delas. O objetivo não era obter uma justiça mais “rápida, barata e eficiente”, mas evitar o combate simbólico formalizado em um julgamento público tradicional.

Por fim, nem mesmo os romanos, que forneceram quase todo o vocabulário contemporâneo do instituto jurídico da arbitragem, praticavam-na em termos semelhantes aos nossos. No direito romano o recurso à arbitragem não se desenvolvia em um ambiente de autonomia da vontade negocial, mas de valorização das relações consensuais e de boa-fé em contextos, usualmente, comerciais, nos quais o ritualismo do *ius civile* tradicional já se mostrava inadequado. Desse modo, nem mesmo o formalismo do *compromissum* e do *receptum* eram suficientes para atribuir-se à arbitragem romana caráter “jurisdicional” institucionalizado, semelhante ao que recebe contemporaneamente; os magistrados apenas protegiam a boa-fé da convenção celebrada, mas não garantiam a executividade das decisões proferidas, limitando-se a aplicarem as sanções pactuadas para os casos de descumprimento.

O quadro abaixo sintetiza as diferenças observadas:

Ocidente Moderno	Antiguidade		
Árbitro	Šibûtû	Διαιτητέσ	Arbiter
meio alternativo	preliminar ao sistema judicial	meio complementar	meio complementar
autonomia da vontade	harmonia comunitária	pacificação	consensualidade e boa-fé
formalização no compromisso arbitral	apreensão informal do réu	aconselhamento por amigos	formalização do <i>compromissum</i> e do <i>receptum</i>
competência residual	sem competência formal	competência ampla	competência ampla
direitos patrimoniais disponíveis	litígios comerciais e civis	assuntos domésticos e comerciais	litígios comerciais
adjudicação de direitos	pacificação do conflito	harmonia do grupo social	equidade
árbitro profissional	testemunha	amigo	autoridade dotada de arbítrio
decisão executável	decisão dependente de confirmação judicial	decisão executável	descumprimento convertido em sanção pecuniária
dependente da força estatal	dependente da força estatal	autotutela	dependente de força estatal
permissão estatal	autoridade compartilhada	permissão estatal	reconhecimento estatal
juízo conforme o direito estatal	juízo conforme os fatos	juízo conforme o "meio-termo"	juízo por equidade
institucionalizado	espaço comunitário	ambiente doméstico	relações privadas

A destruição dos mitos que fundamentam a história dogmática da arbitragem pode encabular eventuais doutrinadores preocupados em garantir efeitos de naturalidade e legitimidade que pudessem fortalecer o instituto jurídico "alternativo" em relação à predominante jurisdição estatal oficial. Mas a compreensão mais precisa do contexto histórico de formação e transformação da arbitragem também pode contribuir para a identificação das necessidades sociais específicas que o instituto pretende satisfazer, e para a sua cada vez melhor adaptação a esse conjunto de necessidades sociais.

Se o objetivo é fortalecer a arbitragem em face da jurisdição estatal, é preciso reconhecer que nenhuma força pode advir de lendas fantasiosas e mitos falsificados, sem qualquer respaldo na realidade histórica; mas somente da verdade histórica, e de uma observação muito atenta

tanto da realidade em que vivemos quanto daquela em que viveram os nossos antepassados. Edifícios sólidos não são construídos sobre a areia.

Referências Bibliográficas

- Aristóteles (2003). *Constituição dos Atenienses* (trad. Delfim Ferreira Leão). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Azevedo, Anderson (1999). Evolução da Arbitragem – Jurisdição, arbitragem e globalização: uma análise histórica e política sobre a evolução e concretização dos principais mecanismos de soluções de conflitos, *in: Arbitragem em Evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral* (orgs. Tarcísio Teixeira, Patrícia Ayub da Costa Ligmanovski). Barueri: Manole.
- Beraldo, Leonardo de Faria (2014). *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas.
- Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine; Redfern, Alan; Hunter, J. Martin (2009). *On International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Bretone, Mario (1998). *História do Direito Romano* (trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja). Lisboa: Editorial Estampa.
- Cahali, Francisco José (2020). *Curso de Arbitragem*. 8ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil.
- Carmona, Carlos Alberto (2004). *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas.
- Cato, M. Porcius; Varro, M. Terentius (1922). *On Agriculture* (trans. W.D. Hooper, Harrison Boyd Ash). Cambridge: Harvard University Press.
- Cerami, Pietro; Purpura, Gianfranco (2007). *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- Cícero (1999). *Dos Deveres* (trad. Angélica Chiapeta). São Paulo: Martin Claret.
- Costa, Pietro (2010). Para que serve a História do Direito? Um Humilde Elogio da Inutilidade, *in: Soberania, Representação, Democracia – ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, p. 63-80.
- Dolinger, Jacob; Tiburcio, Carmen (2003). *Direito Internacional Privado e Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Demóstenes (1939). *Against Midias* (trans. A. T. Murray). Cambridge, London: Harvard University Press, William Heinemann.
- Faraguna, Michele (2015). Archives, Documents and Legal Practices in the Greek Polis, *in: The Oxford Handbook of Ancient Greek Law* (Edward M. Harris and Mirko Canavaro ed.). Oxford: Oxford University Press.

- Fichtner, José Antonio; Mannheimer, Sérgio Nelson; Monteiro, André Luis (2019). *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense.
- Figueira Jr., Joel (2019). *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2009). *Introdução Teórica à História do Direito*. Curitiba: Juruá.
- Foucault, Michel (2005). *A Verdade e as Formas Jurídicas* (trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais). Rio de Janeiro: Nau.
- Foucault, Michel (2010). *O governo de si e dos outros* (trad. Eduardo Brandão). São Paulo: Martins Fontes.
- Fouchard, Philippe (1989). Où va l'arbitrage international?, in: *McGill Law Journal*, vol. 34. Quebec: McGill, p. 435-453.
- Fouchard, Philippe; Gaillard, Emmanuel; Goldman, Berthold (1999). *On International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International.
- Fumichon, Bruno de Loynes; Humbert, Michel (2003). L'Arbitrage à Rome, in: *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2003, n. 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 285-348.
- Franzoni, Diego (1999). Histórico legislativo da arbitragem no Brasil, in: *Arbitragem em Evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral* (orgs. Tarcísio Teixeira, Patrícia Ayub da Costa Ligmanovski). Barueri: Manole.
- Gaillard, Emmanuel (2015). Sociologie de l'arbitrage international, in: *Journal du Droit International Clunet*, vol. 142, n° 4/2015. Paris: LexisNexis, p. 1089-1113.
- Gaillard, Emmanuel; Savage, John (1999). *On International Commercial Arbitration*. Hague: Kluwer Law International.
- Gaio (2010). *Instituições – direito privado romano* (trad.: J. A. Segurado Campos). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Grisel, Florian; Jolivet, Emmanuel; Silva Romero, Eduardo (2016). Aux Origines de l'Arbitrage Commercial Contemporain: l'émergence de l'arbitrage CCI (1920-1958), in: *Revue de l'Arbitrage*, vol. 2016, n. 4. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 1-42.
- Grossi, Paolo (2005). O ponto e a linha: história do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo (trad.: Monica Sol Glik), in: *Revista Seqüência*, v. 26, n° 51, p.41-35, dez. Florianópolis: UFSC.
- Grossi, Paolo (2006). A formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora, in: *História da Propriedade e outros Ensaios* (trad.: Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca). São Paulo: Renovar, p. 85-121.
- Guandalini, Bruno (2020). *Economic Analysis of the Arbitrator's Function*. Netherlands: Kluwer Law International.

- Guandalini Jr., Walter (2012) O Direito Etéreo: trilhas para um explorador do intangível, *in: Nova História Brasileira do Direito – ferramentas e artesanias* (org. Ricardo Marcelo Fonseca). Curitiba: Juruá, p. 83-96.
- Guandalini Jr., Walter (2013). A Crise da Tradição Romanística: perspectivas para uma historiografia do Direito Romano, *in: Iushistoria Investigaciones – Revista del Centro de Estudios e Investigaciones de Historia del Derecho*, nº 6 (ISSN 1851-3522). Buenos Aires: Facultad de Historia, Geografía y Turismo, Universidad del Salvador, p. 37-47, 2013.
- Guandalini Jr., Walter (2015). Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano, *in: Revista Seqüência*, (ISSN 2177-7055), n. 70. Florianópolis: Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, jun. 2015, p. 163-187.
- Guandalini Jr., Walter. (2016) *História do Direito Administrativo*. Curitiba: Juruá.
- Guandalini Jr., Walter. (2017) Uma Teoria das Fontes do Direito Romano: genealogia histórica da metáfora, *in: Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, (ISSN 2236-7284), vol. 62, nº 1, Curitiba, janeiro-abril 2017, p. 9-31.
- Guandalini Jr., Walter. (2020) *História do Direito Romano*. Curitiba: Intersaberes.
- Guilherme, Luis Fernando do Vale de Almeida. (2020) *Manual de Arbitragem e Mediação: conciliação e negociação*. 5 ed. São Paulo: Saraiva.
- Harper, Robert F. (trans.) (1904). *The Code of Hammurabi*. Chicago: University of Chicago Press.
- Harris, Edward M. (2006a). The rule of law in athenian democracy: reflections on the Judicial Oath, *in: Dike: Rivista di Storia del Diritto Greco ed Ellenistico*, nº 9. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 157-181.
- Harris, Edward M. (2006b). Solon and the Spirit of the Law in Archaic and Classical Greece, *in: Democracy and the Rule of Law in Classical Athens: essays on Law, Society and Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 3-28.
- Harris, Edward M. (2018). Some recent developments in the study of ancient Greek law, *in: Journal of Ancient Civilizations*, vol. 33, nº 2. Changchun: Institute for the History of Ancient Civilizations, p. 187-266.
- Harris, Edward M.; Magonetto, Anna (2020). Arbitration, Greek, *in: Oxford Classical Dictionary*. Oxford: Oxford University Press.
- Harter-Uibopuu, Kaja (2002). Ancient Greek Approaches toward alternative dispute resolution, *in: Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, vol. 10, nº1. Salem: Willamette University College of Law, p. 47-69.
- Hespanha, António Manuel (2012). *Cultura Jurídica Européia: síntese de um milênio*. Lisboa: Almedina.
- Heródoto (1950). *História* (trad. J. Brito Broca). Rio de Janeiro: Jackson.

- Hilaire, Jean (2000). L'Arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècle), *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 2. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 187-226.
- Homero (2013). *Ilíada* (trad. Frederico Lourenço). São Paulo: Companhia das Letras.
- Iseu (1962). *On the Estate of Menecles* (transl. Edward Seymour Forster). Cambridge, London: Harvard University Press; William Heinemann.
- Jeanclos, Yves (1999). La pratique de l'arbitrage du XVIIe au XVe siècle – éléments d'analyse, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 1999, n. 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 417-474.
- Lafont, Bertrand; Westbrook, Raymond (2003). Mesopotamia – neo-sumerian period (Ur III), *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 183-226.
- Lafont, Sophie (2000). L'Arbitrage en Mésopotamie, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 4. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 557-590.
- Lafont, Sophie (2003). Mesopotamia – middle assyrian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 521-564.
- Lafont, Sophie (2005). Second-millennium arbitration, *in: MAARAV: a journal for the study of the northwest semitic languages and literatures*, vol. 12, n° 1-2. Rolling Hills: Western Academic Press, p. 1-13.
- Lamas, Natália Mizrahi (2018). Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem, *in: Curso de Arbitragem* (Daniel Levy e Guilherme Setoguti J. Pereira, orgs.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, p. 27-59.
- Maffi, Alberto (2007). Quarant'anni di studi sul processo greco (I), *in: Dike: Rivista di Storia del Diritto Greco ed Ellenistico*, n. 10. Milano: Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 185-267.
- Magnetto, Anna (2015). Interstate Arbitration and Foreign Judges, *in: The Oxford Handbook of Ancient Greek Law* (Edward Harris and Mirko Canevaro, orgs.). Oxford: Oxford University Press, p. 1-43.
- Magnetto, Anna (2018). Interstate Arbitration as a Feature of the Hellenistic Polis: between ideology, international law and civic memory, *in: The polis in the Hellenistic World* (Henning Börm, Nino Luraghi, orgs.). Stuttgart: Franz Steiner Verlag, p. 85-107.
- Meira, Sílvio A. B. (1961). *A Lei das XII Tábuas – fonte do direito público e privado*. Rio de Janeiro – São Paulo: Companhia Editora Forense.
- Moreira Alves, José Carlos (2019). *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense.
- Oelsner, Joachim; Wells, Bruce; Wunsch, Cornelia (2003). Mesopotamia – neo-babylonian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 911-975.
- Oppetit, Bruno (1987). Sur le concept d'arbitrage, *in: Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*. Paris: Litec, p. 229-239.

- Papadatou, Daphné (2000). L'arbitrage byzantin, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 3. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 349-376.
- Pinho, Humberto Dalla e Mazolla, Marcelo (2019). *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva.
- Poudret, Jean-François (1999). Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au moyen âge: L'arbitrabilité et le juge-arbitre, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 1999, n. 1. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 3-20.
- Racine, Jean-Baptiste (2016). *Droit de l'arbitrage*. Paris: PUF.
- Radner, Karen (2003). Mesopotamia – neo-assyrian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 883-910.
- Radner, Karen (2005). The reciprocal relationship between judge and Society in the neo-assyrian period, *in: MAARAV: a journal for the study of the northwest semitic languages and literatures*, vol. 12, n° 1-2. Rolling Hills: Western Academic Press, p. 41-68.
- Rogers, Catherine A. (2005). The vocation of the International Arbitrator, *in: American University International Law Review*, vol. 20, n° 5. Washington: Washington College of Law, p. 957-1020.
- Salles, Carlos Alberto (2020). Introdução à Arbitragem, *in: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias* (orgs. Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini e Paulo Eduardo Alves da Silva). Rio de Janeiro: Forense, p. 236-259.
- Samtleben, Jurgen (1982). Arbitragem no Brasil, *in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n° 77. São Paulo: Universidade de São Paulo, p. 185-210.
- Scavone Junior, Luiz Antonio (2020). *Arbitragem: mediação, conciliação e negociação*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- Schiavone, Aldo (2005a). *Ius: l'invenzione del diritto in Occidente*. Torino: Giulio Einaudi Editore.
- Schiavone, Aldo (2005b). *Uma História Rompida: Roma Antiga e Ocidente Moderno*. (trad.: Fábio Duarte Joly). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo.
- Schiavone, Aldo (org.) (2016). *Storia Giuridica di Roma*. Torino: Giapichelli.
- Slanski, Kathryn (2003). Mesopotamia – middle babylonian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 485-520.
- Stein, Peter (2010). *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Surgik, Aloísio (1990). *Lineamentos do Processo Civil Romano*. Curitiba: Edições Livro é Cultura.

- Thür, Gerard (1996). Oaths and Dispute Settlement in Ancient Greek Law, *in: Greek Law in its Political Setting. Justification not Justice* (Foxhall/Lewia ed.). Oxford: Oxford University Press, p. 57-72.
- Thür, Gerard (2014). Rationality and Irrationality in the ancient Greek law of procedure, *in: Fundamina: a journal of legal history (Pretoria)*, vol. 20, n° 2. Pretoria: University of KwaZulu-Natal, p. 916-924.
- Veenhof, Klaas R. (2003). Mesopotamia – old assyrian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 431-484.
- Velissaropoulos-Karakostas, Julie (2000). L'arbitrage dans la Grèce antique – Epoques archaïque et classique, *in: Revue de l'Arbitrage*, vol. 2000, n. 1. Paris: Comité Français de l'Arbitrage, p. 9-26.
- Westbrook, Raymond, org. (2003). *A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill.
- Westbrook, Raymond, org. (2003). Mesopotamia – old babylonian period, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 361-430.
- Wilcke, Claus (2003). Mesopotamia – early dinastic and sargonic periods, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 141-182.
- Zaccagnini, Carlo (2003). Mesopotamia – Nuzi, *in: A History of Ancient Near Eastern Law*, v. 1. Leiden, Boston: Brill, p. 565-618.

Data de Recebimento: 25/03/2021

Data de Aprovação: 16/04/2021

Ecclesiastical normativity and particularism in the New World

The regulation of baptism in the Synod of Salvador da Bahia (1707) and its practice in the Freguesia of Fortaleza (18th century)

*Normatividade eclesiástica e particularismo no Novo Mundo
A regulamentação do batismo no Sínodo de Salvador da Bahia (1707)
e a sua prática na Freguesia de Fortaleza (século XVIII)*

Gustavo César Machado Cabral¹

¹ Universidade Federal do Ceará. <https://orcid.org/0000-0001-8565-1328>.

ABSTRACT

This paper aims to contribute with the study of ecclesiastical normativities in Portuguese America, mainly after the enactment of the First Constitutions of the Archbishopric of Bahia (1707). By analyzing baptism, which is regarded as the first Catholic sacrament, this text focuses on the creation of norms for particular spaces and how this process incorporates juridical and theological traditions. At the same time, the text confronts this analysis with the baptismal records of the freguesia of Fortaleza during the 18th century, in order to verify if this formal regulation was actually put into practice.

Palavras-chave: Legal History; Colonial Brazil; Canon Law; Moral Theology

RESUMO

Este artigo pretende contribuir com o estudo das normatividades eclesíásticas na América Portuguesa, principalmente a partir da edição das Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia (1707). Analisando o batismo, que é encarado como o primeiro sacramento da Igreja Católica, este texto se foca na criação de normas para espaços particulares e em como esse processo incorpora as tradições jurídica e teológica. Ao mesmo tempo, o texto confronta essa análise com os registros de batismo da freguesia de Fortaleza no século XVIII, a fim de verificar se essa regulação formal realmente foi colocada em prática.

Keywords: História do Direito; Brasil Colonial; Direito Canônico; Teologia Moral

1. Introducing the problem

The First Constitutions of the Archbishopric of Bahia is one of the most important documents on the History of Church in Colonial Brazil, and the growing interest on the Constitutions, particularly in the last two decades, explains the publication of papers and books such as “A Igreja no Brasil: normas e práticas durante a vigência das Constituições Primeiras do Arcebispo da Bahia”, edited by Bruno Feitler and Evergton Sales Souza (Feitler & Souza, 2011). These authors were also in charge of editing the text of the Constitutions with a very substantial introduction². In 2007, the Brazilian Federal Senate published a fac-simile edition of the one published in 1853 (Vide, 2007), which contributed to disseminate the use of this source by historians.

Despite the existence of numerous studies focusing on historical aspects of the First Constitutions, most of them on social and religious history, there is still a lot of work to be done in a legal historical perspective. Adopting a concept of law that is not purely state-dependent, recognizing non-state actors as legislators, and acknowledging the existence of other jurisdictions and normativities in parallel (but also in communication) with the statal one, characteristics which, together, constitute a perspective that has been widespread amongst legal historians³, this text aims to contribute with this debate by discussing ecclesiastical normativity and by examining a very specific part of the First Constitutions, namely the sacrament of baptism. In doing so, this text puts into perspective the close connections among canon law, moral theology and secular law during the Early Modern period. These three fields were entangled in many situations, creating a kind of mutual dependency and influence that can be observed in artifacts such as the First Constitutions.

At the same time, by examining a document enacted to regulate a juridical space in the New World, it is possible to understand how these areas were integrated to the centers of power. Portuguese America was part of the Portuguese Empire, which, at least until the middle of the 18th century, has been viewed by historians as a pluricontinental and polycentric monarchy⁴, but also, above all features, a catholic monarchy⁵. For that reason, it is impossible to separate the Iberian expansion, conquest and settlement in America from the religious background, which was also a result of some juridical institutes such as the patronage, which guaranteed the power of the Portuguese king to appoint the bishops stationed overseas⁶. The Catholic Church, including both secular and regular clergy, mainly the Jesuits, the Franciscans and the Carmelites, had a fundamental role in the creation of a society grounded on the European traditions and the European mentality and imaginary⁷, which was expanded and imposed to other groups.

However, it does not mean that these societies were copies of the European ones. Their pillars (faith in God, belief in Church and obedience to the king) could never be fully transplanted to a place where cultures (as diverse as the original American inhabitants) and the

2 Feitler e Souza, 2010, pp. 8-72.

3 Among many others, see Hespanha, 1994.

4 There is a solid historiography that analyzes Early Modern Portugal and its overseas possessions through an imperial perspective. For some of the most relevant studies that influenced this research, see Boxer, 1969; Cardim et al, 2012; Hespanha, 2019a; Subrahmanyam, 1993.

5 For this perspective, see Garriga, 2007; Hespanha, 2019b.

6 For a new perspective on Portuguese patronage, see Pizzorusso, 2012.

7 About this clash of mentalities, see Gruzinski, 1988.

enslaved Africans coexisted. Many documents demonstrate that the Church was aware of these differences and knew that the effective construction of a *novi orbis* would only succeed if they adopt appropriate regulation to this diversity. Despite an essence based on ideas of a global normativity⁸ and equality between men (at least as long as they were Christians), the Church enacted particular norms to solve particular problems, but these norms, and still these norms, as I will demonstrate in the following pages, had to be coherent with the juridical and theological frameworks of the Catholic world. In that sense, it is valuable to use the metaphor of the cultural translation to understand the necessity of adapting structures to incorporate situations that had not even been conceived by Christian mentality⁹.

In order to understand how ecclesiastical normativity was implemented in Portuguese America, this article compares the texts of the First Constitutions with parochial records, particularly the registration of baptisms, of the *freguesia* of Nossa Senhora da Assunção and Saint Joseph of Ribamar of Fortaleza, in the Captaincy of Ceará, during the 18th century. The reason for taking this methodological option is related to the fact that the *freguesia* was located far away from the Metropolitan See in Salvador, but also far from the diocese of Olinda, to which it was subordinated. It was furthermore a huge parish, with chapels located more than one hundred kilometers from the main church.

2. The Synod and the law-making process

In June 1707, the city of Salvador da Bahia, which was the head of the ecclesiastical province of Brazil, inaugurated in 1676 after the elevation of the 1551-created diocese, held one of the most important ecclesiastical events during the Colonial Age. The members of the ecclesiastical cabildo and the incumbent Bishop of Angola, D. Luiz Simões Brandão (1702-1717), accompanied by other priests, religious of the Society of Jesus, as well as some secular and military authorities, attended the ceremony of the Diocesan Synod of Salvador, which included processions, masses, prayers and liturgical rituals¹⁰. For three days, the participants of the synod debated the text previously prepared by the fifth Archbishop of Bahia, D. Sebastião Monteiro da Vide (1701-1722); once ready, the final version was read in its entirety to those who were in charge of its examination. On June 14th, the text was approved, and, on July 21th, the Archbishop promulgated the final version.

According to the decrees of the Council of Trent published in 1563¹¹, diocesan and provincial synods had to be held periodically – yearly for diocesans and once every three years for provincial. In Spanish America, the first meetings of that kind happened even before this decree, and the most relevant meetings, such as the III Provincial Council of Lima (1582-1583)¹² and the III Provincial Council of Mexico (1585)¹³, were concerned with legislating, along with the two diocesan synods and the provincial council held in Santafé de Bogotá in the late 16th and the

8 For this perspective, see Duve, 2017.

9 For an overview on the application of the idea of cultural translation in a legal historical perspective, see, among others, Foljanty, 2015.

10 For a detailed report of the ceremony, see *Relação da procissão e sessões do Sínodo Diocesano*. In Vide, 2007, pp. 511-526.

11 *Concilii Tridentini Canonibus et Decretis Insertae*, pp. 327-329 (Sessio XXIV, Decretum de reformatione, Caput II).

12 On the III Provincial Council of Lima, see Duve, 2010; Lisi, 2010.

13 On the III Provincial Council of Mexico, see Moutin, 2016.

early 17th centuries¹⁴. On the western Portuguese possessions, nonetheless, things were quite different, since no synod nor council happened before the one of 1707¹⁵, what implies that there were no general rules regulating that space in particular. Sources of the 19th century report that the fourth Bishop of Salvador, D. Constâncio Barradas (1602-1618), attempted to write constitutions to the diocese in 1605 (Vide, 2007, p. XII), but his work was never completed, and the manuscripts that comprised his incomplete work are nowadays considered to be lost.

The report about the synod made by D. Sebastião Monteiro da Vide clarifies the difficulties in organizing the meeting. His original intention was to coordinate a provincial council attended by the four suffragan bishops of the archdiocese, but he was discouraged because two dioceses (Pernambuco and São Tomé) were at that time *sede vacante*, and the Bishop of Rio de Janeiro, D. Fray Francisco de São Jerônimo (1701-1721), denied the invitation due to health reasons. The bishop of Angola was the only one who actually participated, and therefore D. Vide decided to nominate the ecclesiastical meeting a diocesan synod instead of a provincial council. In such a huge archdiocese, as Brazil's, which comprised two continents separated by an ocean and, even just within the American portion, comprised thousands of kilometers from the villages of Nossa Senhora da Luz de Curitiba, in south, to São José de Ribamar de Aquiraz, in north, for example, having the clergymen under the direct authority of the metropolitan seemed to be an alternative for D. Vide to get his decrees approved.

Despite their endorsement in a diocesan synod and not in a provincial council, which could have been regarded as a restriction on the limits of the territorial jurisdiction of the text, the First Constitutions were no doubt in force in the entire ecclesiastical province of Brazil, and not only in Bahia. The available sources strongly point towards this conclusion, especially on civil litigation in the ecclesiastical courts (*auditórios eclesiásticos*) of the dioceses and in the records related to the sacraments, mainly marriage. Moreover, Pollyanna Muniz reported its use also in the diocese of Maranhão, which was suffragan of the Archbishopric of Lisbon and not of Salvador, particularly in criminal suits (Muniz, 2017).

The First Constitutions had to be obeyed by the subjects, both laymen and ecclesiastical ones, because they were positive canon law, which could be enacted, among other people, by the bishops. Suárez tells explicitly that the bishops have legislative power in their dioceses (Suárez, 1619, p. 224). Pedro Murillo Velarde, in his chapter dedicated to the *constitutiones*, defined law as the decree of those who had supreme power over an area (Velarde, Lib. I, Tit. II, n. 34, p. 13) and stated that particular ecclesiastical law could be enacted by archbishops and bishops in their dioceses, as well as by diocesan and provincial councils (Velarde, Lib. I, Tit. II, n. 43-44, p. 16). The legislative power of synods and councils, which were emphasized and accurately described by Suárez (1619, Lib. IV, Cap. VI, pp. 231-236), is referred by canonists such as Agostinho Barbosa as being connected to the power of the Archbishop and his *auctoritas* over the suffragan dioceses (Barbosa, Lib. I, Cap. VII, n. 14-22, p. 103).

Recent historiography on the councils in Hispanic America spotlighted their legislative role, recognizing the councils as legislators¹⁶. This perspective can be useful to understand the law-making process of the First Constitutions of Bahia, but, such as in other works on Hispa-

14 On the synods and councils of Santafé de Bogotá, see Cobo Betancourt & Cobo, 2018, pp. XV-LX.

15 The Archbishopric of Goa held five provincial councils (1567, 1575, 1585, 1592 and 1606) under the influence of the Council of Trent. For more information about it, see Faria, 2013.

16 For that perspective in the III Council of Mexico, see Moutin, 2016, pp. 146-148.

nic American synods¹⁷, it is impossible to isolate this process from the existence of a leading figure in the making of the legislative text. D. Vide was the main responsible for enacting the First Constitutions, not only because it was him who convened the cabildos and clergymen to hold the synod, almost one century and a half after the Tridentine order, but mainly because he personally wrote the texts of the decrees before the submission to the synod. While decrees like the Mexican one had no direct indication of authorship, the First Constitutions, since their first printed edition, in 1719, were handled as a work by D. Vide. In this perspective, he fits perfectly in what José Pedro Paiva described as the model of bishop according to the Council of Trent (Paiva, 2006, pp. 128-139): he was a good shepherd for his herd, concerned about the cure of souls, but also about the government of the archdiocese, taking the responsibility for implementing the Tridentine reformation by carrying out the synod and promulgating the provincial constitutions.

3. Moral theology, law and the ruling of Portuguese America

Ecclesiastical normativity dealt both with legal and theological questions, and the enactment of this kind of norm depended on a clear understanding of both areas. Moral theological issues were regulated by canon law, under the influence of juridical (civil and canon law) and theological knowledge. Personal skills enabled D. Vide to be the appropriate legislator for the Archbishopric of Bahia. He was an experienced canonist, not only due to his studies on canon law at Coimbra University, but mainly because of his large practical experience acting as a judge (*desembargador*) of the ecclesiastical court of the metropolitan see of Lisbon. At Évora University, he also earned a diploma in Theology, and the benefits of his double education are displayed in the complex normative instrument, the First Constitutions, as it deals with both areas¹⁸.

As recent studies have demonstrated, there were close relations between law and moral theology in the Early Modern period. Theologians were concerned about many legal issues in topics that are now considered purely juridical, as criminal law, civil procedure and private law¹⁹. If we examine a book like Paul Laymann's *Theologia Moralis*, it is easy to understand these close relations: besides an introduction explaining matters related to conscience, actions, will and sins, Laymann writes about the meaning and the species of law (emphasizing both canon and civil law) and virtues, as well as about the traditional topic *de iustitia et iure*, in which obligations, contracts, wills, real state and procedural matters are detailed. In the following pages, Laymann returns to what we now consider issues that are more related to theology, like the sacraments. In other words, Laymann, as well as other moral theologians of the Early Modern period, deals, in the same book, with questions that include the crime of homicide and the matrimonial impediments, the sacrament of order and *fideicommissa*, donation and the species of sins. All of these topics were viewed as being intertwined.

If moral theology and civil law were close, we could not expect something different when we put moral theology and canon law in perspective. Not only were the matters themselves related, but they also shared sources. In medieval and early modern tradition, all the fields of

17 For the role of the bishops and archbishops in the Synods of Santafé, see Cobo Betancourt & Cobo, 2018, pp. XXIII-XXIX and XXXIV-XLII.

18 For biographical information on D. Sebastião Monteiro da Vide, see Machado, 1752, pp. 694-695.

19 For a broader vision on these relations, see Decock, 2013.

knowledge were based on the idea of authority (Cabral, 2017), which explains the necessity, on almost every topic, of quoting and referring to other's opinions when writing a text. That makes the role of literature – in the case of this paper, both legal and theological – an important topic here. Jurists concerned about civilian and canonical matters and theologians shared the same structure in the making of their books, often referring to authoritative sources in their texts in order to convince the readers of the correctness of what they were alleging, as it would be seen as being founded on the best opinions. And these authorities were taken not only from the literature, since legislative acts and also judicial decisions, no matter where they came from, were very often used to support an argument, revealing an idea of law that was much more related to the revelation of a natural order than to a human creation for a particular space.

This same structure was used by D. Vide when he prepared the First Constitutions. Every topic was reasoned in the opinion of jurists, theologians and texts, such as the Holy Scriptures and ecclesiastical norms of many kinds (papal bullas, council decrees and other Portuguese synodal constitutions). Other studies have already listed the most important sources used by D. Vide in making of the fifth part of the First Constitutions, which dealt with criminal law²⁰. Amongst the most frequently quoted authors, there are the names of Prospero Farinacci, Gabriel Pereira de Castro, Giulio Claro, Manuel Barbosa, Giacoio Menochio, Martín de Azpilcueta and Tomás Sánchez, as well as references to texts as the *Corpus iuris canonici*, the decrees of the Council of Trent and the diocesan constitutions of Lisbon, Oporto, Lamego, Évora, among others.

The influence of other diocesan constitutions is remarkable, particularly the Constitutions of the Archbishopric of Lisbon, which, as indicated in preface of the First Constitutions, were the inspiration for the new text, since they were officially in effect until the creation of the Archbishopric of Bahia, in 1676. D. Vide stated that his visitations to the parishes of the ecclesiastical province made him realize that “the Constitutions of Lisbon could not be accommodated to this so diverse region, resulting thereupon in some abuse in the Divine worship, administration of justice, life and customs of our subjects” (Vide, 1719, fol. ii-iii). These words leave no doubt about the reason why D. Vide decided to enact specific legislation for his archbishopric: there was a real necessity of providing an appropriate normative discipline to the particular situations that happened in this ecclesiastical province encompassing such a culturally diverse area, which, in the eyes of D. Vide, could not continue to persist outside the rule of ecclesiastical norms. Particular situations demanded specific norms, in order to solve every issue that may arise. At the same time, the internal division of the First Constitutions followed the structure found on the *Libri Extra*, dealing with issues on faith and sacraments (book 1), Catholic ceremonies, penances and other obligations of the laymen (book 2), duties of the clergymen (book 3), ecclesiastical immunities and the regime of the goods of Church (book 4), and crimes and criminal procedure (book 5).

In this perspective, the First Constitutions are a perfect example of particular law in Portuguese America. It is true that, according to Hespanha (2006), a particular juridical order consisted in the capacity of fulfilling open or indefinite juridical spaces, which were not always materialized in written laws; in some cases, however, there were indeed written laws whose normativity was delimited to specific areas, aiming to solve their precise problems. This is exactly what was intended to be done through the enactment of the First Constitutions.

²⁰ For more information about this topic, see Cabral, 2016.

4. Examining the space: the freguesia of Fortaleza

This topic does not aim to offer an ecclesiastical history of the *freguesia* of Fortaleza during the 18th century, but only to contribute with the understanding of its territorial organization²¹. In the Church's ecclesiastical hierarchy, there are three spaces that have higher relevance for this research: the ecclesiastical province or archdiocese, the diocese and the parish. Archdioceses were composed by suffragan dioceses, and each diocese was composed by parishes. According to Agostinho Barbosa's definition, a parish was a place with defined territorial limits where a church had jurisdiction over the people who lived there (Barbosa, p. 262). A priest is responsible for the spiritual jurisdiction inside the parochial space and is in charge of the main church of the territory. In Portugal, the word *freguesia* is used to refer to a parish, and therefore its use is repeated here.

The creation of parishes in the Captaincy of Ceará only happened in the beginning of the 18th century. Documents reveal that, at the end of the 17th century, the chapel of the Fort of Nossa Senhora de Assunção was, alongside indigenous villages under the control of religious orders, the only one in the entire Captaincy²², and that chapel became the main church when the parish of Nossa Senhora de Assunção and Saint Joseph of Ribamar of Fortaleza was created, in the first half of the 18th century²³. The parish was under the jurisdiction of the Diocese of Pernambuco, and Pernambuco, in its turn, was suffragan to the Archdiocese of Bahia.

Inside the parochial territory, there were also chapels, a subject which will be further explored later on this paper. Agostinho Barbosa stated that chapels could be located both inside a church or somewhere outside a temple; they were juridically regulated by the *ius patronatum* and were a potential object of *majoratus* (1650, pp. 63-65)²⁴. Chapels located in private lands have no priest for their own; they are a sacred place where religious rituals could be celebrated during the visitation of a priest.

José Ramiro Teles Beserra (2018, p. 306), in an important work on ecclesiastical architecture in the Captaincy of Ceará during the 18th century, listed parishes and chapels in this huge territory and demonstrated that some chapels were strategical for the Church to distribute the sacraments in areas where some families lived and where there were no permanent priests. Besides the Main Church of Nossa Senhora da Assunção of the village of Fortaleza, there were 8 chapels by the end of the 18th century, some of them located very far from the main church. The priest or some other clergymen were in charge of visiting the chapels to distribute the sacraments, and the parochial records illustrate that these visitations indeed took place.

5. Ruling baptism in theory and in practice

The Book 1 of the First Constitutions deals with the Catholic faith and the sacraments, which were defined by Thomas Aquinas as secrets, Divine or human, which are unlawful to

21 For more information about the ecclesiastical history of Ceará, see, among others, Nobre, 1980.

22 AHU – Ceará, Papéis Avulsos, Box 1, Doc. 36.

23 For more information about that process, see, among others, Jucá Neto et al, 2014.

24 In a juridical perspective, Hespanha stated that they were a settle of goods left to someone in order to use the income to celebrate masses for the intention of the settler of the chapel. Hespanha, 2015, p. 454.

violate by making them known to anybody whatever²⁵. Following the Tridentine concern about the obedience to the sacraments²⁶, the First Constitutions handle this topic in many ways, both explaining and regulating them in order to clarify their meanings and the practice of their administration. Some particular situations concerning the sacraments in Portuguese America demanded explicit and specific normative regulation.

At the same time, the Constitutions also aimed to put into practice the correct form of administering the sacraments in Brazil, stating that, following the Council of Trent, all related solemnities were absolutely required. For that reason, the First Constitutions ordered that every parochial church must have a copy of a manual of sacraments, which would be used by the priests to administer the sacraments to the local population²⁷. An explanation of the sacraments during the catechesis was also absolutely necessary, as well as the mentions of the sacraments to those who attended to the masses and were not enough acquainted with the Christian doctrine; for the latter, the First Constitutions stated that the priests should read the simplified foundations of the Christian doctrine²⁸, under direct inspiration on the official Catechism prepared by Cardinal Roberto Bellarmino, which included the mentions of the seven sacraments²⁹.

Baptism is the first sacrament and therefore is described as “the gateway to Catholic Church, enabling those who received it to go on in the next sacraments”³⁰. It turns a former pagan into someone relevant to the Church, a person who could be prepared to become a full Christian after the catechism. Only after the conversion was complete would the person have entered the Catholic universe³¹. The First Constitutions left no doubt about the effects of baptism: it forgives the baptized person of all the sins (both the actual sins and the original one) and allows them to begin professing the Catholic faith, which they are then compelled to obey under the authority of the clergymen³². Thus, once baptized, the person became part of the Catholic normative order.

The elements of the definition of baptism were the same found in classical theological sources, being described as the regeneration through water in the word³³. From the Constitutions of Lisbon, D. Vide copied the rule that determined the necessity of baptizing children up to eight days after their birth³⁴ and the description of the baptismal procedure, with the ablution of the body with water and pronouncement of certain words by the priest³⁵. This deadline was sometimes hard to fulfill, since many people lived far from the parishes. In the Archbishopric of Bahia, it happened quite often that a child would go far longer than 8 days without baptism, such as in the case of the legitimate son of Manuel José and Maria, Francisco, who was born on

25 Summa, pars 3, quaestio 60, a. 1. Paul Laymann, inspired by Aquinas, defined sacraments as “signum visibile invisibilis gratia, ad populum Dei sanctificandum, divinus institutum”. Laymann, 1626, p. 202 (B. 5, T. 1, c. 2, 1).

26 Concilii Tridentini Canonibus et Decretis Insertae, pp. 69-70 (Tri. Sess. 7 de sacram. in gen. can. 13).

27 First Constitutions, Book 1, Tit. 9, 30.

28 First Constitutions, Book 3, Tit. 32, 550.

29 First Constitutions, Book 3, Tit. 32, 562.

30 First Constitutions, Book 1, Tit. 10, 33.

31 For a discussion on that matter, see Cabral, 2019.

32 First Constitutions, Book 1, Tit. 10, 34.

33 Laymann, 1626, pp. 31-32 (B. 5, T. 2, C. 1, 1).

34 Constituições do Arcebispado de Lisboa, Book 1, Tit. 1, Cons. 1, fol. i

35 Constituições do Arcebispado de Lisboa, Book 1, Tit. 1, Const. 4, fol. ii.

January 6th, 1792 but only baptized on April 20th of the same year, in the Chapel of Siupé³⁶, to where priests only went in visitations, to administer the sacraments.

Some particular rules were required to regulate baptism, and its formal structure was a key element. The Council of Trent was concerned about the formality in the administration of sacraments and ordered the maintenance of a book in which the names of the baptized, his parents and godparents were required to be written³⁷. The First Constitutions repeated this order, which constitutes as a true symbol of the attention paid by the Church to the formality of records, documents and written culture. The baptismal registry book was required to be numbered and with firmed pages, with the indication of the church to which it belongs and, in the last page of the book, the indication of its end. Most of this regulation can also be found on the Constitutions of the Archbishopric of Lisbon³⁸, but the First Constitutions enacted a standardized model for each register in the baptismal book: “Aos tantos de tal mez, e de tal anno baptizei, ou batizou de minha licença o Padre N. nesta, ou em tal Igreja, a N. filho de N. e de sua mulher N., e lhe puz os Santos Oleos; forão padrinhos N. e N. casados, viúvos, ou solteiros, fregueses de tal Igreja, e moradores em tal parte”³⁹.

Comparing the model enacted by the First Constitutions with the registers in the Baptismal Book of the *freguesia* of Fortaleza, it is possible to note that the main elements of this model can be found on the majority of records. The record usually contains additional information, such as the name of the grandparents, but, more important, it normally has the data the Church required to be registered, which were the name of the baptized, their parents, godparents and of the priest, the date of birth of the baptized and of the baptism, and the locale of the ceremony, as well as the signature of the person in charge of writing the information down.

Maria filha legitima de Pedro Rodrigues do Lago e Sebastiana de Cunha, netta paterna de Antonio Rodrigues do Lago e Joanna e materna de José Cavalcante e Anna de Barros, nasceu a nove de outubro de mil e setecentos e secenta e hum, foi baptizada nos Santos Oleos na capella de Nossa Senhora do Livramento de Trahiri pelo Padre Jose Furtado de Mendonça aos vinte seis de dezembro do mesmo anno, forão Padrinhos Jose Barrozo Valente solteiro, e Dona Maria de Souza casada, por certidão do dito padre, delle recebi no Trahiri a doze de Fevereiro deste anno de mil setecentos e secenta e dous, fiz este assento de minha letra e signal aos dezoito do dito mês e anno. Vicente Correa Lial, Cura do Ciará⁴⁰.

Another topic that required special regulation was the place where the baptismal ceremony should take place. Referring to the *Clementinae*, the First Constitutions also prohibited baptism to take place outside the parochial church and in private domains⁴¹. However, due to the situation in the Archbishopric and its wide empty areas, with most of the population living in rural areas and a reduced number of parochial churches, the Constitutions regulated some exceptions for this rule, when, for example, for children and adults who were suffering mortal danger to be baptized outside the regular locations.

36 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 126.

37 Concilii Tridentini Canonibus et Decretis Insertae, pp. 327-329 (Sessio XXIV, Decretum de reformation, Caput II).

38 Constituições do Arcebispado de Lisboa, Book 1, Tit. 1, Const. 10, fol. 6.

39 First Constitutions, Book 1, Tit. 20, 70.

40 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 53v.

41 First Constitutions, Book 1, Tit. 13, 43-46.

The other exception was the administration of baptism in chapels. The First Constitutions acknowledge the necessity of building and using them, “because in this Archbishopric, due to the great extension of most of the *freguesias*, some inhabitants live fifteen, twenty days from the parish”, and there the sacraments must be administered; this is why the maintenance of baptismal sinks in the chapels was deemed mandatory⁴². Despite their private nature, chapels had a leading role in the dissemination of the Catholic sentiment in Colonial Brazil, particularly in the large farms where there were no churches. Parishes were extremely wide in some cases, and chapels were the only connection with religiosity in remote locations.

The chapel of Siupé, under the jurisdiction of the *freguesia* of Fortaleza, is an example of one of these chapels. Created by a public deed dated from 1741 by the Sargento-mor Antônio Marques Leitão and his wife Apolônia da Costa⁴³, the chapel of Nossa Senhora da Soledade of Siupé is located in the current territory of the city of São Gonçalo do Amarante, around 60 kilometers from Fortaleza. During the 18th century, this area was located in the edges (*termo*) of the village and held many baptisms, which happened most of the times during the visits made by the parish priest to the chapels in the *freguesia*. The route of the visitation also included the chapel of Nossa Senhora do Livramento in Trairi, built in 1727 and around 120 kilometers from the main church of the *freguesia* of Fortaleza⁴⁴. In 1759, for example, fathers Jose Furtado and Manuel Correia de Ávila visited both chapels and baptized Quitéria, Miguel, Jacinta and Francisca, all of them legitimate children but Quitéria, whose registration indicated only the name of her mother, Ana Dias.

6. Baptizing enslaved

Theologically faced as a regeneration, baptism was a valid instrument to allow men of any age to be introduced to the Catholic faith. Because of its social and economic particularities of the New World, baptism of adults, especially Native Americans and black slaves, was an important measure for the conversion to Catholicism, and therefore the First Constitutions regulated it, in opposition to the silence of the Constitutions of Lisbon on that. Baptism was essentially a question of natural law, as theologians like Suárez and Laymann stated, but it does not dismiss the necessity of the person to be baptized consenting with the administration of the sacrament when they already “uses the reason”. The First Constitutions explicitly required the interested to clearly demonstrate his intention to be baptized or, in other words, to become Christian⁴⁵.

Differently from the dioceses of the Peninsula, norms that regulate other ethnical groups were necessary in Portuguese America, particularly because of the intention of converting them to Christianity. In this matter, the linguistic barrier separating Portuguese, Indigenous Americans and Africans had to be overcome. For the conversion of indigenous people, the Church decided that native languages had to be applied in the conversion by the missionaries. The result was a noticeable production of texts targeted at conversion, such as the 16th and 17th centuries Jesuit manuals of catechesis by José de Anchieta and Antônio de Araújo, which were structured

42 First Constitutions, Book 1, Tit. 11, 37; Tit. 19, 68.

43 For the transcription of the public deed, see Bezerra, 1904.

44 For more information about these churches, see Beserra, 2018, pp. 528-533.

45 First Constitutions, Book 1, Tit. 14, 48-49.

in Tupi language⁴⁶. By using these texts, missionaries did not need to learn proficiently native languages, but only had to repeat the phrases contained in the texts to explain the most relevant topics of Catholic faith before baptizing and allowing them to receive the communion.

For the Africans, however, the process to the conversion was not so well organized in the First Constitutions. They allow those in charge of converting Africans to seek for assistance of translators if the Africans did not know Portuguese language⁴⁷, but there is no word about teaching or providing the priests elementary knowledge on these languages. If the Africans “already have some linguistic knowledge” or when there was an interpreter to explain the basic foundations of Catholic faith, the slaves were supposed to answer some questions in order to check if they were ready to be baptized. These were the questions:

- a) Would you like to have your soul washed by the holy water?
- b) Do you want to eat the salt of God?
- c) Do you put all your sins out of your soul?
- d) Will you sin?
- e) Do you want to be son of God?
- f) Do you put the demon out of your soul?⁴⁸

By the time D. Vide wrote the First Constitutions, almost all economic sectors were indisputably dependent on enslaved labor force, and this dependency was most pronounced in agriculture and mining. This huge enslaved population of the colony had heterogeneous owners, comprising small farmers, people living in the urban settlements, powerful landowners and even religious orders, such as the Jesuits and the Carmelites. Slaves must be included in the catechetical strategy of the Church, but this had to be done without invading the authority of their lords over them.

One of the best solutions for that topic was proposed a few years before the Synod of Salvador by the Italian Jesuit Jorge Benci, who spent many years of his life in Brazil, where he would eventually act, among other things, as the responsible for revising the text of the First Constitutions. His book *Economia Christãa*, which was addressed to the masters of slaves, proposed a solution for this deadlock when it emphasized their role in the *propaganda fidei* in private spaces. According to Benci, the lords were in charge of feeding their slaves not only in a material sense, but also in the spiritual one, meaning that they must care for preservation of appropriate Christian habits inside their lands and among their slaves. In other words: the masters should provide their slaves with Christian education and hence take measures to ensure they would receive sacraments, such as the baptism and marriage.

Benci’s ideas on the duties of lords in educating their slaves had a huge influence on the First Constitutions. The accomplishment of this obligation allowed the priests to baptize the enslaved, including in situations of rusticity, when, despite the measures taken by the lords in providing education, the enslaved were not able to properly understand⁴⁹. Vicars, however,

46 About the normative role of this books, see Cabral, 2020.

47 First Constitutions, Book 1, Tit. 14, 50.

48 First Constitutions, Book 1, Tit. 14, 50.

49 First Constitutions, Book 1, Tit. 14, 55.

had to examine the real situation of the enslaved, in order to ensure that this general allowance given by the First Constitutions would not mean an authorization for the masters to neglect of with this religious instruction before the baptism. This provision of the First Constitutions constituted a harsh criticism to what was then the default: the masters most often carried out the educational duties of their enslaved very badly because they rarely provide direct instruction, and, when they did so, the doctrine was not taught patiently and in steps, as it should be, but all together and hurriedly⁵⁰. In short, the First Constitutions were an effort to turn the masters of slaves into partners of catechesis and consequently in partners in the attempt to build a Christian society in the New World.

By examining Colonial parishes records, it is possible to find abundant information about this sort of filiation. On January 8th, 1738, Maria, daughter of Maria, who was slave of the Father Domingos Ferreira received her baptism in the main church of Fortaleza, with no information about her age and her father⁵¹. Felipe, son of the enslaved Felipa, who lived in the Serra of Uruburetama, at that time in the countryside of the *freguesia* of Fortaleza, was baptized without the indication of his father's name⁵². These two cases are similar to thousands of others all around Portuguese America: enslaved women registered their offspring as a "natural child" without mentioning his or her father, but always nominating the mother's owner. Legitimate filiation among slaves is not abundant in this kind of records.

For that reason, the baptism such as that of Francisca, legitimate daughter of Vicente and Feliciana, both slaves of Colonel Antônio Diniz, in 1747, is a rare occurrence, revealing that, even in remote areas, enslaved couples married according to the law of Church and introduced their offspring in the Christian faith⁵³. Notwithstanding, this is a kind of exception that confirms the general rule: sons and daughters of slaves were mostly natural because their mothers were not married to their fathers, and marriage was a precondition to constituting legitimate offspring⁵⁴. Despite the acknowledgement of the Church, it was not the ideal situation for a Christian society, which had marriage and the procreation as a result of matrimony on its ideal foundation, regardless of the social condition of the Christians involved, which, according to canon law, included slaves, oddly enough it seems in such a violent legal regime.

The analysis of parochial sources enables, as Roberto Guedes and João Fragoso have already pointed out, a better understanding of the social complexities in the Early Modern period (2016, pp. 7-9), particularly in the affairs related to families. For sure the Portuguese standard model of families is found on the sources: free man and woman having biological children within matrimony. Other situations, however, are easily found on baptismal records in places like the *freguesia* of Fortaleza. Single women leading what is nowadays called mono-parental families, such as João, son of Maria Viera da Costa and with unknown father, baptized in For-

50 First Constitutions, Book 1, Tit. 14, 56.

51 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 3v.

52 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 140.

53 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 37v.

54 Illegitimate filiation also comprised the spurious one, that is to say, the children of priests. For an interesting work on this kind of filiation, which was contrary to canon law, but whose acknowledgment was possible under certain circumstances, see Limão Papa, 2020. The Constitutions of Lisbon regulated the baptism of the offspring of priests, stating that, when this situation happened, the baptism might not take place in the church where the father is priest, in order to avoid the scandal. *Constituições do Arcebispado de Lisboa*, Book 1, Tit. 1, Const. 6, fol. 5v.

taleza in 1791⁵⁵; children of a non-married couple, such as Gabriel, son of Antonio Ferreira de Araujo and Teresa de Jesus, baptized in 1762⁵⁶; legitimate sons of an enslaved couple, such as Quitéria, daughter of José and Teresa, slaves of Antônio dos Santos, inhabitant of the Canindé, baptized in 1792. These are some cases that escape the regular familial patterns envisioned and regulated by royal legislation. As a consolidated literature on the history of family and women in Portuguese America has demonstrated, families were often much more complex than the prototypical white man with white woman Christian union within matrimony⁵⁷.

7. Final Words

Central powers in the Early Modern period, like the Crown and the Church, were aware that general rules were not enough to regulate social life, especially in the New World, where different issues demanded specific resolutions that did not fit perfectly in more general frameworks. Based on the idea of specialty, the Council of Trent ordered the adaptation of their norms in the local spaces of Christianity, but it took one and a half century until this was fully carried out. Adaption meant in that context regulating special situations so that ecclesiastical normativities specifically encompassed them.

The analysis of baptism, the first Catholic sacrament, contributes with the understanding that Portuguese America had problems that could be known only by those who lived within that reality, and these very problems might be mitigated by creating the appropriate theological structures. Archbishop D. Vide was the best man to legislate on these matters because he had both canonical and theological knowledge, and he knew the problems of the ecclesiastical province after the visitations he made to the suffragan dioceses and to the parishes under his jurisdiction.

Huge distances, bad infrastructure of churches and chapels, a shortage of clergymen, challenging conversion of indigenous and Africans, and the peculiarities of slavery, which was deeply ingrained in the economical structure of the colony: these were some of the problems incorporated in his legislative work of D. Vide, and the regulation he provided sat upon very solid theological grounds, being deeply inspired by the Catholic tradition, particularly on the laws of other Portuguese dioceses and on the authority of canonists and theologians. The solutions he brought for practical matters, such as the duty of the slave owners in the spiritual education of his slaves, resulted in the maintenance of the status quo in Portuguese America – an excellent situation for land and slave owners, but a terrible one for the slaves. Good or bad depending on the point of view, but, above all, solutions that were compatible with the cultural universe they were meant to regulate.

Consulting baptismal records of a peripheral parish located thousands of kilometers from the head of the diocese and from the metropolitan see was a very effective method in achieving a better understand of how the First Constitutions were actually applied, ascertaining whether their provisions were put into practice as intended by its author and those in charge of approving the text. The registered diversity of people receiving the sacraments demonstrates that

55 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 96v.

56 Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795), fol. 54v.

57 Among many others, see Silva, 1984; Goldschmidt, 2004; Samara, 2004; Silva, 2020.

the First Constitutions succeeded in finding a way to expand Catholic faith to other ethnic and social groups, including those whose labor was explored in the Colonial society. Baptism incorporates people in a social organization based on the belief in a natural order, where everything and everybody had an assigned place and function. Administrating this sacrament correctly, a concern addressed with the First Constitutions, resulted in the expansion of Christianity to even in remote areas that would otherwise have been isolated from this important theological tradition.

8. References

Manuscript Sources

AHU – Ceará, Papéis Avulsos, Box 1, Doc. 36.

Archive of Metropolitan Curia of Fortaleza (ACMC), Freguesia de São José de Fortaleza, Baptisms, Book 1 (1736-1795)

Printed Sources

Barbosa, A. (1650) *Iuris ecclesiastici Universi libri tres*. Sumptibus Philippi Borde, Laurentii Arnaud, & Claudii Rigaud.

Benci, J. (1705) *Economia christãa dos senhores no governo dos escravos*. Officina de Antonio de Rossi.

Bezerra, A. Igreja de Siupé (1904). *Revista do Instituto do Ceará*, 18, 80-85.

Concilii Tridentini Canonibus et Decretis Insertae. Petrum Henningium, 1619.

Constituições do Arcebispado de Lisboa. Belchior Rodrigues. 1588.

Laymann, P. (1626). *Theologia moralis in quinque libros partita*, 3 volumes. Formis Nicolai Henrici.

Suárez, F. (1619). *Tractatus de legibus ad Deo legislatore in decem libros distributes*. Sumptibus Horatij Cardon.

Velarde, P. M. (1743) *Cursus Juris Canonici, Hispani, et Indici duobus tomis distributus*. Fernandez.

Vide, S. M. (1719). *Constituições Primeyras do Arcebispado da Bahia*. Pascoal da Sylva.

Vide, S. M. (2007). *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia*. Senado Federal.

Literature

- Beserra, J. R. T. (2018). *Matrizes e capelas do Ceará. Circularidade e conexões atlânticas: arquiteturas e artífices entre os sertões do norte e Portugal (1700-1820)*. Dissertação (mestrado em Arquitetura, Urbanismo e Design). Universidade Federal do Ceará.
- Boxer, C. R. (1969). *The Portuguese Seaborne Empire, 1415-1825*. Penguin.
- Cabral, G. C. M. (2016). Ius commune in Portuguese America: criminal issues on local canon law in the 'First Constitutions of the Diocese of Bahia' (1707). *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, 13, 307-327.
- Cabral, G. C. M. (2017). Literatura jurídica na Idade Moderna. As decisiones no Reino de Portugal (séculos XVI-XVII). *Lumen Juris*.
- Cabral, G. C. M. (2019). Os Jesuítas e a construção da ordem jurídica: uma contribuição ao estudo da normatividade dos catecismos e confessionários na América Portuguesa (séculos XVII-XVIII). *Nomos*, 39(2), 275-297.
- Cabral, G. C. M. (2020). Jesuit Pragmatic Literature and Ecclesiastical Normativity in Portuguese America (16th-18th Centuries). In Duve, T. & Danwerth, O. (Eds.). *Knowledge of the Pragmatici: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (pp. 151-186). Brill.
- Cardim, P.; Herzog, T.; Ruiz Ibáñez, J.J.; Sabatini, G. (2012), Introduction. In Cardim, P.; Herzog, T.; Ruiz Ibáñez, J.J.; Sabatini, G. (Eds.). *Polycentric Monarchies: how did early modern Spain and Portugal achieve and maintain a global hegemony?* (pp. 3-8). Sussex Academy Press.
- Cobo Betancourt, J. F. & Cobo, N. (Eds.) (2018). *Le legislación de la Arquidiócesis de Santafé en el período colonial*. Instituto Colombiano de Antropología e Historia.
- Decock, W. (2013). *Theologians and contract law. The moral transformation of the Ius Commune (ca. 1500 - 1650)*. Nijhoff.
- Duve, T. (2010). Das Konzil als Autorisierungsinstanz: die Priesterweihe von Mestizien vor dem Dritten Limenser Konzil (1582/83) und die Kommunikation über Recht in der spanische Monarchie. *Rechtsgeschichte*, 16, 132-153.
- Duve, T. (2017). Was ist „Multinormativität“? *Rechtsgeschichte – Legal History*, 25, 88-101.
- Faria, Patricia Souza de (2013). Os concílios provinciais de Goa: reflexões sobre o impacto da "Reforma Tridentina" no centro do imperio asiático português (1567-1606). *Topoi*, 14(27), 218-238.
- Feitler, B., & Souza, E. S. (2011) *A igreja no Brasil: normas e práticas durante a vigência das "Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia"*. UNIFESP.
- Feitler, B., & Souza, E. S. (2010). Estudo introdutório. In S. M. Vide. *Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia* (pp. 8-72). EDUSP.

- Foljanty, L. (2015). Rechtstransfer als kulturelle Übersetzung: zur Tragweite einer Metapher. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 98(2), 89-107.
- Galindo Bustos, J. (2010). *Estudio del aparato de fuentes del Concilio Tercero Provincial Mexicano (1585)*. Colegio de Michoacán.
- Garriga, C. 2007. Orden jurídico y poder político em el Antíguo Régimen. In: Garriga, C., & Lorente, M. (Eds.), *Cádiz, 1812: la Constitución jurisdiccional* (pp. 43-72). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Goldschmidt, E. R. (2004), *Casamentos mistos: liberdade e escravidão em São Paulo colonial*. Annablume/Fapesp.
- Gruzinski, S. (1988). *La colonisation de l'imaginaire. Sociétés indigènes et occidentalisation dans le Mexique espagnol. XVIe-XVIIIe siècle*. Gallimard.
- Guedes, R., & Fragoso, J. (2016). *História social em registros paroquiais [Sul-Sudeste do Brasil, séculos XVIII-XIX]*. Mauad X.
- Hespanha, A. M. (1994). *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político, Portugal – século XVII*. Almedina
- Hespanha, A. M. (2006). Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro. *Quaderni Fiorentini*, 35, 59-60.
- Hespanha, A. M. (2015). *Como os juristas viam o mundo, 1550-1750: direitos, estados, pessoas, coisas, contratos, ações e crimes*. Kindle Direct Publishing.
- Hespanha, A. M. (2019). *Filhos da terra. Identidades mestiças nos confins da expansão portuguesa*. Tinta da China.
- Hespanha, A. M. (2019). *Uma monarquia tradicional: imagens e mecanismos da política no Portugal seiscentista*. Kindle Direct Publishing.
- Jucá Neto, C. R., Andrade, M. J. F. de S., & Pontes, A. F. (2014). A fixação da Igreja no território cearense durante o século XVIII: algumas notas. *Paranoá: Cadernos De Arquitetura e Urbanismo*, 13(13), 27-36.
- Limão Papa, S. K. (2020). *Ser filho sacrílego na Colônia. Cartas de legitimação no Rio de Janeiro Setecentista*. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará.
- Lisi, F. L. (1990). *El tercer concilio limense y la aculturación de los indígenas sudamericanos: estudio crítico con edición, traducción y comentario de las actas del concilio provincial celebrado en Lima entre 1582 y 1583*. Universidad de Salamanca
- Machado, D. B. (1752). *Bibliotheca Lusitana, histórica, critica, e cronológica*, tomo 3. Ignacio Rodrigues.
- Moutin, O. R. (2016). *Legislar en la América hispánica en la temprana edad moderna. Procesos y características de la producción de los Decretos del Tercer Concilio Provincial Mexicano (1585)*. Max Planck Institute for European Legal History.

- Muniz, P. G. M. (2017). *Réus de batina: justiça eclesiástica e clero secular no bispado do Maranhão colonial*. Alameda.
- Nobre, G. S. (1980). *História eclesiástica do Ceará*, 1. Secretaria de Cultura e Desportos.
- Paiva, J. P. (2006) *Os bispos de Portugal e do Império (1495-1777)*. Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Pizzorusso, G. (2012), Il *padroado régio* portoghese nella dimensione “globale” della Chiesa Romana. Note storico-documentarie con particolare riferimento al Seicento. In Pizzorusso, G.; Platania, G.; Sanfilippo, M. (Eds.). *Gli Archivi della Santa Sede come fonte per la Storia del Portogallo in Età Moderna: Studi in memoria di Carmen Radulet* (pp. 157-199). Sette Città.
- Samara, E. M. (2004). *A família brasileira*. Brasiliense.
- Silva, L. S. O. C. (2020). *Nem teúdas, nem manteúdas: História das Mulheres e Direito na Capitania da Paraíba (Brasil, 1661-1822)*. Max-Planck Institute for European Legal History.
- Silva, M. B. N. (1984). *Sistema de casamento no Brasil Colonial*. EDUSP.
- Subrahmanyam, S. (1993). *The Portuguese Empire in Asia 1500-1700. A Political and Economic History*. Longman.

Data de Recebimento: 13/04/2021

Data de Aprovação: 27/04/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Infidencia, el delito que cometieron los insurgentes novohispanos

Inconfidência, o delito cometido pelos insurgentes novohispanos

Infidelity, the offense committed by novohispanos insurgents

Juan Carlos Abreu y Abreu¹

¹ Instituto Nacional de Ciencias Penales (México). <https://orcid.org/0000-0002-1397-2592>

RESUMO

Com a nossa dissertação, fazemos um relato das causas da inconfidência, ou seja, o processo penal iniciado contra os vassalos americanos da coroa espanhola que cometeram o crime de lesa majestade, antes e durante os feitos da independência hispano-americana. O julgamento de réus criminais envolve um discurso jurídico no qual vemos metáforas que valem a pena recuperar para reconstruir a alegoria da emancipação a partir dos argumentos ideológicos que impediram o réu e o juiz na transição do antigo regime para a modernidade jurídica continental.

Palavras-chave: crime de inconfidência; lesa-majestade; monarquia espanhola; insurgência novohispana; independências americanas.

RESUMEN

Con nuestra disertación damos cuenta de las causas de infidencia, o sea, los procesos penales incoados a los vasallos americanos de la corona española que cometieron el delito de lesa majestad, previo y durante las gestas de independencia hispanoamericanas. El enjuiciamiento de los reos de infidencia entraña un discurso jurídico en las que vemos metáforas dignas de recuperar para reconstruir la alegoría de la emancipación a partir de los argumentos ideológicos que trababan el justiciable y juzgador en la transición del antiguo régimen hacia la modernidad jurídica continental.

Palabras clave: delito de infidencia; lesa majestad; monarquía española; insurgencia novohispana; independencias americanas.

ABSTRACT

With our dissertation we give an account of the causes of infidelity [infidencia], that is, the criminal proceedings initiated against the american vassals of the spanish crown who committed the crime of lese majesty, during the spanish-american independence feats. The prosecution of criminal defendants involves a legal discourse in which we see metaphors worthy of recovering to reconstruct the legal historical memory based on the ideological arguments that interfere with the legal and judiciary in the transition from the old regime to continental legal modernity.

Keywords: crime of infidelity [infidencia]; lese majesty; spanish monarchy; new spanish insurgency; american independences.

«No amo a mi patria.
 Su fulgor abstracto
 es inasible.
 Pero (aunque suene mal)
 daría la vida
 por diez lugares suyos,
 cierta gente,
 puertos, bosques de pinos,
 fortalezas,
 una ciudad desecha,
 gris, monstruosa,
 varias figuras de su historia,
 montañas
 y tres o cuatro ríos.»
 «Alta traición»

Jose Emilio Pacheco

I. Exposición de motivos.

[1] Este 2021 se cumplen quinientos años de la caída del México Tenochtitlán y doscientos de la declaración de nuestra independencia y de varias naciones hispanoamericanas hermanas. La ocasión amerita asumir una perspectiva histórico social que inste a vislumbrar *lo jurídico* en un espectro más amplio que el inscrito en la esfera teórica tradicional, incluso, más allá del mero desarrollo de las instituciones y de la técnica forense propia de ese compás de tiempo histórico. Ahora bien, sin abandonar nuestros asideros básicos en la historia del derecho, abordamos aquí el fenómeno jurídico con una óptica más compleja e integral, inmerso en el escenario cultural que le alimenta y al que acude irremisiblemente. Nos entregamos a la generosa amplitud interpretativa que nos obsequia una historia social del derecho, que permite contemplar al fenómeno jurídico como *discurso* que produce *metáforas*, conviviendo dialécticamente con diversas instancias ideológicas, políticas, económicas y sociales que, con sus implicaciones y consecuencias, integran toda una cultura jurídica continental.

[2] En esta ocasión queremos ofrecer otra lectura del “punto de ignición” del proceso independentista, para ello, tomamos como pretexto las causas de *infidencia*, a fin de delinear, desde el muy breve ámbito de nuestras pesquisas: (i) un *discurso político* fundado en *metáforas* que evidencia el conflicto entre las posturas ideológicas del acusador frente a las del inculpatado, que se manifiestan en las actuaciones procesales, (ii) las acciones insurgentes concretas calificadas como delito de *lesa majestad* a la luz del juzgador *realista*, así como (iii) las instituciones procesales *ex professo* para este delito político de *lesa majestad*.

II. Aproximaciones a una noción de infidencia.

[3] El imperio español tenía como principio fundamental la fidelidad de los súbditos al monarca, por lo tanto, la *infidencia* implicaba la comisión de un delito que atentaba contra el estado y los derechos del soberano, en este sentido, cuando hablamos de *causas de infidencia*, aludimos a los procesos penales que los representantes de la corona incoaron contra los vasallos que realizaron actos de hostilidad y desobediencia contra la autoridad constituida o, más aún, osaron tomar las armas. Varios colaboradores o implicados en los levantamientos independentistas en la Nueva España fueron sujetos a estos enjuiciamientos, luego entonces, conocer de las causas penales que se orquestaron para procesarlos, nos permite interpretar: (i) las motivaciones que provocaron la insurrección, (ii) el discurso ideológico que dio sustento a las revueltas, y (iii) los argumentos que esgrimieron las autoridades *realistas* para condenarlos.

[4] Abordar así las causas de infidencia, puede permitirnos desbrozar los conflictos ideológico, político y social imperantes en la etapa final del absolutismo borbónico en Hispanoamérica, pues conceden conocimiento de: (i) las acusaciones con que se incriminaba a los reos juzgados por ese delito, (ii) las pruebas en las que se fundaban dichas acusaciones, (iii) los medios de defensa con que contaba el reo, (iv) las ideas que alimentaban el ánimo *insurgente*, (v) los canales que utilizaban para expandirlas, (vi) los límites del compromiso ideológico, (vii) el alcance de las lealtades, (viii) quiénes y cómo recibían y trabajaban las ideas revolucionarias, (ix) cómo se fraguaban las conspiraciones, (x) cómo se planeaban las campañas rebeldes; entre otras tantas cosas que han descuidadas o, peor aún, tergiversadas por la historiografía oficialista.

[5] Durante el primer cuarto del *diecinueve*, las causas de infidencia en la Nueva España se juzgaban por: a) la Real Sala del Crimen, que las ventilaba dentro de sus funciones como parte de la Real Audiencia y Chancillería de México (Abreu. 2007, p. 30) y, b) el Tribunal de Infidencias que se constituyó en 1809, con el propósito de vigilar, perseguir y castigar a todos los que de alguna manera no eran «adictos» al gobierno español. Este tribunal no logró desahogar el cúmulo de causas que se le presentaron y llegado el momento en que se agravó la situación política a partir de los primeros triunfos de la campaña insurgente, los delitos se juzgaron sin mayor formalidad, en el mismo lugar donde se presentaban. Atendiendo a ello, en 1814, el virrey dio facultad a la Real Sala del Crimen para ampliar su jurisdicción en las causas de infidencia.

[6] La voz *infidencia* tiene como raíces etimológicas: *in* [privación], *fidencia* [confianza], entraña la falta a la *confianza debida* a otro, más aún, implica transigir con los enemigos para perjudicarlo, por lo tanto, ser infidente en tierras indianas implicaba no ser fiel a la corona española, más aún, ser «insurgente», implicaba atentar en contra de los derechos del rey y la seguridad propia del estado. Las autoridades realistas que juzgaban los delitos políticos abonaron a la nomenclatura forense en las causas de infidencia con términos como: «sedicioso», «subversivo», o «revolucionario», en la medida en que el conflicto se fue intensificando y el temor de la corona española a perder los territorios americanos se hizo cada vez más evidente.

III. La delgada línea entre *lealtad* y *traición*.

[7] *Lealtad* y *traición*, son conceptos que entrañan ideas de virtud y de delito, en apariencia bien definidas, sin embargo, ambas auspician actitudes espirituales y estados de conciencia

de muy vagos contornos. Como todo valor, están vertebrados a una axiología moral o ética y quedan sujetos a lo que la realidad social se impone en un tiempo y un lugar determinados. El aura confusa que reviste los términos, debido la carencia de referentes nítidos y estables, siempre nos complicará la aproximación pues no disponemos de una tabla universal de valores con vigencia inequívoca. A guisa de ejemplo, a mediados del *diecinueve*, la Real Academia Española de la Lengua reconocía *lealtad* en «*el buen porte de una persona con otra en cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las de honor y hombría de bien*»; para amarrar el concepto, la voz *fidelidad* hallaba como definición «*lealtad, observancia de la fe que uno debe a otro*». Hoy se nos antoja anacrónica y caduca esta definición.

[8] La fuerza que contiene la palabra *lealtad* se diluye por vía de la sinonimia, a través de términos como «fidelidad», «devoción», «adhesión», «constancia»; luego, cuando la constancia se agota la sustituyen la «disconformidad» y el «disimulo», la «antipatía», la «repugnancia», la «desafección», la «enemistad» y, a lo último, la «oposición», que cierra el ciclo de la «discrepancia»; la «ruptura» comienza quizá en la «incompatibilidad y el «antagonismo», y permite la «intriga», la «desobediencia», la «impugnación», la «rebeldía», la «infidelidad», la «defección», el «perjurio», y por último, la «traición». Así pues, el «traidor», es aquél que se adhiere a una tendencia contraria al régimen de estado, asume que atenta contra la clase gobernante detentadora del poder que, con la finalidad de conservarse, calificará sus acciones como la comisión de un *delito político*.

IV. La traición como delito político.

[9] Desde la antigüedad en Occidente, cualquier actividad que denotara heterodoxia política, así como una diversidad de conductas contrarias al estado, aunque no tuvieran la intención de cambiar las estructuras gubernamentales, comportaba el calificativo de *lesa majestad*, y ameritaba como castigo penas atroces e infamantes. Así, la civilización romana creó mecanismos para su defensa y para la represión de insurrectos, por lo que tipificó los delitos contra el estado, que identificó con el nombre de *perduellio* (Mommsem, 2019, p. 341), que tendría el significado de “guerra mala” o perversa, contra la *patria*, y comprendía hechos tales como: (i) unirse al enemigo, (ii) llamar a los enemigos a combatir contra la patria, o (iii) desertar de los ejércitos. La jurisdicción del delito correspondía al estado, pues era considerado *crimina publica*, y en la medida en que atentaba contra los bienes jurídicos de la comunidad, no admitía la composición y se sancionaba con la pena de muerte. Se acuña el término crimen de *lesa majestad*, a partir de la *Lex Apuleya* y extendido por la *Lex Cornelia de Majestatis*, a todo acto hostil contra el estado. La analogía en la creación del tipo penal y la despersonalización de la pena, que se hacía extensiva a los familiares del delincuente, eran los principios que gobernaban la represión del *delicto de majestatis*.

[10] En un principio, los delitos de *lesa majestad* se limitaban a: (i) entregar a un ciudadano al enemigo, (ii) crear enemigos, (iii) perturbar la seguridad pública con reuniones clandestinas, (iv) excitar a los ciudadanos a la sedición y (v) hacer alianzas con el enemigo y contra la patria. Tiberio agregó múltiples figuras al delito y aumentó la severidad de las penas, así pues, tipificó los más extraños hechos: (i) vender o quemar estatuas del emperador ya consagradas, (ii) golpear a un esclavo delante de la estatua de Augusto, (iii) pronunciar discursos contra emperadores difuntos, (iv) portar insignias cuyo uso estaba reservado al emperador, y (v) elaborar y portar el traje purpúreo imperial.

[11] En el derecho castellano medieval, tanto en Las Partidas alfonsinas como las Leyes del Estilo (1221-1284), consignaban la traición de «*tornadizos*», que se entendía como la mera ruptura de un lazo personal y merecía censuras, pero no despertaba indignaciones profundas ni duraderas, pues no dejaban de invocarse viejos precedentes del derecho germánico, que autorizaban al vasallo, no sin condiciones, a «desnaturarse» de su señor. Más severo fue el legislador en el Ordenamiento de Alcalá (1348), con esta definición: «*Traición es la más vil cosa que puede aver en el corazón del ome, é nacen della tres cosas que son contrarias a la lealtat, que son estas: mentira, e vileza, e tuerto*» y entre las maneras de incurrir en traición, señala: «*si alguno se pone con los enemigos para guerrear, o facer mal al Rey, o al Reyno, o los ayudan de fecho, o de conseio*».

[12] Ya para el mundo hispano indiano, la traición como delito de *lesa majestad* se acomoda con el término *infidencia*, «*yerro que fase ome contra la persona del Rey*» (Briceño, 1961, p. 9), en tanto alude a los vasallos que realizaron actos de hostilidad y desobediencia contra la autoridad constituida, más aún, osaron levantarse en armas. Incluso la voz *infidencia* siguió utilizándose a lo largo del *diecinueve*, y buena parte del *veinte*, para identificar los delitos cometidos por militares rebeldes, y precisamente por ello, recayó en el ámbito del *fuero castrense*, que le concedió una mutación del delito de *lesa majestad* al delito de *lesa patria*. De origen, asumimos en el fondo de la materia una curiosa circunstancia, pues si bien el término entraña una conducta especial, al mismo tiempo atiende procedimentalmente a una apreciación más general y abierta, de manera tal que no precisa lo que hoy entenderíamos como *tipo delictivo*, en concreto. Temprano *el diecinueve*, aún bajo el régimen colonial el término *infidente* es recurrente en los reos acusados de estar a favor de la intervención napoleónica en la península ibérica. Esto se observa señaladamente en expedientes que van de 1809 a 1812, con un extenso número de denuncias del delito, por sospechas de ser partidarios de los franceses o expresarse a favor de ellos, sin embargo, este criterio mutó cuando la tensión social se hizo mayor, pues a cualquiera se le juzgaba por infidente por cualquier motivo que tuviera alguna relación con los insurgentes.

V. 1808, “caldo de cultivo” de infidentes.

[13] 1808 precipitó acontecimientos en España y en sus colonias americanas, que dieron motivos para que las autoridades realistas pusieran en tela de juicio la fidelidad de cualquiera frente al gobierno monárquico, si bien las colonias siguieron expresando lealtad al rey, diversos factores intranquilizaron a los gobernantes españoles, perplejidad que se incrementó mucho más, después de las sublevaciones que se presentaron en toda la América española, a partir de 1810, fue por tal razón que se catalogó a la infidencia como un *delito político* que atentaba contra la seguridad del estado y los derechos del soberano.

[14] Merced la abdicación de los borbones, la monarquía quedó acéfala, ello repercutió en graves tensiones en las posesiones ultramarinas. El ideal de libertades que flotaba en el ambiente engendró en la población el interés por *saber y hablar* sobre los acontecimientos. Fue caldo de cultivo para que las personas de distintas condiciones sociales debatieran sobre los temas políticos. Las élites criollas, animadas por el pensamiento ilustrado, vieron propicio el momento para sacudirse los privilegios coloniales que durante tres siglos los había subordinado al desdén de las autoridades que provenían de la península. En plena crisis de 1808, los representantes de los criollos novohispanos en el Ayuntamiento de la Ciudad de México, hicieron un pronunciamiento incendiario de autonomía y acudieron como argumento justificativo

de su discurso la teoría pactista foral, que sostenía que al no haber rey la soberanía recaía en el pueblo, apoyados en las tesis de los juristas y teólogos de la *segunda escolástica* (Abreu, 2009, p. 185). La preocupación por legitimar su proyecto político y deslegitimar al del opositor fue la estrategia discursiva tanto del *bando realista*, como del *independentista*. La *legitimidad* aquí, está relacionada con la manifestación de argumentos defensivos y justificativos, pues busca explicar por qué se piensa o hace y por qué tal acción es razonable y aceptable socialmente. Con el uso de estrategias discursivas el bando realista logró justificar sus acciones para deslegitimar las de los grupos insurgentes y, viceversa, luego entonces, vemos que el *discurso* como *acción social*, siempre será susceptible de legitimarse o deslegitimarse (Van Dijk, 1999, p. 325).

[15] Este efervescente y convulso escenario de debate de ideas fundamentales, de disidencia, de temor a las delaciones, de exaltados anhelos libertarios, ve testimonio en los expedientes de los juicios de infidencia, donde concurren *juzgadores* y *justiciables* (Torres, 2010, p. 544) y que albergan diversos documentos incorporados como *prueba* del delito (cartas y papeles anónimos o firmados bajo seudónimos); así como *declaraciones* en que el *denunciante* afirma que el *acusado* se expresó en términos contrarios al rey, a las autoridades reales y los españoles europeos (peninsulares), de este modo, los procesos judiciales nos ofrecen información en más de un sentido, debido a la pluralidad de *voces* contenidas en ellos. Hacemos pues, pequeñas incisiones con el filo de una *historia conceptual del derecho*, que nos deja ver algunos aspectos de *lo público* y que, algunas veces, dicen tanto o más de los *jueces*, que de los propios *justiciables*.

VI. La infidencia en la cultura política colonial.

[16] Entendemos *lo político* como el espacio donde la sociedad reflexiona sobre sí misma, donde concurren los diversos actores sociales inscritos en los procesos de socialización que, a través de su interacción, organizan las racionalidades que se manifiestan como transformaciones institucionales. En este sentido, *lo político* asume *conceptos* como: «ley», «estado», «nación», «justicia», «identidad», «diferencia», «ciudadanía», «civilidad», en suma, de todo aquello que constituye la *polis*, incluso más allá del campo inmediato de la contienda por el ejercicio del poder, la acción gubernamental cotidiana y el funcionamiento de las instituciones (Rosanvallon, 2003, p. 20), pero ello no se reduce a ideas o nociones teóricas, sino que, visto como *cultura política*, incorpora «pasiones», «sentimientos», «fobias» y «temores». Los testimonios que ofrecen las causas de infidencia evidencian una cultura política que no solamente asumimos desde una perspectiva *conceptual*, más aún, nos llaman a inquirir en *lo pasional* y *lo sentimental*, de esta forma incorpora «conocimientos», «experiencias», «percepciones», «creencias», «imágenes», «opiniones», «actitudes», «afectos», «temores», «deseos», «expectativas», «preferencias», «anhelos», así como la valoración que los actores políticos tienen respecto de las esferas del poder.

[17] El variopinto *contexto* que concede la cultura política novohispana de fines del *diecinueve* (Abreu, 2015), nos permite abordar teóricamente al *texto*, entendiéndolo aquí bajo la condición de *discurso* en nuestros infidentes. Así pues, los textos de la infidencia están inscritos en una compleja diversidad de expresiones escritas o verbalizadas que pueden ir desde las más pedestres, vulgares y mundanas, hasta las más elaboradas, de acuerdo con las normas de género literario autorizadas por el mundo letrado de la época, por lo tanto, observamos una amplia gama de textos por los que fueron sujetos a proceso. Con la intención de delimitar las *áreas de sociabilidad* en que trascendió el texto de la infidencia, nosotros identificamos: (i)

el *espacio intelectual*, que son los discursos teóricos y filosóficos con fuerte carga ideológica insurgente, como sermones y proclamas que se ventilaban en los cafés, las tertulias o el púlpito; (ii) el *espacio gremial*, que entiende una jerga propia de las profesiones y oficios; (iii) el *espacio íntimo*, como la relación epistolar; (iv) el *espacio anónimo*, como los panfletos; o, (v) el *espacio popular*, aquel que se da cita en los mercados, las pulquerías, las pulperías y las cantinas, lugares idóneos para la majadería, la discusión airada, la bravata y la pendencia.

VII. La infidencia como metáfora.

[18] Las figuras retóricas nos son de interés, en tanto herramientas de análisis del discurso político y jurídico que permiten delinear las estrategias discursivas de la insurgencia para convencer y persuadir a la gente para unirse a favor de *la causa*. La retórica tiene como finalidad lograr un uso efectivo de las palabras, ya que estudia la dimensión persuasiva del lenguaje y, más específicamente, explica las propiedades del *discurso* que pueden hacer más efectiva la comunicación. Una de las figuras retóricas que reiteradamente aparece en los discursos de los infidentes es la *metáfora*, entendida como lenguaje figurado con que se sustituye un término o concepto por otro, cuya significación entraña una relación de analogía, es decir, que existe entre ellos similitud. Con frecuencia se analiza la metáfora como una figura literaria y estética que nos ayuda a embellecer el discurso político y jurídico, sin embargo, van más allá, pues trasciende al plano cognitivo donde el pensamiento y los conceptos se forman, procesan y desarrollan, es decir, los conceptos se estructuran, en gran parte, metafóricamente y las personas se expresan mediante metáforas que pertenecen a su sistema conceptual. La idea de que las metáforas puedan crear la realidad va contra su concepción tradicional, pues se le ha considerado una simple acción de lenguaje, más que un medio de estructurar primariamente nuestro sistema conceptual. Es cierto que las palabras por sí solas no cambian la realidad, pero los cambios en nuestro sistema conceptual cambian nuestra realidad y afectan las formas en que percibimos el mundo (Lakoff y Johnson, 1980, p. 187). La metáfora es pasillo y frontera entre registros discursivos heterogéneos como la literatura y la historia, la filosofía y el mito, la teoría y el sentido común, *lo jurídico* y *lo social*. Mediante la metáfora se produce alteración, simulacro, parodia, enajenación y burla. Lo que se dice metafóricamente sólo epidérmicamente se asemeja a la legalidad y al orden jurídico, pero secretamente los evade, pues bajo la superficie visible encontramos resistencia e insubordinación.

[19] Los testimonios que obtenemos de las causas de infidencia son pronunciamientos fragmentados que fueron manoseados por los funcionarios realistas, luego entonces, no podemos hablar de un discurso único, sino de la conformación de *niveles discursivos* de acuerdo a los actores que intervinieron en los procesos. Así pues, tenemos el discurso sobre la infidencia: (i) que construyeron las autoridades reales; (ii) el pronunciado por los líderes e ideólogos de la insurgencia a través de opiniones orales y escritas; y, (iii) el que la gente del común -o sea, no perteneciente a los círculos de poder-, que recogía y luego exteriorizaba a través de los «*dichos*» y «*habladurías*», que se comentaban en los diferentes espacios de su cotidianidad. Estos discursos arrojan una serie de elementos que nos permiten identificar diversas: (i) intenciones, (ii) formas de entender el mundo, y (iii) posturas políticas en los acusados de infidencia. El proceso de transformación histórica que se observa con mayor dinamismo a inicios del *diecinueve*, obligó a los actores políticos a crear y construir una serie de valores sociales, políticos, culturales, que fueron reproducidos.

[20] Los infidentes reorganizaron la realidad a matabalho y a contrapelo, mediante el uso de la metáfora en el discurso cotidiano, dando sentido a sus nuevas prácticas sociales inmersos en un escenario conflictivo y de grandes zozobras, pues la monarquía española ya no concedía ningún tipo de estabilidad. La crisis cifraba una coyuntura de incertidumbre provocada por: *a)* la dilución del poder absolutista de la monarquía hispana, y *b)* por las aspiraciones de las élites, tanto peninsulares como criollas, que luchaban por imponer su hegemonía en el nuevo escenario. Este contexto exigía discernir y dar fundamento a la nueva realidad, poniendo a prueba el bagaje de elementos teóricos que hicieran comprensible los acontecimientos que estremecían el andamiaje colonial.

VIII. Las fuentes de las causas de infidencia.

[21] Los fondos documentales que contienen causas de infidencia son de invaluable testimonio para indagar en los procesos de independencia, por: *a)* el volumen de su documentación, *b)* ser una fuente escasamente estudiada, y *c)* porque es la memoria escrita del sentir de una época de coyunturales cambios. Ciertamente, se han revisado y publicado algunos fragmentos de estos procesos causas de infidencia en diversas naciones hermanas latinoamericanas, sin embargo, ahora recurrimos solamente a los más autorizados de Venezuela y México, merced la literatura con la que nos hemos familiarizado. En ambos encontramos algunos trabajos con perspectivas diversas, pero nada que permita una mirada comparativa en la casuística hispanoamericana. Para el caso venezolano tenemos, a guisa de ejemplo: *(i) Causas de Infidencia: documentos inéditos relativos a la Revolución de la Independencia* (1917), edición dirigida por Laureano Vallenilla Lanz; *(ii) Las causas de infidencia* (1960), dos tomos con un estudio preliminar de Mario Briceño Perozo, publicados por la Biblioteca de la Academia Nacional de Historia; *(iii) Los infidentes del Táchira (contribución a la Independencia)* (1961), del propio Briceño Perozo; y, *(iv) Próceres Trujillanos. Obra dedicada al estudio de la antigua Provincia trujillana* (1971) de Vicente Dávila. Sin embargo, no hay estudios profundos que tomen como centro del análisis estos documentos, pues sólo encontramos meras referencias a ellos, especialmente en relación con el tema militar, las guerras y los héroes de las batallas. En el caso mexicano el panorama no se muestra más claro, pues apenas tenemos: *(i) Martirologio de algunos de los primeros insurgentes por la libertad e independencia de la América mexicana, o sea, prontuario e índice alfabético de varios individuos eclesiásticos y seculares de quienes se habla en las causas de las conspiraciones de abril y agosto de 1811, o que resultan mas o menos indiciados de adhesión al Partido de los rebeldes en otros expedientes de infidencia, o por la opinión común y general* (1841), de Carlos María de Bustamante; *(ii) Fr. Gregorio de la Concepción y su proceso de infidencia* (1911), publicación del Archivo General de la Nación, dirigida por Luis González Obregón; *(iii) Documentos históricos mexicanos [Texto impreso] :obra conmemorativa del primer Centenario de la Independencia de México* (1910), obra que consta de cinco volúmenes, de Genaro García; y, *(iv) La Colección de documentos para la Historia de la Guerra de Independencia de México, 1808-1821* (1877-1882), de Juan E. Hernández y Dávalos.

[22] El abordaje de fuentes de las causas de infidencia es para nosotros el pretexto para una aproximación a la realidad jurídica indiana en los albores del *diecinueve*, envuelta en un escenario de guerra donde los sujetos que participaron en el conflicto adquieren voz. Ciertamente, es ahí donde le vemos el encanto a nuestras pesquisas, pues de primera instancia pretenderíamos conceder la voz a aquellos sujetos sepultados en el legajo del archivo judicial que han

sido abandonados a los silencios del pasado, pero nuestra historia del derecho no se reduce al sujeto, ni respeta el umbral de las instituciones, va más allá, por ello nos sabemos críticos a la interpretación *ad litteram* de la fuente directa, en la medida en que no se trata propiamente de la voz de los sujetos, así pues, nos atrevemos a dar un paso más, damos voz al *proceso*, que se desarrolla en el *espacio forense (theatrum iudicum)* donde concurren las voces de los abogados, del escribano y el juez, que formulan argumentos para los alegatos, que esgrimen estrategias litigiosas y que convienen declaraciones y testimonios, que manipulan las indagatorias y los elementos probatorios para, al final, emitir una resolución, una sentencia; ellos son las figuras que dentro de un marco de simbología, conforman la alegoría de la cultura jurídica oficial, cuya intermediación dificultará la labor de quien intenta acercarse a las voces de la gente del común. Si bien, las voces contenidas en estos documentos están mediadas por las formas de poder propias del sistema judicial, por otro lado, constan en diversas actuaciones las acusaciones que los *denunciantes* hicieron ante los escribanos y las respuestas que dieron e *indiciados* en los interrogatorios, todos ellos sugieren los sentimientos, preocupaciones e intuiciones de los sujetos involucrados, así, ofensas, insultos y temores quedaron plasmados en estos expedientes, un verdadero jardín de lenguaje vernáculo.

[23] Tomar los expedientes judiciales para hacer la apología al héroe patrio, es labor muy distinta a interpretar a partir del legajo, la rica veta de hechos y derechos, deducciones e inferencias, relatos y conjeturas que constituyen el proceso jurisdiccional, más aún, cuando se pueden escuchar los silencios, o sea, lo que no se dice, encubierto bajo el capelo de la estrategia argumentativa en la contienda judicial. No se puede ocultar que en los juicios se dan grandes distancias entre “la verdad” y “las verdades”, entendamos pues: *a)* la *verdad procesal*, que se construye en el expediente, mientras que, *b)* la *verdad extraprocesal*, está por fuera del expediente. Resulta bizantino discutir acerca de la verdad del hecho histórico, esa verdad quedó atrás, *post res perditas*, discutimos acerca del hecho histórico traducido narrativamente se postule, esto es, los “hechos contados” que fueron evocados y plasmados como declaración en el pliego, por ello, damos cuenta algunas causas de infidencia específicas, que hemos identificado en el Ramo Infidencias del Archivo General de la Nación (AGN), con la finalidad de robustecer nuestras pesquisas y entender voz del proceso: *(i)* Operaciones de Guerra: *a)* «Bando de indulto dado por Calleja en San Juan del Río, en noviembre de 1810 y correspondencia relativa. Informes dados al Virrey Venegas y al general Calleja, de diversos movimientos insurgentes» [Operaciones de Guerra, volumen 12, expediente 1, año inicial 1810-año final 1820]; *b)* «Solicitudes de presos acusados de infidencia. Oficios de remisión de causas por infidencias (las causas no están en el tomo). Solicitudes de captura José María García de Oleso, acusado de infidencia, pidiendo su libertad. Autógrafos del Pensador Mexicano D. José Fernández de Lizardi, al Virrey Calleja, acerca de su prisión en 1813, en que figura Doña Leona Vicario. Ejemplares impresos de “El Liberal a los bajos escritores”, y correspondencia relativa» [Operaciones de Guerra, volumen 12, expediente 1, año inicial 1810-año final 1820]; y, *c)* «El Coronel José Gabriel Armijo, remite cuatro oficios, uno sobre resolución del auditor para los reos de infidencias; segundo, sobre el cura de Techan; tercero, sobre correspondencia y cuatro, sobre la rendición del fuerte de Alambré» [Operaciones de Guerra, Volumen 79, Foja 207, Expediente 110, Año inicial 1817-Año Final 1817]; *(ii)* Gobernación: *a)* «Sección s/s México. Gobierno del Distrito Federal. Copias mecanuscritas de Causas formadas por infidencias contra el gobierno monárquico» [Gobernación, volumen 39, expediente 5-1, año inicial 1822]; *b)* «Índice alfabético de asuntos diversos: entre 1821 y 1823: nombramientos, tropas, procesos contra militares, Santa Ana, infidencias, Iturbide y familia, abdicación, gastos secretos, parto de la Emperatriz, diputaciones» [Gobernación, volu-

men 55, expediente 11/1, año inicial 1821-año final 1823, sección: indefinida]; (iii) Bandos: *a*) «Rebeldes. Circular en que se previene a los comandantes militares del distrito de este virreinato que las causas de los reos de infidencias sean juzgadas por el Consejo de Guerra de la División Aprensora» [Bandos 11, volumen 29, expediente 30, fojas 81, julio de 1817]; *b*) «Bando que ordena que las causas de infidencias se registren en el sumario y lo remitan sin perdida de tiempo a las audiencias territoriales de México» [Bandos 1, volumen 31 expediente 41, fojas 41, enero de 1812]; *c*) «Infidencia. Bando haciendo relación de las marchas que hizo a este reino el traidor Mina, apóstata Mier y sus secuaces, ofreciendo premios por su aprensión» [Bandos, volumen 29, expediente 31, fojas 82 fecha: julio 12 de 1817]; y, *d*) «Infidencia. Circular acompañatoria del Bando haciendo relación de las marchas que hizo a este reino el traidor Mina, apóstata Mier y sus secuaces, ofreciendo premios por su aprensión» [Bandos, volumen 29, expediente 32, fojas 83, fecha: julio 12 de 1817]; (iv) Criminal: *a*) «Delito: Expediente. Que contiene el incidente que se suscitó en la causa que se les tomó a varios individuos presos por infidencias (Mariano “El Tlacoichi”, Ponce y Ancidio). Lugar: Toluca» [Criminal, volumen 217, expediente 15, fojas 228-234, año 1810]; *b*) «Delito: Sospechosos de infidencias, acusados: Joaquín Cortés, Ramón Albino Morales y Nicolás Miranda, Lugar: México» [Criminal, volumen 241, expediente 3, fojas 76-105, fecha: año 1812]; *c*) Delito: «Infidencias; acusada Doña Manuela de la Vega; Afectado: Nicolás Córdova de Peña, teniente coronel de los rebeldes; lugar: Veracruz» [Criminal, volumen 531, expediente 12, fojas 165-170, año 1821]; (v) Incidente de Guerra: «Donaciones hechas por militares a sus deudos; Dotes para matrimonios, sumarias por diversos delitos: infidencias, narración de la muerte del Coronel Don Juan de Mendoza, Gobernador y Capitán General del Nuevo Reino de Andalucía y provincia de Sinaloa, en un ataque de los indios seris» [Incidente de Guerra, volumen 109, fecha 1815-1819]; (vi) Infidencias: «Útiles. Diligencias practicadas con motivo de haber sido denunciados el Subdelegado de Cuautla de Amilpas y el Cura Párroco, de mantener aquel pueblo en constante inmoralidad, con su mal ejemplo y tolerancia. No se procedió contra ninguno de ellos, porque se reconoció que la denuncia era calumniosa. Sin embargo, en 1811, el fiscal ordeno que, en lo referente al cura, se tuvieran presentes las anteriores diligencias, por haberse recibido una nueva denuncia referente a que había dicho que los habitantes del pueblo no deberían temer que entraran ahí los insurgentes, porque el “liberaría a sus personas e intereses”, sólo por esta última razón esta este expediente entre los procesos de infidencias» [Infidencias, volumen 4, expediente 2, fojas 45, años 1809-1811]; (vii) Causas en general: *a*) «Delito: Infidencia; acusado el BR. Pedro de Lara; lugar México» [Criminal, volumen 91, expediente 9, fojas 184-198, año 1811]; *b*) «Delito: Infidencia; acusado el BR. Pedro de Lara; observaciones Continuación del caso. lugar México» [Criminal, volumen 91, expediente 10, fojas 199-233, año 1811], *c*) «Delito: Infidencia; acusado Juan Domingo Castrejón; afectados el pueblo de Amecameca. lugar: México» [Criminal, volumen 91, expediente 11, fojas 234-264, año 1810]; *d*) «Delito: Infidencia; acusado Rafael Hernández. Afectados: Los patriotas; lugar Puebla» [Criminal, volumen 91, expediente 11, fojas 234-264, año 1810]; *e*) «Delito: sospecha de ser insurgente. Acusado José Julián Artega; observaciones: en el fichero el asunto es por infidencia; lugar México» [Criminal, volumen 200, expediente 14, fojas 399-416, año 1811]; *f*) «Delito: por Infidencia (ser Insurgente); acusado Pascual de los Reyes, lugar Xochitepec» [Criminal, volumen 204, expediente 11, fojas 206-232, año 1810]; *g*) «Delito: sospechoso de Infidencia (participar en la insurgencia); acusado el Bernardino Manjarréz; observaciones en el fichero el año es 1873. lugar México» [Criminal, volumen 218, expediente 14, fojas 418-537, año 1813]; *h*) «Delito: Infidencia (sospechosos de ser insurgentes); acusados: Juan Santos (alias “Pájaro”) y Sixto Syles; lugar: Coyoacán» [Criminal, volumen 232, expediente 23, fojas 447-468, año 1819]; *i*) «Delito: sospecha de Infidencia (Insurgentes); acusados: Agustín Mendoza (Gober-

nador) y Mateo José Luna (fiscal); afectado: José Martín de Apunte (Aponte) lugar: San Agustín de las Cuevas» [Criminal, volumen 236, expediente 28, fojas 316-354, año 1811]; y, j) «Útiles: Sumaria instruida por el Juzgado Militar de San Luis Potosí, contra Fr. Joaquín Balderas Prior del Convento de San Juan de Dios, acusado de Infidencia; acusado el BR. Pedro de Lara; observaciones Continuación del caso. lugar México» [Infidencias, volumen 2 expediente 14, fojas 71, años 1811-1816]; y, (viii) Aspectos procesales y administrativos de las causas de infidencia: «Delito: Carta del virrey Félix María Calleja, al Regente de la Real Audiencia: Orden sobre que los reos de Infidencia que merezcan ser confinados a presidios ultramarinos, no se les destine a la Habana sino a las Filipinas: y se pone en conocimiento de los Sres. Fiscales de la Audiencia de México. Lugar México» [Criminal, volumen 58, expediente 2, fojas 52-79, año 1814].

IX. Las instituciones encargadas de juzgar los delitos de infidencia

[24] En la Nueva España, la infidencia fue juzgada por la Real Sala del Crimen de la Real Audiencia y Chancillería, pero el crecimiento exponencial de casos a principios del *diecinueve* obligó a constituir la Junta de Seguridad y Buen Orden, un organismo con jurisdicción especial para instruir las causas de infidencia y con el propósito de vigilar, perseguir y castigar a todos los que de alguna manera no eran «adictos» a la corona española. Si bien el tribunal se constituía por tres oidores, al poco tiempo se vio rebasado, pues no logró atender el universo de casos que se presentaron, por ello muchos expedientes quedaron abiertos e inconclusos, más aún, los llegaron a juzgar sin mayor formalidad, y aunque la Real Sala del Crimen ejercía *facultad de atracción* de los asuntos relevantes, más aún, de inmediato se creó una Junta Auxiliar en Guadalajara, por orden del virrey Félix Calleja, apenas después de su ocupación a manos del cura Miguel Hidalgo, en 1811, todo aquello no alivió la cosa (Ibarra, 2002, p. 255). Acudimos aquí a la evidencia de archivo:

(i) «Bando del Arzobispo virrey referente a la creación de la Junta de Seguridad y Buen Orden que había de conocer de las causas y negocios de infidencias» (1809):²

«Como la institución de la Junta se dirige a preservar de cualquiera contagio los puros sentimientos generales de unión, orden y fidelidad, animados por un odio santo a las perversas maquinaciones del enemigo, por el amor mas justo a nuestro desgraciado Monarca, y por la sumisión mas respetuosa a la sabia Junta que gobierna la Nación en su Real nombre, procederá el expresado Tribunal contra todos los que intenten alterar estas solidísimas bases de la felicidad pública, sean cuales fueran los medios de que se valgan; y sin excepción alguna de clase, estado o fuero, observando en cuanto a las personas eclesiásticas las ultimas Reales disposiciones y prácticas de la materia.

Corresponderán consiguientemente a su jurisdicción y conocimiento de todas las causas y expedientes que se hayan formado o se formen sobre el delito de adhesión al partido francés, y sobre papeles, conversaciones, o murmuraciones sediciosas o seductivas con todas sus conexiones e incidencias».

² Bando del Arzobispo virrey referente a la creación de la Junta de Seguridad y Buen Orden que había de conocer de las causas y negocios de infidencias. Archivo General de la Nación, México, Ramo de Infidencia, vol. 128, exp. 10, 1809.

(ii) «Establecimiento de la Junta de Seguridad de Buen Orden y Policía de Oaxaca» (1811-1812):³

«A este efecto está tomado las más ejecutivas providencias para mantener con la debida separación á los reos civiles y criminales de otros delitos, de aquellos que están manchados con la fea nota de infidente, para evitar que estos contaminen á aquellos, como fácilmente pueda suceder por la necesidad de tener que habitar todos en la misma cárcel que tiene esta Ciudad [Oaxaca].

La Junta ha visto que el numero de revoltosos no es corto, esta circunstancia, y los justos temores de que día a día se hayan aumentando, la han obligado á hacer las más profundas serias reflexiones para acordar que a fin de precave todo riesgo partiere lamentos, que Dios no permita, entrase en esta Ciudad ejercito insurgente, que echaría mano de ellos para ocasionar muchos daños, como así mismo consultando al más pronto despecho de sus causas, que acaso retardará con la remisión de ellas al Superior Tribunal á donde corresponden, así por las muchas graves notorias atenciones de el, como por la dificultad de los caminos que no franquean el libre paso a los correos, por las partidas de vil canalla que las ocupa, se consultaren á V. E. el arbitrio de proveer nombrar por ella misma, otra de letrados de toda recomendación, por su virtud, ciencia y probidad, en que ciertas aquellas causas se sentencien definitivamente hasta la pena del ultimo suplicio, ó l que V. E. parezca mas conforme á justicia, y yo lo manifiesto á su Superioridad para que se sirva resolver lo fuera de su agrado».

[25] En el caso venezolano, no hallamos un rastro preciso que nos conceda información sobre la constitución de tribunales *ex professo* encargados de llevar los juicios de infidencias en el contexto de la guerra de independencia. Quizás debido a los precipitados cambios merced la inestabilidad e intermitencia de las autoridades reales de la capital de la capitanía general, Caracas, pues cuando los realistas lograban derrotar a los insurgentes y se apoderaban de nuevo de la ciudad, instalaban entonces órganos para someter a juicios a los implicados en los disturbios ocasionados antes de la ocupación de las autoridades españolas. En Maracaibo, Coro y Guayana que permanecieron ocupadas por las tropas reales, quizás se haya instalado algunos tribunales *ad hoc* para juzgar los juicios políticos. Tenemos noticia de dos tribunales constituidos para juzgar los delitos de infidencia, (i) la Junta de Proscripciones, constituida en Caracas, en 1812, cuya función era seleccionar los ciudadanos partidarios de la independencia, ordenar su arresto y secuestrar sus bienes; y, (ii) la Junta Tribunal de Secuestros, que instituye Pablo Murillo, en 1815, a partir de lo prescrito en el «Plan de Gobierno de la Junta Superior y Tribunal Especial de Secuestros de Caracas», para sustanciar el embargo y secuestros de los bienes de las personas que combatían por la independencia o habían emigrado al extranjero. La constitución y procedimiento de estos tribunales queda aún. Muchos de los juicios se llevaban a cabo por las autoridades locales de las poblaciones y ciudades donde eran capturados los imputados reos, algunos pedían confirmar la sentencia a la Real Audiencia o al capitán general en turno. Muchos de los casos juzgados se llevaron a cabo en las ciudades y poblaciones ocupadas por los realistas, una infinidad de ellos igualmente quedaron inconclusos.

³ *Establecimiento de la Junta de Seguridad de Buen Orden y Policía de Oaxaca*. Archivo General de la Nación, México, Infidencia, vol. 24, exp. 6, 1811-1812.

X. Las causas de infidencia, generalidades procesales.

[26] Tal y como hemos sugerido, abordamos el *espacio forense* las *áreas de sociabilidad* en que trascendió el texto de la infidencia novohispana, hacemos ahora una ruta procedimental de las causas, siguiendo las pautas y los patrones que guardan la generalidad de los procesos. En el foro intervienen cinco voces: *a)* el denunciante, *b)* el acusado, *c)* el juez, *d)* el abogado y, *e)* los testigos. Asimismo, identificamos tres momentos que dan cuerpo al proceso: *(i)* la denuncia, *(ii)* el interrogatorio y, *(iii)* la sentencia.

[27] El proceso inicia con la denuncia de hechos o fundadas sospechas que apuntaba a quien había cometido el delito de *lesa majestad*. La denuncia, por lo general, se hacía: *(i)* de manera informal, ante un oficial de algún cuerpo del ejército realista; *(ii)* se señalaba al presunto ante el cura del pueblo, el alcalde, incluso ante los soldados realistas, quienes comunicaban lo enterado a las autoridades; y *(iii)* por la captura del reo en combate. Seguidamente, se le ponía en cautiverio, guiado sólo por la presunción del delito. Una vez preso se ordenaba la incautación de sus bienes. Abiertas las indagatorias, se nombraba al escribano y juez y se llamaba a declarar a los testigos y al acusado. Este procedimiento era un verdadero calvario, pues solía dilatar años, en consecuencia, el acusado podía durar un largo periodo encarcelado. Los primeros folios de los legajos contienen la declaración de la acusadora que expone los motivos que, a su juicio, deben considerarse falta grave contra el rey, la religión y la patria. Acto seguido, se citaba a los testigos que habían presenciado lo ocurrido y, al acusado. Ambos rindieron sus declaraciones ante un juez: *a)* muchas de las veces comisionada a los tenientes de justicia mayor, quienes aparecen reiteradamente desempeñando este; o, *b)* pero también hay gobernadores, alcaldes, comandantes y tenientes delegados en calidad de juez. Ellos eran los encargados, dentro de su jurisdicción, de iniciar los procesos por el delito de infidencia, coadyuvados por fiscales que encausaban las averiguaciones del caso, el juez procedía paralelamente a abrir la etapa probatoria y acude a: *(i)* interrogar a los testigos; *(ii)* papeles oficiales del ayuntamiento o de cualquier administración; y, *(iii)* en los papeles privados de los implicados. Los eran parte fundamental en los juicios, ya que a falta de pruebas físicas y aparte de la confesión, el testimonio se convirtió en la reina de las pruebas para culpar o exculpar al presunto infidente. Los testigos eran: *a)* directos, si estuvieron presentes durante lo ocurrido y, *b)* indirectos, que sabían de lo sucedido por terceras personas. El número de testigos variaba de uno a veinte, dependiendo de la gravedad del delito y a la importancia del acusado. Todo testigo debía ser examinado secreta y separadamente de los demás. Posteriormente, se daba el careo, donde se confrontaban frente a frente los testigos y al acusado.

[28] Carecemos de noticia que denote la existencia de un protocolo que sirviera de guía a los jueces, pero la similitud en la forma como están estructurados los procesos y las preguntas que se realizaron, hace pensar en la existencia de un mismo modelo de interrogatorio, cuya eficacia en buena medida dependía del aparato de preguntas, tan incisivas como la astucia y persuasión del juzgador lo requiriese. En el interrogatorio al que comparecía el testigo: *(i)* le tomaban juramento: «*Juráis a Dios y prometéis al Rey decir verdad en lo que fuere interrogado*»; *(ii)* asentaban sus generales: nombre, edad, estado, patria, calidad y ejercicio; *(iii)* se le inquiriere: «*Si conoce al acusado y si sabe o ha escuchado sobre su conducta*», aquí el testigo hacía remembranza de lo ocurrido y daba versión de los hechos, sobre la razón de su dicho; *(iv)* cerraba cuando el testigo señalaba que es todo lo que sabe; y, *(v)* firmar o pone una cruz. El «falsario» era castigado con la pena que hubiera recaído sobre la persona contra quien depuso. El interro-

gatorio a los testigos no contenía variadas preguntas, no obstante, en algunos casos llegaron a ser extensos. El objetivo era dejar que el testigo expusiera lo que: (i) sabía acerca del acusado, (ii) había presenciado; o, (iii) escuchado acerca de los sucesos motivo del arresto. En suma, el juzgador atendía la imputación directa y categórica al reo, al mismo tiempo que reunía indicios y le ubicaba en tiempo, modo, lugar y circunstancias de los hechos.

[29] Para el acusado, las preguntas se multiplicaban. También se aprecia orden en la formulación de las preguntas, contenido e intencionalidad. Variaban conforme a la gravedad del delito juzgado, pero todas tenían el objeto de irrumpir en el estado mental o las motivaciones profundas de los acusados; no sólo tenían la intención de averiguar la conducta de estos individuos, sino también sus estados mentales, creencias, convicciones y motivos. El interrogatorio al acusado: (i) iniciaba, igualmente, con la toma de juramento, y luego, (ii) las generales; (iii) se le cuestionaba si: «*Conoce la causa de su prisión y quién lo ha aprehendido*», por lo general todos negaban saber los motivos de su prisión; (iv) el juez le explicaba la causa del delito y le pregunta si sabe que «*es delito de la mayor gravedad atentar en contra de la imagen, insignias y distintivos característicos del rey nuestro señor, o de expresarse con palabras insultantes, o promulgar rebelión*», el acusado asentía saber que era delito, pero seguía negando la desobediencia; (v) el juzgador le reconviene incriminándole: «*Cómo sabiendo es delito, ha cometido el exceso de contribuir a sostener la revolución. Diga la verdad, no mienta tan vilmente a su palabra, atentando así contra el sagrado juramento*», merced la presión, el indiciado exponía su versión de los hechos, cuya extensión llegó a ser de memoriales justificando su inocencia o sus acciones; y, (vi) haciendo contrapunto a los argumentos del inculpado, el juez se valdrá de estrategias discursivas para que el acusado confesara el delito. Mayormente, los inculpados no reconocieron el delito que se les imputaba, pocos aparecerán como confesos que, por lo general, eran los sentenciados a muerte. No obstante, hay otros que reconocieron el delito, pero justificaron su acción como producto del estado de ebriedad o alegaban otro tipo de exculpación. Este medio de evadir el castigo aparece de forma reiterativa. En estos casos la mano de las autoridades aparece como «benévola». El irrefrenable sentir insurgente prendía, a un alto número de los acusados se les concedió la libertad, seguramente, para no agudizar los incendiarios afanes de rebeldía del pueblo hispanoamericano enardecido por las condiciones de miseria y humillación en que lo había hundido tres siglos de dominación colonial. Los que sufrieron el rigor de la justicia del monarca, se les castigó: (i) con multas en dinero; (ii) con azotes en la plaza pública, (iii) haciéndolos cumplir largas condenas en prisión; (iv) enviándolos a destierros; (v) obligándolos a realizar trabajos en las obras públicas; y, (vi) a muy pocos se sentenció a pena de muerte. Después del interrogatorio, se daba lectura a la declaración y se le preguntaba al implicado si estaba conforme con lo expuesto o si quería quitar o agregar algo; finalmente, lo firmaba o ponía una cruz.

XI. Colofón

[30] Recién inaugurado *el diecinueve*, el fermento de ideologías ilustradas que concurrieron a la clausura del *ancien régime* y la construcción del Estado moderno en Hispanoamérica, dieron pauta para la construcción de un discurso político, que a la postre se vio plasmado en la legislación *post independentista* como discurso jurídico plagado de *metáforas* y conceptos del

vínculo social, que nos permiten desarrollar una *semántica histórico jurídica*,⁴ a partir de abordar el discurso procesal de las *causas de infidencia*, a las que fueron sometidos a aquellos que expresaron su descontento con la corona española, en tanto, constitutivo de un delito de *lesa majestad*. El discurso de la *emancipación* corría de boca en boca de los criollos novohispanos, en *áreas de sociabilidad* en que trascendió el texto de la infidencia, compuesto por una diversidad de *espacios* o *auditorios* que van desde el *espacio intelectual* hasta el *espacio popular*. Centramos nuestra atención en el *espacio forense* y nos concedemos la licencia de dar *la voz al proceso*, para dar evidencia de la confrontación de dos discursos políticos y jurídicos opuestos, el *realista* y el *insurgente*, cada uno cargado de sus propios *tropos* y recursos retóricos. Queda por revisar, según las pautas procedimentales que aquí hemos bocetado, abordar las causas de infidencia de manera individual.

Referencias

Abreu y Abreu, JC. (2007) *Los tribunales y la administración de justicia en México. Una historia sumaria*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.

_____. (2009). 1808: autonomía o independencia, el dilema del ocaso novohispano. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*. UNAM, México.

_____, "Cultura jurídica e ideología en el México de la insurgencia", *Historia y Constitución*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015. pp.1-30.

Aguirre, M. (2005) Historia y metáfora, *Revista de la Academia*, Chile.

Briceño Perozo, M. (1961) *Las causas de infidencia*, Madrid.

Canudas Sandoval, E. (2000) *El fin del dominio español. Los infidentes tabasqueños*, México.

Castellón Valdez, LM. (2011) Dos fondos documentales para el estudio de las guerras de Independencia: "Las causas de infidencia" de México y Venezuela. *Fuentes Humanísticas*, (40), Dossier: la Independencia de México, México. pp. 9-22.

_____. (2013) Discursos, estrategias y sujetos políticos: análisis de los testimonios en los juicios a militares acusados del delito de infidencia en Venezuela y México, 1810-1815, *ACHSC*, (40), Colombia.

Godicheau F. y Sánchez P. (2015) *Por una semántica histórica sobre el vínculo social*. Palabras que atan. Metáforas y conceptos del vínculo social en la historia moderna y contemporánea. FCE, México.

Ibarra, A. (1995) De los delitos políticos y la vida privada. Los infidentes novohispanos, 1809-1815 (Escenas cotidianas de obediencia y desobediencia). *Anuario de Estudios Americanos*.

Lakoff, G. y Johnson, M. (1980) *Metáforas de la vida cotidiana*. Madrid.

4 Cfr. Godicheau F. y Sánchez P. (2015, págs. 9-32)

- Landavazo, MA. (2015) El fantasma de la infidencia. Expresiones antimonárquicas en Nueva España en vísperas de la Independencia. *Tzintzun*. México.
- _____, (2009) Para una historia social de la violencia insurgente: el odio al gachupín. *Historia mexicana*, (LIX:1) México.
- Mommsem, T, (reed. esp. 1999). *Derecho Penal Romano*. Temis.
- Ortelli, S (2004) Enemigos internos y súbditos desleales. La infidencia en Nueva Vizcaya en tiempos de los Borbones". *Anuario de Estudios Americanos*. (LXI), (2).
- _____. (2009) Justicia y castigo en el norte de Nueva España. El delito de infidencia entre 1770 y 1790. *Avances del CESOR*. (VI), (6)
- Polastrelli, I. (2019) Las tramas judiciales del "delito de independencia" durante la crisis virreinal y monárquica. Río de la Plata, 1806/08-1810, *Anuario de Estudios Americanos*, (76), (2)
- _____. (2016) La disidencia ante la justicia. Reacciones frente a la crisis de la monarquía en el Río de la Plata, 1808-1810. *Secuencia. Revista de Historia y Ciencias Sociales*, (96).
- Rosanvallon, P. (2003) Por una historia conceptual de lo político. FCE, México.
- Van Dijk, TA. (1999) *Ideología. Una aproximación multidisciplinaria*. GEDISA.

Data de Recebimento: 12/04/2021

Data de Aprovação: 10/05/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Codificação civil, guerra e geopolítica em Juan Bautista Alberdi (1865-1871)

*Codification, war and geopolitics in the vision of Juan
Bautista Alberdi (1865-1871)*

Julio Cesar de Oliveira Vellozo¹

¹ Universidade Presbiteriana Mackenzie. <https://orcid.org/0000-0003-0030-0997>

RESUMO

Este artigo discute o posicionamento de Juan Bautista Alberdi, um dos mais importantes e influentes intelectuais argentinos do século XIX, em temas como a codificação civil, a geopolítica da região do Prata, o processo de modernização argentina e as relações entre seu país e o Brasil. Buscaremos demonstrar que não é possível compreender as posições políticas e teóricas do autor sem analisar esses aspectos em conjunto, percebendo as violentas disputas políticas nas quais ele esteve envolvido. Para compreender essas opiniões, analisamos seu posicionamento acerca da proposta de código civil apresentada por Vélez Sarsfield em 1866, sua avaliação dos interesses em jogo na Guerra do Paraguai (1865 – 1870) e sua posição fortemente refratária ao Império do Brasil.

Palavras-chave: História intelectual, Juan Bautista Alberdi, História do Direito, História do século XIX, História da América Latina.

ABSTRACT

This article aims to discuss the position of Juan Bautista Alberdi — one of the most important and influential Argentine intellectuals of the 19th century —, on topics such as civil codification, the geopolitics of the Río de la Plata region, the Argentine modernization process and the relations between Brazil and Argentina. We seek to demonstrate that, in order to understand the author's political and theoretical positions, one needs to analyze these aspects together, keeping in mind the violent political disputes in which he was involved. In order to understand these opinions, we analyzed his position on the proposal for a civil code presented by Vélez Sarsfield in 1866, his assessment of the interests at stake in the Paraguayan War (1865 – 1870), and his opposition to the Brazilian Empire.

Keywords: Intellectual History, Legal History, Nineteenth-century History, History of Latin America, Juan Bautista Alberdi.

Introdução

Em outubro de 1866, o intelectual argentino Juan Bautista Alberdi foi presenteado com uma obra em dois volumes intitulada *Projeto de Código Civil para Argentina*, escrita pelo advogado Dalmacio Vélez Sarsfield (1800 – 1875) e por seus auxiliares por encomenda governamental. O trabalho foi enviado pelo próprio Sarsfield, em um gesto de cortesia comum entre os intelectuais do período. Ao receber o presente, no entanto, Alberdi avisou que não poderia reagir como mandava a etiqueta, dada a gravidade dos erros que o texto continha:

Yo debo el ejemplar que tengo del Proyecto de Código Civil para la República Argentina a un galante origen, un regalo de su eminente autor, mí antiguo amigo. Esta circunstancia debería bastarme para abstenerme de hacer su crítica, si se tratase de criticar un mero trabajo literario. Pero ante una obra destinada a convertirse en Constitución civil de mi país, mi abstención no tendría sentido á los ojos de los que me han visto pasar lo mas de mi vida ocupado en estudiar las bases de su organización nacional. (Alberdi, 1868)

A encomenda de um projeto de código civil fora feita a Vélez Sarsfield por seu aliado Bartolomé Mitre (1821 – 1906), que assumira a presidência da República Argentina após a precária unificação do país resultante da derrota de Justo José de Urquiza (1801 – 1870) na Batalha de Pavón, em 1862. É provável que, aos olhos da elite de Buenos Aires que acabara de assumir o poder, produzir uma codificação fosse um passo decisivo no difícil processo de unificação do país, uma vez que submeteria todos os argentinos a uma mesma legislação civil.

As fortes objeções de Alberdi ao texto obedeciam a alguns imperativos centrais, que anunciaremos agora e esmiuçaremos depois. Em primeiro lugar, ele achava que a Argentina não deveria ter uma codificação civil, opinião que ecoava tanto posições típicas do romantismo jurídico alemão quanto da experiência norte-americana. Em segundo lugar, Alberdi acreditava que o texto proposto por Sarsfield contradizia a Constituição de 1853 ao não garantir nem a liberdade de iniciativa na economia, nem as franquias individuais que eram consentâneas ao espírito revolucionário americano, ambas presentes no texto constitucional, em cuja elaboração Alberdi tivera um papel importante. Em terceiro lugar está o argumento mais importante para este artigo: o fato de que Vélez Sarsfield havia usado uma proposta de codificação pensada para o Império do Brasil como principal modelo para o código argentino. Para Alberdi, não fazia sentido que o modelo pensado para uma nação monárquica e escravista fosse a principal influência de um país livre. Ele também temia que uma aproximação jurídica tão estreita com o vizinho fomentasse as intenções imperialistas do Brasil em relação à região do Rio da Prata.

A construção da codificação argentina acontece em meio à Guerra contra o Paraguai (1865 – 1870) e parte das ressalvas de Alberdi respondem justamente àquele processo traumático, que dividiu ainda mais o país platino. Para ele, o alinhamento da Argentina ao Brasil era desastroso e resultaria no fortalecimento do Império e na ampliação das condições para um expansionismo territorial que faria parte da própria natureza da nação liderada por Pedro II.

Consideramos que os posicionamentos de Alberdi sobre a codificação argentina só podem ser compreendidos se vistos dentro das tramas argumentativas que envolviam as disputas políticas entre Buenos Aires e a recém-extinta Confederação Argentina (Skinner, 1969). Enquanto Alberdi estava ligado aos defensores de um modelo de Estado federal no qual todas as províncias tivessem um peso equânime, posição derrotada naquele momento, Vélez Sarsfield, apesar de cordobés, sustentava que a construção da nacionalidade dependia da liderança po-

lítica, intelectual e espiritual de Buenos Aires, posição que ascendera ao poder com a chegada à presidência de Bartolomé Mitre. Debate intelectual, processo codificador e embates políticos estavam mutuamente influenciados e determinados, de modo que só é possível compreender o posicionamento contrário ao Brasil sustentado por Alberdi investigando essa complexa trama.

Buscamos levar em conta que muitos dos textos de Alberdi sobre a questão, especialmente os que tratam da Guerra do Paraguai, são mais políticos do que teóricos ou acadêmicos. Sem deixar de considerar essa limitação, acreditamos que eles mantêm a validade como fontes para a construção da argumentação deste artigo. Em primeiro lugar, porque, conforme veremos, mesmo nos textos mais imediatamente políticos há uma visão de fundo, uma percepção teórica, que lhes dá sustentação. Em segundo lugar, porque, na Argentina do período, não há ainda um campo acadêmico no qual os debates aconteçam de forma relativamente desvinculada dos embates políticos. As questões mais teóricas são políticas e, no caso de intelectuais com a envergadura de Alberdi, o contrário também é verdadeiro.

Na primeira parte do artigo, apresentaremos as linhas gerais da divisão entre Alberdi e os intelectuais ligados aos interesses de Buenos Aires. Em seguida, trataremos das divergências fundamentais de Alberdi em relação ao código de Sarsfield para, ao final, explicitar suas posições sobre a participação argentina na Guerra do Paraguai. Para isso, nos utilizamos de pesquisa bibliográfica e, pontualmente, da legislação da época.

1. Trinta anos de discórdia — as divisões político intelectuais na Argentina do século XIX

Trinta anos de discórdia. Assim o historiador Túlio Halperin Donghi caracteriza o período entre a Batalha de Caseros (1852), que resultou na queda da ditadura de Juan Manuel de Rosas (1793 – 1877), e a Revolução de 1880, quando a elite portenha é derrotada e a cidade é federalizada sob a liderança de Julio Argentino Roca (1843 – 1914) (Sabato, 2008). A descrição é bastante adequada e reflete os embates e divisões envolvidos no processo de unificação do país no pós-independência: justamente o período e o ambiente nos quais Alberdi construiu sua obra e definiu seu posicionamento em relação ao Brasil.

A derrota do regime ditatorial de Rosas é o evento que abre essa etapa da história argentina. Ela foi possível graças à formação de uma frente político-militar ampla e heterogênea, que abarcava inimigos internos e externos do ditador, incluindo governos estrangeiros como os do Brasil e Uruguai (Scobie, 1964; Bosch, 1963). À frente do grupo, que arregimentou um grande número de personalidades, estava Justo José Urquiza, governador da província de Entre Rios, que fora, até pouco tempo, um dos esteios mais importantes do regime que caía (Sabato, 2016, p. 184).

Derrubado Rosas, o inimigo comum, não tardou para que surgissem grandes divergências entre os vencedores. Em um esforço que envolveu grande habilidade de articulação, Urquiza conseguiu arrastar consigo quase todas as províncias e conquistou o apoio de parte da elite portenha, mas um setor importante da capital, no qual se destacavam líderes como Bartolomé Mitre, Adolfo Alsina (1829 – 1877) e Domingo Faustino Sarmiento (1811 – 1888), manteve-se refratário ao novo governo. Estava desenhada a disputa que se arrastaria até 1880, quando a cidade de Buenos Aires foi federalizada.

A divergência de fundo dizia respeito ao papel da província de Buenos Aires na federação que se formava. Enquanto Urquiza e os principais líderes das demais províncias queriam um arranjo no qual o peso relativo de Buenos Aires fosse igual ao das demais unidades federadas, uma fração determinante da elite buenairense — e uns poucos aliados de outras partes do país, a exemplo de Sarsfield, que era cordobés — pugnava por um modelo em que a força econômica de sua região se fizesse representar de forma clara. A dimensão mais concreta da contenda estava em como distribuir as rendas do porto de Buenos Aires, a mais importante fonte fiscal do país. Esse impasse econômico estrutural em uma sociedade na qual os impostos sobre a exportação eram o único meio eficiente de financiar o Estado tornava muito complexa a construção de qualquer solução de compromisso entre as províncias.

A esse problema financeiro somava-se uma divergência de ideias que não era menor ou subordinada à questão fiscal e econômica. Àquela altura do século XIX, a definição de identidades nacionais que criassem uma sensação de pertencimento era decisiva no estabelecimento das nações, de modo que fixar uma narrativa sobre quem era o povo argentino era tão importante quanto definir o destino das rendas do porto buenairense (Hobsbawm, Ranger, 1997; Anderson, 2008; Ricupero, 2004; Shumway, 2008). Nesse dilema, estavam em conflito — às vezes de modo aberto, às vezes de maneira velada — aquilo que Nicolas Shumway chamou de ficções diretrizes: construções simbólicas capazes de dotar uma determinada população de um senso de unidade e de identidade (Shumway, 2008). De modo muito sumário, é possível dizer que o grupo liderado por Mitre e Sarmiento² sustentava uma visão refratária à herança ibérica e aos homens dos pampas, vistos como óbices no processo de construção da Argentina moderna. Para eles, a construção da nação pressupunha vencer a barbárie do campo e promover um tipo de modernização civilizacional que tinha em Buenos Aires seu ponto de partida e principal trunfo. Enquanto isso, outros setores da intelectualidade discordavam desse caminho europeísta e consideravam que o país deveria valorizar o *gaucho*, o homem simples do campo, construindo a partir dele a afirmação do papel específico e único que a Argentina teria no concerto das nações. Dentro desse posicionamento geral, conviviam posições muito diversas, desde as que viam nesse homem simples qualidades importantes, em uma chave tipicamente romântica, até as que consideravam que era inevitável partir do material humano existente, independente de sua qualidade intrínseca. Malgrado as diferenças, unificavam-se na oposição à visão cosmopolita e pessimista quanto ao povo argentino representada pela elite de Buenos Aires.

Essas e outras divisões de cunho tanto material quanto ideológico impediram que o país marchasse de modo minimamente unificado após a queda de Rosas. Nem a derrota do ditador que levou Urquiza ao poder, em 1852, nem a vitória do grupo liderado por Bartolomé Mitre na Batalha de Pavón dez anos depois conseguiram soldar as fraturas que logo se manifestariam em novos conflitos radicais.

Como parte do esforço de construir uma unidade em torno de sua liderança, em 1852, o presidente Justo José Urquiza convocou uma Convenção Nacional em San Nicolás, que contou com a presença de todas as províncias, exceto Salta, Jujuy e Córdoba, que mais tarde ofereciam seu apoio às decisões tomadas. Esse encontro decidiu pela convocação de um Congresso

² É preciso notar que tanto há diferenças importantes entre as visões de Bartolomé Mitre e Sarmiento sobre a Argentina. A obra deste último, especialmente o clássico *Facundo: civilização e barbárie*, apresenta nuances importantes na caracterização do gaucho e do caudilho. O livro, apesar de apresentar Facundo Quiroga como um homem irracional e violento, não deixa de enxergá-lo de modo compreensivo. Deixa transparecer, ao lado da repulsa, um certo encantamento pelo caudilho. A biografia-ensaística de Sarmiento estaria destinada a inscrever-se dentre os muitos ensaios realizados no período nos quais o talento do escritor e a sofisticação do estilista embotam a clareza da tese sustentada.

Constituinte para o qual cada província teria direito de enviar dois delegados. Apesar de ter contado com a presença do governador de Buenos Aires, o acordo feito em San Nicolás foi o estopim da divisão. A extensão dos poderes dados a Urquiza e o critério de indicação de dois delegados por província, independente de sua população, fizeram com que o parlamento provincial buenairense erguesse a bandeira da revolta, gerando uma série de conflitos armados que seccionaram o país. Foi em meio a essa luta que o Congresso Constituinte se reuniu em Santa Fé, em 1853, liderado pelos aliados de Urquiza. Dele, resultou um texto constitucional bastante liberal, que estabelecia a liberdade religiosa, o sufrágio universal masculino e um modelo de Estado francamente federativo.

Apesar da ausência de seu autor na assembleia, uma das obras fundamentais para a configuração da Constituição aprovada em 1853 foi o folheto *Bases y puntos de partida para la Organización política de la República Argentina*, escrito por Alberdi em 1852. A influência decisiva de suas ideias na elaboração constitucional fez com que o intelectual tucumano estivesse comprometido com a construção política realizada em Santa Fé, ainda que estivesse no Chile quando ocorreu a reunião da assembleia. Desse modo, o lugar de Alberdi no complexo xadrez político e teórico que se desenhou nos “trinta anos de discórdia” era ao lado do texto de 1853, dos setores que de algum modo estavam próximos de Urquiza e contra os intelectuais ligados aos interesses de Buenos Aires.

Já Vélez Sarsfield, o autor do código, encontrava-se completamente vinculado a Buenos Aires e a seus interesses, gravitando em torno de líderes como Bartolomé Mitre, Domingos Faustino Sarmiento e Rufino de Elizalde³, que construíram uma visão da história argentina como sendo uma espécie de processo teleológico de lenta imposição da civilização sobre a barbárie. A construção de um país “ao nível do século” estaria ligada ao letramento, ao abandono das estruturas ibéricas e à imigração europeia. Esse programa só seria realizável em oposição ao caudilhismo, cuja representação eram as elites do interior do país: ignorantes, violentas, portadoras de um apoio popular baseado no carisma, e não na adesão consciente e intelectualmente voluntária. Quem poderia levar a cabo esse processo civilizatório era uma elite letrada, cuja existência se confundia com a da província de Buenos Aires.

Alberdi era um intelectual com formação semelhante à de seus adversários Mitre e Sarmiento, podendo ser considerado parte da chamada geração de 1837, composta por jovens intelectuais que partilhavam de um espírito de missão, configurado na ideia de espalhar na Argentina as luzes do século, em oposição ao tipo de mando estabelecido pela ditadura de Juan Manuel Rosas (Shumway, 2008). Nascido em Tucumã em agosto de 1810, filho de um comerciante oriundo do país Basco, Alberdi se formou em Direito e fez parte do salão literário de Marcos Sastre (1808 – 1887), onde se plasmou a chamada Geração de 1837. Assim como seus companheiros de salão, foi exilado em Montevideu por fazer oposição a Rosas. Com a derrota do ditador, escreveu sua obra mais importante, a já citada *Bases y puntos de partida para la Organización política de la República Argentina*. Próximo de José Justo de Urquiza, foi nomeado para funções diplomáticas na Europa, onde buscou reconhecimento para a Confederação Argentina.

³ É importante notar que a elite política de Buenos Aires se dividiu, com uma parte aderindo a Urquiza. O debate público, incentivado pelo fim da censura prévia e pela volta dos exilados, tomava conta das ruas (Lettieri, 1998). Uma imprensa renovada e em polêmica permanente era a mais clara expressão disso: Mitre passou a dirigir o jornal *Los debates*, Vélez Sarsfield fundou o *El Nacional* e os bonaerenses defensores de Urquiza lançaram o *El Progreso* — todos ocupados em disputar os rumos da Argentina (Sabato, p. 362). Na eleição que ocorreu em Buenos Aires 1852, o grupo triunfante foi aquele contrário ao poder central, de modo que o parlamento da província se transformou na mais importante trincheira da luta contra Urquiza. Dentre os deputados estava o futuro autor do Código Civil argentino e contendor de Alberdi, Vélez Sarsfield.

Em 1878, foi eleito deputado e morreu na França em 1884.

Diferentemente do supracitado grupo que nesse momento incluía Mitre e Sarmiento, Alberdi havia construído uma visão sobre a história Argentina que considerava o predomínio de Buenos Aires como um obstáculo para a construção do país. Para Alberdi, a contradição que mais dividia a nação e impedia seu progresso não se dava entre civilização e barbárie, como costumavam pensar seus adversários, mas entre litoral e interior. Essa discrepância era fruto, dentre outras coisas, dos erros de uma elite letrada que, em vez de enxergar a especificidade do processo de construção das nações americanas, buscava transplantar para o Novo Mundo esquemas interpretativos de uma Europa decadente. Alberdi acreditava na vocação americana da Argentina, de modo que, se fosse para buscar um modelo, que ele viesse dos Estados Unidos: uma sociedade de novo tipo que, em seus poucos anos de vida independente, já havia dado mostras de um irresistível desenvolvimento. Para o intelectual tucumano, esse progresso auferido pelos EUA era fruto de uma decidida ruptura com o Velho Mundo, coisa que a Argentina ainda não havia se disposto a fazer. Um segundo problema, na visão de Alberdi, é que ao sustentarem o predomínio de Buenos Aires, os intelectuais ligados ao grupo de Mitre e de Sarmiento impunham travas ao desenvolvimento do país em nome de um regionalismo mesquinho. O erro desses homens era considerar que a questão nodal do desenvolvimento argentino estava ligada ao atraso cultural dos gauchos, à ausência de letramento, à barbárie dos costumes do interior, à violência das lutas nos pampas ou a qualquer outro aspecto que poderíamos denominar como “cultural”. Para ele, todas essas questões problemáticas seriam superadas caso um modelo econômico liberal fosse estabelecido, possibilitando que a iniciativa individual se transformasse no elemento propulsor da construção da riqueza. Uma nação que entrasse em uma espiral de desenvolvimento econômico pujante, possibilidade que estava dada considerando a riqueza potencial do território, resolveria seus outros problemas, como o do letramento, tão importante para intelectuais como Mitre e Sarmiento.

Para colocar esse processo econômico virtuoso em curso, segundo Alberdi, seria necessário diminuir o peso sufocante de Buenos Aires, que, por controlar as rendas do porto, sobretaxava a atividade produtiva do país de modo parasitário. Nesse sentido, o discurso da missão civilizatória bonaerense, empalmado ora de forma aberta, ora de forma velada por Mitre e Sarmiento, com toda a demonização dos caudilhos e do modo de vida nos pampas era, em última instância, uma espécie de justificativa para a construção de um modelo fiscalista que beneficiava Buenos Aires e penalizava a todos os outros. Alberdi associava essa política aos costumes ibéricos: nada mais parecido com a Espanha do que uma província como Buenos Aires, que vivia, parasitariamente, dos lucros da fiscalidade.

Como podemos ver, havia uma divisão profunda entre os intelectuais argentinos. Ela dizia respeito a um balanço do passado, à caracterização do presente e aos projetos de futuro para o país. Conforme veremos, é só nos marcos dessa divergência que se pode compreender as posições políticas de Alberdi a respeito da codificação e das relações da Argentina com o Brasil.

2. Código Civil e a constituição de 1853

Assim que recebeu o exemplar do código enviado por Sarsfield, Alberdi redigiu uma longa carta na qual formulava suas críticas. A mensagem já começava avisando que não faria um exame exaustivo da proposta, mas uma crítica do “espírito del código” “a vuelo de pájaro”:

... considerado en sus relaciones com el motivo que ha determinado su composición, com el método que há presidido a su trabajo, con las fuentes y modelos en que se ha inspirado el autor, com el sistema de gobierno del país en que debe ser aplicado, con la vocación comercial de los pueblos del Plata, com su índole y carácter histórico, y por fin com el momento político de su elaboración y sanción (Alberdi, 1868, p. 198)

Como já vimos, o primeiro problema que Alberdi via no código é que ele contrariava o espírito da Constituição de 1853, espírito este que o autor da missiva considerava um grande trunfo para a realização da Argentina como nação por consagrar a livre iniciativa e por se constituir em um verdadeiro programa para o futuro do país. Essa opinião não surge apenas em função dessa polêmica em torno do código, mas é uma posição de longa data, defendida pelo diplomata desde a elaboração do texto constitucional, na década de 1850:

La Constitución Federal Argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza, por disposiciones terminantes la libre acción del *trabajo*, del *capital*, y de *la tierra*, como principales agentes de la *producción*, ratifica la ley natural de equilibrio que preside el fenómeno *distribución* de la riqueza, y encierra el límite secretos y justos los actos que tienen relación con el fenómeno los *consumos* públicos. Toda la materia económica se halla comprendida en estas tres grandes divisiones de los hechos que la constituyen. (Alberdi, 1998 (1854)) Grifos do original.

Essa “livre ação dos elementos” que Alberdi destaca na citação acima estava garantida pela lei, de modo que nenhum tipo de interesse — quer fosse particular ou regional — poderia restringi-la. No livro citado, *Sistema Económico e Rentístico*, publicado em 1854, Alberdi se propunha a recolher os elementos de um verdadeiro programa liberal de desenvolvimento econômico que, em sua visão, estavam presentes no texto Constitucional (Alberdi, 1998 (1854)). Para Alberdi, a adoção do texto de Sarsfield criaria uma situação na qual o código civil se oporia aos princípios fundamentais da Constituição de 1853. Isso se daria pelo fato de o texto estabelecer uma série de regramentos desnecessários, que deveriam ficar por conta dos contratos entre os particulares, não de um diploma globalizante como um código. A adoção do código civil representaria um poderoso entrave ao modelo econômico do texto de 1853, economicamente liberal em seus princípios norteadores.

Diferentemente de outras cartas constitucionais, incluindo a do Brasil⁴, a Constituição argentina de 1853 não pedia um código civil, mas “dió al Congreso la *facultad* de dar el Código Civil (art. 67, inc. 11)” (Alberdi, 1868, p. 80, grifo nosso), franqueando aos parlamentares a escolha de elaborarem ou não um código civil. Para Alberdi, optar pelo código era um equívoco decisivo pois a instituição das leis civis deveria ser feita não por meio de um código global, mas através de “*leyes graduales y sucesivas*” (Alberdi, 1868, p. 83), cuja importância à vida concreta fosse sendo paulatinamente demonstrada.

⁴ A Constituição de 1824 outorgada após a dissolução da Assembleia Constituinte de 1823, em seu artigo 179, determinava que fossem feitos um código civil e um código penal.

Alberdi acreditava que, neste como em outros assuntos, os intelectuais de Buenos Aires mimetizavam o modelo francês em uma importação que poderia levar a país ao desastre. Lá, a feitura de códigos havia sido de certo modo necessária, em primeiro lugar para dar uniformidade a um direito que era muito diferente regionalmente — baseado no direito romano no norte e na legislação costumeira no sul — e, em segundo lugar, como instrumento para implementar as bases proclamadas pela Revolução Francesa, que se insurgiam contra séculos de história e de costumes. Esse modelo não deveria ser adotado na Argentina já que “en el Plata no falta unidad de legislación civil; lo que falta es unidad de legislación política, unidad de Gobierno, unidad de poder. Hay quince constituciones, cuyo resultado natural es la falta casi absoluta de Gobierno” (Alberdi, 1868, p. 83).

O intelectual prosseguia com sua crítica à proposta de Vélez Sarsfield afirmando que os trabalhos de codificação civil feitos na América do Sul eram antes fruto da vaidade de um presidente ou de um intelectual que se responsabilizava pela elaboração desses projetos do que da verdadeira necessidade social. No entanto, a paixão da glória de seus elaboradores era vã, já que esses trabalhos não eram exatamente criadores, mas miméticos:

El trabajo de un Código es el más pobre de los títulos. Ni siquiera vale la pena de tener autor conocido, pues se reduce á un trabajo de copia ó de asimilación de trabajos extranjeros, más fácil y trivial que el de un simple alegato en derecho. La obra en que M. Antoine de Saint-Joseph ha reunido todos los Códigos del mundo en columnas paralelas en que su comparación se hace por sí misma, ha creado la erudición à vapor, la erudición mecánica por decirlo así, con que se hace historia casi con la facilidad con que se toca música en un órgano de Berberie (Alberdi, 1868, p. 84).

Baseando-se explicitamente no romantismo jurídico alemão, sobretudo em Friedrich Carl von Savigny (1779 – 1861), o intelectual tucumano afirmava que os códigos não deveriam ser impostos de cima para baixo, a partir de uma visão modelar ou apriorística de como a sociedade deveria ser organizada, devendo derivar naturalmente de uma longa vivência comunitária comum⁵. Se um código era fruto de relações sociais de uma comunidade determinada, como Alberdi defendia, não deveria ser transposto de experiências estrangeiras, estranhas à realidade do povo a que se referia. Pelo contrário: as leis deveriam advir da complexidade da vida social local, brotando das relações concretas construídas entre os particulares, de modo a refletir características da vida material e imaterial de um determinado povo (Schiaivone, 1984). Segundo Alberdi, era justamente por isso que a Constituição de 1853 não determinava feitura de um código civil, limitando-se a franquear essa possibilidade. Desse modo, ficara aberta à sabedoria dos homens públicos a possibilidade de ir criando legislações de acordo com as necessidades concretas do desenvolvimento social e de só construir um código se e quando este derivasse naturalmente das relações sociais concretas da sociedade argentina (Alberdi, 1868, p. 82).

O que Alberdi não revelou em seus ataques à codificação é que, quando Urquiza governava com o seu apoio, logo após a derrota de Rosas, não só havia nomeado uma comissão responsável pela feitura de quatro códigos — civil, comercial, penal e de processo — como indicara o próprio Vélez Sarsfield como responsável pela codificação civil, em decreto datado de setembro de 1852. Desse modo, tanto a opção por realizar codificações quanto a escolha do responsável

⁵ Interessante notar que em outro estudo, *El crimen de la Guerra*, escrito para a disputa de um, Alberdi faz dura crítica à obra de Savigny, afirmando que a índole guerreira de Bismarck era, indiretamente, responsabilidade de teóricos como ele, que haviam absorvido o direito público romano, baseado na justificação da conquista territorial (Alberdi, 1870, p. 66).

por construir a proposta não eram uma veleidade exclusiva dos intelectuais de Buenos Aires, mas uma escolha realizada dezesseis anos antes por um líder que Alberdi apoiava⁶. Isso não significa que as críticas de Alberdi derivam apenas de uma implicância de opositorista, mas sim que, mesmo entre seus correligionários, sua opinião contrária à feitura de códigos não era hegemônica.

De todo modo, ao tratar do tema da formação da nacionalidade e do povo, encontramos uma diferença importante entre Alberdi e os intelectuais ligado à causa de Buenos Aires, especialmente Bartolomé Mitre e Domingos Faustino Sarmiento, que nutriam um pessimismo em relação ao povo do interior do país. Apesar de sustentar a necessidade da imigração, a adesão a princípios da economia política europeus e de seguir exemplos da experiência norte-americana, o intelectual tucumano considerava que o homem do campo era o material humano para a construção da Argentina moderna. Em vez de mobilizar debates metafísicos sobre o assunto ou de promover investigações valorativas sobre o gaucho, Alberdi considerava a questão como um dado objetivo, em relação ao qual cabia pouca especulação abstrata. Não havia um povo ideal, mas aquele que concretamente habitava o território, de modo que este era o material a ser trabalhado, e o que lhe parecia o mais importante, junto com as famílias que deveriam vir da Europa a partir de uma política assertiva de imigração em massa. Nesse sentido, a questão central para Alberdi não estava em garantir o letramento, por mais que este fosse importante, mas em dar ao país um tipo de desenvolvimento econômico que garantisse seu progresso material. Segundo sua crença liberal, isso se daria pela mais ampla liberdade econômica, nos moldes do que era defendido por autores como Jean Baptiste Say (1767 – 1832) e Adam Smith (1723 – 1790). Para isso, era fundamental “governar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más”. A prosperidade econômica — elemento fundamental para a construção de uma civilização avançada — “há de ser obra espontânea de las cosas, más bien que una creación oficial. Las naciones no son obra de los gobiernos”.

A vitalidade necessária para esse processo seria despertada através da imigração massiva de europeus, capaz de incutir uma forte ética do trabalho e de arrastar o conjunto da população rumo à construção da riqueza material individual que formaria, em um futuro não muito distante, a riqueza nacional, bastando para isso que o governo interviesse pouco e garantisse as liberdades fundamentais. Veremos a relação entre a imigração e a proposta de código civil adiante.

Em suma, enquanto Sarmiento sustentava que era necessário construir o argentino a partir de uma reforma do gaucho — educando-o através de políticas estatais de letramento, em um processo que, na prática, seria uma recusa de sua cultura e de seus costumes —, Alberdi considerava esse caminho pouco razoável do ponto de vista prático. A questão nodal estava em povoar o país de estrangeiros, de modo a colocar em movimento um ciclo de desenvolvimento econômico que arrastaria a Argentina para a civilização.

3. O Brasil como o mais importante contraexemplo

Essa opção pela cópia seria ainda mais problemática considerando os modelos que Vélez Sarsfield resolvera seguir para a codificação que elaborara. Em vez de olhar para os Estados

⁶ Decreto 3032 “nombrando Redactor del Código Civil al Dr. D. Dalmacio Vélez Sarsfield”. *Registro Oficial de la República Argentina que comprende los documentos expedidos desde 1810 hasta 1873*. Tomo Tercero (1852 a 1856). Buenos Aires: Imprenta Especial de obras de La República, 1882, p. 48.

Unidos da América, tinha preferido referenciar-se em impérios centralizados, como a França e o Brasil. Os Estados Unidos, lembrava Alberdi, não haviam feito qualquer código civil: Washington, Adams, Hamilton, Clay, Monroe, Jackson, líderes citados por ele, não rejeitaram o caminho codificador por falta de intelectuais que o pudessem elaborar suas codificações, mas por opção.

Apesar das críticas à França, o que mais incomodava Alberdi era a opção de Sarsfield em amparar-se na experiência brasileira. Para ele, era escandaloso que a Argentina, país vocacionado para a liberdade, tivesse como base para seu código civil o texto de um país escravista, o Esboço de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas (1816 – 1883) (Freitas, 1951, p.185). O texto de Teixeira de Freitas havia sido elaborado como parte do esforço de oferecer ao país uma proposta de código civil, encargo para o qual o jurista baiano havia sido contratado na década de 1850. Não concluindo seu trabalho, Freitas publicou uma obra que teria grande impacto na vida jurídica do país, ainda que não tenha se transformado em código (Barbosa, 2008).

A assertiva de Alberdi não era uma imprecisão maldosa ou um exagero polemista. Segundo levantamento de José Olegário Machado, quase 50% dos artigos da proposta de Vélez Sarsfield eram oriundos do texto de Teixeira de Freitas. Outros autores calculam que a influência direta da elaboração do brasileiro perfaça $\frac{1}{3}$ do texto final argentino (Apud Sola, 2010). O próprio Sarsfield reconhecia o papel central do texto brasileiro com grande honestidade. Falando das fontes que haviam sido importantes para sua elaboração, o autor da proposta de Código Civil afirmava:

Para este trabajo he tenido presente todos los Códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido, principalmente del proyecto de Código Civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos, y sobre todo del proyecto de Código Civil, que está trabajando para el Brasil el señor Freitas del cual he tomado muchísimos artículos (Sarsfield, 1865).

Alberdi alegava que a elaboração de Vélez Sarsfield continha problemas teóricos e conceituais graves, e que eles também estavam relacionados à influência do texto brasileiro. Para ele, os direitos relativos e absolutos eram completamente diferentes em experiências monárquicas, como a brasileira, e republicanas, como a argentina. A Constituição de 1853, profundamente republicana, marcara como direitos liberdades que o código proposto por Sarsfield, que carregava um perfil monárquico trazido do texto brasileiro, não poderia manter:

Tomad, por ejemplo, el derecho relativo personal de autoridad paterna, ó el derecho relativo real de sucesión hereditaria, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diverso modo, según el principio de su régimen político y social. Si cada teoría de gobierno entiende los derechos relativos á su modo, el Código Civil de una monarquía, no puede ser el Código de una república, y vice-versa; no puede la Constitución política ir hacia el Sud, y el Código Civil hacia el Norte (Alberdi, 1868, p. 98).

Segundo Alberdi, os direitos absolutos surgiam na Constituição argentina como uma poderosa afirmação dos indivíduos fruto da realidade americana. Exemplo seria “el derecho fundamental de la familia democrática, de la familia de la revolución de América, de la familia libre y moderna”. Essa “democracia” na família se consubstanciava em direitos que deveriam ser distribuídos entre todos os membros por igual. Todos poderiam ser proprietários, herdeiros e ter exatamente o mesmo direito a receber educação. Alberdi prosseguia defendendo que a vocação americana era a da liberdade, inclusive no que dizia respeito aos direitos das mulheres em relação aos maridos: “La mujer no será la esclava, la doméstica, la pupila de su marido. La

hija no será la mercancía de sus padres. El gobierno del hogar tendrá dos cabezas, como el consulado de una República” (Alberdi, 1868, p. 98).

Também nesse particular, o contraexemplo de Alberdi era o Brasil, onde, em função do espírito monárquico e escravista, reinava uma visão patriarcal e atrasada da família. Assim, o romanismo do texto de Teixeira de Freitas se encaixava como uma luva em uma sociedade escravista como a brasileira, na qual o homem era o líder de uma família que era praticamente uma unidade produtiva, tal como as *vilaes* da Roma antiga. Para Alberdi, uma eventual adoção do texto de Sarsfield jogaria as relações privadas na Argentina, que eram livres justamente por serem americanas, em direção a um passado indesejado e artificial, já que sobre a América não pesava o jugo dos séculos, como acontecia com a França napoleônica ou com o Império brasileiro que, por ser escravista, havia se abandonado em um passado sem perspectiva visível de superação.

Outra influência brasileira residia no fato de que a proposta de código de Sarsfield não instituía o registro de civil nascimento, deixando a tarefa nas mãos da Igreja. Isso constituía um entrave à imigração estrangeira, já que pessoas vindas de outros países e que professassem outras crenças religiosas desistiriam de viver na Argentina:

La ley civil argentina que olvida sus deberes constitucionales en ese punto, abdica su ministerio y traiciona su instituto. Esto es lo que parece olvidar el proyecto de Código Civil en ambos puntos esenciales à la paz y a la fertilidad de la familia argentina, cuando se abstiene de secularizar el contrato matrimonial, sin perjuicio de su carácter religioso; de dar al poder civil la facultad exclusiva de hacer constar el estado civil de las personas que nacen, que se casan y mueren en el país, y de fijar las condiciones y garantías del domicilio civil, conforme al texto y al espíritu de la Constitución fundamental (Alberdi, 1868, 110).

Tão ou mais grave do que deixar os registros ao talante da Igreja era o fato de que a proposta definia que, no caso dos casamentos, a lei reconheceria os impedimentos estabelecidos nas leis canônicas. Isso significava que pessoas que não fossem católicas não poderiam se casar na Argentina, o que seria outro forte obstáculo à vinda dos “imigrantes dissidentes”. Uma legislação que dificultava a vida civil do imigrante também traria consequências graves para a garantia da propriedade, uma vez que, sem registro de herdeiros e formalização dos casamentos, todos os procedimentos ligados à transmissão de bens seriam problemáticos. Na visão de Alberdi, a garantia absoluta da propriedade era a questão crucial para que o imigrante escolhesse a Argentina como um lugar seguro para viver e prosperar (Alberdi, 1868, p. 113, 114).

Para Alberdi, todos esses elementos eram fruto do poder que a Igreja ainda exercia sobre os argentinos. Enquanto “otras naciones catolicas de la Europa mais adelantada” haviam retirado esses poderes da Igreja, os países mais atrasados ainda não podiam fazê-lo, dados “os escrúpulos religiosos” do povo. Essa seria mais uma consequência funesta de Vélez Sarsfield e seus aliados ligados aos interesses de Buenos Aires ao não seguirem “el consejo sabio de Savigny sobre que la sanción del Código debe ser precedida de un poderoso desarrollo de la inteligencia y de la civilización del país para ser eficaz (Alberdi, 1868, p. 98)”.

Também nesse aspecto, o Código Civil proposto por Sarsfield se chocava com a Constituição e tenderia a inviabilizar o caminho da Argentina como uma nação moderna, que se daria através da imigração em massa de europeus. A citação é algo longa, mas vale a pena reproduzi-la, porque condensa de forma clara a visão de Alberdi sobre o tema:

El derecho civil de un país despoblado debe tener por principal objeto el [de] poblarlo, mediante sus disposiciones dirigidas a este gran fin económico. En la República Argentina la ley civil recibe este papel de la Constitución misma, que ha sido concebida en general como para poblar su inmenso y desierto suelo. A ese fin ha hecho del extranjero inmigrado en el país un miembro de su sociedad civil desde el momento de su entrada en el territorio (art. 20), y ha declarado que el Gobierno debe fomentar la población por inmigraciones de Europa (art. 25). Así el desarrollo de la población argentina, reconoce dos fuentes principales: — la familia y la inmigración. La familia de un país que se puebla principalmente por inmigrados tiene a menudo que ser mixta, es decir, compuesta de miembros que divergen en religión y en nacionalidad. Su prole a cada instante dará lugar á las siguientes cuestiones: — cuál es la religión? ¿Cuál es la nacionalidad de sus hijos? La ley civil argentina encuentra en las previsiones de la Constitución de que está obligada a ser intérprete, las llaves de su solución, que son la libertad religiosa y la libertad de nacionalidad ó la nacionalidad facultativa (art. 14, 19 y 20). La ley civil argentina que olvida sus deberes constitucionales en ese punto, abdica su ministerio y traiciona su instituto (Alberdi, 1887 (1868, p. 109)).

Desse modo, o Brasil também era um contraexemplo, por ser um país que rejeitava a liberdade econômica. Para Alberdi, o europeísmo brasileiro, somado à existência de uma sociedade escravista e, portanto, pré-moderna, transformava o país em um lugar no qual a liberdade de empreender, o livre comércio e o livre trânsito de capitais eram restritos. Uma das principais batalhas intelectuais de Alberdi no período foi demonstrar que o comprometimento do Império com a liberdade econômica era falso, do que são exemplos seus textos denunciando a falsidade da abertura da navegação do Rio Amazonas (Alberdi, 1887 (1867), p. 5).

4. Derrotismo contra o Brasil: a Guerra contra o Paraguai

Enquanto se discutia a proposta de código apresentada por Vélez Sarsfield, Brasil e Argentina estavam lutavam lado a lado nos campos de batalha da Guerra contra o Paraguai. Justo naquele momento, o então presidente Bartolomé Mitre — que, como vimos, era adversário político de Alberdi — ocupava o posto de comandante em chefe da Tríplice Aliança, dirigindo o conjunto da ação dos três países em território inimigo, o que lhe dava um papel de grande protagonismo no conflito (Doratioto, 2002). É impossível compreender as posições de Alberdi sobre o código argentino sem considerar essa questão de fundo.

Alberdi foi um crítico acerbo da aliança feita por Mitre com o Brasil para combater o Paraguai. Na visão do intelectual tucumano, essa posição estava errada por pelo menos dois motivos. Em primeiro lugar, porque havia uma forte identidade entre paraguaios e argentinos, construída durante séculos de convívio sob o Império Espanhol e consolidada por um mesmo processo de revolução americana contra a metrópole. Essa história comum unia os dois povos e separava-os do Brasil, que havia mantido não só a monarquia como a mesma dinastia reinante, o que demonstraria tanto seu atraso quanto sua alteridade em relação ao restante da América. Essa compreensão da existência de uma identidade política e de interesses comuns parecia ser partilhada pelos paraguaios, ou, pelo menos, por seu governo que, segundo Francisco Doratioto, acreditava que pressões internas motivadas por essa identidade obrigariam o governo argentino a juntar-se ao país no conflito contra o Brasil (Doratioto, 2002).

O segundo motivo que levava Alberdi a denunciar a aliança militar da Argentina com o Brasil era sua convicção de que o Império tinha objetivos expansionistas que, cedo ou tarde, resultariam na luta pela incorporação de territórios do antigo vice-reinado do Prata. Alberdi

defendia que a Argentina deveria tratar o Brasil como seu grande inimigo potencial, aliando-se a outros países de origem hispânica para se contrapor ao Império Brasileiro (Téran, 2004, 30-34). A polêmica sobre o Código Civil estava, portanto, entrelaçada a essa visão geopolítica estratégica, que se manifestaria no posicionamento do intelectual tucumano sobre a Guerra do Paraguai, não podendo ser compreendida de modo pleno sem que esse fator seja considerado.

A posição de Alberdi não era um exagero momentâneo, típico de um texto de ocasião. Anos antes, em 1865, ele havia publicado um pequeno livro de título eloquente: *Las dimensiones de las repúblicas del Plata y las maquinaciones de Brasil*. O argumento da obra é simples: pressionado pela Inglaterra para acabar com a escravidão, o Brasil estava condenado ao completo ocaso e até mesmo à dissolução territorial caso não expandisse suas fronteiras em direção ao sul, já que, nos territórios chamados pelo autor de “tórridos”, somente os negros, por sua compleição física e adaptação ao meio, poderiam ser economicamente produtivos. A urgência para resolver essa questão havia se tornado ainda maior com o fim da escravidão nos Estados Unidos, algo que colocava a abolição no Brasil na ordem do dia:

Tierra africana à causa de sus calores sofocantes, el Brasil no puede ser cultivado sino por africanos. De allí para los Portugueses y sus descendientes, la tentación fatal de importar negros y hacerlos trabajar como esclavos. Empero este tráfico abominable este desde ya condenado a desaparecer por la civilización del siglo [...] Es decir, que el Brasil está en la obligación de poblarse de colonos blancos y libres [...]. Además la revolución de los Estados Unidos ha dado la señal de la abolición definitiva de la esclavitud en todo el continente americano. Es en las orillas del río James que la suerte del Brasil se resuelve hoy, ó se que resolverá mañana. [...] No hallando colonos blancos para aquellas regiones mortíferas, el Brasil busca países templados para establecer las poblaciones que son indispensables à su prosperidad (Alberdi, 1865, p. 8).

Alberdi acreditava que essa política expansionista era impulsionada por necessidades de cunho objetivo e já havia se manifestado muitas vezes desde os tempos das disputas entre Portugal e Espanha, estando fadada a se manifestar novamente. Sua posição ecoava visões deterministas típicas do período, refletindo o fatalismo comum a essa matriz de pensamento (Gould, 1991). Três anos antes de sua crítica à proposta de Código Civil feita por Vélez Sarsfield, Alberdi já sustentava que unir o Prata contra os intentos imperialistas de Dom Pedro II era uma tarefa urgente, daí sua rejeição à aprovação de um código que tinha um texto brasileiro como sua base mais importante.

Para compreender a posição de Alberdi de modo mais aprofundado, é preciso considerar a complexa geopolítica da região. É possível discernir dois períodos marcantes nos padrões de aliança e na operação dos interesses das nações em formação na região do Prata: um anterior e outro posterior ao ano de 1862. Essa data é marcante por uma coincidência de fatores: a ascensão ao poder de um gabinete liberal no Brasil, que adotaria uma postura intervencionista na região, marcadamente no Uruguai; a unificação da Argentina sob um único governo com a hegemonia de Buenos Aires após a Batalha de Pavón; e a ascensão de Francisco Solano López (1827 – 1870) ao poder após a morte de seu pai, o que levou o país a uma postura pró-ativa e ambiciosa na região do Prata.

A chegada de um gabinete liberal ao poder no Brasil acarretou uma alteração importante na política internacional do país. Sob o predomínio conservador que se encerrara, havia dois objetivos principais para a região do Prata. O primeiro era manter livre a navegação dos rios do estuário, não só por objetivos comerciais, mas também porque o acesso mais viável ao Mato

Grosso se dava pela via fluvial, de modo que conflitos poderiam deixar o país sem acesso a uma parte de seu território. O segundo objetivo era sustentar a independência do Paraguai e, especialmente, do Uruguai, frente à preocupação permanente de que a Argentina pudesse incorporar esses territórios, ameaçando a já problemática fronteira sul do país. Importante notar que manter a independência de Uruguai e Paraguai não significava deixar de intervir, algumas vezes *manu militari*, em sua política interna. Tratava-se apenas de limitar essa intervenção à manutenção desse objetivo.

A nova política implementada pelos liberais não alterava esses parâmetros de forma qualitativa, mas fazia ajustes importantes em direção a uma postura mais intervencionista, especialmente no caso uruguaio. Francisco Doratiotto considera que o que motivou essa mudança foi o impacto dos conflitos diplomáticos com a Inglaterra, ocorridos durante o gabinete liderado por Zacarias de Góes (1815 – 1877), quando o porto do Rio de Janeiro foi bloqueado por navios ingleses durante longos 35 dias, o que forçou o governo a pagar uma vexatória indenização aos ingleses por conta do sumiço de despojos de um navio britânico que naufragara na costa do Rio Grande do Sul. Sofrendo uma humilhação aos brios nacionais, os liberais buscaram salvar a honra da pátria e, especialmente, seu prestígio eleitoral, com uma postura belicista em relação ao Uruguai (Doratiotto, 2002, 50). O mote para tanto foram as reclamações de cidadãos brasileiros que tiveram perdas em função da guerra civil entre blancos e colorados no país vizinho. Em meio a esse processo, as eleições uruguaias foram canceladas graças aos conflitos armados no país. O governo foi assumido por Atanásio de la Cruz Aguirre (1801 – 1875), presidente do Senado e líder blanco ligado aos militares. A radicalização da situação política levou Brasil e a Argentina, com o curso do ministro inglês Edward Thornton (1817 – 1906), a buscarem um acordo que pacificasse a situação. Isso interessava aos três atores que buscavam intermediar o pacto — à Argentina, porque a estabilidade permitiria que o Uruguai não atuasse como parte das lutas internas no país; à Inglaterra, que buscava uma estabilidade regional que lhe facilitasse o comércio; e ao Brasil, que, com um novo governo, teria melhores condições de responder aos reclamos dos brasileiros que tinham seus interesses lesados pela guerra civil no país vizinho. O descumprimento, por parte do governo blanco, de um acordo firmado pelo presidente uruguaio e pelo principal líder colorado, Venâncio Flores (1808 – 1868), conduziu a um forte desgaste do governo uruguaio frente ao Brasil e à Argentina, que passaram a agir em sintonia contra o governo de Aguirre (Doratiotto, 2002).

Como resposta, formou-se uma espécie de aliança alternativa entre o governo do Partido Blanco [no poder no Uruguai] e a oposição argentina, que havia sido derrotada em Pavón, mas que se mantinha relativamente mobilizada contra Buenos Aires e contra o novo presidente paraguaio, Francisco Solano López. A subida de López ao poder levou o Paraguai a buscar um maior protagonismo na região, o que se concretizou em aliança com um setor da elite uruguaia e em uma postura mais hostil em relação ao Brasil. O Império, por sua vez, sob o domínio dos liberais, que haviam botado abaixo o gabinete de Caxias e levado ao poder o arranjo da chamada Liga Progressista, passava a atuar em uma chave mais intervencionista.

Desse modo, essa aliança algo precária colocava do mesmo lado da trincheira o novo poder central argentino (liderado por Mitre), o Império do Brasil, (agora sob predomínio liberal) e o partido colorado do Uruguai. Uma gestão voluntarista e pouco habilidosa desse conflito por parte de Solano López fez desatar a guerra, em 1865, quando tropas paraguaias invadiram a província brasileira do Mato Grosso e, poucos dias depois, a província argentina de Corrientes. Nesse quadro geopolítico, a lógica do posicionamento de Alberdi se evidencia. De um lado da

contenda, estavam os federalistas argentinos que, como vimos, se relacionavam com o intelectual tucumano. De outro, o Brasil em aliança com seu adversário figadal, Bartolomé Mitre que, inclusive, foi nomeado comandante em chefe da Tríplice Aliança contra o Paraguai.

Durante os cinco anos do conflito, especialmente no período em que a Argentina esteve mais diretamente envolvida na contenda, Alberdi defendeu abertamente que o melhor seria uma vitória de López, porque esse resultado enfraqueceria os intentos imperialistas brasileiros. Essa posição derrotista, considerada antipatriótica, foi utilizada largamente pelos adversários de Alberdi para atacá-lo e tolher-lhe possibilidades políticas e profissionais. Ao defender-se da acusação de traidor sustentada especialmente por Bartolomé Mitre, Alberdi ampliava os ataques contra a aliança com o Brasil. Afirmava que o acordo militar não havia sido feito pensando na pátria ultrajada, mas em benefício dos interesses mesquinhos da província de Buenos Aires. Isso demonstrava que a unificação que se dera sob o comando mitrista não resultara em uma lógica nacional. Alberdi considerava que uma vitória contra o Paraguai seria uma derrota para o seu país, pois implicaria um inevitável fortalecimento do Brasil, inimigo potencial e contendor quase inevitável. Com seu texto característico — duro, irônico e cortante —, Alberdi questionou abertamente o patriotismo do presidente Bartolomé Mitre, apresentando-o como mera expressão dos interesses materiais da elite de Buenos Aires:

¿Cuál es la unión que el patriotismo del general Mitre evita con el mayor cuidado en medio de la crisis actual? — la unión de los argentinos en el goce de la renta de diez millones que todos ellos vierten en su aduana de Buenos-Aires. El frenesí de amor por la República Argentina no va hasta devolver sus diez millones de pesos fuertes. La unión decantada deja en pie toda la causa de la guerra civil de cincuenta años, à saber, la renta de las catorce provincias, invertida en la sola provincia de Buenos-Aires (Alberdi, sem data, 29).

Em outra carta, ao comentar as acusações de traição que sofria diuturnamente por torcer por uma vitória paraguaia, Alberdi fala da subordinação de Mitre e de seu grupo aos interesses do Brasil:

Admito que es mejor equivocarse con su país que acertar con el extranjero. Pero, ¿que no es extranjero en la guerra que en mi país se hace hoy día por encargo y de cuenta del Brasil? Si no hubiese en la arena más combatientes que el Paraguay y la República Argentina, el puesto de todo argentino estaría designado por él más simples deber. Pero sin la injerencia del Brasil ¿es admisible siquiera la hipótesis de una guerra Argentina con el Paraguay?

No se podía salvar la integridad brasileña sino por el brazo de la República Argentina y por el instrumento de su territorio fluvial. Lugo ha sido preciso que caiga la sangre argentina a fin de que el Emperador del Brasil reivindique su provincia de Mato Grosso que de otro modo habría quedado independiente (Alberdi, sem data, 29)

A luta de Alberdi contra a Tríplice Aliança não deixou de ser notada no Brasil, onde análises sobre a guerra registravam que, entre as dificuldades para se vencer o inimigo, estava a existência de um importante setor derrotista dentro da Argentina, que operava para que o Paraguai saísse vitorioso do conflito. Dentre esses, os analistas brasileiros notavam a existência de pensadores influentes, sobretudo de Alberdi. O Jornal do Commercio de 15 de maio de 1867 traz uma sofisticada análise da situação da guerra, segundo a qual uma das questões que deveria causar preocupação ao Brasil era o final próximo do mandato de Bartolomé Mitre, principal defensor e fiador da aliança com o Império. Segundo o autor do artigo, estava em curso uma luta pela presidência da República Argentina, ambicionada por caudilhos e intelectuais contrários à participação do país no conflito, dentre eles, Alberdi:

Não se iludam as nações amigas sobre a verdadeira situação ao menos da república argentina. Sua organização atual é muito frágil, porque é recente, e luta com as resistências da caudilhagem e do bairrismo. Nessa mesma organização há pontos vitais a decidir, como a designação da capital, que fez já correr sangue nas ruas de Buenos Aires. A presidência do general Mitre tem apenas a preencher 16 meses, as ambições se agitam para esse posto. E que ambições? A de Urquiza, que se apoia nas dez mil lanças de seus sectários, a do general Taboada, que fala por seis ou sete províncias, a de Alberdi, que o Paraguai patrocina, sem contar a de vários homens políticos notáveis, que terão por si mais ou menos meios de ação (Jornal do Commercio).

5. Considerações finais

Juan Bautista Alberdi foi um dos mais influentes intelectuais latino-americanos do século XIX. Sua obra constituiu-se em referência para o debate sobre a formação dos Estados Nacionais, processo em curso naquele momento não só na Argentina, mas também no Chile. A partir da Revolução de 1880, seu pensamento seria ainda mais determinante, seminando uma corrente liberal que teria papel protagonista no pensamento argentino (Dongui, 2007).

As posições refratárias de Alberdi em relação ao Brasil são pouco estudadas, apesar da influência duradoura que teriam. Desdobraram-se na visão de intelectuais ligados à diplomacia, como, por exemplo, Estanislau Zeballos, elemento fundamental da diplomacia latino-americana no início do século XX e responsável por liderar um pensamento profundamente contrário ao Brasil (Punzi, 1998).

Neste artigo, buscamos demonstrar que essas posições de Alberdi só podem ser compreendidas plenamente se vistas como parte de um conjunto complexo, que envolvia tanto as disputas políticas pelos rumos que a Argentina deveria tomar quanto suas posições de sentido mais teórico, como a sua visão sobre o que deveriam ser as codificações, seu liberalismo econômico radical e sua visão sobre a geopolítica platina.

Sua oposição ao código elaborado por Vélez Sarsfield estava duplamente motivada. Por um lado, ele considerava que o texto se contrapunha à Constituição de 1853, diploma com o qual estava comprometido. Por outro, acreditava que a influência brasileira presente no texto era malfazeja, já que introduzia no país elementos indesejáveis, típicos de um país monárquico e escravista, que acabariam sendo óbices ao desenvolvimento econômico e à imigração. Em estreita relação com esse posicionamento, estava a postura de Alberdi diante do conflito da Tríplice Aliança com o Paraguai. Para ele, Mitre, o mesmo presidente que havia encomendado o código civil, e que era seu contendor político e teórico, levava a cabo uma política que desarmava a Argentina diante do imperialismo brasileiro.

Assim, debates de fundo sobre o futuro da Argentina, guerra e codificação faziam parte de uma trama complexa que conformava o pensamento de Juan Bautista Alberdi.

Referências bibliográficas:

Alberdi, Juan Bautista. *Las disensiones de las Repúblicas del Plata y las maquinaciones del Brasil*. Montevideo: Imprenta tipográfica à vapor, 1865.

- _____. *El proyecto de Código Civil para la República Argentina*. In: Obras completas de Juan Bautista Alberdi. Tomo 7, 1887 (1868) p. 135.
- _____. *Los intereses argentinos en la guerra del Paraguay con el Brasil*. Cartas dirigidas a sus amigos y compatriotas. Paris, Impresión Privada, sem data. Disponível em https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=jff9YFWK2sUC&oi=fnd&pg=PA1&dq=Juan+Bautista+Alberdi&ots=-TywoZxMeMm&sig=NFWiEJdDpoEtvLMYFz7i_AxlvS4#v=onepage&q=Juan%20Bautista%20Alberdi&f=false, consultado em 20 de fevereiro de 2017.
- _____. *La apertura del Amazonas y la clausura de sus afluentes*. In: Obras completas de Juan Bautista Alberdi. Tomo 7, 1887 (1867) p. 5.
- Bosch, Beatriz, *Urquiza, el organizador*. Buenos Aires, Eudeba, 1963.
- Doratioto, Francisco. *Maldita Guerra*. Nova história da Guerra do Paraguai, 2ª edição, São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- Freitas, Augusto Teixeira. *Código Civil, esboço*. Disponível em <http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/02teixeira/Esbo%C3%A7o%20de%20C%C3%B3digo%20Civil%20-%20Vol%201%20-%20Teixeira%20de%20Freitas.pdf> consultado em 4 de abril de 2017.
- Gould, Stephen Jay *A falsa medida do homem*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- Lettieri, Alberto. *La república de la opinión*. Política y opinión pública en Buenos Aires entre 1852 y 1862. Buenos Aires, Biblos, 1998.
- Pocock, J. G. A. "The history of political thought: a methodological enquiry" in P. Laslett e W. G. Runciman, *Philosophy, politics, and society: second series*, Oxford, Blackwell, 1969
- _____. *Linguagens do ideário político*. Tradução de Fábio Fernandez. São Paulo, Edusp, 2003.
- Punzi, Orlando Mário (org). Estanislao S. Zeballos. *Perfil de um legislador universal*. Buenos Aires: CLAD, 1998.
- Ranger, Terence. HOBSEBAWM, Eric. *A invenção das tradições*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- Sábato, Hilda. *Buenos Aires en armas*. La revolución de 1880. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2008
- Schiavone, Aldo. *Alle origini del diritto borghese: Hegel contro Savigny*. Rome, Bari: Laterza, 1984.
- Sola, Juan Vicente. *Alberdi: la Constitución como programa de gobierno: La polémica con Vélez Sarsfield*. Anales de la academia nacional de ciencias morales y políticas, 2010.
- Scobie, James R. *La lucha por la consolidación de la nacionalidad argentina 1852-1862*. Buenos Aires, Hachette, 1964.

Skinner, Quentin. "Meaning and Understanding in the History of Ideas." *History and Theory* 8, no. 1 1969: 3-53.

Shumway, Nicolas. *A invenção da Argentina*. História de uma ideia. São Paulo: Edusp, 2008.

Terán, Oscar. *Historia de las ideas en la Argentina*. Diez lecciones iniciales, 1810-1980 – Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2008. E-book, 2015.

_____. *Las palabras ausentes: para ler los Escritos póstumos de Alberdi*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Econômico, 2004.

Vellozo, Júlio César de Oliveira. *Código Civil e unidade nacional na Argentina*. *Revista Culturas Jurídicas*. V.3. n.6 (2016).

Data de Recebimento: 18/03/2021

Data de Aprovação: 16/04/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

O crime de aborto no Código Penal de 1890

Um debate entre a literatura penal, os bons costumes, a honra e os vestígios de crime em processos e inquéritos (1890-1942)

The crime of abortion in the 1890 Penal Code

A debate among penal literature, good manners, honor, and the traces of crime in processes and inquiries (1890-1942)

Gustavo Silveira Siqueira¹

Bianca Jandussi Walther de A. C. Guedes²

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro. <https://orcid.org/0000-0003-1968-5639>.

² Universidade do Estado do Rio de Janeiro. <https://orcid.org/0000-0001-9803-3721>.

RESUMO

O presente artigo analisa o crime de aborto sob a ótica da legislação, da literatura jurídica e de alguns inquéritos policiais e processos do período que abrange o Código Penal de 1890. A ideia central foi comparar os diferentes discursos produzidos para entender em que medida a criminalização do aborto teve por escopo a proteção da vida do feto ou se foi uma questão de criminalizar condutas desviantes dos padrões morais socialmente estabelecidos para as mulheres.

Palavras-chave: Crime de aborto, Código Penal de 1890, História do Direito.

ABSTRACT

This article analyzes the crime of abortion from the perspective of legislation, penal literature, and some police prosecutions and criminal cases from the period that covers the penal code of 1890. The main idea was to compare different speeches to understand the extent that the criminalization of abortion was aimed at protecting the life of the embryo or whether it was a matter of criminalizing deviating conduct from moral standards established for women.

Keywords: Crime of Abortion, Penal Code of 1890, Legal History.

*Onde calcular é
impossível, impõe-se sugerir.*

Marc Bloch

Introdução

O aborto é tema que levanta fervorosos debates de cunho moral, social e religioso. As leis penais hoje vigentes no Brasil ainda contêm lógicas de disciplinamento das condutas sexuais e reprodutivas das mulheres baseadas em uma concepção de “moral e bons costumes”.

Esse tema espinhoso é pouco explorado na história do direito, razão pela qual buscamos entender as lógicas e as mentalidades que circulavam ao final do século XIX e início do século XX³. A opção pela temática veio pela vontade de compreender as razões dessa criminalização no Código Penal da República.

A criminalização do aborto interfere na vida e no corpo das mulheres e escancara as desigualdades entre os sexos e também entre as classes. A legislação reflete, portanto, as relações sociais de poder existentes também no cotidiano privado em uma determinada época. Há uma dimensão biopolítica⁴ nas leis sobre aborto, no sentido de implicar uma ação política estatal de controle sobre a vida biológica dos indivíduos e de seus comportamentos. A mesma ação que “promove” a vida e direitos também aumenta o “controle” sobre os corpos e sobre a vida da população, como veremos nos argumentos daquele período.

A primeira parte do artigo explica a elaboração do Código Penal de 1890. Em seguida, analisamos a literatura jurídica do período e, por fim, destacamos processos judiciais, notícias de jornais e inquéritos policiais que podem auxiliar no entendimento da prática do aborto naquele período.

A metodologia utilizada no trabalho é influenciada pela obra de António Manuel Hespanha⁵. Partindo da análise dos principais juristas da época, bem como da análise de inquéritos e processos de 1890 a 1942, em pesquisa a documentos no Arquivo Nacional e algumas publicações jornalísticas da época, tentamos entender as relações sociais e jurídicas em torno da criminalização do aborto no Brasil República e as relações entre a teoria, a lei e a prática do aborto.

1. O Código Penal de 1890

Existiam vários grupos na disputa pelo poder, com interesses plurais e distintas concepções de como estruturar a nascente República. Dentre esses grupos, destacavam-se aqueles que

3 Segundo Hespanha, a consideração da história a partir das categorias, problemáticas e conceitos do presente subverte tais fundamentos e torna a história um mero pano de fundo para consagrar o presente e legitimar determinado discurso. No entanto, como bem ressaltou o citado autor, não há essa linearidade das categorias e dos conceitos, havendo, sim, rupturas na história e nas diversas culturas, sendo o sentido de um determinado conceito ou de uma determinada categoria jurídica eminentemente relacional, temporal e local (Hespanha, 2012, p. 21).

4 Foi utilizada neste trabalho a noção de biopoder e biopolítica de Foucault, 2013.

5 Não concebemos a História como linear, mas procuramos suas rupturas e mudanças de categorias jurídicas. Tentamos, como ensina Hespanha, entender o direito dentro dos campos sociais.

defendiam um modelo liberal, que se contrapunham aos de influência positivista⁶. O país vivia a transição do regime escravo para o trabalho livre, e um turbilhão de ideias novas surgiam no país. Como veremos, a influência europeia seria marcante na literatura nacional e tocava as noções sociais e jurídicas do país. Ao mesmo tempo que movimentos sociais demandavam, cada vez mais, direitos trabalhistas, a República começava a instituir os seus parâmetros legais (Siqueira, 2014).

Os militares⁷, apesar da não existência de uniformidade de pensamento entre eles (Costa, 1999, p. 396), tiveram forte presença nos primeiros anos da República.

Para os militares ligados ao Marechal Floriano Peixoto, Presidente Provisório, a República deveria ser dotada de um Poder Executivo forte e de um regime próximo ao ditatorial. A autonomia das províncias era vista com reservas por servir aos interesses dos grandes proprietários de terras, bem como pelo risco sempre presente de fragmentação do país, dadas as constantes revoltas (Costa, 1999, p. 401).

Essa forma de governar, nos primeiros anos da República, foi o que, entre outros fatores, permitiu uma rápida aprovação do Código Penal de 1890⁸, sem debates parlamentares (Sontag, 2014, p. 173 e 216). Era preciso reformar a legislação vigente, pois as transformações políticas e as ideias de um novo país exigiam uma nova ordem jurídica⁹. O Código de 1890, no que concerne ao crime de aborto, como veremos, foi mais rigoroso do que o Código de 1830, e isso não parecia ter uma relação direta com o caráter anticlerical da Primeira República¹⁰. Pelo menos, era isso que as fontes demonstraram: nenhuma relação direta entre esses movimentos e o processo de legislação e aplicação em relação ao aborto. Talvez a percepção fosse de “quebra de valores antigos” Carvalho (1987, p. 26 e 27) da sociedade, especialmente na cidade do Rio de Janeiro após a proclamação da República, objeto deste trabalho. Esse afrouxamento escandalizava parte da elite mais conservadora, e, assim, alguns setores da sociedade passaram a ser objeto de ações

6 Sobre as fases do Império e da República no Brasil: Costa, 1999. Nesse livro, a autora sustenta que, apesar das inúmeras transformações ocorridas entre 1822 e 1889, as estruturas socioeconômicas do Brasil não sofreram grandes alterações, de modo a gerar maiores e mais amplos conflitos sociais. Ressalta, inclusive, que o sistema de “clientela” e “patronagem” mantido pela elite e que permeava a sociedade reduziu sobremaneira as tensões de classe e raça.

7 De acordo com Carvalho (1987, cap. 2), o período de transição para a República foi constituído de uma grande circulação de ideias, a maioria importadas da Europa, mal concebidas e internalizadas, capazes de abranger os mais variados e opostos interesses, como “escravocratas e abolicionistas, militares e civis, fazendeiros, estudantes, profissionais liberais e pequenos comerciantes”. A ideia de povo e pátria (visão integradora e comunitária muito defendida por Silva Jardim) unia todos nas diferenças e foi útil para a luta de certos setores por uma ampliação da noção de cidadania. Entre esses grupos, estavam os militares, cuja mais forte inspiração ideológica era o positivismo comteano transmitido por Benjamin Constant, apesar de que havia outras inspirações ideológicas. Isso fez com que militares buscassem maior peso nas decisões políticas, reivindicando a condição de plenos cidadãos, surgindo a ideia do chamado “soldado-cidadão”.

8 Decreto n.º 847 de 11 de outubro de 1890. Código Penal dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 28 jan. 2021. O CP 1890 foi fortemente influenciado pela Escola Positivista de Lombroso, segundo a qual o crime não pode ser explicado sem a influência de fatores bioantropológicos, fatores estes que impelem necessariamente um sujeito à prática de um crime, ou não.

9 Sontag, no capítulo 3 (2015, p. 173 a 252), desenvolve as razões do prestígio do Código de 1830 e do desprestígio do Código de 1890, mostrando-nos que nem sempre as críticas eram devido ao conteúdo objetivo deste, mas uma questão de imagem. A escola positiva, proeminente à época, de espírito reformista e crítico do direito vigente, construiu a ideia de um código insuficiente (“O pior de todos os códigos conhecidos”), mesmo sendo considerado como verdadeiro decalque, apenas com algumas alterações, da anterior codificação, segundo citação de Nilo Batista no texto.

10 O anticlericalismo permeou a sociedade brasileira desde os tempos de colônia, mas durante a República foi mais explícito e levou à laicização do Estado, separando-o definitivamente da Igreja. Apesar da estreita ligação do Antigo Regime Português com a Igreja Católica, no Brasil, a Igreja estava “estritamente sujeita ao poder civil”, com a monarquia exercendo poderes eclesiásticos de mando e desmando. “A Igreja transformara-se, por esse modo, em simples braço do poder secular, em um departamento da administração leiga (...). Pode-se acrescentar que, subordinando indiscriminadamente clérigos e leigos ao mesmo poder por vezes caprichoso e despótico, essa situação estava longe ser propícia à influência da Igreja e, até certo ponto, das virtudes cristãs na formação da sociedade brasileira”, nas palavras de Buarque de Holanda (1995, p. 118-119). Ver também Souza (2005).

moralizantes por parte de autoridades Republicanas. Mas considerando que o Código foi elaborado sem uma discussão parlamentar, faltam fontes robustas para confirmar mais afirmações.

Nesse contexto, surge o Código que vigorou até 1942, não livre de críticas e de inúmeras tentativas de reformas; algumas levadas a efeito, muitas outras esquecidas. Galdino Siqueira, por exemplo, afirmava que o Código de 1890 reproduziu os fundamentos do direito penal como prescritos no Código Criminal do Império (1830), mas nem sempre de forma bem trabalhada, pois, na preocupação de emendar, acabou incorporando inovações da legislação estrangeira sem método e sem técnica rigorosa¹¹.

2. Aborto na legislação penal e nos livros de Direito Penal

O crime de aborto era previsto no capítulo IV do Título X:

TÍTULO X

Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida

CAPITULO IV

DO ABÔRTO

Art. 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

No primeiro caso: – pena de prisão celllular por dous a seis annos.

No segundo caso: – pena de prisão celllular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em consequencia do abôrto, ou dos meios empregados para provocal-o, seguir-se a morte da mulher:

Pena – de prisão celllular de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Pena – a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante:

Pena – de prisão celllular por um a cinco annos.

Paragrapho unico. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonor propria.

Art. 302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitavel, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Pena – de prisão celllular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.

O bem jurídico protegido era a “segurança de pessoa e vida”, e os autores que analisamos, em sua maioria, descreviam a ideia de um bem jurídico duplo: a vida do ser em formação no

¹¹ Siqueira (2003[1921], vol. 1, p. 12). Daí, Nilo Batista ter afirmado que o código de 1890 não era mais que “um decalque alterado do diploma anterior” (Zaffaroni, Batista et al., 2003, p. 446).

ventre materno e a saúde e vida da mulher. Por outro lado, fontes diferentes mostraram outras concepções: a preocupação maior nos inquéritos policiais era verificar se o caso era ou não de infanticídio. A mulher era a menor das preocupações, até porque era vista como transgressora, independentemente se comprovado ou não o aborto. Demonstraremos esses argumentos no decorrer do artigo.

No Código Criminal do Império (1830)¹², o aborto estava previsto no título que tratava dos crimes contra a segurança individual e incluía crimes tão díspares entre si, tais como: ameaça, abertura de cartas, e invasão de casa alheia. O Código de 1890 colocou o aborto no título que tratava dos crimes contra a “segurança de pessoa e vida”, que são: homicídio, infanticídio, suicídio, aborto, lesões corporais. Outras alterações também foram incluídas em 1890: a criminalização da mulher que cometesse aborto em si mesma, o aumento de penas e o agravamento da pena no caso de aborto provocado por terceiros e que resultasse na morte da mulher grávida. Tais mudanças estavam em consonância com as críticas feitas pelos juristas que comentavam o Código do Império¹³, assim como com uma crescente necessidade de se disciplinar e vigiar socialmente a sexualidade feminina (Foucault, 2015, p. 131 e 132; Araújo, 2004, p. 55-56), tais alterações não chegaram a ser objeto de severas críticas.

Outra hipótese é que o aumento das penas poderia estar associado com uma maior aproximação entre direito e medicina. No século XIX, a medicina passou a ter um maior destaque e proximidade com as questões de Estado, surgindo especialidades médicas como a ginecologia e a medicina legal e, com isso, a necessidade de monopólio da atividade, combatendo parteiras e, por isso, a força da lei muitas vezes era mais direcionada às parteiras iletradas¹⁴.

2.1 O crime de aborto na literatura penal

As primeiras produções literárias sobre o Código de 1890 foram elaboradas na forma de comentários à lei penal, assumindo a função de intérpretes da lei. Essa forma de escrever sobre o direito penal facilitava o estudo de cada tipo penal, sem, contudo, aprofundar nas questões mais práticas do crime de aborto.

Para João Vieira de Araújo (2004, p. 57), sobre o crime de aborto, não se viam citações de jurisprudência, em razão de a ciência “ser muda para esta categoria de fatos”.

12 Art.199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas - dobradas.

Lei de 16 de dezembro de 1830. Código Criminal do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: jan. 2021.

13 Thomaz Alvez Júnior, que publicou suas *Anotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal* (1883, tomo III, Seção III, p. 277) – que se constituiu em obra bastante detalhada do código de 1830 –, afirmou que o Código de 1830 andou mal em não incriminar a mãe que provoca o aborto em si. Para melhor visualizar o crime de aborto no período do império, ver Guedes, 2018.

14 Para melhor entender sobre o papel da medicina nesse controle social da sexualidade e da reprodução feminina: Roth (2020) e Rohden (2003).

É possível perceber também variações no conceito do crime e a tentativa de modificação da nomenclatura do crime para “feticídio”^{15 16} com base nos estudos do jurista italiano Francesco¹⁷. Essa sugestão não foi acatada pela maioria da literatura pátria em razão do próprio conceito de aborto adotado pela maioria dos juristas analisados, pois o crime existia em qualquer fase da gestação e não apenas na fase fetal. Além disso, a pesquisa por inquéritos e processos não mostrou nenhum resultado quando procuramos a palavra “feticídio”¹⁸.

O conceito de crime de aborto adotado pela maioria dos juristas brasileiros consistia na “interrupção do processo fisiológico de amadurecimento e formação do produto da concepção”, desde que esse fruto tenha por característica um “estado de vida”, que seria uma espécie de “viabilidade” para viver (Soares, 2004, p. 619). A maioria dos autores, como veremos, também concordava com a necessidade de morte dentro ou fora do útero para que o crime se configurasse.

Passemos à análise de alguns comentadores do Código Penal de 1890.

João Vieira de Araújo¹⁹ pertenceu à chamada “Escola de Recife”, uma vertente marcada pelo cientificismo, e foi um dos maiores críticos do código de 1890, sendo, inclusive, autor do Projeto de codificação de 1893, a primeira das muitas propostas de substituição do código (Sontag, 2015, p. 18-19 e 181).

Em sua obra, *O Código Penal Interpretado*, v. 2, teceu críticas à redação do crime de aborto previsto no Código de 1890, chegando a asseverar que se tratava de um dos capítulos “mais defeituosos do código”. Afirmava existir uma correlação social, econômica e jurídica entre aborto, suicídio e infanticídio, e que, mesmo nas hipóteses passíveis de punição, elas deveriam ser mais brandas (Araújo, 2004, p. 54).

Nesse sentido, discorreu sobre a incoerência (“desproporcionalidade”) na positivação de algumas das penas, especialmente no crime de autoaborto.

Em fragmento intrigante, Araújo afirmava que durante o período intrauterino não há vida, nem pessoa, tampouco direitos. Para ele, o aborto “não é nada mais que o malogro da esperança de vida” (Araújo, 2004, p. 57). Assim, essa prática não deveria ser criminalizada quando feita pela própria mulher, sem prejuízo a um terceiro, o que destoava um pouco da visão de seus contemporâneos.

15 A. Tocci diferencia aborto de feticídio e de infanticídio, muito embora ressalte que essa distinção não foi adotada pelo Código Penal Italiano do século XX. O “feticídio” ocorreria quando a morte do feto se desse no momento do parto, ou seja, no exato instante do expulsivo (Tocci, 1954, p. 214).

16 Interessante o texto do Dr. Souza Lima sobre o crime de aborto no *Diário de Notícias* (1892 e 1893).

17 Francesco Carrara foi um jurista italiano de renome no século XIX, representante da Escola Clássica de Direito, cujo princípio do livre-arbítrio era a lente principal para analisar o crime e o criminoso. Publicou *Programma del Corso de Diritto Criminale* em vários volumes e também o *Programma de Diritto Criminale dettato nella r. Università*, além de outras obras de Direito Penal.

18 A pesquisa concentrou-se em duas bases do Arquivo Nacional: 1) a base SIAN (Sistemas de Informações), no período de 1830 a 1942 com as palavras “aparecimento de feto” (33 ocorrências); “aborto” (45 ocorrências); “ocultação de feto” (duas ocorrências); “feticídio” (nenhuma ocorrência); 2) a base do Acervo Judiciário da Cidade do Rio de Janeiro do Arquivo Nacional com a palavra “aborto”, que retornou 12 ocorrências, das quais a maioria não era de aborto. Não encontramos uma explicação para este fato.

19 João Vieira de Araújo foi lente da Faculdade de Direito do Recife, deputado federal e constituinte. Elaborou uma série de projetos de reforma, nunca aprovados, dos códigos de 1830 e de 1890. Além disso, foi um penalista identificado com a escola positiva italiana e pertencente à chamada “Escola de Recife”, famosa por uma abordagem mais cientificista do direito e um dos principais comentadores dos códigos de 1830 e 1890. Para melhor conhecer seu pensamento e sua influência neste período, a obra de Ricardo Sontag (2014) é fundamental.

Araújo teceu elogios ao Código Criminal do Império e classificou “como verdadeiro retrocesso” (Araújo, 2004, p. 56) a inclusão da criminalização do aborto autoprovocado, afirmando que tal crime seria um dia apagado dos códigos mais modernos e passaria a ser tratado na esfera cível²⁰. A crítica era bem enfática: “é sabido geralmente que o aborto procurado pela mulher, sem prejuízo para terceiro é considerado como não constituindo um crime” (Araújo, 2004, p. 55).

Assim, para Araújo, em seu livro *O Código Penal Interpretado*, volume 2, publicado no ano de 1901, o crime de aborto não deveria sequer ser considerado um crime, pois não havia “vida” antes do nascimento.

Na pesquisa realizada com inquéritos e processos do período compreendido entre 1890 e 1942 no Arquivo Histórico Nacional, percebemos que o aborto, assim como o infanticídio²¹, era praticado em razão da falta de métodos contraceptivos eficazes.

O lugar do crime era o da clandestinidade, do segredo, só se tornando um problema público quando, de alguma forma, uma pista surgia para além da esfera privada; seja com o aparecimento de um feto em via pública, seja com a morte de uma mulher em situação suspeita, seja com a descoberta de uma relação considerada ilícita para os padrões morais da época.

Algo que apenas reforça o que foi por nós verificado no Arquivo Nacional²² foi o trabalho realizado sobre aborto e infanticídio no início do século XX por Fabíola Rohden (2003, p. 127), “A arte de enganar a natureza – contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX”. A pesquisa destacou que aborto e infanticídio provavelmente eram cometidos com mais frequência do que os inquéritos e processos davam conta, pois o interesse por esses crimes só surgia quando uma prova material (um feto morto, a morte de uma mulher) era revelada.

Prosseguindo no estudo do crime de aborto, Araújo esclareceu que a legislação não deixava expressa a necessidade de morte do concepto para a configuração desse crime. No entanto, citando Giuseppe Zanardelli²³, jurista italiano que redigiu o código que nos serviu de “modelo” (Araújo, 2004, p. 59), concordava que era preciso que houvesse a morte do produto da concepção, dentro ou fora do útero, para a configuração do crime, uma vez que a essência do delito consistiria na interrupção do processo fisiológico de amadurecimento e formação do feto.

O Código de 1890, ao contrário do italiano, não exigia a expulsão do feto do útero, podendo a ação destruir o concepto ainda no ventre materno. Araújo destacava que, desde que essa

20 O autoaborto é criminalizado hoje no art. 124, *caput*, 1ª parte, CP 40.

21 Não é o foco deste trabalho, mas infanticídio e aborto eram crimes que se confundiam em larga escala na prática. Alguns inquéritos de “aparecimento de feto” e de “aborto” eram investigações de infanticídio.

22 Em pesquisa no Sistema de Informações do Arquivo Nacional, utilizando a palavra “aborto” para o período que vai de 1830 a 1942, foram encontrados apenas 45 documentos, praticamente todos do Século XX, sendo: dez processos criminais; um Habeas corpus; um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino de 1932, defendendo o aborto; 33 inquéritos criminais. Na mesma base, pesquisando a palavra “feticídio” para o mesmo período, não foram encontradas quaisquer ocorrências. Usando a expressão “aparecimento de feto”, no mesmo sistema, mesmo período, foram encontrados apenas 33 documentos, todos inquéritos policiais do século XX, pois as investigações não foram adiante. Em outra base, a do Acervo Judiciário do AN, curiosamente apenas um processo de aborto surgiu em meio a 12 ocorrências versando sobre outros temas. Era um processo referente ao período do Código Criminal do Império; em verdade, o único deste período encontrado na pesquisa.

23 Sontag (2015, p. 213) afirma que o código italiano, que serviu de fonte ao código de 1890, é conhecido como “Código Zanardelli” em homenagem a este jurista e político que atuou intensamente para a unificação da lei penal italiana quando foi Ministro da Justiça.

morte fosse ocasionada por razões independentes da vontade do agente, haveria punição, ao menos por tentativa, seguindo também os termos do art. 14, parágrafo único²⁴.

Araújo também observou que o legislador não elencou os meios abortivos para não gerar uma lista taxativa, limitando a possibilidade de punição do crime, já que os meios poderiam ser os mais diversos possíveis.

Afirmou, por fim, que o Código Penal de 1890 piorou a disposição da matéria em relação à anterior codificação. Além de ter instituído o autoaborto²⁵, previu penas desproporcionais, não fazendo distinção entre a existência ou não de consentimento da mulher para a punição do aborto que resultava em morte da mulher (Araújo, 2004, p. 56)²⁶.

Outro jurista da época que comentou especificamente o crime de aborto foi Galdino Siqueira²⁷. O autor classificava o crime de aborto como crime de periclitación²⁸ (crime de perigo, de ameaça) da vida e não como “crime para a proteção” do corpo e da vida. Dessa forma, o crime de aborto teria por finalidade proteger a espécie humana, o “ser vivo que tem probabilidade de viver no futuro” e a integridade da mulher (Siqueira, 2003, p. 603). Siqueira citou o jurista austríaco Franz Ritter Von Liszt²⁹ e defendeu que o crime de aborto tem um duplo aspecto, de um lado sendo “homicídio” ou periclitación da vida do feto e, de outro, periclitación da vida da mulher grávida (2003, p. 595).

Siqueira explicava que o aborto se caracterizaria pela destruição da vida antes que tenha nascido e respirado pelos pulmões, que é o que torna a existência independente (2003, p. 556). Do ato de respirar sozinho pelos pulmões até sete dias de vida extrauterina seria caso de infanticídio e não de aborto. Depois de sete dias, seria homicídio. De fato, esse parecia ser o critério usado pelos peritos quando faziam inspeção em um feto encontrado morto. Em todos os casos de “aparecimento de feto” analisados nos inquéritos disponíveis no Arquivo Nacional, o principal exame de corpo de delito feito nos corpos dos fetos era para verificar se respiraram fora do útero³⁰.

Discordando de Araújo, Siqueira afirmava não ser necessária a morte do conceito para se configurar o crime de aborto, bastando a ação de provocar sua expulsão dolosa e prematura³¹. Aqui, o autor não explicou muito bem como se poderia comprovar o crime de aborto sem a

24 Art. 14. “São considerados sempre factos independentes da vontade do criminoso o emprego errado, ou irreflectido, de meios julgados aptos para a consecução do fim criminoso, ou o má emprego desses meios.

Paragrapho unico. Não é punível a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuser”.

25 Sobre a criminalização do autoaborto no Brasil, importante a leitura do artigo de Cunha (2018).

26 Araújo (2004 [1901], vol. 2 p. 56).

27 Galdino Siqueira foi professor de Direito Penal e Processual Penal na Faculdade de Direito de Niterói e, assim como João Vieira de Araújo, ligado ao positivismo criminológico.

28 Crime de perigo é aquele que expõe a vida a perigo (ameaça à vida).

29 Franz Ritter Von Liszt, austríaco que fez parte da chamada “escola moderna” alemã e integrou a famosa corrente causal-naturalista da teoria do delito.

30 “Docimásia hidrostática de Galeno” é o nome deste exame, que serve para verificar se uma criança respirou pelos pulmões ao nascer. A medicina legal cada vez mais se fazia presente nos estudos do crime e do criminoso no século XIX e início do século XX (Hercules, 2014, p. 689-690).

31 Esse é o posicionamento de Tardieu, Liszt e outros. Liszt apresenta como objeto do crime de aborto o fruto que ainda não atingiu a vida independente fora do útero; e como ação o aborto propriamente dito, que seria a provocação ilegal do nascimento prematuro, sem dolo de matar e sem necessariamente provocar a morte. Para ele, o nascimento doloso e prematuro de uma criança para ocultar “desonra” seria passível de punição por aborto. Liszt apresenta ainda um outro elemento do crime que seria o “homicídio” do feto dentro do útero.

morte, nem adentrou na dificuldade probatória deste seu entendimento, apenas citou várias leis estrangeiras que corroboravam este seu entendimento. O problema para a produção de provas estaria na dificuldade de se diferenciar o aborto do parto prematuro.

Oscar Macedo Soares³² também teceu críticas à desproporcionalidade das penas e à nomenclatura do tipo penal, entendendo que o crime deveria se chamar “feticídio” e não aborto, pois a vítima não seria a mulher grávida, mas o feto em qualquer fase de vida intrauterina. Nesse ponto, divergiu frontalmente de Siqueira e Araújo, que entendiam que o crime de aborto tem um bem jurídico de caráter duplo a ser tutelado: a vida em formação e a mulher.

Soares afirmava que o aborto era das matérias mais controvertidas do Código. O primeiro problema aparecia logo na classificação jurídica desse crime: alguns autores incluíam o aborto entre os delitos sociais; outros, entre os atentados contra a ordem nas famílias; outros, entre os crimes contra a pessoa; e outros, justificando o Código vigente, entre os crimes contra a segurança da pessoa e vida (Soares, 2004, p. 618).

Mesmo defendendo o último entendimento, Soares excluía a mulher grávida como vítima do crime de aborto, entendendo que apenas o feto seria a vítima em qualquer fase da vida intrauterina (2004, p. 618).

Ressalvava, entretanto, que não era todo e qualquer fruto da concepção que sujeitaria o agente à pena por crime aborto, sendo necessário um “estado de vida”³³. Entendia que existiriam três hipóteses em que, embora tivesse ocorrido a expulsão violenta e prematura do fruto da concepção, não restaria configurado o crime de aborto, por não haver atentado contra pessoa e vida, a saber: a) quando se verificasse a eliminação de uma mola hidatiforme³⁴; b) quando o feto já estivesse morto por qualquer causa estranha aos meios abortivos; e c) quando o feto nascesse vivo e viável, embora ainda pouco desenvolvido (sétimo e oitavo mês de gestação) (2004, p. 619).

Soares também criticava a desproporcionalidade das penas, o que era muito comum entre os autores da época, além da ausência da previsão de agravantes no aborto consentido pela gestante (2004, p. 621).

Nelson Hungria³⁵ considerava como elemento essencial para a caracterização do aborto a interrupção da gravidez, havendo ou não a expulsão do feto. Classificando o crime de aborto como um “delito de perigo”, defendia que para a consumação do crime não seria preciso que o agente alcançasse o fim visado (a interrupção da gravidez). A expulsão do feto seria apenas causa de aumento da pena (1937, p. 273).

32 Jurista formado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, São Paulo, atuou como advogado, jornalista e também deputado federal pelo Rio de Janeiro.

33 O autor não desenvolve o que seria esse “estado de vida”, mas dá a entender que significa um estado em que uma vida viável (viabilidade, vitalidade) está em formação.

34 Também chamada de “gravidez molar” ou “gravidez em mola”, é um tumor benigno que surge durante uma complicação na gestação. É uma condição rara em que surge um amontoado de células, mas não um embrião.

35 Nelson Hungria Hoffbauer foi jurista, delegado, magistrado e ministro do STF por dez anos. Integrou a comissão redatora do Código Penal de 40. Ele comenta o código de 1890 em 1937, ou seja, mais tardiamente já que nasceu um ano depois da promulgação do Código Penal de 1890. Fonte: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/nelson-hungria-hoffbauer>> (CPDOC-FGV).

Em interessante passagem, Hungria citava o médico francês Klotz-Forest³⁶, que era contra a criminalização do aborto. Esse médico defendia que a mulher deveria ter o direito de dispor livremente de seu corpo, de recusar a maternidade e, além disso, considerava o feto como parte das entranhas maternas. O francês trazia dois argumentos contrários à incriminação do aborto: a impotência da pena para coibir a frequência com que esses crimes são cometidos e o fato de que apenas as mulheres menos abastadas sofrem os rigores da lei penal quando se trata de crime de aborto (1937, p. 274).

Muito embora Hungria tenha se mostrado contrário a esse posicionamento, é interessante perceber como existiam também argumentos contrários à criminalização do aborto na época.

Hungria refutava o argumento da impotência da pena para coibir esse tipo de crime: “ter-se-ia que concluir pela extinção dos códigos penais, porque estes não conseguem eliminar a criminalidade em geral” (1937, p. 276). Para combater o argumento existente, à época, de que apenas as mulheres mais pobres é que sofrem os rigores da lei, Hungria afirmava que “a punição do aborto não se justifica apenas como proteção de uma *spes hominis*, mas também como proteção à vida ou saúde da própria gestante” (1937, p. 276). Aqui, concordava com João Vieira de Araújo e Galdino Siqueira, que entendiam que o crime de aborto tem esse aspecto duplo de proteção. No entanto, Hungria esquivou-se de adentrar em uma discussão social muito maior. O fato de a lei supostamente visar a proteger também a saúde da mulher desmentiria a realidade de que as mulheres mais pobres são as mais afetadas por essa criminalização?

Analisando os arts. 300 e 301 do Código de 1890, Hungria destacava que a lei não distinguia entre gérmen, embrião e feto, devendo ser considerado crime a interrupção em qualquer fase da gestação.

Tentando descrever o crime no dia a dia da sociedade, Hungria afirmava que quando a mulher não conseguia o seu fim de abortar, acabava cometendo infanticídio, ou abandonando o feto para morrer ou deixando o bebê nas chamadas “rodas dos expostos”, principalmente em Igrejas e Orfanatos.

Hungria se mostrou contrário a qualquer isenção de pena para o aborto no caso de gravidez fruto de violência, como o estupro. Essa questão não chegou a ser tratada pelos demais tratadistas, mas já debatida em jornais. Aqui, é importante destacar o artigo da advogada Myrthes de Campos, publicado em 1915 e que defendia o aborto nos casos de estupro durante a Guerra Mundial³⁷.

Apesar de considerar o crime de aborto como aquele que visa à proteção de um bem jurídico duplo, a vida em potencial e a saúde da mulher, Hungria defendia que a mulher estuproada deveria manter a gestação: “toda mulher solteira, que abortasse, acharia logo de acusar de violência o seu sedutor” (1937, p. 279). Nessa frase, sobressai a pouca importância que de fato tem a vida do nascituro e a saúde da mulher. A questão moral que circunda o tema acabava prevalecendo.

36 Escreveu, no início do século XX, o livro *De L'avortement: est-ce un crime?*, Paris, Éd. Victoria, 1919, no qual defendia a não incriminação do aborto.

37 A advogada brasileira, Myrthes de Campos, escreveu um artigo para o jornal “O Paiz”, em novembro de 1915, no qual defendeu o aborto nos casos de estupros violentos durante a guerra. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/7/art20180717-02.jpg>>.

Bento de Faria³⁸ escreveu as “Anotações Theorico-Praticas” e lembrava que, na prática, o que se vê não é uma genuína preocupação com essas vidas, não mais do que a preservação da moral e dos chamados “bons costumes” (Faria, 1929).³⁹ A frase é de Faria e ilustra muito bem o pensamento da época e ajuda a explicar as citações de Hungria apresentadas acima. A preservação da “moral” e dos “bons costumes” parecia ser a principal preocupação do tipo penal.

A questão do dolo, para Faria, era fundamental para a caracterização do crime e, ao mesmo tempo, é o que trazia maiores dificuldades na produção das evidências materiais. Citava como exemplo o chamado “aborto terapêutico”⁴⁰ para mostrar que é tão intencional quanto o criminoso, mas possui uma finalidade que justifica legitimamente a ação, do que resulta que a diferença será muito tênue, pois residirá unicamente no dolo (Faria, 1929, p. 524).

Faria considerava igualmente aborto criminoso a expulsão de um feto vivo e viável, mas ainda pouco desenvolvido (Faria, 1929, p. 524). Para ele, a hipótese na qual uma mulher acelera o parto aos oito meses de gestação para parecer que não engravidou antes do casamento, comete aborto (Faria, 1929, p. 521).

Sobre a questão da desonra da mulher, a atenuante prevista no parágrafo primeiro do art. 301 do Código, Faria afirmava que somente a ilegitimidade da prole é que pode ser considerada uma desonra (gravidez quando solteira ou viúva; ou de relação extraconjugal, quando casada) (Faria, 1929, p. 521).

Faria destacava que era preciso que a mulher tivesse honra para salvaguardar, ou seja, que fosse considerada honesta⁴¹. Dizia o autor que tal atenuante não se aplicaria “à mulher de vida manifestamente licenciosa”, referindo-se à mulher de comportamento sexual desregrado e livre, mesmo que não seja uma comerciante do sexo. Também afirmava que não haveria desonra a ocultar quando a mulher seduzida está processando seu amante, pois, nesse caso, a perda de sua honra já se tornou pública, não havendo o que ocultar (Faria, 1929, p. 521). O segredo e a honra andavam de mãos dadas.

Interessante notar que referida atenuante demonstrava bem a questão moral que subjaz o crime de aborto, a importância do segredo, da honra, das aparências, de como tudo isso superava e muito o valor da vida. É como se primeiro viesse a preservação da moral e da ordem das famílias, depois a vida de um ser em formação e, por último, a vida de um ser formado, a mulher. O bem jurídico dúplice nos livros jurídicos parecia tentar esconder a principal necessidade de se criminalizar o aborto.

38 Advogado, jornalista e ministro do Supremo Tribunal Federal de 1925 a 1945. Teve forte atuação, quando ainda estudante, nos primeiros anos da República em alguns eventos marcantes como, por exemplo, sua atuação ao lado das forças legais contra a Revolta da Armada, de 1893. Após a derrota dos revoltosos, Bento de Faria foi agraciado com honrarias militares por Floriano Peixoto. Fonte: CPDOC-FGV.

39 No mesmo sentido: “Na verdade, por trás do fato de a conceituação de crime ser estritamente legal está o que a sociedade teve por bem apontar como sendo um crime, mesmo eu este tipo de agressão social fosse – pelo número e pela reação social por ele provocada – considerado banal” (Cancelli, 2001, p. 100 e 101).

40 Aquele realizado para salvar a vida da gestante.

41 “A virtude é o que se esperava de todas elas; e virtude, no caso, significava castidade para as solteiras e total fidelidade para as casadas”. (Cancelli, 2001, p. 170).

3. Inquéritos e Processos Criminais

Os consultados trazem muitas discussões técnico-jurídicas, muita literatura estrangeira e, no caso do aborto especificamente, algumas discussões médico-legais, mas rara jurisprudência. O interesse da justiça e da polícia pelo crime de aborto não é evidente nesse período.

A pesquisa foi realizada em 2018 no Arquivo Nacional (AHN), na base SIAN (Sistemas de Informações do Arquivo Nacional). Fizemos a pesquisa livre no período de 1830 a 1942, usando as seguintes palavras: “aborto”, “aparecimento de feto”, “feticídio” e “ocultação de feto”, e também na base do Acervo Judiciário do Arquivo Nacional para o mesmo período (1830-1942), mas, nesta última, apenas com a palavra “aborto”. Utilizando a palavra “aborto” para o período que vai de 1830 a 1942, foram encontrados apenas 45 documentos, praticamente todos do Século XX: dez processos criminais, um Habeas corpus, um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino de 1932⁴² e 33 inquéritos criminais que não chegaram a virar processos. Usando a expressão “aparecimento de feto”, no mesmo sistema, foram encontrados apenas 33 documentos, todos inquéritos policiais do século XX⁴³.

Dessa forma, analisamos um número muito maior de inquéritos que de processos. Entretanto, mesmo os inquéritos examinados possuíam pouca ou quase nenhuma informação (principalmente nos de “aparecimento de feto”) se comparados aos processos. Foram enfrentadas algumas dificuldades práticas, pois nem todos os documentos solicitados foram disponibilizados, assim como a leitura de alguns foi bastante prejudicada; seja pelo estado de conservação, seja pela grafia usada.

Abaixo, relatamos os documentos que acreditamos ser mais interessantes e curiosos para o debate e para confrontarmos com as discussões da literatura.

Um caso bem interessante foi de um inquérito⁴⁴ da 11ª Pretoria do Rio de Janeiro, datado de 1904, no qual um surdo-mudo, de nome “Pedro Nolasco”, encontrou um feto do sexo feminino, envolto por panos, nas águas do rio Babilônia, sob a ponte que atravessava a rua São Francisco Xavier. A testemunha acusou uma “creoula”⁴⁵ e um cabo do 22º Batalhão de Infantaria, seu desafeto, de terem praticado um crime. O feto foi levado para necropsia, e os peritos concluíram que a criança nasceu viva, pois o exame dos pulmões revelava que havia respirado. Além disso, foi observada uma fratura no crânio, o que indicaria um provável infanticídio.

No entanto, o relatório do delegado concluiu pela improcedência da acusação feita ao cabo, que negou veementemente a autoria do crime. O inquérito foi arquivado por falta de provas.

Em outros dois documentos analisados, foi possível perceber como as desavenças entre vizinhos ou parentes resultavam, muitas vezes, em acusação de crime e até em processo e prisão⁴⁶.

42 Em pesquisa no Arquivo Nacional, encontramos um documento da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, datado de 1932, no qual Inês Teltscher escreve uma carta à adoentada Bertha Lutz para cobrar uma maior radicalidade do movimento feminista, que deve ir além da busca pelo direito ao voto, para demandar a liberdade sobre o próprio corpo e o direito da mulher de escolher se quer ou não ter um filho: “Pois é lógico que a mulher que não deseja o filho é porque não está em condições de criá-lo. Estabeleça-se desde já a igualdade dos sexos!” (Q0. ADM.COR.A932.76).

43 A pesquisa na base retornou 33, mas só se pôde ter acesso a 31.

44 T8.0.IQP.1408 (1904) – SIAN, AHN.

45 Forma com que se referiam a uma mulher negra.

46 CS.0.IQP.1740 (1916) e CS.0.HCO.1602 (1915) – SIAN, AHN.

O mais intrigante foi um processo de habeas corpus, datado de 1915⁴⁷, em que eram pacientes Evenina dos Santos e Ignácia Maria do Nascimento, presas na Delegacia do 18º Distrito Policial sob as seguintes acusações: Evenina, de ter abortado (caso de autoaborto com prisão), e Ignácia, de tê-la auxiliado.

Alegaram no pedido de liberdade que a notícia do crime chegou ao delegado por meio de cartas anônimas, o que deixava entrever que se tratava de uma vingança pessoal. Além disso, o próprio delegado informou ao juiz que o exame em Evenina demonstrava que ela nunca pariu, nem teve parto recente, e que o suposto “cadáver” de um feto era, na verdade, uma boneca, “numa infeliz brincadeira”, nas palavras do próprio delegado.

Apesar disso, as duas ficaram presas por mais de sete dias, incomunicáveis, sem terem recebido nota de culpa ou qualquer intimação. O processo tem esse relato dramático, deixando claro que foi uma retaliação perpetrada por algum inimigo dessas mulheres. Na documentação, não há informações de como o juiz decidiu, nem de como o inquérito foi encerrado.

Um caso semelhante foi o inquérito de 1916⁴⁸, no qual Guiomar da Silva, solteira, doméstica e analfabeta, alegava ter sofrido aborto forçado por uma mulher de nome “Emília”, que teria lhe forçado a beber um abortivo (“beberagem”). Após exame em Guiomar, os peritos concluíram que ela nunca esteve grávida, o que teria afastado o elemento material do crime de aborto. O processo acabou sendo arquivado, pois a história toda não passou de uma invenção. Além disso, não se chegou a encontrar a acusada de nome “Emília”, o que deixou dúvidas se era mesmo uma vingança ou se era apenas insanidade mental.

Outro inquérito⁴⁹ de “aparecimento de feto”, datado de 1911, tratava de um suposto feto que teria sido enterrado no quintal de uma casa. Os vizinhos avisaram a polícia e alegaram que a esposa de um soldado que trabalhava fora da cidade e “vinha pouco para casa” teria ficado grávida e, surpreendida com a volta repentina do marido, abortou e enterrou o feto no quintal.

A acusada alegava ter passado mal em razão da surpresa pelo retorno do marido e que enterrou o feto no quintal por “ignorância”. O inquérito não conseguiu apurar muita coisa, ademais, não se conseguiu caracterizar o aborto, pois o exame no feto concluiu que não era um “feto” em razão de não possuir forma humana. Ficava a dúvida se realmente era um feto enterrado. O inquérito foi arquivado por não se comprovar o aborto criminoso.

Nesse caso, ficou evidente a vigilância e o julgamento morais sobre esta mulher, pois se percebe a desconfiança em relação ao comportamento sexual dela enquanto o marido estava fora a trabalho. A questão para a vizinhança não era o feto, nem o aborto, mas desmascarar uma eventual “relação ilícita”.

Em outro processo⁵⁰, datado de 1919, Ambrosina Magalhães Delgado foi presa e acusada de ter provocado aborto em Maria Vieira da Silva (doméstica, solteira, analfabeta), que veio a falecer em seguida. O laudo da perícia foi inconclusivo sobre se houve mesmo o aborto. A capitulação do crime não foi a do art. 300, §1º, mas a do art. 301. Ou seja, ela foi condenada por praticar aborto e, mesmo a vítima tendo falecido, ela não foi condenada pela qualificadora.

47 CS.0.HCO.1602 (1915) – base SIAN, AHN.

48 CS.0.IQP.1740 (1916) – 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. SIAN – AHN.

49 T8.0.IQP.3834 (1911) – SIAN, AHN.

50 CS.0.PCR.3046 (1919) – SIAN – AN.

Houve também uma série de inquéritos em que se investigava aborto como resultado de violência física contra a mulher⁵¹. Todos acabaram arquivados por falta de provas suficientes para dar início a um processo. Em alguns casos, o exame médico deixava dúvidas se o aborto havia sido mesmo consequência da agressão; em um caso específico, não se chegou a descobrir o agressor; em outro, a mulher alegou que caiu da escada para defender seu companheiro.

Verificou-se também que em todos os processos e inquéritos consultados, mulheres de camadas populares estavam envolvidas, geralmente domésticas e sem educação formal. Havia um ideal de mulher, da época, como claramente se percebe na literatura penal. Mas as mulheres envolvidas nos casos de aborto, ao contrário desse ideal preconizado, eram mulheres que trabalhavam fora, pobres, com comportamento distante do apregoado pela sociedade e que acabavam sendo julgadas mais pelo comportamento social que pelo crime de aborto em si.

Aparentemente, a polícia não via necessidade em prosseguir com as investigações. Nos autos consultados, a aplicação do dispositivo legal parecia não ser prioridade para as autoridades. Poucas investigações eram feitas e concluídas. Se é possível alegar que o número de abortos era menor que o número de comunicações de crimes, o número de investigações era bem menor que o número de comunicações.

O aborto era o retrato do desvio da imaculada função da mulher-mãe, da mulher casta e honesta. O aborto provocado de forma intencional, nesse sentido, tinha um significado social, representando um comportamento sexual desviante no seio de uma ética da virgindade e da fidelidade conjugal⁵². A honra sexual e a castidade eram as bases da família e, esta, o núcleo da nação. Sem o reforço da moralidade, havia a crença de que a modernidade e o afrouxamento dos costumes pudessem levar à dissolução da família, aumentando a criminalidade e gerando caos social, mas a honra sexual e a castidade passaram a reforçar relações hierarquizadas de poder baseadas não só nas diferenças entre homens e mulheres, mas também naquelas de raça e classe⁵³.

A mulher que se desviasse do seu papel, ou ao menos tentasse se desviar dele, era taxada de prostituta. Assim bem nos mostra o caso do médico Abel Parente⁵⁴, muito debatido nos periódicos da época⁵⁵, em que fica evidente a mentalidade do período em relação à sexualidade da mulher e do aborto como uma conduta social desviante. Parente foi um médico italiano que

51 CS.0.IQP.2352 (1918): inquérito arquivado, que apurou crime de aborto decorrente de agressão física do “amásio”; CS.0.IQP.1918 (1917): inquérito arquivado no qual marido é acusado de agredir mulher e, como consequência, provocar o aborto nela; MW.0.IQP.1493 (1907): inquérito arquivado em que companheiro é acusado de agredir mulher e de fazê-la abortar; OR.0.IQP.8747 (1906): aborto após pancadas de agressor não identificado e, por isso, o inquérito foi arquivado; 70.0.IQP.10555 (1930): inquérito arquivado de aborto provocado por espancamento cometido pelo companheiro. Nada foi comprovado; 70.0.IQP.9291 (1929): inquérito arquivado de agressão e aborto provocado por marido na esposa; CR.0.IQP.626 (1909): inquérito arquivado de aborto por agressão física.

52 Foucault (2015, p. 112) explica que “nas relações de poder, a sexualidade não é o elemento mais rígido, mas um dos dotados de maior instrumentalidade: utilizável no maior número de manobras e podendo servir de ponto de apoio, de articulação às mais variadas estratégias”.

53 Para melhor compreensão dessa temática da honra na sociedade brasileira recomendamos a leitura do livro de Caulfield (2000). Nesse estudo, a autora aborda a honra sexual a partir do grande interesse que despertava no início do século XX no Brasil e, especialmente no Rio de Janeiro, para a garantia de uma estabilidade social em meio urbanização e modernização da vida nas cidades.

54 Recomendamos a leitura do artigo de Fabíola Rohden sobre o caso Abel Parente (Rohden, 2001).

55 Em pesquisa na Hemeroteca Digital da BN, foram encontrados alguns periódicos, como o “Diário de Notícias (RJ)” e “O Paiz (RJ)”, em que o “invento” do Dr. Abel Parente era fortemente debatido. Ele, um ginecologista italiano, descobriu uma forma de fazer contracepção em mulheres e passou a anunciar nos jornais da época, o que chamou a atenção de outros médicos e de juristas, pois um promotor público instaurou inquérito para apurar como era feita essa contracepção. Chegou-se a discutir se seria hipótese de crime de aborto e também se as mulheres iriam virar todas prostitutas, já que poderiam separar a sexualidade da reprodução. Foi um caso interessante do final do século XIX.

descobriu um método contraceptivo temporário e passou a anunciar nos jornais da época, o que levou outros médicos a condenarem o “invento” por trazer questões morais, tais como o descontrole do apetite sexual feminino e com o conseqüente “risco de todas virarem prostitutas”. No mesmo momento em que havia a valorização da maternidade e da mulher-mãe, há a tentativa de criminalização da mulher que se nega a corresponder a este ideal (Soihet, 1986, p. 200).

Outro caso que escandalizou a época por sua tragicidade foi o de Maria Rosa Martins⁵⁶. O evento foi cercado de mistério e de detalhes horripilantes, bem explorados pelo periódico “A Noite” e pela peça acusatória da promotoria. Maria começou a passar muito mal no meio da rua, agonizando de dor. Não conseguia dizer sequer seu nome aos transeuntes e acabou morrendo na calçada, antes de o socorro chegar.⁵⁷

O corpo foi levado para o necrotério público como indigente. Ao realizarem a necropsia, descobriram a cabeça de um feto dentro do seu útero completamente dilacerado e a polícia começou a investigar o caso. O jornal “A Noite” divulgava as características físicas da vítima para tentar elucidar o evento⁵⁸. Ao fim, duas parteiras foram acusadas do crime de aborto seguido de morte. Das acusadas, ambas foram condenadas por exercício ilegal da função de parteira e uma delas foi condenada a seis anos e um mês de prisão. Em sede de apelação, curiosamente, a que havia sido condenada do crime de aborto seguido de morte, foi absolvida.

O mais revelador é a descrição da vítima, tanto no jornal, quanto nos autos do processo, como uma mulher de “temperamento difícil”, incapaz da candura necessária à manutenção da família e do lar. Relatavam que residia ainda com o marido para evitar “escândalo”, mas os dois estavam separados e ela “não devia mais obediência” a ele devido à separação e ao seu “temperamento”. Em razão disso, acabou morrendo na “ânsia de encobrir uma falta”⁵⁹. Não ficava claro se o filho era fruto das tais “relações ilícitas” (fora do casamento). A essas mulheres, nada mais restava quando a honra era o bem jurídico mais valorizado na prática cotidiana. Morta pela prática do aborto, Maria Rosa Martins agora tinha o corpo vilipendiado pelas notícias de jornais.

Foram poucos os casos de autoaborto vistos nesta pesquisa: ao todo, seis e, quando as mulheres não alegavam uma queda, um acidente, a necropsia no feto, atestava que este havia nascido morto, e o inquérito era encerrado. Ao contrário das intermináveis discussões travadas nos livros jurídicos que vimos, os delegados não tinham subsídios (ou não encontravam?) para prosseguir a investigação para atestar se a morte no ventre se deu de forma criminoso.

Em interessante estudo, Rohden (2003, p. 123) partindo da análise de textos médicos e dos depoimentos em inquéritos e processos que analisou, afirma que esses crimes surgem, na maioria dos casos, como um meio trágico e desesperado de restringir o número de filhos. Uma ocorrência que corrobora com essa afirmação foi um inquérito da 8ª Pretoria do Rio de Janeiro em que se investigou uma suspeita de infanticídio. O exame de infanticídio provou que o feto nasceu vivo e que a causa da morte foi asfixia por sufocamento. Os pais foram considerados suspeitos, mas o delegado acabou arquivando por não conseguir provas suficientes⁶⁰. Mais uma vez, não foram ou não quiseram ser encontrados subsídios. A honra e as questões internas da família não pareciam ser preocupações policiais naquele momento.

56 CS.0.PCR.6998 (1933) – SIAN – AHN e Jornal “A Noite”, 1933, ed. 07762 (1).

57 OR.0.IQP.6132 (1908) – SIAN – AHN.

58 Jornal “A Noite”, 1933, edição 07762 (1): caso envolvendo a morte de Maria Rosa Martins.

59 Jornal “A Noite”, 1933, edição 07762 (1) e inquérito CS.0.PCR.6998 (1933) – SIAN – AHN (ARQUIVO NACIONAL).

60 OR.0.IQP.6132 (1908) – SIAN – AHN.

4. Considerações Finais

A pesquisa demonstrou que o aborto era um crime que não costumava ser do interesse da polícia e do Poder Judiciário. Se foi possível perceber discussões técnicas nos livros jurídicos sobre o que era aborto, sobre a desproporcionalidade da pena, sobre a tentativa, o aborto culposo ou demais detalhes, na esfera prática, os temas pareciam ter menor valor. O crime parecia ser praticado e “resolvido” em segredo. O crime só vinha à luz quando uma mulher passava mal ou morria em situação que levantava suspeitas. Ou seja, o crime só “era documentado” quando existia uma família sem uma “honra para salvar”.

Se segredo preservava a honra, como a pesquisa em processos e inquéritos demonstrou, a honra parecia ter a mais valor que a vida. Talvez por isso, apenas uma pequena parcela do problema social do aborto era levada ao conhecimento da polícia e, conseqüentemente, do Poder Judiciário. O aborto era um crime muito discutido teoricamente, mas bastante escondido na prática. Parecia ser incomodo investigar ou condenar alguém.

O que foi visto foram tragédias, conflitos familiares e de vizinhança, vergonha e embaraço. A polícia pouco ou quase nada queria (ou podia) fazer. As investigações escancaravam o sofrimento, o abandono, a desinformação, a constante vigilância moral e a violência que atingiam muitas mulheres. Além disso, ficava evidente a impotência da lei para proteger o “bem jurídico duplo” dos livros jurídicos: a vida do feto e a vida da mulher. A honra parecia ser o principal bem jurídico a ser tutelado, e o tipo penal do aborto servia como alerta, mas não como punição. Melhor seria esconder o crime do que expor a honra, a família e a violação aos bons costumes.

Por outro lado, foi interessante perceber que, em quase todos os livros consultados, existiu o argumento da não criminalização do aborto. Mesmo que todos os autores comentassem o tipificado no texto legal, foi sempre possível perceber uma contestação, no mínimo teórica, à criminalização do aborto, mesmo que por meio da citação de autores estrangeiros.

O crime de aborto continua previsto no Código Penal brasileiro de 1940, mesmo após as alterações mais recentes, como a exclusão do crime de adultério em 2005. Talvez as experiências jurídicas descortinadas em torno das questões morais e sociais que circundam o tema desde o final do século XIX e início do século XX possam fomentar uma melhor conscientização e futuras alterações na legislação.

O próprio ato de criminalizar o aborto, no início da República no Brasil, não era um tema pacífico. Agora, mais de cem anos depois, o tema volta ao debate e talvez seja importante entender, não apenas as funções sociais do processo de criminalização, mas seus efeitos na saúde e na sociedade brasileira.

Referências

Fontes Documentais (pesquisa no Arquivo Nacional em 2018):

Apelação Crime. Partes: Manuel José Rodrigues e Justiça; Ano: 1877/78; Maço 183; n.º 1311; GAL. C; 84-Relação do Rio de Janeiro. Acervo Judiciário do Arquivo Nacional (AHN).

Inquéritos policiais constantes das coleções das 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª, 11ª, 13ª e 14ª Pretorias Criminais do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Notações respectivas: 6Z, 70, 72, OR, T7, 7C, T8, MW e 7G.

Inquéritos policiais e processos judiciais constantes da coleção da 5ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Notação: CS.

Inquérito policial constante da 3ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Localização: CQ.0.IQP. 626 (1909).

Inquéritos policiais constantes da coleção da 4ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, Arquivo Nacional (AHN). Notação: CR.

Brasil, 1890. Decreto 847, de 11 de outubro de 1890. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Brasil, 1830. Lei de 16 de dezembro de 1830. *Código Criminal do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Brasil. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministro Manoel Ferraz de Campos Salles. Exposição apresentada ao chefe do governo provisório da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891, p.18. Disponível em: <<http://brasil.crl.edu/bsd/bsd/u1897/000021.html>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Referências bibliográficas:

Obras da época

Araújo, João Vieira de. (2004 [1901]). *O Código Penal Interpretado*, v. 1 e 2, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.8, Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

Faria. Antônio Bento de. (1929 [1904]). *Anotações Theorico-práticas ao Código Penal do Brasil*, v.1, 4. ed. Rio de Janeiro: J.R.B dos Santos Editor.

Hungria, Nelson; LYRA, Roberto. (1937). *Compendio de Direito Penal*, v. 2. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho. Acervo da Biblioteca FND-UFRJ.

Piragibe, Vicente. (1938) *Consolidação das Leis Penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. Acervo Biblioteca STF.

Siqueira, Galdino. (2003 [1921]). “Direito Penal Brasileiro” (segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência), v. 1 e 2, *Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal*, v.4, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

Soares, Oscar de Macedo. (2004 [última edição data de 1910]). *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, v. único, Coleção História do Direito Brasileiro – Direito Penal, v.6, Brasília, Senado Federal, Superior Tribunal de Justiça. Obra fac-similar disponível na biblioteca digital do Senado Federal.

Literatura:

Batista, Nilo (2011). *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan.

Batista, Vera Malaguti (2011). *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.

Bueno, Paulo Amador Thomaz Alves da Cunha (2008). “Notícias históricas do direito penal no Brasil”. In. BITTAR, Eduardo (Org.) *História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional*. São Paulo: Atlas.

Cabanellas, Guillermo (1945). *El aborto. Su problema social, médico e jurídico*. Buenos Aires: Arengreen.

Cancelli, Elizabeth (2001). *A cultura do crime e da lei: 1889-1930*. Brasília: UNB.

Carvalho, José Murilo de (1987). *Os Bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*. São Paulo: Companhia da Letras, 2ª ed.

Carvalho, Paula Torres de. (2012) “Aumentam na Europa os bebês abandonados em ‘rodas’ modernas”. *Público*. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2012/06/11/sociedade/noticia/aumentam-na-europa-os-bebes-abandonados-em-modernas-rodas-1549848>>. Acesso em: 29 jan. 2021.

Castelbajac, Matthieu de. (2009/2010). “Aborto legal: elementos sociohistóricos para o estudo do aborto previsto por lei no Brasil”. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo v. 10, n. 3, nov. 2009/fev. 2010. p. 39-72.

Caufield, Sueann (2000). *In Defense of honor: sexual morality, modernity, and Nation in early-twentieth-century Brazil*. Duke University Press Books.

Costa, Emília Viotti da. (1999). *Da Monarquia à República: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: Fundação Editora da UNESP.

Cunha, Bárbara Madruga da. (2019). “Uma análise histórica da criminalização do auto-aborto no Brasil (1890-1940): dos discursos médicos ao positivismo criminológico”. *Revista Em Perspectiva [OnLine]*, v. 4, n.1: Disponível em: <<https://bityli.com/tuaWW>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

Drumond, J. E. Pizarro (1952). “Galdino Siqueira e a Ciência Penal no Brasil”. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 139, n. 583 e 584, p. 523-525, jan-fev. 1952.

Fernandes, Paulo Sérgio Leite (1972). *Aborto e Infanticídio*. 1. ed. São Paulo: Sugestões Literárias.

- Fonseca, R. M. (2006). "Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX". In: *Quaderni Fiorentini*, n. XXXV. Disponível em: <<https://bityli.com/3d-7Vy>>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- Foucault, Michel (2015). *História da Sexualidade I: A vontade de Saber*, Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra.
- Foucault, Michel (2013). *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Lisboa: Ed. Edições 70.
- Guedes, Bianca Jandussi Walther de Almeida. (2018). *Doutrina e Prática do Aborto: 1830, 1890 e 1940*. Dissertação (Mestrado em Teoria e Filosofia do Direito). Orientação: Gustavo Siqueira. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Acervo Biblioteca de Direito da UERJ.
- Hercules, Hygino de C. (2014). *Medicina Legal: texto e atlas*. Rio de Janeiro: Atheneu, 2 ed., p. 689-690.
- Hentz, Isabel Cristina (2013). *A honra e a vida: debates jurídicos sobre aborto e infanticídio nas primeiras décadas do Brasil Republicano (1890-1940)*. Dissertação (Mestrado em História) – UFSC.
- Hespanha, António Manuel (2012). *Cultura Jurídica Europeia*. Coimbra:Almedina.
- Holanda, Sérgio Buaque de. (1995). *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 26ª ed.
- Machado, Érica Babini Lapa do Amaral (2016). "A Teoria dos bens jurídico-penais e o Direito Penal Moderno: uma releitura a partir dos Direitos humanos". *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 166-179, dez. 2016. ISSN 2238-0604. Disponível em: <<https://bityli.com/zQbvg>>. Acesso em: 29 jan. 2021.
- Mammanna, Caetano Zamitti (1969). *O aborto ante o Direito, a Medicina, a Moral e a Religião*, v. 1 e 2. São Paulo: Letras Editôra.
- Pedro, Joana Maria (2012). "Mulheres do sul". In: *História das mulheres no Brasil*. PRIORE, Mary Del (Org.). São Paulo: Contexto (p. 278-321).
- Rohden, Fabíola (2003). *A arte de enganar a natureza: contracepção, aborto e infanticídio no início do século XX*. Rio de Janeiro: Fiocruz.
- Rohden, Fabíola (2001) "O caso Abel Parente: esterilização, loucura e imoralidade". In: *Uma ciência da diferença: sexo e gênero na medicina da mulher* [online]. 2nd ed. rev. and enl. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ. Antropologia & Saúde collection, p. 173-220. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/8m665>> Acesso em: 20 jan. 2021.
- Silva, Marinete dos Santos. (2012). "Reprodução, sexualidade e poder: as lutas e disputas em torno do aborto e da contracepção no Rio de Janeiro, 1890-1930". *Revista História, Ciências e Saúde – Manguinhos*, Rio de Janeiro, vol. 19, n. 4, out-dez 2012, p. 1241-1254.

- Soihet, Rachel. (1986). "Opressão e moralidade da mulher pobre", In: *História e Sexualidade no Brasil*. Ronaldo Vainfas (Org.). Rio de Janeiro: Edições Graal (p. 191-212).
- Sontag, Ricardo. (2015). *Código Criminológico? Ciência jurídica e codificação penal do Brasil 1889-1899*. Rio de Janeiro: Revan Editora, 1ª edição.
- Souza, Luiz Antônio F. de et al. (2003) *A sociedade e a lei: o Código Penal de 1890 e as novas tendências na primeira República*. Revista Justiça e História, TJRS. Porto Alegre, v. 3, n. 6.
- Souza, Ricardo Luiz de (2005) *O anticlericalismo na cultura brasileira: da colônia à República*, publicado na Revista de Ciências Humanas, Florianópolis, EDUFSC, n. 37, p. 175-199.
- Siqueira, Gustavo (2014). *História do Direito pelos movimentos sociais: cidadania, experiências e antropofagia jurídica nas estradas de ferro (Brasil, 1906)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Tocci, Arturo. (1954). *Il Procurato Aborto: Trattato Medico-Legale*. Milano: DOTT A. Giuffré Editore.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. (2003). "História da Programação Criminalizante no Brasil". In: *Direito Penal Brasileiro*. v. 1. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan.

Periódicos

- A Noite 1933, edição 07762 (1): caso envolvendo a morte de Maria Rosa Martins.
- Commercio do Espírito Santo 1892 a 1910. Edição 261, de setembro de 1894, p. 2. Publicação de interpretação do tipo penal de aborto.
- Diário de Notícias (RJ) – 1893. Ed. 02897 (1). A questão Abel Parente e sua defeza official pelo Dr. Francisco de Castro (critério de busca: "feticídio").
- Diário de Notícias (RJ), 1893, edição 02767(1) e edição 02768 (1) – desconfianças em relação ao "Invento" do Dr. Abel Parente e até um inquérito policial foi instaurado para apurar tal descoberta, que seria uma espécie de contraceptivo.
- Diário de Notícias 1885 a 1895. Rio de Janeiro. Edições 2.420 (1892) e 2.898 (1893). Folheto e texto do Dr. Souza Lima sobre o crime de aborto.
- O Paiz (RJ) – 1893. Ed. B04042(1). As discussões envolvendo o "invento" do Dr. Abel Parente (critério de busca: "feticídio")

Sítios eletrônicos consultados:

Biblioteca Digital do Senado Federal: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/>.

Biblioteca Digital de Teses e Dissertações da USP: <http://www.teses.usp.br/>.

Câmara dos Deputados – Diários e Anais: <http://imagem.camara.leg.br/diarios.asp>.

Hemeroteca Digital: <http://bndigital.bn.gov.br/hemeroteca-digital/>.

Scielo Books: <http://books.scielo.org>.

Senado Federal – Anais: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/>.

Sistema de Informações do Arquivo Nacional (SIAN): <http://sian.an.gov.br>.

Data de Recebimento: 12/04/2021

Data de Aprovação: 06/05/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Entangled histories

Diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano

Entangled histories

Diritto privato e diritto público, direito do trabalho e Estado Social na Itália do séc. XX.

Entangled histories

Private law and public law, labor law and Social State in XXth century Italy

Giovanni Cazzetta¹

¹ Università degli Studi di Firenze (Itália). <https://orcid.org/0000-0001-6416-1688>

RIASSUNTO

Il saggio analizza l'interdipendenza tra diritto del lavoro e welfare state nella cultura giuridica del Novecento italiano, considerando in particolare il passaggio dalla centralità del diritto comune civilistico alla Costituzione repubblicana. L'intreccio tra dimensione privatistico-contrattuale e dimensione pubblicistico-statuale, tra autonomia del sociale e intervento legislativo caratterizza l'intero percorso, presentandosi come il tratto distintivo del 'diritto sociale' italiano. L'approdo allo Statuto dei lavoratori nel 1970 fissa un equilibrio tra le diverse polarità, rafforzando un sistema di welfare fondato sul binomio 'lavoro-cittadinanza'; un assetto questo posto in discussione dall'ondata neoliberale di fine secolo e dalla prospettiva di un impossibile ritorno alle purezze del diritto comune civilistico.

Parole-chiave: Diritto sociale; Diritto del lavoro; Novecento giuridico.

RESUMO

Este ensaio analisa a interdependência entre direito do trabalho e welfare state na cultura jurídica italiana do século XX, considerando em particular a passagem da centralidade do direito comum civilístico à Constituição republicana. A relação entre dimensão privatístico-contratual e dimensão publicístico-estatal, entre autonomia do social e intervenção legislativa, caracteriza todo o percurso, apresentando-se como o traço distintivo do 'direito social' italiano. A aproximação em relação ao Estatuto dos Trabalhadores nos anos 70 estabelece um equilíbrio entre as diversas polaridades, reforçando um sistema de welfare fundado no binômio 'trabalho-cidadania'; uma estrutura posta em discussão pela onda neoliberal do final do século e pela perspectiva de um retorno impossível às purezas do direito comum civilístico.

Palavras-chave: Direito Social; Direito do Trabalho; Direito no século XX.

ABSTRACT

This essay analyzes the interdependence between labor law and welfare state in the Italian legal culture of the 20th century, considering in particular the transition from the centrality of common civil law to the republican Constitution. The relationship between the privatistic-contractual dimension and the publicistic-state dimension, between the autonomy of social space and the legislative intervention, characterizes the whole path, presenting itself as the distinctive feature of Italian 'social law'. The approximation to the Workers' Statute in the 1970s establishes a balance between the various polarities, reinforcing a welfare system founded on the binomial 'work-citizenship'; a structure challenged by the neoliberal wave of the end of the century and by the prospect of an impossible return to the purities of common civil law.

Keywords: Social Law; Labor Law; 20th Century Law.

Entangled histories: diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano

1. Crisi del diritto del lavoro e crisi dello Stato sociale; – 2. Entangled histories; – 3. La lunga crisi del diritto comune civilistico; – 4. Attuazioni costituzionali; – 5. Così lontano, così vicino: le distanze dallo Statuto come specchio della crisi; – 6. Il paradosso della nave di Teseo

1. Crisi del diritto del lavoro e crisi dello Stato sociale

Da più di trent'anni, in connessione con la crescita dell'ondata neoliberale, la parola crisi accomuna diritto del lavoro e Stato sociale, coinvolge principi e istituti affermatasi nel corso del Novecento per tutelare la particolare situazione sociale del lavoratore dipendente e per garantire diritti sociali ai cittadini. Crisi dell'inderogabilità, della rappresentanza, della dimensione collettiva del lavoro e delle sue idee-forza, drammatica perdita di senso delle istituzioni sociali segnalano, a dire di molti, la fine di un mondo, "il rovesciamento", "il capovolgimento" dell'intero assetto valoriale posto a fondamento del diritto del lavoro e del welfare nel corso di un Novecento sempre più lontano. La misura della distanza tra il presente e il passato gioca un ruolo fondamentale nella lettura della crisi e della progettazione del futuro: l'incertezza nella comprensione di un 'oggi' costellato da interventi legislativi confusi, contraddittori e ambigui, è aggravata dalla difficoltà di definire una storia condivisa, di cogliere principi non modificabili del paradigma giuslavoristico, tratti non negoziabili dell'assetto di welfare tracciato dalla Costituzione.

Le crisi – non si manca di ripetere – si pongono sempre come occasione di rinnovamento, trasformazione, transizione a nuovi assetti²; un semplice sguardo 'alle origini' rende però vago il concetto di transizione e sfuggente quello di crisi. Quando è iniziata la crisi del diritto del lavoro? Quando quella dello Stato sociale? Quando il tramonto? Porre, ad esempio, l'inizio della parabola discendente della vocazione sociale del Novecento in corrispondenza con la crisi energetica del 1973, a ridosso dello Statuto dei lavoratori, nel momento più alto dell'attuazione costituzionale 'nelle fabbriche', disegna una storia sociale della Costituzione italiana brevissima (i 'Trenta gloriosi' ridotti allo spazio di un mattino) e apre nello stesso tempo dispute interpretative sull'essenza del 'vero' diritto del lavoro. Spostare in avanti l'inizio della crisi, riduce gli effetti paradossali della durata ma non muta la questione dei principi e dei diritti 'irrinunciabili' da porre a fondamento della disciplina.

La giuslavoristica immessa nella crisi offre, tra spaesamenti e lacerazioni (Del Punta, 2008, 2012, 2020), letture che intrecciano prospettive per il futuro e ricostruzioni della memoria, di un passato sempre da ripensare e *modificare* (Cazzetta, 2009). Gli stereotipi riguardo alla fine dell'intervento pubblico e alla morte del diritto del lavoro³ si intreccia oggi con nuove certezze suscitate dalle misure straordinarie prese per fronteggiare l'emergenza pandemica; provvedimenti che si porrebbero come prova provata della sconfitta del neoliberismo, come piena

² Sul nesso 'transizione-crisi' si cfr. Costa, 2019.

³ Per una ricognizione critica cfr. Luigi Mariucci, 2015.

riaffermazione del primato del pubblico, l'anteposizione dei valori etici al mercato. Tentando di resistere a tale 'eccedenza del presente' (Meccarelli, 2020), qui proverò a seguire le relazioni tra diritto del lavoro e affermarsi del welfare, tra diritto privato e diritto pubblico, in tre momenti del lungo Novecento: il primo, negli anni, della crisi della supremazia del diritto comune civilistico, caratterizzato dal prevalere di nette *divisioni*; il secondo, negli anni di attuazione della Costituzione, contraddistinto da una progressiva *compenetrazione*; il terzo, negli anni del trionfo del neoliberalismo, dalla tensione a un (impossibile) *ritorno* alle divisioni ottocentesche.

2. Entangled histories

Il termine inglese *entanglement* mi pare possa esprimere in maniera adeguata il rapporto tra diritto del lavoro e Stato sociale nel corso del Novecento⁴. In senso letterale e figurato richiama cose e persone aggrovigliate fra loro, indica correlazione, intreccio, coinvolgimento, annodamento, interazione, intrico, groviglio. Nella fisica dei quanti *entanglement* indica un legame tra particelle che, in determinate condizioni, si conserva anche quando esse sono distanti perché l'azione su una di esse ha effetti sull'altra: «particelle che si sono incontrate nel passato conservano una sorta di strano legame, come potessero continuare a parlarsi. Come due innamorati lontani che indovinano i pensieri l'uno dell'altro. Restano, si dice, *entangled*, allacciati» (Rovelli, 2020, p. 100).

Diritto del lavoro e Stato sociale hanno camminato assieme nel corso del Novecento, ogni azione su 'una particella' ha avuto effetti sull'altra, si è riflessa immediatamente nella costruzione dell'altro ambito, trasformandolo, contaminandolo. La tensione tra dimensione privatistico-contrattuale e dimensione pubblicistico-statuale, tra autonomia del sociale e intervento legislativo ha mutato l'originaria purezza del diritto privato e del diritto pubblico e ha caratterizzato il farsi del diritto del lavoro: la fortuna del 'diritto sociale' nel corso del Novecento risulta non a caso speculare e inversa rispetto al percorso della dicotomia diritto pubblico/diritto privato⁵. La nettezza della formale e assoluta distinzione garantisce nel corso dell'Ottocento la tenuta dell'ordine borghese e nega regole 'particolari' per il lavoro; la parabola discendente della dicotomia nel corso del Novecento coincide con l'ascesa della dimensione sociale, con l'affermarsi del diritto del lavoro come terza dimensione del diritto (Gaeta, 2016). Nella complessità del Novecento le divisioni nette saltano, continua è la scoperta di territori comuni e la necessità di gettar ponti tra ambiti diversi; continue sono le trasformazioni 'interne' a settori disciplinari sempre più lontani dalla loro originaria astratta purezza (Sordi, 2020, p. 184 e p. 219).

3. La lunga crisi del diritto comune civilistico.

Tra Otto e Novecento le richieste di un diritto sociale proponevano una *ribellione* al diritto comune civilistico. La richiesta di «leggi imperative», «norme inderogabili», «interventi pubblici», «leggi sociali-speciali», che metteva in discussione il silenzio del codice civile, era

4 Uso qui in senso limitato una parola che sta offrendo feconde prospettive di studio agli storici, sempre più volti a scorgere *entangled histories* in spazi più ampi di quelli segnati dalla sovranità statale e dalle storie nazionali. Con specifico riferimento alla storia del diritto cfr. Duve (2014, 2018); Hespanha (2019).

5 Un percorso recentemente ricostruito da Bernardo Sordi (2020).

contrastata da decisi rifiuti dell'intervento del legislatore e difese a oltranza della immutabilità del codice⁶. Fortemente caratterizzato da queste tensioni, il primo diritto del lavoro si affermò indirizzandosi *contro* e, nello stesso tempo, movendosi *dentro* il diritto comune civilistico.

Strettamente connesso alla persona e impossibile da comprimere entro le regole comuni, il contratto di lavoro 'al servizio altrui' esaltava le contraddizioni del 'diritto di tutti' e la non rinviabile necessità di una conciliazione tra privato e pubblico, tra 'elemento individuale e sociale': «la crisi odierna del diritto privato – scrive Giole Solari agli inizi del secolo - dipende dalla difficoltà di conciliare l'elemento individuale e sociale nei diversi istituti che lo costituiscono» (Solari, 1980, p. 124). Non aveva torto. Pur consapevole dei difetti sociali del codice civile, la cultura giuslavoristica temeva infatti la contaminazione della purezza del diritto comune civilistico e il ritorno ai privilegi dello *status*, la morte del contratto (Cazzetta, 2019).

Il primo fragile discorso giuslavoristico si nutre di questi contrasti: è sorretto da accurate richieste di leggi sociali-speciali e, al contrario, da netti rifiuti della «moda funesta di richiedere tutto allo Stato» (come scrive autorevolmente Ludovico Barassi); da ingenua fiducia in una autonoma «scienza del diritto operaio» (Ratto, 1905, p. 41; Cazzetta, 2014, p. 2) e da intransigente difesa delle 'neutrali' astrazioni della Pandettistica. Sostenuta dalla visione costituzionale del diritto comune civilistico, la tensione a porre fuori dal 'diritto di tutti' la tutela sociale del lavoro restava tuttavia dominante: l'isolamento nel diritto pubblico dell'intervento sociale-speciale restituiva nettezza alla dicotomia pubblico/privato, ponendo incongruamente in mondi separati la dimensione sociale e la dimensione giuridica⁷. Essendo destinata 'soltanto' a determinati soggetti 'privilegiati' e pertanto priva di valenza generale, la disciplina 'sociale' era considerata estranea al diritto uguale degli individui tutti uguali e, legata com'era alla contingente necessità politica di fronteggiare un 'particolare' problema sociale, era provvisoria, transitoria, legata alle finalità pubblicistiche perseguite dalla legge⁸.

Nel diritto vivente era ovviamente difficile conservare nette distinzioni: l'affermarsi della norma inderogabile spingeva verso il superamento della miope visione di un diritto privato completamente caratterizzato dall'assenza di norme cogenti; il diffondersi del contratto collettivo mostrava l'inadeguatezza dell'astratta contrapposizione tra individuo e Stato, e costringeva i giuristi a confrontarsi con una fonte anomala, un ibrido di legge e contratto, espressione della prassi e dei fatti.

Contrasti (e contaminazioni) raggiunsero il culmine con la Prima guerra mondiale, quando la legislazione eccezionale ridisegnò l'ordine, compenetrando tradizioni diverse d'intervento statale, pratiche di coercizione e d'integrazione⁹. L'intervento sociale non era più relegabile in angolo appartato, contaminava il diritto comune, estendeva la cerchia dei soggetti da con-

6 Posizioni quest'ultima sostenuta non solo dai difensori a oltranza della sconfinata libertà di contratto, ma anche da quanti temevano una tutela paternalistica e un autoritario controllo delle nuove forme di organizzazione sociale e della dimensione collettiva del lavoro.

7 Movendo da tale distinzione, la legge sull'assicurazione obbligatoria per gli infortuni sul lavoro del 1898 poteva essere considerata di diritto pubblico e pertanto incapace di incidere sulla proprietà, sul contratto, sulla responsabilità, sull'assetto «permanente» «vero» «immodificabile» del codice civile.

8 In questa natura ambivalente delle leggi sociali si può certo rintracciare – come fa Gaeta (2020, p. 139) – una prima affermazione del 'particolarismo' delle tutele («una sorta di 'peccato originale' del diritto del lavoro italiano: invece di fondare regole universali, essa [la legislazione sociale] è indirizzata a un destinatario ben determinato ritenuto meritevole della tutela»); giova non dimenticare però che la prima richiesta di tutele per la situazione sociale 'particolare' del lavoratore costituiva una ribellione contro il diritto comune civilistico, contro le sue regole 'uguali', astratte e universali.

9 Nella gestione 'militare' della Mobilitazione Industriale, le misure autoritarie controllano e disciplinano il lavoro sino all'estremo del 'lavoro forzato' (Procacci, 2013).

trollare, disciplinare e indirizzare, tutelare e proteggere. Restava fermo però il riferimento alla 'particolarità', alla 'eccezionalità' della norma protettiva: l'intervento derogatorio del diritto comune continuava ad essere considerato come un'anomala distorsione del 'vero diritto'¹⁰. E restava ancora ferma «la comoda imprecisione intorno al carattere privatistico o pubblicistico» dell'intervento legislativo 'sociale-speciale', ora inteso come strumento da utilizzare per allargare l'orbita del diritto comune, ora come mezzo per dominare il conflitto e negare l'assetto pluralistico della società¹¹.

Le separazioni furono consacrate negli anni del fascismo: al di là dei proclami, il sistema corporativo disarticolò «l'insieme degli elementi costitutivi del diritto del lavoro riducendo il diritto sindacale ad un'appendice del diritto pubblico e il diritto del rapporto di lavoro ad un appassito virgulto del diritto privato» (Romagnoli, 2018, p. 107), separò artificialmente dimensione sociale e dimensione giuridica, allontanò le diverse anime poste a dar forza alla dimensione sociale del diritto. La pubblicizzazione del diritto sindacale, l'incremento dell'intervento sociale e previdenziale divennero semplici strumenti di negazione del conflitto (Stolzi, 2017, p. 241).

4. Attuazioni costituzionali

L'impegno degli Stati costituzionali del secondo dopoguerra a porre in relazione libertà e rimozione degli ostacoli economico-sociali all'uguaglianza, a ricercare un equilibrio tra diritti civili, politici e sociali, pose il lavoro a fondamento della democrazia, operando finalmente una svolta rispetto alla centralità del diritto comune civilistico. La garanzia delle libertà fondamentali negate dagli Stati fascisti e l'affermazione dei diritti sociali si inserì in una mutata rappresentazione della società: la lotta contro le disuguaglianze sociali contrastava lo Stato di diritto inteso come mera difesa dello *status quo* economico-sociale, era solenne impegno ad affermare diritti e dovere di solidarietà oltre la fissità del diritto comune ottocentesco, oltre la società del Codice, oltre le imposizioni autoritarie degli Stati fascisti (Costa, 2009, p. 21). Si affermò una relazione nuova fra società e Stato, «fra il *prius* cronologico e logico che è la società e il *posterius* che è sempre lo Stato» (Grossi, 2009, p. 29), fra realtà giuridica effettuale e legge.

Il momento era fecondo per una costruzione nuova del nesso tra diritto del lavoro e assetto delle tutele sociali. Tuttavia, come se fossero un portato necessario della riconquistata libertà, dispute e distinzioni sul carattere pubblicistico o privatistico del 'diritto sociale' tornano a proporsi, ora enfatizzate da opposte interpretazioni del lascito del corporativismo, ora dal bisogno di svincolarsi dall'autoritaria unità imposta dal fascismo, ora da contrastanti timori e speranze riguardo all'attuazione delle solenni 'promesse' sociali della Costituzione repubblicana 'fondata sul lavoro'.

Il dibattito sulla legge sindacale attuativa dell'art. 39 Cost. mise a confronto le diverse visioni. Ancora legata alla tradizione del diritto comune civilistico e caratterizzata da certezze legalistiche, la lettura di Santoro Passarelli risolse la questione dell'efficacia *erga omnes* del con-

10 Una visione questa che continuerà a caratterizzare ancora a lungo la mentalità dei giuristi, ostacolando la costruzione dello Stato sociale come dispensatore di diritti riferibili a tutti e dei diritti sociali come diritti muniti di pari dignità rispetto ai diritti civili e politici (Cazzetta, 2017).

11 Posizioni queste entrambe presenti negli scritti del giovane Francesco Carnelutti (1911, 1913).

tratto collettivo senza «trasportare la questione nel campo della potestà pubblica normativa», movendosi lontano da soluzioni pubblicistiche. Il confronto (ma è più esatto dire lo scontro) tra le due prospettive divenne nettissimo nell'aprile del 1954, a Taormina, durante il primo *Congresso nazionale di diritto del lavoro*. Santoro Passarelli sostiene l'efficacia *ultra partes* del contratto collettivo, accusando la spiegazione pubblicistica di «altera[re] e falsa[re] l'assetto autonomistico del libero sindacato»¹². Costantino Mortati, al contrario, insiste nell'esigere un collegamento istituzionale tra autonomia delle formazioni sociali e Stato, ritenendo che la configurazione privatistica dell'autonomia collettiva e la esclusiva appartenenza del sindacato al diritto privato non fosse in grado di porre in essere un nesso virtuoso tra interessi collettivi e progetto di trasformazione sociale tracciato nella Costituzione. Più che dalla perdurante influenza di categorie logiche dell'età corporativa, la posizione di Mortati era caratterizzata dall'ansia di attuare il progetto costituzionale, di «realizzare un ordine sociale imperniato sul lavoro», di offrire una lettura unitaria e coerente allo 'spirito consacrato nell'articolo 1 della Costituzione'¹³.

Da un lato 'il diritto sociale' era da realizzare giorno dopo giorno 'senza Stato' nel diritto dei privati, grazie al libero gioco del contratto e delle libere formazioni sociali; dall'altro era affidato all'intervento pubblico, al coordinamento tra autonomia e fini dello Stato. Le distanze tra le diverse prospettive erano più vicine di quanto gli stessi protagonisti non ritenessero. Ad avvicinarle era la realtà effettuale: era l'assetto della società in cui i conflitti collettivi non erano più demonizzati, era l'impegno della Costituzione democratica ad andar oltre uno Stato di diritto inteso come mera difesa dello *status quo* economico-sociale. Nel nuovo assetto la lotta per i diritti non era soltanto pretesa e attesa del diritto sociale dallo Stato (del resto, la legge sui licenziamenti – è bene non dimenticarlo – giunse quasi vent'anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione), ma era anche e soprattutto attuazione costituzionale realizzata 'dal basso', nel vivo delle relazioni giuridico-sociali individuali e collettive. Escludendo le posizioni di quanti (e non erano pochissimi) indugiavano sul corporativismo tradito e ne rimpiangevano l'ordine, la cultura giuridica, sia pure da punti di vista diversi, finiva insomma per proporre percorsi di attuazione della Costituzione.

È Gino Giugni ad allargare il campo d'indagine, a offrire una nuova visione dell'autonomia negoziale collettiva e, andando finalmente oltre sterili contrapposizioni, a svincolare il diritto del lavoro dalle pretese tutelari del diritto pubblico e del diritto civile. Nel 1960 la sua *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* ha il merito di guardare al di là dello Stato per radicare l'*azione collettiva* dei lavoratori nella società e nell'originaria autonomia del fenomeno sindacale. Netta è la promozione giuridica del movimento sindacale e la valorizzazione di una crescita dei diritti realizzata nel vivo dell'esperienza, nella pluralità del sociale. La concreta considerazione delle relazioni industriali mostrava tutta la sterilità dello scontro frontale tra pubblico e privato; una contrapposizione teorica, formale, che non riusciva più a cogliere la realtà effettuale in anni di affermazione del modello keynesiano-welfarista e di espansione della mano pubblica. Il 'diritto sociale' si affermava oramai fuori dagli schemi consolidati, intrecciando legge e contratto, individuale e collettivo, privato e pubblico.

12 La relazione di Francesco Santoro Passarelli nel Convegno di Taormina non fu mai pubblicata. Chiarissima è tuttavia sul punto la relazione di poco anteriore (12 marzo 1954) presentata al Convegno dei Lincei: *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato* (Cazzetta, 2007, p. 266; Grossi, 2021).

13 «[Lo] spirito consacrato nell'art. 1 [...] esprime l'accoglimento di una concezione generale della vita secondo la quale deve vedersi nel lavoro la più efficace affermazione della personalità sociale dell'uomo» (Mortati, 1954, p. 152). Si veda anche Mortati (1975, p. 41).

Lo Statuto dei lavoratori nel 1970 certifica l'incontro delle diverse strategie. Lo Statuto è punto di approdo delle strategie di attuazione e 'nuovo inizio', 'fondazione identitaria' della giuslavoristica che simbolicamente travalica sia il processo di approdo alla legge (l'andamento del dibattito parlamentare articolo per articolo, minuto per minuto – Gaeta, 2020b), sia le contestazioni e le controversie legate alla sua prima (e non solo prima) applicazione. La forza simbolica dello Statuto stava nel porre in equilibrio le componenti genetiche del diritto del lavoro, tenendo assieme 'anima garantistica' e 'anima promozionale', ingresso delle garanzie costituzionali nelle fabbriche e sostegno del sindacato nei luoghi di lavoro, intrecciando intervento della legge e forza del sindacato, strategie pubblicistiche e privatistiche. L'effettività delle relazioni lavoristiche era posta in primo piano e legata a una precisa scelta solidaristica.

L'intero sistema giuridico ne trasse vantaggio. Il moto di espansione dei diritti dei lavoratori rafforzò il welfare, portò la Costituzione nella famiglia (si pensi alla riforma del 1975), prese finalmente sul serio il diritto alla salute affermando un sistema universalistico (si pensi alla istituzione nel 1978 del Sistema Sanitario Nazionale).

5. Così lontano, così vicino: le distanze dallo Statuto come specchio della crisi

Nel passaggio 'dai Trenta gloriosi all'affermazione del neoliberalismo' (Provasi, 2019) l'intervento pubblico si indebolisce, la dimensione collettiva diventa sempre più fragile (Accornero, 1992), il binomio 'lavoro-cittadinanza' si avvia al declino (Baldissera e Battini, 2017; Zagrebelsky, 2013). L'avanzare della crisi si specchia nei 'festeggiamenti' dello Statuto, nelle letture (a venti, a trenta, a quarant'anni...) protese a segnalarne rughe, inattualità (o, al contrario, 'sorprendente' attualità) a fronte dei cambiamenti del mondo dell'impresa, della disarticolazione dei modelli produttivi e delle condizioni del lavoro, della frammentazione della figura unitaria del lavoro subordinato costruita nel corso del Novecento.

La crisi emerge dal confronto fra nuove realtà sociali e il prototipo normativo 'delle origini', la subordinazione tecnico-funzionale come base fondamentale delle tutele e delle garanzie, come fondamento dello stesso «essere» della disciplina giuslavoristica. Il profilo descrittivo incrocia così quello prescrittivo: il racconto della crisi diviene prova provata di un'incolmabile distanza e, spesso nello stesso tempo, proposta di riavvicinamento e recupero dei suoi principi, del suo spirito. Lungi dal proporre un'antistorica monumentalizzazione dello Statuto, la 'misura delle distanze' mostra la necessità di connettere il presente con il lascito del "secolo del lavoro", la necessità di *riprogettare* il diritto del lavoro, di rintracciare nuovi legami tra lavoro e cittadinanza (Romagnoli, 2018, p. 307).

A vent'anni dallo Statuto la razionalizzazione delle fonti, la fissazione di 'un diritto comune del lavoro' su cui innestare discipline di settore di derivazione contrattuale, appariva ancora possibile. *In occasione dei trent'anni* le distanze aumentano, ci si interroga sul venir meno, in un tempo presente senza più anima, della «forza misteriosa» che negli anni Settanta spingeva a immaginare, tra pubblico e privato, un diverso governo del sociale (Mariucci, 1997, p. 165)¹⁴;

¹⁴ L'intervento di Mariucci suscitò un vivace dibattito sul 'codice genetico' della disciplina, sui punti di forza e le debolezze intrinseche nello 'spirito originario': fra gli interventi raccolti nei fascicoli 1 e 2 (1998) di «Lavoro e diritto», si veda in particolare Del Punta (1998).

si parla di crisi d'identità¹⁵, di fine del nesso biunivoco Stato-sovrano/welfare, di impotenza dell'intervento pubblico a fronte della 'legge' imposta dal mercato. *Dopo quarant'anni* lo Statuto si presenta lontanissimo dall'effettività dei rapporti e delle politiche del lavoro ma sempre più vicino, sempre più attuale come modello di riferimento per 'restituire' identità diritto del lavoro e contrastarne il 'rovesciamento', rifiutando le semplificazioni di una legislazione sempre più schiacciata sulle contingenti esigenze del mercato.

I riferimenti alla parola "crisi" si moltiplicano. L'accostamento tra crisi e diritto del lavoro diviene sempre più ricorrente, così ricorrente da risultare quasi come un vuoto luogo comune: è assenza di futuro, autonomia perduta, caduta dell'inderogabilità (Romeo, 2003; Tamajo, 2013; Fontana, 2015), scomparsa dei nessi tra individuale e collettivo, tra particolarismo giuslavoristico e universalità del *welfare state*. È crisi degli assiomi e dei valori consolidati, crisi della solidarietà (Sciarra, 2013; Rodotà, 2014) e dell'*idea del diritto del lavoro* (Davidov, Langille, 2011; Perulli, 2016).

Le riforme del nuovo secolo in effetti accentuano le distanze. La norma che prevede che i contratti aziendali e territoriali possano, in determinate condizioni, derogare la legge e i contratti collettivi nazionali (articolo 8, legge 148 del 2011) appare come la prova provata della negazione della natura composita e della stessa ragion d'essere del diritto del lavoro, immiserita oramai entro i confini della prossimità e sempre più lontano dai valori inclusivi della Costituzione. Allo stesso modo l'estremizzazione della libera recedibilità e la monetizzazione del rapporto di lavoro introdotta dalle modifiche (del 2012 e 2015) all'art. 18 dello Statuto è molto più che l'abbattimento di un simbolo.

L'indebolimento delle misure di welfare procede parallelamente: gli inconvenienti della flessibilità non sono compensati da sicurezza, né dagli accorati richiami alla universalità dei diritti. La distanza dallo Statuto è data dalla crisi congiunta di diritto del lavoro e Stato sociale, dalla messa in discussione dei 'fondamenti', dalla fine di valori condivisi, dalla negazione della 'forma originaria' convertitasi nella 'costituzione materiale' in altro da sé¹⁶.

Oggi, *cinquant'anni dopo*, «lo Statuto sembra parlarci da un passato ormai remoto». Non è solo l'assetto dei poteri e contropoteri fissato nel 1970 che «appare lontanissimo», ma è anche e soprattutto l'immagine della società, l'idea di attuazione sociale della Costituzione a parlarci di un altro mondo. L'immagine dello Statuto si allontana, sempre più sfocata. Forse è per questo che si può convenire, quasi unanimi, che «le sue scelte coraggiose e non convenzionali» continuano ancora oggi ad indicarci un metodo e ad alimentare una speranza (Mazzotta, 2020)¹⁷.

6. Il paradosso della nave di Teseo

Cosa resta allora della 'forma originaria'? Che ne è della tensione ad affermare una terza dimensione sociale del diritto? Siamo davvero di fronte a un ritorno, dopo un tortuoso percorso (Ichino, 2013), al diritto comune civilistico dell'Ottocento? A un rinnovato trionfo di separazioni, purezze, dicotomie 'di ieri'? E ancora: il mutamento (o, se si preferisce, lo smantellamento)

15 Crisi di identità del diritto del lavoro a fronte del cedimento dei pilastri posti a sostenerlo: lo Stato-nazione; la grande fabbrica; la piena occupazione; la rappresentanza generale del lavoro attraverso il sindacato. Così D'Attona (2000).

16 «[Il] diritto sociale del lavoro [si è] convertito in diritto neo-liberale del lavoro» (Bavaro, 2018, p. 263).

17 Per una complessiva ricognizione 'cinquant'anni dopo', si cfr. i saggi contenuti in Rusciano, Gaeta e Zoppoli (2020).

degli assetti 'speciali' affermatasi nel corso del Novecento muta l'identità disciplinare del diritto del lavoro, fissa un nuovo nesso tra tutela del lavoro e tutela dei diritti 'di tutti'?

Il dilemma è ben presente nel recente «Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile» che invita i giuslavoristi a vivere trasformazione e crisi «con spirito costruttivo, ossia non come spettatori amareggiati della degenerazione di un'identità che si supponeva fissata una volta per tutte, bensì come protagonisti di una fisiologica e periodica ridefinizione della missione del diritto del lavoro»¹⁸; un diritto del lavoro che non può rinchiudersi nel nostalgico rimpianto di un'identità perduta e nella lotta per la manutenzione dell'esistente, rinunciando ad affrontare nuove sfide, indispensabili confronti (fra i suoi) valori e l'economia di mercato (Del Punta, 2020, p. 27). Il salutare invito alla storicizzazione, al confronto con la realtà, non risolve tuttavia il dilemma identitario ma torna a porlo con forza: qual è il cambiamento che muta l'identità, che porta a un cambio di paradigma? Quando la nave di Teseo non ha più la stessa identità?

Le caratteristiche dell'identità disciplinare si nutrono di interpretazioni del passato e del presente; le ragioni profonde della materia si realizzano in mutevoli forme storiche, in relazione alle circostanze, ai 'contesti esterni'. Le interpretazioni ovviamente non sono univoche. Interdisciplinarietà, 'duplice appartenenza' (al diritto pubblico e al diritto privato), carattere policentrico, necessità di confronto con saperi 'altri' sono caratteristiche storiche dell'esserci del diritto del lavoro che gli conferiscono identità ma, tutte, possono minacciare la sua 'autonomia': come stabilire, ad esempio, quando il necessario dialogo tra diritto del lavoro ed economia si trasforma in 'sordinazione' al mercato e alle ragioni della 'scienza triste'¹⁹? Anche il riferimento al 'paradigma costituzionale' non offre certezze granitiche: in assetti costituzionali che assicurano diritti individuali e collettivi entro un'organizzazione economica basata su libertà d'impresa e di mercato il 'nucleo essenziale' del diritto del lavoro ha inevitabilmente confini storicamente mutevoli. Perfino l'assunzione dell'assolutezza dei diritti fondamentali a nucleo intangibile della disciplina non riesce ad attribuire con «salvifico automatismo garantista» (Luciani, 2010, p. 651) dignità e tutele ai lavoratori. Se assunto 'in solitudine', se svincolato dalle conflittuali dinamiche della realtà giuridica effettuale, anche quel nucleo costituzionale di diritti fondamentali assume infatti contorni incerti e rischia di offrire soltanto l'illusoria certezza di un irresistibile ascesa di garanzie per tutti. Da questo punto di vista, la stessa invocata 'Carta dei diritti del lavoro' rischia di rinviare a un'universalità dei diritti astratta e fragile; fragile perché astratta, svincolata da forme contrattuali e da richiami alla dipendenza, alla subordinazione, alla specificità del luogo di lavoro e alla concretezza di un legame tra dimensione individuale e collettiva²⁰.

Il dilemma identitario non può essere risolto assolutizzando una formula, fissando per sempre un modello resistente ad ogni crisi, impermeabile alle trasformazioni: il nesso tra diritti del lavoro e cittadinanza sociale è da costruire e ricostruire ripetutamente. Il lungo percorso del 'diritto sociale' ci consegna tuttavia una consapevolezza da tener ferma nel mutamento: l'affermazione di diritti sociali 'per tutti' non può che essere connessa alla 'lotta per il diritto'

18 «Una cosa sono le ragioni profonde, e un'altra le forme storiche delle realizzazioni della materia, che debbono essere adeguate ai mutevoli contesti esterni in modo da poter fronteggiare adeguatamente le sfide del presente» (Caruso, Del Punta, Treu, 2020). Si cfr. la puntuale analisi del testo proposta da Bravo-Ferrer, Dal-Ré, Baamonde (2020).

19 Cfr. Mariucci (2016, p. 605): «occorre porre un limite al rapporto tra esigenze del mercato, libertà d'impresa e diritti della persona del lavoratore»; occorre «attribuire al lavoro carattere di *dignità* che nessuna esigenza economica di breve periodo può mettere in discussione».

20 «Se cade l'elemento coesivo dei diritti del lavoro, intesi come il fondamento più solido degli Stati (sociali) di diritto, la cittadinanza diventa più che una 'ultima trincea' una ben fragile barriera» (Mariucci, 2016, p. 590).

dei lavoratori, all'intreccio di diritto privato e diritto pubblico, di diritto del lavoro e Stato sociale. Priva di fondamento è oggi, del resto, la semplicistica rappresentazione di un intervento statale sempre capace di far venir meno la natura privatistica delle relazioni giuridiche e di una dimensione costituzionale costringibile nel solo intervento pubblico. La Costituzione irradiandosi nell'intera dimensione giuridica, ha più vie di attuazione, modi plurali di realizzare la trasformazione sociale del diritto e assicurare al lavoratore «un'esistenza libera e dignitosa». È questo, in fondo, il lascito più prezioso della *entangled history* del Novecento; un lascito che non può essere racchiuso nella falsante alternativa tra (ritorno al) diritto civile ottocentesco e astratto universalismo dei diritti.

6. Bibliografia

- Accornero, Aris (1992). *La parabola del sindacato. Ascesa e declino di una cultura*, Bologna, il Mulino.
- Baldissera, Luca; Battini, Michele (2017). *Lavoro e cittadinanza. Dalla Costituente alla flessibilità: ascesa e declino di un binomio*, Milano, Fondazione Feltrinelli.
- Bavaro, Vincenzo (2018). Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti del lavoro, in *Lavoro e Diritto*, 2, pp. 243-268.
- Bravo-Ferrer, Miguel Rodríguez-Piñero; Dal-Ré, Fernando Valdés, Baamonde, María Emilia Casas (2020). Una propuesta sobre un Derecho del Trabajo renovado, in *Derecho de las relaciones laborales*, 8, pp. 1009-1027.
- Carmelo Romeo (2003). La nuova fase del diritto del lavoro tra crisi dell'inderogabilità e destrutturazione, in *Il diritto del lavoro*, 1-2, pp. 35-64.
- Carnelutti, Francesco (1911). Le nuove forme di intervento dello Stato nei conflitti collettivi di lavoro, in *Rivista di diritto pubblico*, 1, pp. 407-408.
- Carnelutti, Francesco (1913). Introduzione, a *Infortuni sul lavoro (Studi)*, Roma, Athenaeum.
- Caruso, Bruno; Del Punta, Riccardo; Treu, Tiziano (2020). Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile, CSDLE "Massimo D'Antona".
- Cazzetta, Giovanni (2007). *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*. Milano, Giuffrè.
- Cazzetta, Giovanni (2009). Quale passato per il diritto del lavoro? Giuslavoristi e costruzione della memoria nell'Italia repubblicana, in: *Rivista italiana di diritto del lavoro*, p. 5 e ss.
- Cazzetta, Giovanni (2014). Intervento dello Stato e libertà contrattuale fra Otto e Novecento, in *Historia et jus*, www.historiaetius.eu - 6/2014 - paper 2.
- Cazzetta, Giovanni (2017). Legge e Stato sociale. Dalla legislazione operaia ai dilemmi del welfare 'senza legge', in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 46, pp. 103-140.

- Cazzetta, Giovanni (2019). Contratto e status. Uguaglianza e differenze tra Otto e Novecento, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, a cura di Laura Solidoro, Torino, Giappichelli, pp. 85-111.
- Costa, Pietro (2009). Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta, Milano, Giuffrè.
- Costa, Pietro (2019). La "transizione": uno strumento metastoriografico? In: *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 1, 2019, pp. 13-41.
- Davidov, G.; Langille, B. (2011). *The Idea of Labour Law*, Oxford, Oxford University Press.
- D'Antona, Massimo (2000). Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?, in: *Opere, vol. I: Scritti di metodo e sull'evoluzione del diritto del lavoro. Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, Milano, Giuffrè, p. 221-247.
- Del Punta, Riccardo (1998). Gli anni della nostalgia? Riflessioni sulla «crisi» del diritto del lavoro, in *Lavoro e diritto*, 1.
- Del Punta, Riccardo (2008). Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al Decreto Biagi, in: *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo* (a cura di Pietro Ichino), Milano, Giuffrè.
- Del Punta, Riccardo (2012). Lavoro, in: *Il contributo italiano alla storia del pensiero - Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, p. 687 e ss.
- Del Punta, Riccardo (2020). Valori del diritto del lavoro ed economia di mercato, in: *Il diritto del lavoro e la grande trasformazione - Paradigma, attori, regolazione*, a cura di Bruno Caruso, Riccardo Del Punta, Tiziano Treu, Bologna, il Mulino.
- Duve, Thomas, ed. (2014). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*. Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History.
- Duve, Thomas (2018). Storia giuridica globale e storia giuridica comparata. Osservazioni sul loro rapporto dalla prospettiva della storia giuridica globale, in *Massimo Brutti, Alessandro Somma (eds.), Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Berlin, Max Planck Institute for European Legal History, pp. 149-185.
- Fontana, Giorgio (2015). Ascesa e crisi dell'inderogabilità delle tutele nel diritto del lavoro, in *Forum dei Quaderni Costituzionali*.
- Gaeta, Lorenzo (2016). La terza dimensione del diritto. Legge e contratto collettivo nel Novecento italiano, in: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 4, pp. 573-617.
- Gaeta, Lorenzo (2020a). *Storia (illustrata) del diritto del lavoro italiano*, Torino, Giappichelli.

- Gaeta, Lorenzo (2020b). *Lo Statuto dei lavoratori: come nasce una legge. I lavori parlamentari articolo per articolo, minuto per minuto*. Napoli Edizioni Scientifiche Italiane.
- Grossi, Paolo (2009). Il diritto civile fra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi, *in Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di Michele Lobo, Bari, Cacucci.
- Grossi, Paolo (2021). *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, Giuffrè.
- Hespanha, António Manuel (2019). Is there place for a separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography, *in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 48, pp. 7-28.
- Ichino, Pietro (2013). Il tortuoso percorso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile, *in: Il diritto civile e gli altri* (a cura di Vincenzo Roppo e Pietro Sirena), Milano, Giuffrè, pp. 39-89.
- Luciani, Massimo (2010). Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro, *in: Argomenti di diritto del lavoro*, 2010, 628 e ss.
- Mariucci, Luigi (1997). Il diritto del lavoro della seconda Repubblica, *in Lavoro e diritto*, 2.
- Mariucci, Luigi (2015). Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro, *in: Lavoro e Diritto*, XXIX, 2, pp. 209-225.
- Mariucci, Luigi (2016). Culture e dottrine del giuslavorismo, *in: Lavoro e diritto*, 2016, 4, p. 585 e ss.
- Mazzotta, Oronzo (2020). Poteri e contropoteri nello Statuto dei lavoratori cinquant'anni dopo, *in Lavoro e Diritto*, 4, pp. 759-772.
- Meccarelli, Massimo (2020). Il tempo della pandemia e le opportunità della storia, *in: Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, a cura di Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli, Macerata, Eum, p. 15 e ss.
- Mortati, Costantino (1954). Il lavoro nella Costituzione, *in Il diritto del lavoro*, 1.
- Mortati, Costantino (1975). Commento all'art. 1, *in Commentario alla Costituzione* (a cura di Giuseppe Branca), Bologna, Zanichelli.
- Perulli, A. (2016). L'idea di diritto del lavoro, oggi, *in Lavoro e diritto*, XXX, 1, pp. 17-34.
- Procacci, Giovanna (2013). *Warfare-Welfare. Intervento dello Stato e diritti dei cittadini (1914-1918)*. Roma, Carocci.
- Provasi, Giancarlo (2019). Dai Trenta gloriosi all'aspirazione del neoliberalismo: forme di integrazione e grandi trasformazioni, *in Stato e mercato*, fasc. 2, pp. 175-212.
- Ratto, Lorenzo (1905). Contro una legge sul contratto di lavoro, *in Il contratto di lavoro (gli infortuni sul lavoro)*. *Rivista di giurisprudenza e legislazione sociale*, II, p. 41 e ss.

- Rodotà, Stefano (2014). *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza.
- Romagnoli, Umberto (2018). *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano*. Profili, Roma, Ediesse.
- Rovelli, Carlo (2020). *Helgoland*. Milano, Adelphi, 2020.
- Rusciano, Mario; Gaeta, Lorenzo; Zoppoli, Lorenzo (2020). Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, *Quaderni della Rivista Diritti Lavori Mercati*, 1.
- Sciarra, Silvana (2013). *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, Laterza.
- Solari, Giole (1980). *Socialismo e diritto privato. Influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato (1906)*. Milano, Giuffrè.
- Sordi, Bernardo (2020). *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*. Bologna, il Mulino.
- Stolzi, Irene (2017). Politica sociale e regime fascista: un'ipotesi di lettura, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47, p. 241 e ss.
- Tamajo, R. De Luca (2013). Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 4, pp. 715-740.
- Zagrebelsky, Gustavo (2013). *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'articolo 1*. Torino, Einaudi.

Data de Recebimento: 01/04/2021

Data de Aprovação: 13/04/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

“La libertad de la persona humana”

El Fuero de los Españoles y la cultura de los derechos en la II postguerra

“A Liberdade da Pessoa Humana”

O Foro dos Espanhóis e a cultura dos direitos no II Pós-Guerra

“The Freedom of the Human Person”

The Forum of the Spaniards and the culture of rights in the Second Postwar

Alfons Aragoneses¹

¹ Universidad Autónoma de Barcelona (Espanha). <https://orcid.org/0000-0003-3301-5463>

RESUMO

Este artigo apresenta o Fuero de los Españoles de 1945 no seu contexto espanhol e europeu. Após a Segunda Guerra Mundial foi estabelecida uma nova ordem mundial, e na Europa foram elaborados documentos que são a base da nossa atual cultura de direitos humanos. Poderíamos pensar que existe uma continuidade absoluta entre a cultura de direitos desses anos. No entanto, estes documentos contêm elementos de uma cultura jurídica romântica e cristã do século XIX. O Fuero de los Españoles não pode ser considerado uma declaração de direitos, mas é um programa político que se inspira nas mesmas fontes que o pensamento católico e orgânico que inspirou alguns desenvolvimentos intelectuais na Europa Ocidental naqueles anos. Se os instrumentos dos direitos europeus que foram formulados nesses anos evoluíram e sofreram mutações até se tornarem autênticas declarações de direitos com vocação normativa, a Carta também evoluiu, mas na direção oposta, e acabou por se tornar um instrumento de poder para restringir os direitos exigidos pela oposição democrática. Isto mostra como a linguagem dos direitos pode ser um instrumento de poder em vez de um escudo contra ele.

Palavras-chave: História dos direitos humanos; Fuero de los Españoles; Franquismo; Convenção Europeia de direitos humanos; Justiça e direitos humanos.

RESUMEN

Este artículo presenta el Fuero de los Españoles de 1945 en su contexto español y europeo. Tras la II Guerra Mundial se instaura un nuevo orden mundial y en Europa se elaboran documentos que fundamentan nuestra cultura actual de los derechos humanos. Podríamos pensar que hay una continuidad absoluta entre la cultura de los derechos de esos años. Sin embargo, esos documentos contienen elementos de una cultura jurídica romántica, cristiana del siglo XIX. El Fuero de los Españoles no puede considerarse una declaración de derechos pero sí un programa político que bebe de las mismas fuentes que el pensamiento católico y organicista que inspiró algunas elaboraciones intelectuales de Europa occidental en esos años. Si los instrumentos de derechos europeos que se formulan en esos años evolucionan y mutan hasta convertirse en auténticas declaraciones de derechos con vocación normativa, el Fuero evolucionará también pero en sentido contrario y acaba convirtiéndose en instrumento del poder para restringir los derechos que reclamaba la oposición democrática. Se demuestra así como el lenguaje de los derechos puede ser instrumento de poder en lugar de blindaje contra el mismo.

Palabras-clave: Historia de los derechos humanos; Fuero de los Españoles; Franquismo; Convención Europea de derechos humanos; Justicia y derechos humanos.

ABSTRACT

This text presents the Francoist “Fuero de los Españoles” of 1945 in its Spanish and also European context. After WWII a new world order was built and new instruments regulating human rights were published. Traditionally, these instruments are considered as the basis of our current culture of Human Rights and actually they are. However, their process of elaboration was inspired by a Christian, romantic, 19th century version of rights and freedoms. The “Fuero de los Españoles” cannot be considered a real declaration of rights but was not mere propaganda: it contained a political program sharing some of the ideas from catholic, organicist, romantic, 19th century political thinking also inspiring some of the authors of human rights discourses in Western Europe. The European Convention mutated and became a real declaration of rights with normative nature. The “Fuero de los Españoles” mutated too but in a different direction: it became an instrument of the state to restrict the exercise of fundamental rights.

Keywords: History of Human Rights; Fuero de los Españoles; Francoism; European Convention of Human Rights; Justice and Human Rights.

Introducción: reescribir la historia de los derechos

Hoy resultan fundamentales las advertencias que hacía António Hespanha sobre los riesgos de la teleología en la historia del derecho (2004, p. 43). Hespanha nos ayudó a desconfiar de las falsas continuidades en el lenguaje jurídico a la hora de escribir historia. Estas cautelas son imprescindibles para estudiar textos jurídicos de la Edad Media o moderna que pueden contener términos idénticos a los de nuestra cultura pero no son menos necesarias a la hora de estudiar la historia del derecho contemporáneo. Entre las revoluciones liberales y nuestro siglo XXI no siempre ha habido una evolución que no afectase al contenido semántico de expresiones jurídicas y, por tanto, conviene evitar lecturas teleológicas o progresivas de la historia de nuestro derecho.

Lo mismo sucede con la *Zeitgeschichte*. Durante décadas, los discursos que presentaban 1945 como la hora cero y la tendencia a proyectar las categorías y las ideas de nuestro derecho actual sobre el pasado más reciente transmitieron la falsa idea según la cual la II Guerra Mundial habría roto con el mundo anterior siendo Yalta el inicio de un periodo, el nuestro, en el que instituciones y conceptos habrían evolucionado sin sufrir transformaciones destacables. Esta lectura presentista y teleológica afecta a la historia del derecho y, de manera especial, a la historia de los derechos, generando una falsa imagen de continuidad entre la concepción de las libertades de los textos existente en los años cuarenta, momento en el que se elaboran declaraciones de derecho que hoy tienen fuerza normativa y la idea de esos derechos en la actualidad.

Desde la filosofía, la historia y la sociología del derecho se han presentado propuestas metodológicas que cuestionan esa historia tradicional y plantean alternativas a lo que en ocasiones no ha sido nada más que una genealogía acrítica de los derechos. Si el relato sobre el periodo de la segunda postguerra estaba dominado por aproximaciones normativistas y formalistas que hacían una lectura teleológica de la historia de los derechos y de sus textos fundamentales, en los últimos años se ha transitado hacia una forma alternativa de escribir esta historia que relata las cesuras y las falsas continuidades entre pasado y presente y que intenta desprenderse de la teleología.

Estas nuevas corrientes no constituyen en ningún modo una impugnación a los derechos del hombre y de la mujer o a su carácter de normas jurídicas. Se trata más bien de lo contrario: de criticar un acercamiento que, al reducir el estudio de los derechos a la exégesis de textos, defiende un discurso apologético del statu quo actual y permite que movimientos contrarios a los derechos humanos y a la democracia hagan un uso interesado de ellos. Como defendían recientemente Luis Lloredo Alix y Fernando Crisancho Acero, “los derechos humanos son un campo de batalla en perpetuo antagonismo” (2020, p. 138). En la historia de los derechos, “dado el potencial legitimador de los derechos, existe una tendencia generalizada a presentar relatos acomodaticios de su surgimiento y evolución, como si fueran el colofón necesario de un desarrollo histórico que conduce desde la barbarie hasta la civilización (2020, p.138). Para ellos, la “Historia de los derechos” como mixtificación de “los diversos y heterogéneos relatos mediante un discurso abarcador” sería tan solo “un espejismo de gran eficacia propagandística, pero de parco poder explicativo” (2020, p. 139). Estos autores defienden historias – en plural – alternativas de los derechos alejadas del relato hegemónico y eurocéntrico y enfocadas a las luchas por los derechos de diferentes colectivos y llevadas a cabo en lugares diferentes. De esta manera se superaría la Historia (con mayúscula) de los derechos centrada en los modelos tradicionales de Inglaterra, Estados Unidos y Francia.

Una de las mayores críticas que se hace a la historia tradicional de los derechos sería su carácter formalista y exegeta de las grandes declaraciones de derechos de los citados tres modelos. El análisis jurídico-formal resulta enormemente limitador a la hora de estudiar la historia, la génesis y el desarrollo de los derechos humanos como derechos subjetivos de obligado cumplimiento. Demasiadas veces el estudio de la historia se ha limitado a describir el contenido de unos documentos que hablan de derechos sin tener en cuenta si su contenido era semánticamente idéntico al de las declaraciones de hoy, sin tener en cuenta las diferencias culturales entre países o entre continentes. Como escribía Bartolomé Clavero en 2015, si hay continuidad [entre aquellos derechos del XIX y los nuestros] es relativa y compleja” (Clavero, 2015, p. 1095).

El formalismo y la lectura acrítica de las grandes declaraciones de derechos del pasado conducirían a una visión teleológica basada la ontología, no tanto en las relaciones de poder entre grupos sociales. Desde la sociología del derecho Chris Thornhill plantea una propuesta que rompe con lo que el esencialismo y el normativismo excesivos de los análisis tradicionales. Para Thornhill resulta necesario superar la aproximación ontológica de las teorías normativas y contemplar los derechos no como límite al poder sino como creación del poder. Los derechos, según este autor, no serían una antinomia de las creaciones discursivas del poder político sino más bien lo contrario: serían “internamente engendrados por el poder” (Thornhill, 2010, p. 201). El autor inglés advierte contra lo que llama fundacionalismo: la idea según la cual existirían unos momentos fundacionales de los derechos que generarían una línea de continuidad que llegaría hasta nuestros días. Entre las declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX y los textos que regulan los derechos en el presente habría continuidad y los términos de unos y otros textos tendrían el mismo contenido semántico.

Para Thornhill los derechos, lejos de ser el “producto de una profunda predisposición antropológica o natural” del hombre a los mismos serían construcciones jurídicas y políticas que servirían para describir “un proceso de diferenciación de la evolución social” (Thornhill, 2010, p. 195). Las declaraciones de derechos, por lo tanto, serían un producto del poder que habrían “permitido al estado consolidar y unificar sus funciones mediante la internalización de una consideración monofocal de su poder y de un conjunto estable de normas originales para autenticar su poder” (Thornhill, 2010, p. 195).

Esta visión de los derechos y de las declaraciones de derechos como expresión del poder estatal encajaría con la idea defendida por Hèctor López Bofill sobre los procesos constituyentes como operaciones violentas y coercitivas de blindaje del poder (2021, p. 6). Las constituciones, sobre todo la parte dogmática de las mismas, serían los mecanismos legitimadores de estas operaciones del poder político no exentas de violencia que marcaron la evolución de la sociedad política (2021, p. 8).

Samuel Moyn ha desarrollado también un análisis crítico de la historia de los derechos humanos que le lleva a defender que “si ha habido una “revolución global de los derechos humanos” esta se dio solamente a partir de los 80” (Moyn, 2012, p. 218) y que, “[e]n lugar de girar hacia la historia para monumentalizar los derechos humanos enraizándolos profundamente en el pasado, es mucho mejor reconocer cuan recientes y contingentes son en realidad” (Moyn, 2012, p. 225). Moyn analiza la evolución del lenguaje de los derechos durante los años 40 y también a partir de los 70 y 80 mostrando precisamente sus usos políticos y su evolución. Tras la caída de la utopía socialista la historia de los derechos se habría presentado como una evolución lineal desde los siglos XVIII y XIX sin apenas relación con los conflictos entre grupos sociales.

Philip Alston defiende una postura que podríamos calificar de moderada. Rechaza la historia teleológica y las falsas continuidades de la historiografía tradicional pero defiende el estudio de lo que llama “la genealogía de los derechos” (Alston, 2013, p. 2074 y ss). Para Alston la “historia de los derechos humanos es larga y profunda, lo que no significa que su progreso haya sido lineal, constante o incluso predecible (Alston, 2013, p. 2081). Propone por tanto el estudio de la historia de los derechos teniendo en cuenta la historia de las ideas pero también las estructuras de poder, el uso que de las ideas y adoptar una perspectiva global. Se trata por tanto de asumir la “la policentralidad de la empresa de los derechos” (Alston, 2013, p. 2077) y adaptar a ella el método de estudio. Eso le permite realizar una crítica a los discursos que defienden una historia lineal pero, al mismo tiempo, negar la “big-bang theory” de los derechos: la idea según la cual los derechos habrían aparecido prácticamente de la nada a finales de los años 60 y comienzos de los 70.

De la historiografía crítica de los derechos humanos extraigo la necesidad de llevar a cabo un estudio crítico de los relatos hegemónicos sobre las grandes declaraciones de derechos de finales del XVIII y comienzos del XIX pero también de otros documentos jurídicos de nuestra historia más reciente. Aquí pretendo hacer una relectura de la cultura europea de los derechos de los años 40 del siglo XX para demostrar que, pese a las continuidades terminológicas y pese a la redacción de instrumentos jurídicos todavía en vigor, la cultura de los derechos tenía en ese momento mucho que ver con la tradición romántica y cristiana del siglo XIX e incluso con las doctrinas corporativistas de los años 20 y 30.

Los discursos historiográficos y jurídicos sobre la época trazan dos líneas rígidas. Una separaría la cultura y la política posteriores a 1945 con la del mundo anterior a esa fecha. La segunda trazaría una línea divisoria entre democracias occidentales y dictaduras. Sin embargo, como trataré de demostrar, la concepción corporativista y cristiana de los derechos formaban en los años 40 una base filosófica de la que bebían tanto discursos producidos en países democráticos como Francia y Alemania, como elaboraciones doctrinales de dictaduras como España.

El ejemplo escogido para ello es el franquista Fuero de los Españoles de 1945. No pretendo con esta elección equiparar lo que fue una falsa declaración de derechos de una dictadura a declaraciones de países democráticos sino señalar el origen y las raíces doctrinales poco democráticas de estas últimas. Hablo de orígenes, no de contenidos ni de mecanismos de defensa de los derechos, inexistentes en el Fuero de los Españoles y presentes en la Convención Europea de los derechos humanos. La diferencia entre una y otras culturas de los derechos estaría más en su desarrollo que en sus orígenes doctrinales y en la imperiosa necesidad de sus autores por delimitar, cerrar y alejar lo que se consideró el paréntesis de los fascismos.

Como avanzaba al inicio, desenmascarar el Fuero de los Españoles y señalar la cultura organicista y autoritaria que lo inspiraba puede resultar útil para desarticular discursos que hoy en día usan el lenguaje de los derechos pero que, en realidad, son continuadores de esa cultura del pasado. Recuperando la idea de Lloredo Alix y Cristancho Acero sobre los derechos humanos como “campo de batalla en perpetuo antagonismo” (2020, p. 138) debemos tener en cuenta que también los movimientos neoautoritarios en Europa y en América utilizan el lenguaje de los derechos, lo que nos impone todavía más rigor a la hora de estudiar su historia.

1. 1945: la hora cero y la “revolución conservadora de los derechos humanos”

Cuando en España se aprobaba el Fuero de los españoles en Europa tenía lugar lo que Marco Duranti llamó “revolución conservadora de los derechos humanos” (Duranti, 2017). Tras el fin de la II Guerra Mundial en Europa y movidos por el éxito de los partidos de izquierda en los países de Europa Occidental, partidos y movimientos conservadores elaboraron un discurso sobre los derechos basado en tradición cristiana para oponerlo a los discursos socialistas y socialdemócratas. Lo interesante del caso es que esta tradición de los derechos hundía sus raíces en los discursos que habían defendido el modelo corporativista. Como defiende Duranti, la integración europea de la postguerra fue “un acto de memoria colectiva en el que el internacionalismo romántico jugó un papel importante. Mirar hacia adelante significaba mirar atrás, mucho más atrás de la muerte y la destrucción” (2010, p. 96). Se acusaba a la modernidad de los recientes desastres y se recuperaban discursos de las décadas y siglos anteriores

Teniendo esta nostalgia por el pasado en cuenta, se entiende que las recetas organicistas fuesen un asidero para los políticos y juristas conservadores que, habiendo participado en regímenes nada democráticos como el de Vichy, necesitaban resituarse en el panorama político de la posguerra (Duranti, 2010, p.5)

En ese momento antiguos miembros de estos movimientos necesitaban resituarse en el plano política nacional y europeo y la bandera que les permitió hacerlo fue el anticomunismo. Este anticomunismo no podía practicarse en la recién creada Organización de Naciones Unidas porque la Unión Soviética tenía en ella una posición privilegiada. De ahí que la batalla tuviese que librarse en Europa Occidental. En un momento de desprestigio de las ideas conservadoras, el armamento de esta revolución no podía ser un programa político. El discurso de los derechos humanos se prestaba a ser utilizado en este particular combate. Ese es el contexto del Congreso Europeo de la Haya de 1947 y de los trabajos de elaboración de la Convención Europea de los Derechos Humanos de 1950.

La mayoría de miembros del llamado Movimiento Europeo presentes en La Haya en 1947 pertenece a asociaciones y partidos conservadores que buscan la reconstrucción moral de Europa desde parámetros cristianos. Algunos participantes, como la Union Fédéraliste francesa, agrupan a antiguos miembros de Action Française, algunos de los cuales la habían abandonado solamente tras la condena papal de Maurras en 1926, y a defensores del corporativismo de los proyectos de Vichy (Duranti, 2017, p. 259). Otros defendían abiertamente la superioridad de los blancos cristianos frente a unos no blancos que ya daban señales de su voluntad de romper con las metrópolis (Duranti, 2017, p. 197 y ss). El lenguaje del derecho internacional romántico del XIX, cristiano y supremacista, está muy presente en los textos de estos movimientos que buscaban reconstruir Europa salvándola del comunismo y del liberalismo (Duranti, 2017, p. 13 y ss).

Si en Francia sobrevivía el pensamiento corporativista de Vichy, también quedaban restos del pensamiento nacionalista en la Alemania posterior a 1945 y, especialmente, tras el inicio de la guerra fría y la reintegración de funcionarios y dirigentes empresariales en las instituciones públicas y privadas de la RFA. No hubo, por tanto, hora cero y sí, en cambio, continuidad en las instituciones pero también oportunidades para juristas y políticos que habían estado implicados con el Tercer Reich (Stolleis, 2017, p. 133).

Winston Churchill, Primer Ministro británico desalojado en las urnas por los laboristas, y acabó siendo el principal representante de esta revolución que buscaba construir un sistema de derechos más como arma de lucha política que como norma jurídica. En este proyecto conservador no desentonaban los discursos que en esos momentos se impulsaban desde España. Por ello no es de extrañar que el mismo Churchill, organizador y maestro de ceremonias en el Congreso Europeo de la Haya reunido para debatir sobre el futuro político de Europa no le hiciera ascos a las dictaduras española y portuguesa. El ex Premier británico se pronunció a favor de la participación de España y Portugal en el Congreso (Duranti, 2017, p. 108).

Los franceses de la Union Européene Fédéraliste, tras un viaje a España y Portugal, declararon que la democracia no debería ser un criterio de admisión para el Congreso de Europa (Duranti, 2017, p. 257), una postura, por cierto, también defendida desde el Vaticano (298). Vemos por tanto que, pese a las condenas contra Franco y el aislamiento de su régimen, una parte de las elites conservadoras de Europa occidental compartía con las españolas no solamente el rechazo al socialismo, fuese democrático o no, sino también la apuesta por fórmulas organicistas.

Y es que en una parte importante de los intelectuales que impulsaban este movimiento existe el mismo poso corporativista que encontramos en el franquismo. Se defendía un proyecto de protección de los derechos pero dentro de un orden social, político y económico determinado. Esta coincidencia no era solamente personal o ideológica: también la encontramos en el lenguaje utilizado: Duranti señala la preferencia de los conservadores franceses por la expresión “droits de la personne humaine” por encima de la más moderna “droits humains” (395). La referencia a la persona humana encajaba mucho mejor en el pensamiento organicista. De ahí que la encontremos también en el Fuero de los Españoles.

El Congreso de Europa tuvo éxito y marcó el inicio del proceso de construcción del Consejo de Europa, que al formarse se ocupó de la elaboración de la Convención Europea de derechos humanos y de un entramado institucional diseñado para su protección. Pero los mimbres eran los que eran y algunos fueron aportados por movimientos conservadores herederos del corporativismo y del supremacismo cristiano. Nuestra cultura de derechos está fundamentada, entre otros, en documentos de aquella época. Es indudable que en la inmediata postguerra la cultura de los derechos no era la que disfrutamos hoy. Desde las décadas de los 40 y 50 del siglo XX se han producido importantes transformaciones políticas y cambios culturales que han acabado generando una cultura de los derechos moderna y democrática. Eso implica que los documentos sobre los derechos humanos han sufrido mutaciones, siendo la más importante su conversión en textos jurídicos directamente aplicables por los tribunales. ¿Qué provoca esa mutación?

Son varios ya los autores que reconocen que la Convención Europea de 1950 nace con una vocación más política que jurídica. J. A. Frowein, por ejemplo, habla de este importante documento como una “bella durmiente” porque, una vez aprobado, durmió un largo sueño hasta que los movimientos de defensa de los derechos humanos, en los años 1960 y sobre todo 1970, comenzaron a utilizarla como instrumento de su activismo en las cortes nacionales y en el Tribunal Europeo de derechos humanos (Frowein, 1984, p. 8). En este sentido, el constitucionalista Alejandro Saiz Arnaiz recordaba en un trabajo reciente que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “desde su constitución en 1959 hasta 1975 pronunció únicamente diez sentencias y hasta 1998” “es decir, en casi cuarenta años, un total de novecientas cincuenta” (Saiz Arnaiz, 2018, p. 222). A decir del profesor español, la “bella durmiente” se despertó gracias a la labor

del Tribunal de Estrasburgo en los años 70, influida sin duda también por la publicación de los Pactos internacionales de 1966.

Fue así, en los setenta, como un documento que en 1950 tenía una finalidad más política que jurídica y que antepone los objetivos del Movimiento Europeo - la defensa de la democracia basada en la celebración de elecciones periódicas - muta y se convierte en un texto normativo que regula y protege los derechos humanos. Pero esto sucede solamente en la parte de Europa occidental que vive en democracia. El contexto de la España franquista, como veremos, no permitía que al sur de los Pirineos se viviese esta transformación de la cultura de los derechos.

2. El Fuero de los españoles: el proyecto político franquista para la postguerra europea

Volvamos a 1945 pero esta vez al sur de los Pirineos. El 18 de julio, fecha señalada para la dictadura, el Boletín Oficial del Estado publicaba un documento titulado “Fuero de los Españoles”². Su texto ocupaba 3 páginas y contenía 36 artículos divididos en un título preliminar, un título primero dedicado a los deberes y derechos de los españoles - por ese orden - y un título segundo sobre el ejercicio y garantía de los derechos. En las páginas del BOE a este texto le seguía una ley de 17 de julio de 1945 de Bases de Régimen Local que, según Álvarez Cora, recibiría mucha más atención por parte de la prensa que el Fuero de los Españoles (2010, p. 78).

Hasta ahora hablo de documento y me resisto a hacerlo de ley o norma jurídica de forma deliberada. En el BOE se publican leyes, reglamentos, nombramientos y anuncios oficiales. Al no tratarse ni de un anuncio ni de un nombramiento debemos entender que ese “Fuero” es una norma jurídica, más concretamente de una norma con rango de ley ya que, según explica Francisco Franco Bahamonde en el encabezamiento del documento, el Fuero de los Españoles había sido aprobado por las Cortes y tenía, además, “el carácter de Ley fundamental reguladora de sus derechos y obligaciones” (sic).

Estas precauciones a la hora de llamar ley al Fuero no son superfluas: desde julio de 1936, fecha de inicio de la guerra, el BOE en manos de los sublevados había publicado y por tanto había dado apariencia normativa a textos de dudosa legalidad y de dudoso carácter jurídico. Un ejemplo de esa práctica lo encontramos en otro Fuero: el del Trabajo, publicado en 1938. El uso de la palabra Fuero, evocadora de un pasado medieval, aleja estos documentos de la tradición democrática de la II República y, además, permite mantener cierta ambivalencia sobre su naturaleza jurídica. El mercantilista Joaquín Garrigues, implicado en la redacción del Fuero del Trabajo, escribía en 1929 sobre su obra reconociendo que había sido más una arma de propaganda de guerra que una norma jurídica y que, por tanto, no podía considerarse como norma directamente aplicable: era más bien, decía Garrigues, un texto de propaganda de guerra destinado a atraer para sí a los obreros del bando republicano, de militancia izquierdista y republicana demostrada (Garrigues, 1939, p. 67).

¿Fue el Fuero de los Españoles también un arma de propaganda de posguerra? El texto se publica un 18 de julio, fecha señalada por los franquistas como la del alzamiento que en realidad fue un golpe de estado. Poco antes de 1945, barruntando la derrota de Alemania e Italia en la

2 Fuero de los Españoles, BOE 199 de 18.07.1945, 358-360.

guerra, el franquismo había iniciado una serie de reformas dirigidas a marcar distancias con las dictaduras que serían derrotadas ese año. La publicación del Fuero de los Españoles encajaría en esta operación propagandística: serviría como nueva fachada de la dictadura en un momento de condena de los fascismos.

Pero nos equivocariamos si leyésemos este documento como mera propaganda dirigida al exterior o como discurso dirigido a legitimar la dictadura en el interior. Si fuese así, habría bastado con seguir las tendencias y usar el lenguaje del constitucionalismo que empezaba a salir de los escombros de la guerra. El texto es mucho más que un discurso propagandístico: es una elaboración consciente que compendia el pensamiento católico, corporativista y antiliberal que la dictadura adoptaría a partir de ese momento sin borrar el componente totalitario y personalista.

El Fuero de los Españoles contiene un discurso legitimador pero también un programa político que mira al pasado – ahí el uso de la palabra Fuero- pero que se enfoca hacia el futuro. Contiene un proyecto para adaptar la dictadura no a las formas de la democracia liberal pero sí a un modelo de modernidad basado en el pensamiento reaccionario, católico y corporativista anterior a las guerras de las décadas de los treinta y cuarenta. Hay por tanto poca creación *ex novo* y en cambio hay un uso de la tradición que se remonta a los tiempos de la Restauración y al iusnaturalismo del siglo XIX.

Hecha esta introducción podemos ya entrar a analizar el texto. El Fuero de los Españoles comienza de la siguiente forma:

El Estado español proclama como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, la integridad y la libertad de la persona humana, reconociendo al hombre, en cuanto portador de valores eternos y miembro de una comunidad nacional, titular de deberes y derechos, cuyo ejercicio garantiza en orden al bien común.

El legislador oscila entre la referencia al hombre y a la persona humana como titular no solo de derechos sino también de deberes. Hay, además, una referencia al bien común como finalidad última de esos derechos (y deberes). Destaca el uso de una expresión que aquí nos tendrá ocupados: la “libertad de la persona humana”. La elección de las palabras no es casual: no se utilizan expresiones como “derechos humanos” o “derechos del hombre” sino de una vaga “libertad” cuyo titular no es el ser humano, el individuo o el español sino la “persona humana”. Álvarez Cora, quien ha estudiado con detalle el proceso de elaboración de este Fuero, considera que el uso de esta y de otras expresiones como “bien común”, “lealtad” “patria” muestra “el desapego formal respecto de las constituciones liberales” (Álvarez Cora, 2010, p. 57). Pero la expresión “libertad de la persona humana” es mucho más: es expresión del ideario romántico, católico y organicista que el franquismo está recuperando en ese momento.

La “libertad de la persona humana” se utiliza en el Fuero pero también en los discursos de los conservadores franceses, es deudora del pensamiento tradicionalista y organicista. Al hablar de persona humana y no de hombre o individuo, el discurso católico proyectaba su idea del ser humano como entidad integrada en una comunidad. La expresión persona es muy cara al catolicismo social y la encontramos repetidamente tanto en la Encíclica *Rerum Novarum* como en la *Quadragesimo Anno*.

Para seguirle el rastro a esta concepción de la sociedad y de los derechos basta con echar un vistazo a los números de la *Revista de Estudios Políticos* de aquellos años. En sus páginas

aparece un pensamiento que hunde sus raíces en el pasado pero que en la posguerra resulta ser de gran valor para la dictadura. Además, y esto resulta de especial interés este pensamiento se presenta como alternativa a las tensiones entre Este y Oeste, entre capitalismo y comunismo. Esto muestra el interés de los autores franquistas no solamente por un proyecto de organización social y política en España sino, además, por su encaje en la Europa que se estaba reconstruyendo en aquellos años. Los defensores de este programa católico y nostálgico debían conocer que al otro lado de los Pirineos se defendían argumentos similares y, seguramente, había contacto e intercambios de ideas, proyectos, ideas y publicaciones entre autores españoles, franceses e italianos.

De entre los artículos de la Revista de Estudios Políticos de la época destaco uno de Álvaro d'Ors, uno de los juristas franquistas más importantes de esa época. En un texto de 1947 titulado "Ordo urbis" aborda el orden internacional generado con el fin de la guerra. Según este autor, Europa había perdido su hegemonía "y su pensamiento [se había] supeditado al juego de dos fuerzas exóticas: "por un lado el internacionalismo comunista" o "imperialismo eslavo" y por el otro "el pacifismo sancionista, que, menos declaradamente, era un fiel trasunto de la actitud imperialista norteamericana" (1947, p. 37). Tras repasar las aportaciones de estas dos concepciones, "la rusa y la yanqui" como las llama él (39), plantea una vía alternativa: la del pensamiento católico. Esta se habría manifestado ya en la obra de los autores de la Escuela de Salamanca. D'Ors se apoya en algunas ideas de De Vitoria y Suárez para reivindicar la creación de una "Comunidad Cristiana" (55) fundamentada en el derecho natural. Para diferenciar esta comunidad de otras también basadas en el derecho natural D'Ors mantiene que la percepción de esta comunidad y del derecho natural podía darse "únicamente en aquellas personas que apoyan su vida consciente en un criterio de responsabilidad moral de cuño cristiano" (58).

Pese a la defensa que D'Ors lleva a cabo de la autoridad del papa, la tercera vía propuesta por este autor la representaba España, que habría demostrado históricamente, también en los últimos años, defender un orden del mundo de acuerdo a "las trazas inescrutables de Dios" (D'Ors, 1947, p. 62).

Una idea similar la encontramos en Diego Sevilla, que en 1946 ponía al salazarismo como ejemplo de modernidad que conjugaba humanismo y catolicismo frente a los caducos modelos liberal y comunista (Sevilla, 1946). Así lo expresaba también José Corts Grau quien, en un texto sobre el "Sentido español de la democracia", iba más allá al advertir de las funestas consecuencias de orden social y jurídico que podía tener la "ruptura con Dios" (Corts Grau, 1946, p. 7).

Como vemos, estas elaboraciones doctrinales sobre la persona humana están basadas en el pensamiento escolástico pero, además, tiene una dimensión importante de derecho y política internacionales. Frente al comunismo ruso y al imperialismo "yanqui", estos autores presentaban una vía alternativa para España, Europa y el mundo. Y uno de los ejes de este programa político era la vieja y nueva concepción sobre la persona humana, superadora del gregarismo comunista y del individualismo de matriz protestante.

Con dos artículos de 1949 y 1950 "[s]obre la noción de persona" Enrique Gómez Arboleya nos permite entender mejor el origen de esta idea de persona que manejaban. Esta idea resultaba de una aproximación desde "la teología, la metafísica del hombre y la teoría jurídica" (1949, p. 104). En el artículo de 1949 Gómez Arboleya repasa la evolución histórica del concepto de persona deteniéndose en las aportaciones de filósofos clásicos y de escolásticos para concluir en la dimensión teológica, metafísica y antropológica de la persona. El autor hace un repaso por la historia de la filosofía y de la teología para destacar aquellos aspectos más importantes

de la noción de persona. Gómez Arboleya recupera la vieja idea de hipóstasis del pensamiento cristiano medieval y de ahí extrae una idea de persona que repetirá varias veces: “[e]l hombre se ha destacado de la naturaleza. Su unidad no es puramente natural, sino personal. Todo lo que en él hay de naturaleza está enhipostasiado, tiene in-existencia, es algo que se me da, que poseo en la unidad de mi persona” (1949, p. 116).

También acude Gómez Arboleya a San Agustín y a otros autores para reivindicar La naturaleza humana nos obliga a estudiar la persona siempre en relación a Dios y a su comunidad. a la persona es vivencia (1950, p. 109), y es naturaleza y tener a la vez (1950, p. 123). Gómez Arboleya realiza un recorrido por la historia del pensamiento pero invita a reflexionar y a cultivar esta idea de la persona como ser vinculado con Dios. Y es que aquí, en esta relación entre hombre, comunidad y Dios, está la esencia de esta concepción de la persona que encontramos tanto en las elaboraciones doctrinales de la época como en el texto del Fuero de los Españoles

Es interesante observar que, para estos autores, las libertades de la persona humana no son muros o instrumentos que protegen al ciudadano del poder, no son un ámbito en el que el estado no puede intervenir. Los derechos son valores sociales. Son una parte integrante del todo armónico que es la comunidad nacional. El Estado debe proteger la integridad de la nación o la patria y la libertad del hombre como cosas inseparables. Lo expresa muy bien el jurista García Valdecasas en un texto de 1942 que recuerda mucho el lenguaje del Fuero:

La integridad de la patria es para nosotros no sólo física, territorial o geográfica, sino también moral: es integridad de su vida y de su espíritu; a ella pertenece el culto de los valores hispánicos que dieron a España su sentido universal en el mundo y a los cuales debe seguir consagrada. El Estado ha de ser instrumento para salvaguardar estos sacros valores. Tales son, para nosotros, por ejemplo, la libertad, la integridad y la dignidad del hombre. (García Valdecasas, 1942, p. 27)

Estamos ante una concepción organicista de los derechos en la que éstos no pertenecen al individuo sino a la sociedad. En consecuencia, el estado tenía la obligación de armonizar estos derechos de la persona con la comunidad nacional. Estos autores, y el mismo redactor del Fuero, parten de la existencia de unas estructuras naturales de la sociedad en las que se integra el hombre - suponemos que también la mujer - y que deben protegerse en su integridad. En el Fuero no se concibe una defensa de las libertades humanas desconectada de la defensa de la nación y de su integridad física, territorial, de su vida y de su espíritu. Lo vemos cuando se reconoce el derecho “a participar en las funciones públicas de carácter representativo” pero siempre a través de las estructuras “naturales” de la sociedad que son, lo dice el mismo Fuero “la familia, el municipio y el sindicato”.

Lo vemos también en la regulación de la empresa, para la que el redactor rescata ideas y expresiones que bien podríamos encontrar en la Encíclica *Rerum Novarum* o en la *Quadragesimo anno*. La empresa es una comunidad de aportaciones de la técnica, la mano de obra y el capital en sus diversas formas. Esta idea la encontramos en el artículo veintiséis del Fuero en el que se dice que “[e]l Estado cuidará de que las relaciones entre [la mano de obra y el capital] se mantengan dentro de la más estricta equidad y en una jerarquía que subordine los valores económicos a los de categoría humana, al interés de la Nación y a las exigencias del bien común”

Pero donde esta visión organicista de la sociedad y de la persona aparece de forma más visible es en la regulación de los límites de los derechos. En el caso de la libertad de expresión el legislador los explicita al establecer que “Todo español podrá expresar libremente sus ideas

mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado”. Vemos aquí dos límites. En primer lugar, la manifestación adverbial del derecho: no hay libertad de expresión a secas sino de expresar libremente las ideas. En segundo lugar, esta libertad está supeditada al respeto a “los principios fundamentales del Estado”, que es el agente encargado de procurar por la armonía entre los atributos morales del individuo y los de la sociedad.

El artículo treinta y tres del Fuero sirve como llave de cierre del sistema de libertades de la persona humana al establecer que “[e]l ejercicio de los derechos que se reconocen en este Fuero no podrá atentar a la unidad espiritual nacional y social de España”. Estos límites, como veremos, fueron los instrumentos utilizados por las instituciones del estado para negar derechos durante la dictadura. Según la concepción de los derechos que se deriva de este sistema, las libertades serían atributos morales de la sociedad, no solamente de la persona y, por tanto, no podrían ejercerse de acuerdo con la libre autonomía individual. Y aquí es donde cobra una gran importancia el concepto de persona como titular de los derechos. Esta persona no se concibe como ser individual sino como parte de una comunidad nacional, como miembro de unos órganos. Así, en el Fuero se recupera la noción premoderna de la palabra “persona”. Se usa el término para referirse a la inserción del sujeto en la sociedad, para designar estatus civil que se deriva de la pertenencia a un colectivo. El iusnaturalismo liberal del siglo XIX había recibido y reutilizado esta tradición, como explica, entre otros, Sebastián Martín (2018, p. 44). Esta vieja concepción de la persona se recuperó en los años 1940 en su versión más organicista y católica a través de la doctrina que hemos mostrado y del Fuero de los Españoles.

Vemos pues que no solamente estamos ante una “Constitución postiza” como Álvarez Cora llama al Fuero: estamos ante un proyecto político coherente, que da continuidad al pensamiento católico español de larga tradición. La prensa de la época, lo recuerda Álvarez Cora, apenas prestó atención a la publicación del Fuero (Álvarez Cora, 2010, p. 78). Sin embargo, para los dirigentes de la dictadura el documento era fundamental para renovar los discursos legitimadores y para la nueva andadura de España en un escenario posbélico y de guerra entre los dos bloques. El Fuero, en definitiva, constituye un programa político que mira al pasado y se proyecta hacia el futuro, que se basa en la tradición pero tiene la vocación de ordenar la España y la Europa del futuro.

3. La metamorfosis del Fuero de los españoles

Como explicamos al hablar de la Convención Europea, la práctica de tribunales, instituciones políticas y agentes sociales provocó una metamorfosis. De texto político la Convención pasó a ser texto jurídico e instrumento efectivo de defensa de los derechos humanos. La Convención Europea durmiente la despiertan activistas por los derechos humanos que comienzan a recurrir a ella como norma jurídica aplicable ante gobiernos y tribunales. El cambio generacional de los 50 y 60 y la existencia de una jurisdicción especializada y supranacional y por tanto protegida de las presiones de los Estados, permitieron el cultivo de una cultura moderna de los derechos y libertades.

La larga dictadura franquista y la interacción entre sociedad y agentes jurídicos y políticos provocaron la adaptación y la mutación de textos políticos y jurídicos y el Fuero de los Españoles es un ejemplo de ello. Sin embargo, la ausencia de una sociedad democrática impidió que este texto mutase en un modo similar a como lo hizo la Convención Europea

En el caso español fueron los opositores a la dictadura, juristas y no juristas, quienes provocaron mediante su actividad en la calle y en tribunales que los operadores jurídicos tuviesen que pronunciarse sobre el contenido del Fuero tratándolo así como un texto de contenido y de vocación normativas.

En España la modernización de la dictadura y su apertura al exterior propició cambios en el sistema jurídico. Se modificaron normas de derecho administrativo y también de derecho penal, pero estas últimas en un sentido más represivo en la mayoría de las ocasiones. En algunas de esas normas encontramos ideas ya contenidas en el Fuero de los Españoles. Es el caso de la Ley de Orden Público de 1959³, cuya aplicación llevó a la detención y condena de miles de activistas durante su vigencia, (Del Águila, 2001). En su artículo segundo la ley se refiere a los derechos del Fuero. A tenor de esta norma “[s]on actos contrarios al orden público: A.) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España.

Curiosamente son objeto de protección por parte del legislador los derechos reconocidos por el Fuero y, al mismo tiempo, los principios que los limitan: la unidad espiritual, nacional, política y social de España, lo que da idea de la concepción de los derechos – y de su represión – que inspira la norma que rigió hasta dos años después de la muerte del dictador. El derecho penal no protege unos derechos individuales sino los valores que esos derechos de la persona humana representan. Se defiende, por lo tanto, no los derechos sino la comunidad y su unidad espiritual, nacional y social.

También encontramos referencias al Fuero en la Ley Orgánica del Estado, considerada una de las leyes más importantes de los últimos años de la dictadura⁴. Se trata de una norma que adapta el marco de gobierno al contexto de los años 60 y a la edad del dictador. En su preámbulo se declara al Fuero como norma en la que se define los derechos y deberes de los españoles y se ampara su ejercicio.

A pesar de haber transcurrido varios lustros desde la promulgación del Fuero del Trabajo y del Fuero de los Españoles, pocas son las modificaciones que la experiencia aconseja introducir en ellas. Sus líneas maestras acreditan el valor permanente del ideario que las inspira y gran número de sus declaraciones y preceptos constituyen una feliz anticipación de la doctrina social católica recientemente puesta al día por el Concilio Ecuménico Vaticano II.

El Fuero, tal y como se presenta en el preámbulo de la Ley Orgánica del Estado, no solamente está de acuerdo con la doctrina del Concilio Vaticano II sino que sería precursora de esta. El Fuero, después de casi 12 años de vigencia, no necesitaría adaptarse al nuevo contexto salvo en lo contenido en el artículo 6 sobre la libertad religiosa. Si en 1945 el Fuero establecía que “[n]adie ser[ía] molestado por sus creencias religiosas en el ejercicio privado de su culto” pero que [n]o se permitir[ían] otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la religión Católica”, en 1967 el legislador establecía que “[e]l Estado asum[ía] la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público.

3 Ley 45/1959 de 30 de julio de Orden Público, BOE 182 31.07.1959, 10365-10370.

4 Ley Orgánica del Estado 1/1967 de 10 de enero, BOE 9 de 11.01.1967, 466-477.

La dictadura supo utilizar el Concilio Vaticano II para reforzar la vigencia y el valor del Fuero de los Españoles. La vieja norma de 1945 que, como recuerda Álvarez Cora, casi no había recibido atención por parte de la prensa (Álvarez Cora, 2010, p. 372 y ss.), se convertía en 1967 en símbolo del proyecto modernizador de la dictadura franquista.

En el pensamiento jurídico también encontramos reverberaciones del Fuero de los Españoles, especialmente a través de las ideas de autores que compartían la cultura católica de las libertades de la persona. Un caso clarísimo lo encontramos en la obra del influyente iusfilósofo Luis Legaz Lacambra, tan bien estudiado por Federico Fernández Crehuet (2018). Legaz, en un importante texto de 1951 sobre el estado de derecho, apuesta por limitar el poder del estado mediante unos derechos sin garantías de protección (Fernández Crehuet, 2018, p. 15), unos derechos que, en el fondo, equivalen al derecho natural, “porque el Estado es un Estado ético, por eso el Estado también es un Estado jurídico” (Legaz Lacambra, 1951, p. 24). Esto destaca claramente los límites de esta cultura de los derechos: “la administración siempre puede ampararse y decidir cuáles son las «cuestiones políticas» que, por tanto, quedan exentas de protección” (Fernández Crehuet, 2018, p. 15) con lo cual no podemos hablar, ni en 1945 ni en 1967, de derechos garantizados y protegidos.

El Fuero de los Españoles incide en la legislación y en la doctrina pero fue sin duda la interpretación y aplicación del Fuero por parte de la jurisprudencia lo que provocó su transformación. En los años 50 y 60, la oposición, cada vez más fuerte, intensificó las protestas contra la dictadura mediante manifestaciones, huelgas, publicaciones clandestinas, etc. Todas estas actividades estaban prohibidas por la ley y eran duramente reprimidas por unas autoridades que utilizaban la violencia como principal medio de defensa del franquismo.

En no pocos casos, los abogados de activistas antifranquistas que eran detenidos y procesados alegaban los artículos del Fuero de los Españoles para pedir la libertad de sus defendidos. Apelaban a los artículos del Fuero que teóricamente reconocían la libertad de expresión, el derecho de reunión, la seguridad jurídica y el principio de legalidad penal. El Estado, para justificar la represión, alegaba los límites a estos derechos que, recordemos, eran “los principios fundamentales del Estado” y, especialmente, “la unidad espiritual, nacional y social de España”. De la concreción en cada caso concreto de estos conceptos jurídicos indeterminados dependía la libertad del acusado.

Los tribunales solían condenar a los activistas aplicando el código penal o leyes como la de Orden Público. Ante las decisiones de estos órganos siempre cabía el recurso al Tribunal Supremo. Y así fue como la máxima autoridad judicial en España se pronunció sobre el Fuero desarrollando así una doctrina sobre los derechos y, sobre todo, sobre sus límites. Francisco J. Bastida estudió en 1986 el pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura. Es destacable el peso que en este estudio tiene el Fuero de los Españoles como fundamento de la doctrina del alto tribunal (Bastida, 1986).

El Tribunal Supremo, caso tras caso, fue desarrollando una doctrina sobre qué era esta unidad espiritual, nacional y social de España y como debía conjugarse esta con las libertades de la persona humana. De esta forma se fue desarrollando una determinada concepción del poder, de la sociedad y del individuo que bebía de ese pensamiento católico, organicista y armónico de los años alrededor de 1945: la libertad humana debía armonizarse con “la integridad de la patria” que, recordemos es “no sólo física, territorial o geográfica, sino también moral: es integridad de su vida y de su espíritu” por usar la expresión de García Valdecasas (1942, p. 27).

En su estudio de 1986 Bastida explica como el Fuero, entre otras normas, sirvió para que el Supremo desarrollase una doctrina que funde moral, política y derecho y que deriva directamente del pensamiento que inspira al Fuero. Los conceptos jurídicos indeterminados del Fuero de los Españoles, de la Ley de Orden Público o del mismo Código Penal le permitieron construir su doctrina sobre la unidad espiritual, nacional y social de España y sobre el alcance y límites de los derechos.

La idea de unidad espiritual que desarrolla el Supremo es, según cita Bastida, muy amplia y se imputa tanto al Estado como a la nación: “la unidad espiritual tiene (...) múltiples facetas cuya esencia impregna los demás principios unitarios que nutren el pensamiento político del alto tribunal” (Bastida, 1986, p. 30). Esto incide en la interpretación moral del ordenamiento de este tribunal, que condiciona las libertades públicas, especialmente las de las mujeres (Pérez, 1987).

La concepción que hace el Supremo de la unidad social de España consagrada en el Fuero de los Españoles como límite de los derechos de la persona humana permitía la represión de los derechos de huelga y manifestación y cualquier reivindicación social o laboral que saliese de los cauces considerados legítimos por la dictadura. El Tribunal Supremo entiende por unidad social la ausencia de lucha de clases, la armonía social, por lo que cualquier conflicto colectivo que intentasen los trabajadores podría ser considerada contraria a este principio (Bastida, 1986, p. 55 y ss). Para el alto tribunal existía un orden social “natural” que fundamentaba la paz y que debía ser protegido incluso con el derecho penal. En una sentencia de 1964 se considera que la ocupación de fábricas como método de protesta es condenable por “establecer el predominio de una clase (el proletariado) sobre las demás” (Bastida, 1986, p. 56). La unidad social del Fuero de los Españoles equivalía por tanto a la ausencia absoluta de conflictos sociales o laborales.

Algo similar sucede con el principio de la Unidad Nacional, “el más tajantemente protegido por el ordenamiento jurídico e, igualmente, el más afirmado por el Tribunal Supremo” según Bastida (1986, p. 70). La unidad es idea inspiradora y presupuesto básico del ordenamiento jurídico. Esta idea lleva al Tribunal, no solamente a defender la integridad nacional de España sino un modelo de organización centralista que no deja espacio a la propuesta de modelos alternativos. La propaganda, no ya del independentismo, sino también del federalismo o del regionalismo o el uso de lenguas diferentes del castellano podía ser considerada por el alto tribunal como un atentado contra la unidad nacional de España y, por tanto, como un límite a los derechos que teóricamente recogía el Fuero (Bastida, 1986, p. 71 y ss).

La doctrina sobre la unidad espiritual, nacional y social de España por parte del Tribunal Supremo se elaboró mediante sentencias que decidían sobre actividades de hombres y mujeres luchaban por la libertad poniendo en riesgo sus derechos. Caso tras caso, la actividad del Supremo fue transformando un texto de 1945 de dudoso contenido normativo en instrumento de definición de los derechos, de sus límites y de España como comunidad política. Por tanto, en el caso del Fuero de los Españoles también podríamos de un texto durmiente. Sin embargo, el despertar del Fuero no supuso la creación de un sistema efectivo de defensa de los derechos humanos a nivel europeo que redundó en las culturas jurídicas nacionales sino de lo contrario: de la incorporación al derecho español de los años 60 y 70 de una concepción de los derechos, de la sociedad y de la nación que bebía directamente de las fuentes del pensamiento organicista de finales del siglo XIX y comienzos del XX. La doctrina del Tribunal Supremo sobre el Fuero de los Españoles y, especialmente, sobre la unidad espiritual, nacional y social de España fue el

producto de la integración de un texto jurídico-político como el Fuero con la ideología nacionalista y la doctrina católica. Esta doctrina condicionó la práctica, la producción y la educación del derecho durante años.

4. Conclusión: el Fuero de los Españoles en la cultura jurídica española

El estudio del Fuero nos permite estudiar las dimensiones política, simbólica y cultural de los textos que sustentan la cultura de los derechos. Nos ayuda, también, a romper con discursos legitimadores que trazan líneas de continuidad desde el pasado o que blanquean regímenes por utilizar el lenguaje, pero no la praxis, de los derechos. Pero también puede ayudarnos a entender mejor la pervivencia de la cultura jurídica del pasado en el presente. El estudio de este texto nos abre la puerta, en definitiva, al conocimiento del derecho español de la dictadura franquista.

El desarrollo y la transformación del Fuero nos permiten comprobar como el derecho franquista fue formando lo que Boaventura de Sousa Santos llama palimpsesto de culturas jurídicas: la creación de un sistema jurídico resultado de la superposición de elementos de diferentes culturas jurídicas de épocas también diferentes (Sousa Santos, 1996, p. 47). La dictadura franquista, fascista y de vocación totalitaria en su origen, se transformó en una dictadura desarrollista sin que la modernización y racionalización del derecho de los años 50 y 60 eliminase del todo ni el principio del caudillaje, ni la cultura católica ni, por supuesto, el proyecto organicista. Todas estas ideas, principio e instituciones fueron formando progresivamente una cultura jurídica que desarrollaba su instinto de supervivencia adaptándose a las transformaciones sociales, económicas y políticas.

La transición a la democracia enterró el Fuero de los Españoles y el resto de leyes fundamentales. La disposición derogatoria tercera de la Constitución española derogó de forma general todas las leyes que pudiesen oponerse a la carta magna. Por tanto la historia del Fuero acaba en 1978. Pero la doctrina y el pensamiento jurídico que se construyeron en base a ese texto de 1945 no desaparecieron de golpe. El derecho democrático no se proyectaron sobre un campo vacío sino sobre una cultura jurídica que había tenido 40 años para desarrollarse. El administrativista Lorenzo Martín Retortillo escribía en 1984 que “[e]n el periodo anterior abundaron los jueces o fiscales que gustaron las mieles de los cargos políticos y de designación: delegados periféricos y Procuradores en Cortes (...). Y muchos de aquéllos (...) no sólo pueblan todavía los descansillos del escalafón sino que están bien situados en las alturas, en los sillones mullidos y en las chaises longues, en los tresillos, en los tronos ¿Llegarán incluso al Consejo General del Poder Judicial, o les entrará el escrúpulo, les dará el palpito democrático y se detendrán ante los umbrales?” (1984, p. 306 apud Serra Cristóbal, 1999, p. 52).

Martín Retortillo, con fina ironía, señalaba las consecuencias que podía tener la falta de reforma institucional durante la transición. Esta, junto a la peculiar forma de selección y formación de jueces y magistrados en nuestro país, pudo permitir la continuidad de prácticas basadas en viejas concepciones de los derechos y de sus límites (Aragoneses, 2019, p. 1). Desde luego las recientes declaraciones del Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial sobre la unidad de España como “basamento último, nuclear e irreductible

de todo el derecho del Estado”⁵ abre la puerta a reflexionar sobre si algunas formas del pasado de entender el derecho y los derechos forman parte todavía hoy de la cultura jurídica española.

Bibliografía

- Alston, P. (2013). Does the Past Matter? On the Origins of Human Rights, *Harvard Law Review* (126), 2043-2081.
- Álvarez Cora, E. (2010). *La Constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Biblioteca Nueva.
- Aragoneses, A. (2019). La justicia española frente al espejo de la historia, *Jueces x Democracia* (93), 35-50.
- Bastida, Francisco J. (1986). *Jueces y Franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Clavero, B. (2015). ¿Se debe a derechos humanos la abolición de la esclavitud? A propósito de los Usos de la Historia de Samuel Moyn y de sus críticos. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (44), 1075-1109.
- Corts Grau, J. (1946). Sentido español de la democracia, *Revista de Estudios Políticos*, 26-27, 1-41.
- Del Águila, J. J. (2001). *El TOP. La represión de la libertad (1963-1977)*. Planeta.
- D’Ors, Á. (1947). Ordo orbis, *Revista de Estudios Políticos*, 35-62.
- Duranti, M. (2017). *The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics, and the Origins of the European Convention*. Oxford University Press.
- Fernández Crehuet, F. (2018). *El Leviathán franquista. Notas sobre la teoría del Estado de la dictadura*. Comares.
- García Valdecasas, A. (1942). Los Estados totalitarios y el Estado español, *Revista de Estudios Políticos*, 5-32.
- Garrigues, J. (1939). *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*. FE.
- Gómez Arboleya, E. (1949). Sobre la noción de persona, *Revista de Estudios Políticos* (47) 104-116.
- Gómez Arboleya, E. (1950). Más sobre la noción de persona, *Revista de Estudios Políticos* (49), 107-124.
- Hespanha, A. M. (2004). Legal history and legal education, *Rechtsgeschichte-RG* (4), 41-56.

⁵ Discurso del presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Carlos Lesmes, en el acto de apertura del año judicial. Madrid, 2017, 3.

- Lloredo Alix, L. & Cristancho Acero, F. (2020). Apuntes para una historiografía crítica de los derechos humanos, en C. de la Cruz Ayuso et alia (Ed.) *La investigación en derechos humanos*. Aranzadi-Thomson Reuter, 135- 168.
- López Bofill, H. (2021). *Law, Violence and Constituent Power. The Law, Politics And History Of Constitution Making*. Routledge.
- Martín, S. (2018). Derechos y libertades en el constitucionalismo de la II República, en A. Martínez Rus & R. Sánchez García (coord.) *Las dos repúblicas en España*. Fundación Pablo Iglesias, 43-78.
- Martín-Retortillo, L. (1984). *Materiales para una Constitución*. Akal Editor.
- Moyn, S. (2012). *The Last utopia. Human Rights in History*. Harvard University Press.
- Pérez Ruiz, C. (1987). *La argumentación moral del Tribunal Supremo: 1940-1975*. Tecnos.
- Saiz Arnaiz, A. (2018). Tribunal de derechos humanos y procesos políticos nacionales: democracia convencional y margen de apreciación, *Teoría y Realidad constitucional* 42), 221-245.
- Serra Cristóbal, R. (1999). *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*. Tecnos.
- Sevilla, D. (1946). La reforma de la Constitución portuguesa, *Revista de Estudios Políticos* (29-30), 128-153.
- Sousa Santos, B. (2006). The Heterogeneous State and Legal Pluralism in Mozambique, *Law & Society Review* (40), 39-75.
- Stolleis, M. (2017). *Historia del derecho público alemán (Siglos XVI-XXI)*. Traducción de Federico Fernández-Crehuet. Marcial Pons.
- Thornhill, C. (2010). Re-conceiving rights revolutions: The persistence of a sociological deficit in theories of rights. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (31), 177-207.

Data de Recebimento: 26/04/2021

Data de Aprovação: 29/04/2021

Ferramentas

HISTÓRIA DO DIREITO

História do Direito e a Historicidade do Fenômeno Jurídico

*Legal History and the Historicity of the Legal
Phenomenon*

Arno Wehling¹

¹ Academia Brasileira de Letras. <https://orcid.org/0000-0002-7965-1628>.

RESUMO

Estudo sobre questões epistemológicas referentes à história do direito, em especial o problema da historicidade. O trabalho chama a atenção para dificuldades na abordagem do tema, como o risco do anacronismo e a dupla compreensão do direito como construção intelectual e prática social. Procura-se definir o território da historicidade com foco nas relações jurídicas e na desconstrução de abordagens a-históricas com efeitos como a naturalização e a reificação dos conceitos. A dinâmica da historicidade é considerada nas perspectivas do conhecimento histórico (reflexão historiográfica, Historizität) e do processo histórico (Geschichtlichkeit, exemplificada com a questão da ruptura e continuidade).

Palavras-chave: Historicidade; Naturalização; Relações jurídicas; Relativismo; Anacronismo.

ABSTRACT

Study on epistemological issues related to law history, especially the problem of historicity. The work highlights the difficulties in approaching the theme, with the risk of anachronism and the double understanding of law as an intellectual construction and social practice. It seeks to define the territory of historicity with a focus on legal relations and the deconstruction of ahistorical points of view that lead to effects such as the naturalization and the reification of concepts. The dynamics of historicity is considered in the perspectives of historical knowledge (historiographical reflection, Historizität) and the historical process (Geschichtlichkeit, exemplified by the question of rupture and continuity).

Keywords: Historicity; Naturalization; Legal relations; Relativism; Anachronism.

A História do Direito é desdobramento da constituição epistemológica e disciplinar das ciências sociais, conforme ocorreu no século XIX. Epistemológica, no sentido que corresponde à fundamentação teórica e aos protocolos tidos como indispensáveis à construção do conhecimento científico. Disciplinar, porque reflete os recortes acadêmicos desenvolvidos pela pesquisa universitária nos séculos XIX e XX para a classificação das ciências e a organização profissional dos diferentes campos ali organizados.

Suas áreas de referência, a História e o Direito, foram verdadeiramente refundados na passagem do século XVIII para o século XIX e no decorrer deste, quando nasceram as chamadas ciências sociais. Ao contrário de algumas “ciências novas”, como a sociologia, a etnografia, a economia política ou a antropologia, cuja fundação se deu nesse período, áreas como a História, o Direito ou a Geografia tinham longa ocorrência na história da cultura ocidental, ou mesmo fora dela (Wehling, 2001, p. 34). Não se pode apontar nelas uma linearidade cumulativa de saberes; quando não houver mero estranhamento, no máximo ter-se-á recepções e releituras em contextos diferentes dos originais, como aconteceu com os textos dos historiadores e geógrafos clássicos interpretados pelos humanistas ou com o direito romano recebido como direito comum da Idade Média ao século XVIII.

O mesmo se dá com a História do Direito, cuja eventual manifestação em momentos anteriores ao século XIX surge como desdobramento das relações entre as duas áreas peculiares ao tempo e à cultura – como aconteceu com a obra metodológica de Bodin sobre a história na segunda metade do século XVI – e não com as características a ela atribuídas a partir do oitocentos.

A História, o Direito e a Geografia como aparecem na primeira metade do século XIX são assim verdadeiras *refundações* de saberes tradicionais, transformados agora em ciências de acordo com os novos padrões estabelecidos sobretudo a partir de uma nova *episteme*, a epistemologia newtoniana.²

A História do Direito é subproduto desse processo cognitivo.

Talvez a aporia preliminar dessa “subárea” esteja justamente na correlação entre ambos os substantivos. Fazer *história do direito* implica obviamente na intersecção de dois campos, o da História e o do Direito, cada qual com seu pesado arcabouço teórico, metodológico e empírico. Não é uma intersecção trivial nem muito menos autoexplicativa.

A relatividade do passado e a duplicidade do Direito

Há pelo menos duas questões a considerar. A primeira diz respeito a um problema comum aos demais campos correlacionados, como a História da Arte, a História Militar, a História Econômica ou a História Administrativa, entre outros que poderiam ser lembrados.

Ao fazermos História do Direito ou qualquer das demais correlações mencionadas, produziremos propriamente uma *história do direito*, ou um *direito do passado*? Foi a pergunta que se fez nos anos 1970 o historiador Pierre Chaunu, ao indagar se o historiador econômico, trabalhando com categorias desta ciência, fazia *história econômica* ou *economia do passado* (Chaunu, 1971,

² O triunfo da epistemologia newtoniana, seus desdobramentos para o conhecimento histórico e a crise surgida quando de seu questionamento a partir da física einsteiniana, da física quântica e das discussões consequentes na filosofia da ciência, cf. Wehling, 1992, p. 147.

p. 9; Chaunu, 1976, p. 68). A pergunta pode se estender sem dificuldade às demais correlações: à arte, à guerra, à administração.

Em que consiste a dúvida? Consiste em admitir a possibilidade de o conhecimento do passado implicar numa diferença qualitativa em relação ao conhecimento do presente ou, ao contrário, considerar irrelevante a distância temporal, admitindo explícita ou tacitamente a semelhança estrutural entre as diversas épocas. Uma atitude, em suma, essencialista.

Exemplificando. A inflação da Europa Ocidental após 1530 se explica pelas mesmas razões e pelo uso das mesmas categorias explanatórias da inflação da república de Weimar? A história da arte é perceptível por alguns grandes conceitos estéticos, de modo que podemos encontrar um barroco egípcio, grego ou moderno? A história militar possui elementos estratégicos, táticos e logísticos invariantes, alterando-se apenas a tecnologia empregada? A adoção é um instituto transversal às diferentes ordens jurídicas, buscando sempre resolver a mesma situação, a despeito da diversidade cultural?

Respostas positivas a essas perguntas implicam admitir que o homem, pelo menos a partir de um patamar “hegeliano” que corresponde ao surgimento da escrita, do Estado e da consciência histórica, foi estruturalmente o mesmo, não havendo razão para apostar na sua diferenciação. Línguas, costumes, arte, experiências históricas, a cultura enfim, não seriam suficientemente fortes para alterar o elemento comum que definiria o denominador puramente humano, orientador de suas ações e reações. Mesmo que o discurso dos defensores explícitos ou tácitos dessa perspectiva seja muitas vezes antimetafísico, parece claro o fundo *essencialista* do argumento: por trás dos “fatos” pode não haver necessariamente a “ideia” platônica, mas há algum tipo de “natureza humana”. Ou, pelo menos, algumas “constantes antropológicas”³ largamente difundidas em um grande número de sociedades/culturas a partir do patamar “civilizatório” hegeliano.

Respostas negativas a essas perguntas implicam admitir a radicalidade, usando o termo no seu sentido etimológico próprio, dos diferentes tempos históricos e, portanto, sua diversidade estrutural. Nos exemplos citados: a inflação quinhentista relacionou oferta e procura e, também, moeda, bens e crédito, mas o fez no contexto de uma economia agrária de autoconsumo, com escassa margem de excedente, baixa monetização e atividade artesanal, longe do modelo industrial. Basta ler as explicações quinhentistas de Bodin ou de Gresham sobre as relações entre a boa e a má moeda, utilizadas depois na formulação da teoria quantitativa da moeda, para perceber o grau de diversidade dos problemas em relação à economia industrial. Explicá-la na ótica da *economia do passado* não seria, portanto, a melhor forma de compreendê-la. Reduzir a arte de diferentes sociedades a alguns modelos estético-formais nos faria entendê-la melhor do que contextualizá-la em referência a seus próprios valores morais, políticos e... estéticos? Outro tema, quase abstruso: os carros de combate assírios são o pendant antigo aos blindados defendidos por Guderian e De Gaulle na guerra de movimento do século XX? No direito civil: a adoção incorpora para os efeitos sociais e jurídicos o indivíduo à família e à sociedade de modo idêntico ou mesmo assemelhado na Roma republicana, na *Gemeinschaft* germânica, na sociedade tupi descrita por Gabriel Soares de Sousa e no Brasil do Código de 2002?

Optar pela negativa significa entender que as sociedades possuem configurações culturais que se referem a elas próprias, à sua experiência histórica, organização social, normatização

³ Expressão recorrente na antropologia cultural e aplicada a nosso tema por Stolleis, 2020, p. 24.

jurídica e concepção de mundo. Mesmo considerando que as sociedades interagem com suas contemporâneas e que fazem a recepção de legados, decantando-os a partir de valores e necessidades, ainda assim suas configurações culturais *posicionam* os diferentes elementos constitutivos num universo relacional próprio, que não se aproxima de nenhum *noúmeno* kantiano ou modelo apriorístico.

O *posicionamento* de diferentes elementos/categorias nas respectivas configurações culturais constitui o *ethos* de uma sociedade ou cultura. Dito de outro modo: constitui sua *historicidade*, a experiência singular – e muitas vezes intransferível – que foram capazes de gerar ao longo de sua história.

É isto que uma *história* do direito, da arte, econômica, militar ou administrativa recupera: a maneira particular com que cada sociedade ou cultura viveu sua existência coletiva e que dá aos elementos que a compõem e a suas relações um *sentido* próprio, que precisa ser recuperado pela investigação histórica. É disso que falava Ortega y Gasset, ao dizer que o homem não tinha natureza, mas história (1970, p. 51).

A segunda questão diz respeito ao direito. À semelhança da economia, da guerra ou da administração, o direito é simultaneamente um campo teórico submetido às regras acadêmicas e científicas da investigação e uma prática social. Diferente, portanto, da história. A esta caberia um papel mediato, no sentido desejado por José Antonio Maravall (1967, p. 235), referido às valorações mais profundas do homem e da cultura, não menos importantes para o aperfeiçoamento da sociedade, mas sem que delas se possa derivar conexões operacionais para uma práxis imediata, quer revolucionária, quer conservadora. Para tal fim, entretanto, teriam de ser superadas as dicotomias estreitas, objetivismo versus subjetivismo ou neutralidade versus engajamento (Seelaender, 2017, p. 24), e esvaziadas, de um lado, as expectativas da ultra cientificidade e, de outro, os “ensinamentos” que a história poderia dar para a ação social e a reforma das sociedades.

No caso do direito, ao contrário, a prática social é condição *sine qua non* de existência. É o seu escopo no âmbito das relações sociais, construindo uma tessitura de juridicidade para elas, uma juridicidade que não é unívoca, pois se manifesta das mais variadas maneiras conforme as sociedades, ainda que a dogmática positivista tenha, hegelianamente, negado a muitas delas essa condição, sob o argumento historicista que não haviam atingido a civilização. Mas, se considerarmos uma perspectiva histórica ou antropológica do direito atual, constataremos que em muitas sociedades, sobretudo, mas não exclusivamente, as ágrafas, as relações jurídicas restringem empiricamente o direito à prática social. A inexistência de um ordenamento sofisticado não impede, contudo, opções valorativas teleologicamente dispostas em suas normas, com preceitos e sanções – um universo jurídico, enfim.

Em consequência, uma história do direito capaz de compreender sua historicidade recupera simultaneamente uma *construção intelectual*, a cultura jurídica e uma *prática social*, a história da administração da justiça e dos seus agentes, os operadores jurídicos e a aplicação do direito. Gera-se, portanto, um efeito metodológico, a necessidade da interdisciplinaridade para dar conta dessas diferentes conexões. No âmbito da cultura jurídica, a história do direito pressupõe articulação com a filosofia e a história das ideias. No da administração da justiça e dos operadores jurídicos, com a sociologia, a antropologia e a ciência política, sem embargo de outras interfaces e de combinações teórico-metodológicas já existentes na área, como a sociologia jurídica ou a antropologia jurídica.

O território da historicidade

O papel epistemológico primordial de uma história do direito está na sua capacidade de atribuir historicidade aos fenômenos jurídicos considerados. Em outras palavras, recuperar a identidade de seus objetos no tempo que lhes é próprio e na cultura cujos referenciais expressam. De modo secundário embora não irrelevante, contribuir para a epistemologia jurídica e a teoria do direito em geral, pela crítica do conhecimento jurídico e seu processo de elaboração; inversamente, contribuir para a epistemologia da história, trazendo relações e problemas de um campo até há pouco desconsiderado – se lembrarmos os *Annales* e a historiografia marxista – como não estrutural e meramente reflexo de “causalidades profundas”.

Olhado na perspectiva desse papel epistemológico da história do direito, como fica o seu *objeto*? Parece claro, como desdobramento dessa linha de raciocínio, que deva ser *historicizar* as relações jurídicas de determinado momento histórico e determinada cultura: *historicizar suas construções*, quer as “monumentais” ou institucionais como as normas e os órgãos encarregados de sua aplicação, quer as “cotidianas” como a prática social do direito, e *historicizar suas transformações*, recuperando sua dinâmica num tempo longo.

De que modo?

De um ponto de vista “interno” ao direito, à Leibnitz, correlacionando a lógica interna dos respectivos campos jurídicos, sistemáticos ou assistemáticos. Estamos no terreno preferencial da cultura jurídica, buscando compreender qual o significado do direito – ou melhor, da *relação jurídica* – naquele contexto cultural, isto é, naquele campo jurídico entendido como algo que é simultaneamente próprio, circunscrito e interagente com outros campos coetâneos. De um ponto de vista “exterior”, relacionando princípios e aplicações relativamente aos contextos intelectuais (ou culturais lato sensu) e sociais (aí compreendidos os políticos e econômicos), onde estaremos no campo preferencial da administração da justiça e dos operadores jurídicos.

Mero exercício classificatório, os pares construções/transformações e interno/exterior precisam ser considerados interativamente, sem seccionamentos que prejudiquem o entendimento do que é efetivamente relevante, a circularidade dos processos, como em qualquer outra realidade que se aborde de um ponto de vista histórico.

Essa recuperação da historicidade dos fenômenos (jurídicos ou não) possui diferentes caminhos na historiografia, quer a geral, quer a do direito. Um dos procedimentos mais eficazes pelo qual se poderia optar é o proposto por Koselleck: considerar o universo de experiências dos diferentes atores no momento histórico analisado confrontando-o com o horizonte de expectativas que descortinavam.⁴ Podemos precisar que os agentes históricos são tanto individuais quanto coletivos, agindo nos limites das instituições, fora deles ou contra eles.

Por esse procedimento chegar-se-ia ao que Hartog (2003, p. 26) definiu como sendo um “regime de historicidade” ou à descoberta, acrescentamos, de uma historicidade pertinente a determinada configuração cultural, com personalidade própria e irreduzível (embora não necessariamente isolada) às demais. Com uma vantagem adicional: um procedimento como esse excluiria por razões epistemológicas próprias do conhecimento histórico, e ontológicas,

⁴ O autor avança a potencialidade explanatória do esquema, sugerindo que quanto maior for a experiência, mais moderada e aberta será a expectativa. Mas talvez seja mais prudente não circunscrever as possibilidades (Koselleck, 1979, p. 320).

inerentes ao processo histórico, o “direito do passado” para constituir-se numa história do direito sensível às diferentes historicidades.⁵

Procuraremos distinguir umas e outras, sublinhando as consequências da historicização dos fenômenos jurídicos. Pode-se assim dizer que o esforço pela recuperação da historicidade dos fenômenos jurídicos leva:

- à identificação da historicidade de princípios, institutos e procedimentos. Com isso chega-se à identificação de situações jurídicas e conceitos jurídicos *particulares* de cada configuração cultural, nem universais (o que nos faria cair num naturalismo jurídico atemporal e a-histórico) nem singulares (o que recairia num solipsismo dissolvente).⁶

- à desconstrução da abordagem direta e da abordagem genética. Na classificação de Blanché (1972, p. 38), a primeira corresponderia à epistemologia típica das ciências que alcançam seu objeto diretamente, abstraindo quaisquer interferências, como por exemplo a historicidade: podemos conhecer as leis da termodinâmica ignorando completamente as circunstâncias de sua descoberta por Newton. A segunda, embora tendo o tempo como variável relevante, submeteria seus processos à mecânica do código genético. Na própria classificação de Blanché, reserva-se uma terceira abordagem para os fenômenos históricos, que o autor considera na esfera da história da ciência, possuindo características próprias e irreduzíveis às outras duas.

A abordagem direta na história do direito nos levaria a dois equívocos graves de natureza epistemológica.

O primeiro deles é a *naturalização* de princípios, institutos e procedimentos jurídicos. Armadilha cognitiva, a naturalização implica em generalizar ou universalizar conceitos de tal modo que se termina por retirar-lhes qualquer traço de historicidade.⁷ É tentação frequente e conhecida em diversas áreas, inclusive, mas não apenas no direito, quando o estranhamento em relação à história ou mesmo à diferença cultural faz com que outras épocas e outras culturas sejam avaliadas e mensuradas a partir de padrões supostamente universais – que são apenas os da nossa própria cultura. A ausência de relativismo cultural que essa perspectiva implica faz gerar anacronismos de todo tipo. No caso da história do direito, o mais generalizado deles certamente é partir de uma convicção, a universalidade dos institutos jurídicos, de modo que se admite que tenham idêntico significado independentemente de sociedade, cultura e época, respondendo a um suposto (ou pressuposto) padrão humano universal.

A a-historicidade dominante na modernidade jurídica, na expressão de Paolo Grossi (2008, p. 27), renegou a historicidade do direito e provocou um “não natural” isolamento em relação “à experiência e ao ambiente”, pouco perceptível em momentos mais estáticos, porém

5 Não se discutem aqui as questões implícitas às diversas acepções do conceito de historicidade, a partir da dicotomia *Geschichtlichkeit* – *Historizität* de Heidegger, que aparecem em textos como os de Ricoeur (“é sempre na fronteira da história, no fim da história [lógica, científica, “sistemática”] que se compreendem os traços mais gerais da historicidade”), Jaspers (a historicidade como “ação de nossos antepassados que nos trouxeram até o ponto de onde prosseguimos incansavelmente”) e Certeau (a historicidade como “o movimento que liga uma prática interpretativa a uma práxis social”), entre outros. (Heidegger, 1986; Ricoeur, 1968, p. 79 e 2007, p. 380; Jaspers, 1974, p. 22; Certeau, 1969, p. 497).

6 O racionalismo francês e germânico e o empirismo inglês deram soluções diferentes para a questão. Koselleck menciona conceitos contextualizados historicamente como menos precisos em contraste com os de caráter filosófico (Koselleck, 1967, p. 81). Veyne adverte sobre os riscos dos conceitos “classificadores”, que levariam ao equívoco da sua percepção essencialista e transhistórica (Veyne, 1972, p. 175). Skinner e Pocock preferiram não partir de conceitos específicos, optando por trabalhar com a “linguagem do discurso político”, o que resultou em análises novas para a história das ideias políticas e mesmo para a do constitucionalismo inglês. (Pocock, 2002, p. 1 e 2004, p. 255). Mas o problema da conceitualização não está apenas no encontro de um significado unívoco para o conceito, mas nas suas nuances a partir de categorias cognitivas que orientam o investigador, como as lógicas, as metodológicas e as epistemológicas.

7 Algo como “naturalizar a cultura” (Hespanha, 1992, p. 13; Capellini, 2002).

explosivo em tempos de aceleradas mudanças socioeconômicas, provocando a passagem do direito de “ordenamento respeitoso para prisão constritora.”

A ideia de um vasto presente jurídico comum a todas as épocas revela-se forte obstáculo epistemológico ao conhecimento produzido pela ciência do direito. Ela gera uma gigantesca naturalização de conceitos, pasteurizando na mesma massa/narrativa todas as sociedades e seu desenvolvimento no tempo. Ao contrário, o conhecimento histórico – qualquer conhecimento histórico e não apenas o da história do direito – envolve problemas como o da duração (e por extensão as continuidades e rupturas) e da diferença cultural, ambos irreduzíveis à concepção de um vasto presente povoado de essências e “constantes antropológicas” dogmáticas repetindo-se eternamente.

O segundo equívoco é o da *reificação*. Procedimento diretamente derivado de um suposto metafísico, geralmente não admitido como tal, a atitude reificadora consiste em admitir forma e substância a conceitos que exprimiriam assim a “natureza” das coisas. Se a “coisa” filosoficamente considerada pode supor forma e substância, em boa lógica aristotélica, não é uma percepção útil para a análise histórica, já que esta procura acercar-se dos fenômenos do passado dando-lhes voz e reconhecendo-lhes os próprios valores. Uma percepção reificadora em história partiria da predefinição do conceito. Numa hipótese otimista, procuraria constatar o grau de aproximação ou afastamento do núcleo conceitual assim estabelecido, de determinada sociedade ou instituto jurídico. Numa hipótese pessimista, elidiria as diferenças e fixaria a univocidade do conceito para diferentes contextos e épocas. O exemplo mais fácil, na história do direito, é do conceito de “estado” – aliás por isso estigmatizado por Hespanha para o estudo do Antigo Regime – quando aparece de forma preestabelecida, com todos os seus atributos, nas mais diversificadas situações históricas, do Egito faraônico à assembleia geral da ONU, sem descurar da China, Índia ou dos astecas e maias, no máximo admitindo-se uma tipologia com algumas subdivisões, geralmente derivada das formas aristotélico-polibianas de governo.

O desdobramento desse exemplo nos leva à abordagem genética. Ela nos faz considerar o processo histórico como um todo na forma de uma grande linearidade, enquadrando os seis ou sete mil anos da história mundial em algumas etapas ou períodos. Tal percepção consolidou-se com o darwinismo importado pelas nascentes ciências sociais no século XIX, substituindo as antigas periodizações teológicas ou filosóficas por periodizações que se fundamentavam na última palavra da ciência. Positivismo, evolucionismo e marxismo fixaram assim alguns parâmetros explanatórios diferentes entre si, porém todos fundamentados na epistemologia newtoniana, que encontraram algumas grandes etapas da “história da humanidade” – teológica/filosófica/científica, selvagem/bárbara/civilizada, comunismo primitivo/escravismo/feudalismo/capitalismo. O motor da passagem de uma para outra etapa diferia em cada uma dessas perspectivas, mas a dinâmica geral evolucionista, “genética” para usar a expressão de Blanché, seria a mesma.

A linearidade historicista assim descoberta envolvia algum tipo de concepção de progresso, como fora prefigurada no *Quadro dos progressos do espírito humano* de Condorcet em fins do século XVIII, pois as fases subsequentes de alguma forma eram mais aperfeiçoadas do que as sucedidas, apontando-se para um zênite. Ademais supunham um determinismo ditado pelo próprio processo, a crença na “inevitabilidade histórica” de Isaiah Berlin.

Se pensarmos na incipiente historiografia jurídica brasileira da virada do século XIX para o século XX, é a ótica que vemos nas obras de Martins Junior e Clovis Bevilacqua e na filosofia do direito de Silvio Romero.

Desconstruir as sequelas de ambas as abordagens é tarefa de uma história do direito que seja contemporânea, se desejar efetivamente estar em sintonia com as correntes atuais da epistemologia e, de modo mais singelo, se propuser aproximar-se mais das vivências históricas do direito em sociedades e culturas diversificadas no tempo e no espaço. Desconstruir os efeitos nocivos de percepções naturalizadas, reificadas e lineares do direito significa adotar procedimentos teórico-metodológicos relativistas, que recuperem a *particularidade* dos fenômenos jurídicos e a *originalidade* de sua construção, ainda que feita de recepções. Numa palavra, chegamos à sua *historicidade*.

Perceber a historicidade dos fenômenos jurídicos não difere da percepção geral dos processos históricos, pois as relações jurídicas são tão interagentes como as demais relações que compõem o tecido das sociedades ou culturas – relações de poder, econômicas, sociais, intelectuais, mentais. O próprio recorte durkheimiano desta classificação, que fatia a realidade em seções políticas, econômicas etc., tem um vício positivista de origem que pode induzir aos aspectos criticados, como a naturalidade conceitual, a reificação ou a linearidade, se não for entendido como mero recurso explanatório, quase didático, já que se pressupõe aqui o seu oposto, isto é, a integridade complexa do “real” ou daquilo que percebemos como tal, numa rede permanente e cambiável de interações que, como num caleidoscópio, podem assumir diferentes configurações e admitir diferentes denominações.

Perceber a historicidade dos fenômenos jurídicos significa compreender a historicidade dos processos históricos de que fizeram parte e dos quais foram seccionados por uma necessidade do procedimento científico ou *metodológica* de aproximação.

Historicidade e dinâmica histórica: o conhecimento histórico-jurídico do passado

Tal percepção implica numa sensibilidade à dinâmica histórica que desafia a análise do historiador, envolvendo questões como a da construção do conhecimento histórico e da caracterização do processo. Sem pretender esgotar nenhuma delas, mas apenas destacar suas relações com o problema da historicidade, à primeira correspondem aporias da explanação histórica, como as da linguagem e da lógica explanatória, enquanto à segunda pertencem outras, entre elas a da continuidade e descontinuidade dos processos históricos.

A relação do historiador com a “realidade” que analisa envolve discussões antigas sobre a “natureza” do seu conhecimento. O próprio recurso às aspas dá a medida das dificuldades inerentes ao problema.

Desde que foi levantada a questão da linguagem, com o chamado “giro linguístico” nos anos 1960, acentuado com as várias manifestações pós-modernas a partir da década seguinte, tem sido rediscutida a relação entre a “realidade” histórica e a linguagem que a descreve ou, como dizia Foucault, entre as palavras e as coisas. Negou-se que o texto fosse mero reflexo do passado, como faziam crer as “verdades” historicistas do século XIX, para concluir que ele é o próprio passado, como em Derrida e que aquilo que conhecemos é apenas a historiografia (ou o direito), uma “meta realidade” à Haydn White. A historicidade deslocava-se assim do “fato” que descrevia uma “verdade” para o enunciado explicitado num discurso.

Não se deve, no entanto, supervalorizar o subjetivismo implícito nessa perspectiva, como se toda a percepção da realidade se restringisse a percepções do historiador. O próprio Hayden White (1992, p. 441), como se mencionará adiante, trabalhando com a historiografia oitocentista, declarava-se “axiologicamente neutro e puramente formalista em suas reflexões”.

No âmbito da construção dos conceitos históricos, ou histórico-jurídicos, surgiriam efeitos semelhantes a propósito da subjetividade, já que, reiterando o argumento de Koselleck, ao contrário da precisão dos conceitos filosóficos, passíveis de uma definição, os históricos seriam marcados pela ambiguidade, justamente por serem o “receptáculo” da história, portanto indefiníveis e tão somente contextualizáveis.⁸ Além disso, lembrava o próprio Koselleck (1992, p. 136), o conceito “é sempre concomitantemente Fato e Indicador”, no sentido de que não é somente um fenômeno linguístico, mas “imediatamente indicativo de algo que se situa para além da língua”.

O tema demanda desenvolvimento muito mais amplo, dadas suas implicações para a epistemologia geral, a teoria da história e a teoria do direito. Para o problema da historicidade deste, entretanto, podemos circunscrever a relação conhecimento – realidade histórica, ou linguagem – “fatos” histórico-jurídicos, à constatação de que existem três hipóteses ou teorias principais sobre o assunto:

- a) A realidade histórica (no caso, histórico-jurídica) existe e se evidencia por traços simbólicos (no sentido que deu Cassirer ao símbolo) ou vestígios que se transformam em documentos ou testemunhos do passado. Esses traços simbólicos ou vestígios, inclusive a linguagem, retratam o que aconteceu ou o que chegou a nós do acontecido. Nesse sentido tornam-se “fatos históricos”. E “verdadeiros”, na medida em que retratam a realidade que testemunham. É a posição das diferentes correntes historiográficas desde a constituição historicista de uma “ciência da história” e contra a qual a grande voz pioneira, e solitária, foi a de Nietzsche, em 1873.⁹
- b) A linguagem e o texto são a própria realidade do passado e o conhecimento deste é um discurso sobre vestígios e outros discursos precedentes. É a posição explicitadas em diferentes perspectivas pós-modernas a propósito do conhecimento histórico e por extensão, do processo. Passa-se a ter tão somente a “narrativa”, embora essa expressão tenha diferentes significados em francês (onde se traduz pela possibilidade de diferentes versões) e inglês (onde corresponde ao raciocínio encadeado pela linguagem para fixar determinado conhecimento).
- c) A linguagem e os fenômenos que expressa são interagentes e não cabe a opção de priorizar uns ou outros, já que a linguagem tanto pode refletir quanto ressignificar os fenômenos. Ademais, como já lembrava Patrick Gardiner com a tradicional objetividade britânica, antes do “giro linguístico”, torna-se claro que o tipo de linguagem utilizado está em consonância com nossos objetivos e interesses e que não a usamos do mesmo modo quando empregamos o senso comum ou a pesquisa científica (Gardiner, 1961, p. 56).

⁸ Discutido para a história do direito em Stolleis, 2020, p. 30.

⁹ Trata-se do texto de Nietzsche sobre a utilidade e a inutilidade da história (Wehling, 1981, p. 75).

A problemática levantada por essas discussões teve em todo caso o mérito, como lembrou Michael Stolleis (2020, p. 37), de impedir que se volte a falar “de modo desinibido de acontecimentos históricos, de fatos e de verdade histórica”.

Nesse passo é oportuna uma observação sobre o fato (histórico ou jurídico), o acontecimento e a sua fenomenologia.

Na segunda metade do século XIX, para a maioria dos historiadores (e dos juristas), a concepção de *fato histórico* estava muito próxima, se não era idêntica, à de *fato jurídico*. O pano de fundo positivista ou mais largamente cientificista partia da concepção de uma ciência construída objetivamente, capaz de retratar a realidade de modo fidedigno. O acontecimento se confundia com o fato e este correspondia à realidade.

As vicissitudes das ciências sociais e em particular da história ao longo do século XX, ao mesmo tempo em que ocorriam transformações estruturais no âmbito do conhecimento científico (e da filosofia da ciência) em geral, mudaram essa relação. No final do século XX, já estava clara a distinção crescente entre acontecimento histórico e fato histórico, e mesmo um autor como Hayden White (1995, p. 238), associado com a valorização do discurso como fundamento do conhecimento, sentiu necessidade de justificar que “de modo algum” pretendeu eliminar dele, discurso, a relação com os acontecimentos concretos.

Desse modo, foi se consolidando o ponto de vista de distinguir entre o *acontecimento*, como a realidade ontológica, o efetivamente acontecido e o *fato*, seja como “construção historiográfica passível de revisão” (White), como “existência linguística” (Barthes), com “caráter proposicional” (Ricouer) ou como “contrato de verdade que une o historiador a seu objeto” (Dosse).

Assim, em lugar de fatos “positivistas” que nos levam a uma verdade histórica, fatos referidos a diferentes perspectivas, estruturados argumentativamente em torno a alguns protocolos metodológicos: “problemas”, “questões”, “hipóteses”. Algo que poderia corresponder ao enunciado por Popper (1975, p. 18) em termos de verificabilidade e falseabilidade das teorias/explicações nascidas desses procedimentos.

Tais resultados, chamemos de teorias, explicações ou narrativas, não se confundem com a criação ficcional, que evidentemente prescinde de dar à imaginação as amarras lógicas e empíricas da relação com o acontecimento.

O que se chama historicidade corresponde assim à percepção ou vivência da experiência histórica, com seus acontecimentos e fatos, seja (na sugestão heiddegeriana) sob a forma elaborada de reflexão historiográfica sobre o passado (*Historizität*, “historiograficidade”, como questões que se colocam ao Ser sobre o passado), seja como a própria existência histórica (*Geschichtlichkeit*).

No caso da história do direito, falamos de percepção ou vivência das relações jurídicas no tempo, expressadas em discursos/narrativas/explicações/conceituações como qualquer outra “história” (historiografia) e também em normas e práticas, tendo como parâmetro os aspectos inerentes a ambas as perspectivas – a histórica propriamente dita e a jurídica.

Nessa lógica, os acontecimentos “estabelecidos” heurísticamente e expressos narrativa e conceitualmente somente são percebidos de modo não meramente descritivo se transformados em “fatos” perspectivados por determinada ótica.

A questão epistemológica certamente em nada afetará a definição de fato jurídico consagrada em diversas legislações e com amplo respaldo doutrinário sobretudo no âmbito do positivismo jurídico, como quando falamos em “questão de fato” (associado a “acontecimento”) versus “questão de direito”. Ou ainda quando se define o “fato jurídico” como aquele que gera, modifica ou extingue direitos. Mas é nuance que merece pelo menos um registro semântico.

Outra opção para fugir à bipolaridade acontecimento – fato seria trabalhar com o conceito de *fenômeno* – na acepção original tomista de tudo aquilo que é percebido pelos sentidos do observador, aliás “naturalizada” nas definições dos dicionários de diversas línguas – que abarcaria simultaneamente o acontecimento e o fato. Nesse sentido, falar da historicidade do direito implicaria em estudar a historicidade dos fenômenos jurídicos, isto é, das relações jurídicas como ocorrem em determinada sociedade, assim como pode ser analisada a historicidade dos fenômenos econômicos, estéticos, militares ou religiosos, na configuração de suas respectivas relações.

A complexidade do problema transcende de muito às questões epistemológicas das ciências sociais. Deriva diretamente da crise do paradigma científico dominante por quase três séculos no mundo ocidental.

A presunção de cientificidade – de uma ciência nos moldes da epistemologia newtoniana (Wehling, 1992, p. 147; Ortega y Gasset, 1983, p. 222; Colingwood, s.d., p. 212; Braithwhite, 1965, p. 377; Popper, 1975, p. 34) – foi superada pela percepção de que resultados de investigações, como são as explicações, as teorias e os problemas, não passam mais pela “descoberta” positivista (e mais amplamente cientificista) de uma realidade preexistente perceptível em acontecimentos ou fatos cuja reconstituição corresponderia ao achamento da “verdade histórica”.

A superação da cientificidade newtoniana, contudo, não corresponde à vitória de um subjetivismo radical do discurso, pois a relação sujeito-objeto é muito mais complexa.

Nessa relação é preciso observar, desdobrando o argumento de Gardiner, que o sujeito cognoscente não é um amador que elabora a narrativa com as categorias do senso comum, mas um historiador, ou seja, um observador em tese apetrechado (ainda que autodidata) com meios intelectuais e instrumentos operacionais. Tal condição o tornará capaz de fixar estados da arte, formular perguntas e construir problemas que ampliem, por acréscimo ou ruptura (Kuhn, 1975, p. 10), o conhecimento do campo em que atua. A ampliação, resultado de seus esforços, será incorporada ao patrimônio comum do campo, quer teórica, quer empiricamente, podendo aliás ser falseada – refutada – à medida que surjam novas contribuições (Popper, s.d., p. 47).

A historicidade das relações jurídicas – como de resto dos fenômenos historicamente percebidos em geral – constitui-se assim na cambiante realidade de uma espécie de “causação circular”

- *discurso – fenômeno – discurso* -

ou, dito de outro modo e em outra chave cognitiva,

- *problema (teoria) – empiria – teoria (novo problema)* -

Essa percepção tem a vantagem de neutralizar posições essencialistas e categorias (eventualmente, conceitos) atemporais, permitindo maior aproximação do observador – o historiador do direito – com o objeto observado – as relações jurídicas contextualizadas em seu ambiente social, intelectual e moral.

Se essas questões fluem da relação do observador com seu objeto, no âmbito da história-conhecimento, *historia rerum gestarum*, outras surgem quando da análise da dinâmica desse objeto, a história-processo, *res gestae*. Entre outros, o problema da continuidade e descontinuidade.

Historicidade e dinâmica histórica: as relações jurídicas no processo histórico

As continuidades foram muitas vezes entendidas na historiografia como dominantes e variáveis principais dos processos históricos, acumulando por sedimentação diferentes camadas do passado (“legados”). No caso da história dos fenômenos jurídicos, as continuidades correspondem a pelo menos duas formas de recepção. Uma, sequencial, desdobramento dos institutos e sua eficácia social no tempo, no quadro e nos limites de uma determinada sociedade/cultura. Outra, na forma de avatar, quando os institutos ou mais propriamente a cultura jurídica são recebidos em contexto e tempo diversos. Talvez o melhor exemplo dessa segunda forma de – valha o paradoxo – “continuidade atemporal” seja o direito comum, conforme recebido na baixa Idade Média e na Idade Moderna. Na historiografia geral, o Renascimento é exemplo semelhante de recepção de valores culturais de um passado morto, que ressurgem em um contexto diverso. São avatares, contudo, que certamente não ocorrem à idêntica imagem e semelhança de si próprios, mas que se modificam a partir da recombinação de valores e expressões: não falamos de reificação, mas de historicização.

Há, porém, as descontinuidades. Associadas às inovações e às rupturas, elas envolvem graus diversos de profundidade em relação às estruturas que visam modificar: o instituto jurídico que se modifica para sancionar uma necessidade social gera novas relações sociais lato sensu e jurídicas na sua esfera de atuação; a abolição dos direitos feudais por um só ato da Assembleia Constituinte francesa em agosto de 1789 gerou a necessidade de construir uma nova sociedade e um novo direito.

A obra de Foucault chamou a atenção para o aspecto da descontinuidade do processo histórico, mas seria injusto com grandes historiadores gerais e do direito associar a crítica aos excessos da perspectiva de continuidade histórica apenas a ele, pois muitas vezes se percebeu a relevância da ruptura, e não somente nos grandes eventos emblemáticos.

Compatibilizar continuidade e descontinuidade, permanência e ruptura implica não ignorar algumas armadilhas do conhecimento. Tratando-se de fenômenos e processos históricos, a começar pela própria noção de transformação no tempo. Se tudo flui temporalmente, nada permanece numa essência imutável à Parmênides; continuidade e permanência não podem ser sinônimos de imobilidade: pensa-se em graus de continuidade/permanência, por exemplo nos tempos braudelianos: a baixa mobilidade da longa duração (portanto alta continuidade), a média mobilidade da conjuntura (portanto média continuidade), a curta duração do acontecimento (portanto baixa continuidade). Por outro lado, a ruptura não é sempre sinônimo de ruptura radical: há graus na intensidade da ruptura, como pode haver acomodações entre o substituído e o desejado.

No universo empírico da história do direito ocidental, a percepção desse processo é especialmente evidente na transição do Antigo Regime para a Ilustração e o mundo liberal-constitu-

cional. Os diferentes recortes do direito civil fornecem inúmeros exemplos de diferentes ritmos temporais coetâneos, como estudamos com dados empíricos a propósito do direito praticado no tribunal da Relação do Rio de Janeiro na segunda metade do século XVIII: tempo acelerado do direito das obrigações, atendendo ao redimensionamento das atividades econômicas do início da Revolução Industrial, tempo médio do direito das sucessões, terreno de disputas intensas e local de marchas e contramarchas, tempo lento do direito de família, submetido a quadros mentais mais resistentes à mudança (Wehling e Wehling, 2004, p. 510). Também a própria versão final do Código Civil Francês evidencia os efeitos das ambiguidades da transição (Halpérin, 1992, p. 50; Carbonnier, s.d., p. 1332) e sua aplicação posterior mostra como os magistrados às vezes invocavam simultaneamente o antigo e o novo direito (Carbonnier, s.d., p. 1349).

Se podem ocorrer composições explícitas que sintetizam elementos de continuidade e ruptura, também podem ocorrer “mascarções”, como quando o discurso jurídico ou político afirma uma intenção, mas o objetivo visado é diferente, eventualmente o oposto. Frequentemente a inovação pode mascarar a continuidade. O exemplo mais conhecido é o da Sicília ainda Antigo Regime do século XIX como retratado no *Gattopardo*, quando Tomasi de Lampedusa faz seu personagem dizer: “se quisermos que tudo permaneça como está, é preciso que tudo mude.”

Menos corriqueiras e mais astuciosas são as situações em que o antigo fundamenta a inovação. Exemplo eloquente dessa situação é o enunciado justificativo da Lei de 18 de agosto de 1769, dita da Boa Razão, pela qual os juristas pombalinos se propõem a modernizar Portugal em relação às “nações polidas da Europa”. O objetivo era erradicar as manifestações do direito que se opunham à vontade real e conseqüentemente reforçavam os poderes concorrentes da alta nobreza e do alto clero, substituindo os últimos vestígios da monarquia absoluta “moderada” pelo absolutismo que buscava tudo nivelar ante a máquina central de poder. No entanto o discurso manifesto no preâmbulo da lei defendia o retorno à interpretação tradicional do direito conforme fora estabelecido desde fins da Idade Média e do qual jurisprudência, doutrina e leis ter-se-iam afastado.

Aqui, a recepção, percebida como a restauração ou pelo menos a valorização de aspectos do antigo, significou ruptura e não continuidade, pelo menos na intenção do agente legislativo, o Estado absolutista pela mão de Pombal.

Podemos encontrar outro exemplo recuando para a Idade Média. Ao resenhar o livro de Maurice Halbwachs sobre a memória coletiva, Marc Bloch (1998, p. 231) chamou a atenção para a força da inovação jurídica admitida como “costume imemorial” para se constituir em norma de aplicação imediata. Em suas palavras:

Quando um juiz consciencioso, um São Luís, por exemplo, procurava a verdade jurídica, seu primeiro cuidado era voltar-se para o passado e perguntar: como fizeram antes de mim? Nestas condições pareceria à primeira vista que o direito se tinha mantido imutável durante um longo espaço de tempo; ora, o caso é que, pelo contrário, evoluiu fortemente durante os séculos em questão e isso, em muitos casos, com grande rapidez. Um sem número de novidades deslizou para a alçada do costume imemorial.

O novo na armadura antiga, a inovação embutida no direito tradicional, não como um enxerto extemporâneo, mas por efeito de uma simulação ou pelo menos de uma ficção jurídica, como norma legitimamente consolidada pelo tempo.

A explicação provavelmente está na historicidade própria à norma medieval, um direito

preexistente como ordem cósmica, social e jurídica submetida a regras teológico-jurídicas imutáveis desejadas por e originadas em Deus. Seja essa a razão ou não, a evidência é a de que mesmo o par continuidade/descontinuidade ou permanência/mudança tem nuances que, se ignoradas, induzirão a erros profundos de avaliação.

Para que historicizar?

Finalmente, pode-se indagar: para que o esforço de historicização?

Para nos acercarmos mais de nosso objeto, a história do direito, podemos responder. Todo profissional das ciências sociais – e da ciência em geral – aspira compreender ou explicar seu objeto da maneira mais cabal possível, com os instrumentos teóricos e empíricos de que dispõe. Isso o leva a refletir sobre as características do objeto (sua “natureza”) e sobre as características de seu conhecimento sobre o objeto, numa dimensão muito mais elaborada do que a ingênua relação sujeito-objeto da ótica positivista (Fonseca, 2009, p. 58) – e cientificista em geral. Não será diferente com o historiador do direito, quase sempre às voltas com as sequelas do positivismo jurídico. Recuperar a historicidade do objeto é seu principal, senão único, *problema*, no sentido popperiano do conceito. Logo, as estratégias de aproximação precisam levar em conta exatamente os elementos que a definem e constituem: a história do direito nada mais é do que a compreensão da historicidade dos fenômenos jurídicos.

Referências Bibliográficas

- Blanché, R. (1972). *L'Épistémologie*. Paris, PUF.
- Bloch, Marc (1998). *História e historiadores*. Lisboa, Teorema.
- Braithwaite, R. B. (1965). *La explicación científica*. Madri, Tecnos.
- Capellini, Paolo (2002). Il codice eterno. La forma-codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di um paradigma della modernità, in Paolo Capellini e Bernardo Sordi (Ed), *Codici: una riflessione di fine millennio*, Milão, Giuffrè.
- Carbonnier, Jean (s.d.). Le Code civil, in Pierre Nora (dir.), *Les lieux de la mémoire*, Paris, Gallimard, vol. I.
- Certeau, Michel de (1969). *L'Histoire religieuse du XVIIe. Siècle. Problèmes de méthode*, in *Recherches de sciences religieuses*. Paris, Gallimard.
- Chaunu, Pierre (1971). História econômica: retrospectiva e perspectiva, in *Anais de História*, Assis.
- Chaunu, Pierre (1976). *A história como ciência social*. Rio de Janeiro, Zahar.
- Collingwood, Robert G. (s.d.). *Ciência e filosofia*. Lisboa, Presença.
- Fonseca, Ricardo Marcelo (2009). *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba,

Juruá.

Gardiner, Patrick (1961). *The nature of historical explanation*. Londres, OUP.

Grossi, Paolo (2008). Para além do subjetivismo jurídico moderno, in Ricardo Marcelo Fonseca e Airton Cerqueira Leite Seelaender (orgs.), *História do direito em perspectiva – do Antigo Regime à modernidade*. Curitiba, Juruá.

Halpérin, Jean-Louis (1992). *L'Impossible Code Civil*. Paris, PUF.

Hartog, François (2003). *Régimes d'historicité, présentisme et expériences du temps*. Paris, Seuil.

Heidegger, Martin (1986). *Sein und Zeit*, Tübingen, M. Niemeyer.

Hespanha, Antonio Manuel (1992). *Poder e instituições no Antigo Regime*. Guia de estudo, Lisboa, Cosmos.

Jaspers, Karl (1974). *Introdução ao pensamento filosófico*. São Paulo, Cultrix.

Koselleck, Reinhart (1967). *Richtlinien für das Lexikon politisch-sozialer Begriffe der Neuzeit*, *Archiv für Begriffsgeschichte*, vol. XI.

Koselleck, Reinhart (1979). *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*. Frankfurt.

Koselleck, Reinhart (1992). Uma história dos conceitos: problemas teóricos e práticos. *Estudos Históricos*, FGV, n. 10.

Kuhn, Thomas (1975). *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo, Perspectiva.

Maravall, José Antonio (1967). Teoria del saber histórico, *Revista de Occidente*, Madri.

Ortega y Gasset, José (1970). *História como sistema*. Madri, El Arquero.

Ortega y Gasset, José (1983). El sentido histórico de la teoría de Einstein, in *El tema de nuestro tiempo*, *Obras Completas*. Madri, Alianza.

Pocock, J. G. A. (2002). *Virtue, commerce and history*. Cambridge, CUP.

Pocock, J. G. A. (2004). *The ancient constitution and the feudal law, a reissue with a retrospecto*. Cambridge, CUP.

Popper, Karl R. (1975). *Conhecimento objetivo*. São Paulo, Edusp-Itatiaia.

Popper, Karl R. (1975). *A lógica da investigação científica*. São Paulo, Edusp-Itatiaia.

Popper, Karl R. (s.d.). *Conjeturas e refutações*. Brasília, UNB.

Ricoeur, Paul (1968). *História e verdade*. Rio de Janeiro, Forense.

Ricoeur, Paul (2007). *A memória, a história e o esquecimento*. Campinas, Unicamp.

Seelaender, Airton Cerqueira Leite (2017). *A história do direito contemporâneo: um*

projeto possível?, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 36, ago. 2017.

Stolleis, Michael (2020). *Escrever história do direito – reconstrução, narrativa ou ficção?* São Paulo, Contracorrente.

Veyne, Paul (1972). *Como se escreve la historia, ensaio de epistemologia*. Madri, Fragua.

Wehling, Arno (1981). História e valoração – a propósito de Nietzsche. *Convivência*, vol. 5.

Wehling, Arno (1992). Fundamentos e virtualidades da epistemologia da história. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, FGV, n. 10.

Wehling, Arno (2001). *A invenção da história – estudos sobre o historicismo*. Rio de Janeiro, UFF-UGF.

Wehling, Arno; Wehling, Maria José (2004). *Direito e justiça no Brasil colonial – o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, Renovar.

White, Hayden (1992). *Meta-História. A imaginação histórica do século XIX*. São Paulo, Edusp.

White, Hayden (1995). Response to Arthur Marwick. *Journal of contemporary history*, vol 30, n. 2.

Data de Recebimento: 26/04/2021

Data de Aprovação: 05/05/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

La transición como signatura.

Reflexiones sobre la noción de transición a partir de la historia jurídica rioplatense, primera mitad del siglo XIX.

A Transição como Assinatura.

Reflexões sobre a noção de transição a partir da história jurídica rioplatense, primeira metade do século XIX.

Transition as Signature.

Reflexions on the notion of transition from argentinian legal history, XIXth century.

Alejandro Agüero¹

¹ Universidad Nacional de Córdoba - CONICET (Argentina). <https://orcid.org/0000-0002-8902-8610>

RESUMEN

Este ensayo aborda el problema historiográfico de la transición. Tomando como ejemplo el contexto rioplatense de la primera mitad del siglo XIX, el argumento central consiste en proponer considerar la transición como signatura, en términos propuestos por Agamben. Al asumirla así, como signatura, el problema de la transición se desplaza desde una suerte de ontología de las periodizaciones, hacia el plano del análisis del discurso. Si toda historia es transición, no todos los períodos producen discursos que se presentan signados por ella. Con independencia la discusión acerca de cuándo comienza o termina una época de cambio, como historiadores, podemos intentar identificar aquellas marcas para lograr una adecuada interpretación de las fuentes producidas en esos particulares contextos.

Palavras clave: transición, historiografía, signatura, método, río de la plata, siglo XIX.

RESUMO

Este ensaio aborda o problema historiográfico da transição. Tomando como exemplo o contexto rioplatense da primeira metade do século XIX, o argumento central consiste em propor considerar a transição como assinatura, nos termos propostos por Agamben. Ao assumi-la assim, como assinatura, o problema da transição se desloca desde uma espécie de ontologia das periodizações, até o plano da análise do discurso. Se toda história é transição, nem todos os períodos produzem discursos que se apresentam como assinados por ela. Independentemente da discussão acerca de quando começa ou termina uma época de mudança, como historiadores, podemos tentar identificar aquelas marcas para alcançar uma adequada interpretação das fontes produzidas nesses contextos particulares.

Palavras-chave transição, historiografia, assinatura, método, rio da prata, século XIX.

ABSTRACT

This essay addresses the historiographical problem of transition. Taking as an example the rioplatense context of the first half of the nineteenth century, the central argument consists in proposing to consider transition as signature, in the terms proposed by Agamben. By assuming, it thus, as signature, the problem of transition moves from an ontology of periodizations, to the plane of discourse analysis. If all history is transition, not all periods produce discourses that present themselves as signed by it. Regardless of the discussion about the beginning or end of an epoch of change, as historians we can try to identify those marks in order to achieve an adequate interpretation of the sources produced in those particular contexts.

Keywords: transition, historiography, signature, method, silver river, 19th century.

1. Introducción

Exiliado en Inglaterra, quien había sido el gobernante más poderoso de Buenos Aires durante veinte años (1829-1852), reconocido también como jefe supremo de la Confederación Argentina (Fradkin y Gelman, 2015, p. 368), el general Rosas, concedió en 1873, pocos años antes de su muerte, una entrevista en la que, evocando su época de gobierno, entre otras cosas, afirmó: “Busqué realizar yo solo el ideal del gobierno paternal, en la época de transición en que me tocó gobernar” (Quesada, 1923, p. 231; Zorraquín Becú, 1953, p. 66).

En un reciente trabajo he analizado el posible el sentido que tenía aquella fórmula del “gobierno paternal”, sus raíces culturales, así como su impronta en los modos de ejercer la autoridad, tal como la habrían podido comprender en esa época, no solo Rosas, sino casi todos los gobernadores provinciales y otros actores políticos (Agüero, 2018a). En esta ocasión, traigo aquella evocación para centrarme en la referencia a una “época de transición” que aparece en ella, a fin reflexionar sobre la relación entre tiempo y derecho, tomando como eje, precisamente, la noción de transición.

A partir de una serie de estudios sobre el lenguaje constitucional de la primera mitad del siglo XIX en el Río de la Plata, procuraré analizar de qué manera la condición transicional se refleja en los enunciados y conceptos de este universo textual. Desde esta perspectiva, exploraré la función discursiva de la noción de transición, considerando la posibilidad de definirla no como un concepto, sino como una signatura, en el sentido metodológico propuesto por Agamben ([2008] 2010).

En primer lugar, daré mínima cuenta de la discusión meta-historiográfica en torno a la noción de transición, para exponer luego algunas características generales del contexto que pretendo usar como observatorio. Analizaré después las formas en las que, según aquí propongo, se puede apreciar cómo la noción de transición signa los textos jurídicos del momento estudiado. Me valdré, a este fin, de una serie de reglamentos y constituciones que fueron sancionados por las provincias argentinas entre 1819 y 1853, es decir, antes de que se lograra la primera organización constitucional del país. Hacia el final volveré al problema teórico de la transición para extraer algunas reflexiones a partir del caso analizado.

2. La transición como problema historiográfico

En los últimos años el tópico de la transición adquirió una cierta relevancia en la agenda del debate historiográfico. Los cambios políticos acaecidos en numerosos países a finales del siglo pasado, caracterizados tanto por los contextos de descolonización como por el restablecimiento del orden democrático en estados regidos hasta entonces por dictaduras, dieron lugar a experiencias de cambio que fueron designadas como procesos de transición (Pombeni, 2016, p. 3). En el campo del pensamiento jurídico, comenzaron a tematizarse los problemas vinculados a una *justicia de transición*, abriéndose un nuevo terreno de reflexión vinculado con el papel de los tribunales en aquellos escenarios políticos (Portinaro, 2009a, 2009b).

En el marco de esta agenda contemporánea, cobró nueva fuerza el debate sobre una noción que ya tenía un largo recorrido como categoría analítica; me refiero a las reflexiones en torno a la transición como “problema historiográfico”. Más allá de su significación como momento de pasaje, estudios recientes han procurado definir los criterios de un tipo ideal de transición his-

tórica, para sugerir luego un encuadramiento epocal que se vincularía con la revolución cultural del humanismo, la emergencia de la conciencia histórica y, necesariamente, con la problemática noción de modernidad. En este sentido, se ha puesto de relieve la estrecha conexión entre transición y modernidad (Blix, 2006; Pombeni & Haupt, 2013; Pombeni, 2016; Garriga, 2018).

Abordar las múltiples aristas de la relación entre transición y modernidad, con sus respectivas problemáticas, nos llevaría a un horizonte de discusión demasiado amplio para el modesto objetivo de estas páginas. Para situar la cuestión en el escenario que voy a analizar aquí, me permito remitir al preciso análisis que, recientemente, ha publicado Carlos Garriga (2018), dando cuenta del estado del arte en torno a aquella relación categorial y, más específicamente, sugiriendo una concreta interpretación para el horizonte cultural iberoamericano. Junto con esta remisión genérica, me parece que será suficiente, por ahora, destacar solo algunas puntualizaciones en torno a la noción de transición como problema historiográfico.

a) La noción de transición se vincula naturalmente con el tema central de la periodización (Blix, 2006).

b) Al mismo tiempo, como se ha dicho, “transición” remite a un “concepto muy problemático”, en la medida que la historia toda “es tránsito, movimiento, cambio, pasaje” (Garriga, 2018, p.10).

c) Toda elección de un período basada en determinados contenidos que den cuenta de un cambio, supone un específico énfasis interpretativo (Oesterhammel, 2019, p.107).

d) Por lo anterior, más allá de los problemas para dar con un concepto de transición que funcione como categoría analítica, a la hora de considerarla en el marco de una experiencia epocal hay que comenzar por las formas históricas de “aprehensión del tiempo” (Anderson ([1983] 2006, p. 45). Este aspecto conduce a tener en cuenta la posibilidad de diversas transiciones y periodizaciones según los contextos culturales (Pombeni, 2016, p. 16)

e) Más allá de lo anterior, parece claro que la autopercepción de vivir una época de transición es un elemento característico de la experiencia occidental desde el siglo XVIII (Koselleck, 1993, p. 314). Por esta razón, resulta plausible que la noción de transición, como término epocal, difícilmente se encuentre antes de la revolución francesa y que su desarrollo como categoría historiográfica aparezca vinculado con las representaciones meta-históricas desarrolladas por el pensamiento romántico (Blix, 2006, p. 52ss.)

Estas precisiones serían suficientes para comprender el marco discursivo en el que la noción de transición funciona en el contexto que nos interesa. Aun así, nos parece importante recordar que la noción de modernidad sigue siendo un referente abierto a discusión (Pombeni, 2016, p. 15). Con independencia de los sesgos que puedan afectarla, así como los que afectan a la propia noción de cambio o pasaje vinculada con ella, los desacuerdos parecen girar sobre los alcances cronológicos, sobre los rasgos definitorios de una época moderna, o sobre ciertos términos -como progreso, evolución, etc.-, que parecen implícitos en la idea de cambio y que no remiten necesariamente a una semántica común (Palti, 2004).

En el campo jurídico, especialmente en la tradición continental, no se puede obviar que la revolución francesa, con su “metáfora lingüístico-temporal del *ancien régime*” marca una fractura profunda en la percepción del tiempo político (Sordi, 2003, 354). Aun así, cuando se analizan los cambios y persistencias en materia jurídica, en diferentes escenarios, resurgen los cuestionamientos derivados de los “énfasis interpretativos”, tornando nuevamente difícil la ta-

rea de determinar cuándo comienza y cuándo termina la transición en función de un indicador concreto. En un escenario como el hispanoamericano, en el que los ritmos de cambio difieren notablemente según los aspectos que se analicen (circulación de nuevas ideas, discursos políticos, leyes, prácticas institucionales, etc.), no resulta fácil precisar los extremos de la transición. Para dicho contexto, es posible que antes que una transición hacia la modernidad, sea más adecuado hablar de una transición “en o desde la tradición” como sugiere Garriga (2018).

En este marco, aprovechando algunas investigaciones recientes sobre las dinámicas político jurídicas de la primera mitad del siglo XIX en el Río de la Plata, me interesa mostrar de qué manera la noción de transición puede ser comprendida también como operador discursivo que se manifiesta connotando el sentido de términos y enunciados de los textos jurídicos producidos en un escenario signado por la inestabilidad, el cambio y la incertidumbre sobre el futuro. Un escenario de este tipo, para lo que aquí interesa, lo encontramos en la experiencia plasmada en los textos jurídicos producidos durante la primera mitad del siglo XIX en el espacio que, hasta 1810, había constituido el virreinato del Río de la Plata.

3. Río de la Plata, primera mitad del siglo XIX: constituciones, transición y lecturas historiográficas

Como espacio periférico de la Monarquía española, el año 1808 marca, en el Río de la Plata, un momento de inflexión que a la postre sería definitivo. La incertidumbre generada por las abdicaciones de Bayona abrió un período en el que, en términos de Koselleck (1993), podríamos decir que el espacio de experiencia y el horizonte de expectativa comenzarían a distanciarse de marea cada vez más acusada. Este distanciamiento permanecerá abierto en el debate político constitucional durante casi todo el período, en la medida en que hasta la década de 1860 no se logrará un consenso que pudiera cerrar satisfactoriamente, al menos en el plano del lenguaje normativo, las expectativas de integrar un nuevo espacio político de cara al concierto internacional.

Esta larga transición no fue vista siempre de la misma manera. Incluso hoy persisten algunos desacuerdos historiográficos a la hora de caracterizar ese momento. Para los historiadores que “inventaron la nación argentina” (Sumway, 2002) el período que arranca con la revolución de mayo de 1810 constituyó un suerte momento germinal, orientado necesariamente hacia la realización definitiva de una Nación que ya existía de manera latente.

En la orientación teleológica que guiaba esa primera narrativa, los hitos como 1810 (Revolución de Mayo), 1813 (Asamblea Soberana), 1816 (Declaración de Independencia), o 1819 (primera constitución fallida) marcaban la dirección del proceso de conformación de la nación. Por el contrario, el año 1820, en el que se produjeron una serie de sublevaciones, las provincias se declararon soberanas e independientes y sancionaron sus propias constituciones, fue visto como el comienzo de la “anarquía”; comienzo de un período signado por los localismos provinciales exacerbados, antinacionales, por el predominio de la barbarie sobre la civilización, por los gobiernos más de facto que de iure, en tanto que aquellas constituciones provinciales habrían carecido de toda eficacia frente al poder omnímodo de los “caudillos”, como se terminó designando peyorativamente a los gobernadores locales.

Salvo por un breve momento de unidad que daría una segunda constitución fallida en 1826, el período que transcurre desde finales de la década de 1820 hasta los años en que se lo-

gra sancionar la constitución nacional (1853-1860) fue leído entonces como un largo impasse, como un momento violento y bárbaro, en la marcha hacia la consolidación de la nación argentina que solo sería posible tras la derrota, en 1852, de Juan Manuel de Rosas, máximo ejemplo de caudillo, gobernador de Buenos Aires y encargado de las relaciones exteriores de las provincias rioplatenses hasta entonces. Debido a la influencia de Rosas sobre todas las provincias, los años que transcurren entre 1830-1852 se conocen en la historiografía argentina como el período de la “Confederación rosista”². Sobre este período, precisamente, se han articulado diversas interpretaciones no siempre fáciles de conciliar.

Si bien desde comienzos del siglo XX hubo posturas revisionistas, solo a finales de ese siglo se objetó abiertamente la lectura teleológica de la historia oficial. Esta nueva perspectiva, desarrollada, en buena medida, a partir de los trabajos de Chiaramonte, no sólo cuestionó la premisa de que hubiera una nación en ciernes a comienzos del siglo XIX, sino que objetó también el postulado de que existiera una vocación de nacionalidad como causa de la constitución argentina. Una vez desactivado el sesgo teleológico, fue posible también hacer otra lectura de las independencias provinciales afirmadas desde 1820 e incluso reconsiderar la figura de los “caudillos” advirtiendo de qué manera las connotaciones negativas del término opacaban un orden cultural, legal e institucional al que se le había dado escasa importancia (Godman & Salvatore, 2005).

El año 1820 dejó de ser entonces el año de la anarquía para ser visto como el año de la afirmación de las provincias como estados soberanos. Sin negar el autoritarismo de los caudillos, se concedió más relevancia a los “tejidos formales del poder” (Goldman & Tedeschi, 2005). En consecuencia, las constituciones provinciales de la primera mitad del XIX adquirieron un importante valor heurístico. Ellas daban cuenta de una complejidad cultural que no cuadraba con la imagen de bárbaros sin ley que la historiografía precedente había adjudicado a los caudillos.

Los trabajos de José Carlos Chiaramonte (1993; 1995; 1997, 2016, entre otros,) tuvieron el mérito de reconsiderar el valor de las constituciones provinciales como fuentes históricas, así como el de procurar una comprensión más amplia del lenguaje político-jurídico de la época. Chiaramonte mostró que si se eliminaba el anacronismo de proyectar la nacionalidad al origen del proceso, lo que había sido visto como anarquía era simplemente el hecho de que, ante el fracaso de una constitución común, las provincias se habían erigido en verdaderos estados soberanos que, al amparo del derecho de gentes, habrían conformado una simple confederación cuya única institución común sería, además de una comisión de efímera existencia, la delegación común de las relaciones exteriores en el gobernador de Buenos Aires.

Si bien aquel precario sistema confederal se mantuvo hasta 1853, es necesario destacar que numerosos testimonios de la época muestran que el objetivo de alcanzar una organización constitucional más estable y estrecha, buscado desde al menos 1813, se mantuvo activo a lo largo de todo el período. Se configuró así un momento de “provisionalidad permanente” (Chiaramonte, 1997, p. 159) que se refleja, por lo demás, en los términos que predominan en la forma de intitular los textos sancionados por las provincias durante el período, tales como “Estatuto Provisorio” (Santa Fe, 1819; Entre Ríos, 1822; Jujuy, 1835 y 1851), “Reglamento Provisorio” (Córdoba, 1821; Corrientes, 1821; San Luis, 1832; Cuyo, 1821), “Código Constitucional Provisorio” (Córdoba, 1847)³.

2 Como referencia general para este momento histórico, véase el vol. III de la Nueva Historia Argentina, dirigido por Noemí Goldman (2005b).

3 Todas las citas a las constituciones provinciales, así como la que en adelante realizo, están tomadas de San Martino (1994).

Este horizonte de provisionalidad que se prolongaría más allá del meridiano del siglo XIX, ofrece un particular universo para analizar la forma en la que los conceptos usados en las normas provinciales aparecen signados por la autopercepción de los actores de la época de estar viviendo un momento de transición. Me valdré para este fin de algunos tópicos de ese particular lenguaje constitucional que han dado lugar a diferencias interpretativas entre los historiadores del período.

a) Provincias o Estados

Una primera cuestión terminológica de este contexto sobre la que llamó la atención Chiramonte (1993; 1995; 2016), desde sus trabajos pioneros en el tema, fue el hecho paradójico de que unos territorios que se declaraban independientes y soberanos conservaran la denominación de provincias. Efectivamente, más allá de su provisionalidad, los estatutos, reglamentos o constituciones provinciales reafirman las declaraciones de independencia y soberanía que se sucedieron, de forma generalizada, tras la crisis de 1820, manteniendo a la vez la denominación de provincia en lugar de optar por el término estado. ¿Por qué unos territorios que se habían declarado independientes y soberanos conservaron la denominación de “provincias”, término cuya definición resulta en parte contradictoria con aquella condición de independencia y soberanía?

Para responder a esta cuestión se atribuyó a los actores del momento una suerte de confusión terminológica, causada, en parte, por la tradición española, en la que “el término provincias había sido imprecisamente utilizado para referirse a los dominios de ultramar...” (Chiramonte, 2016, p.106). Se asumió también como premisa que, en aquella tradición, ciudad y provincia eran términos que podían fungir como sinónimos. Para Guerra, por ejemplo, la palabra provincia simplemente designaba “como en Castilla, el espacio dependiente de las ciudades principales”; se trataba, por consiguiente, “de ciudades-provincias” (2003, p. 194).

En mis trabajos recientes, he procurado mostrar que ese punto de partida significaba tomar como premisa lo que en realidad había sido una peculiar consecuencia del proceso de transición iniciado tras la revolución de 1810. Partiendo de que provincia y ciudad remitían en el lenguaje colonial a dos concepciones diferentes del espacio político, procuré mostrar cómo bajo aquella confusión atribuida a los actores de la época quedaba oculta una transformación conceptual operada en la primera década postrevolucionaria que había dotado al término provincia de un sentido completamente nuevo, convirtiéndolo en un concepto fundamental de este contexto (Agüero, 2018c; 2019a).

Por un lado, el término provincia se proyectaba ahora sobre el espacio de significación que hasta entonces había tenido el distrito de las ciudades, asumiendo así la naturalizada relación que el antiguo derecho establecía entre territorio y jurisdicción local. Pero al mismo tiempo, el nuevo significado de provincia capturaba también el sentido relativo con el que las nociones de independencia y soberanía se habían ido modulando durante esos años (Levaggi, 2007).

El sintagma “Provincia soberana” que a primera vista parecía encerrar una *contradictio in terminis*, adquiriría sentido a la luz de las marcas que el contexto de transición imprimió sobre los términos: en ese contexto, el predicado “soberana” remitía a la pretensión asegurar la antigua autotutela corporativa de las ciudades, mientras que el título de provincia, a la vez que elevaba el status de los viejos municipios para afrontar de forma paritaria una integración federal o confederal, mantenía activa la aspiración de ser parte de un todo mayor, inherente en la carga histórica del concepto. Esa aspiración de integrar un todo mayor no derivaba de un anacrónico

principio de nacionalidad, sino de la certeza de que, como lo destacó Chiaramonte (1993, p. 93), la mayoría de los espacios que se autoproclamaban soberanos eran inviables como estados independientes en el concierto de las naciones.

En este sentido, me parece válido decir que, en el contexto de transición, el término “provincia” se convirtió en un concepto político fundamental (Koselleck (1993, pp.117-118), en la medida en que condensaba elementos de la experiencia histórica, reuniendo, al mismo tiempo, un concentrado de diversos contenidos significativos que marcaron las posibilidades y los límites del lenguaje constitucional a partir del escenario abierto en 1820 (Agüero, 2019a).

b) Federación o Confederación

En consonancia con la afirmación de que las provincias habían sido auténticos estados soberanos, la historiografía política argentina más prominente ha interpretado que las expresiones relativas a la integración de las provincias en un todo mayor, según el tenor de los pactos y constituciones locales de la época, son propias de un discurso confederal o confederacionista (Goldman, 2005a; Herrero, 2009; Chiaramonte, 2016). Desde este punto de vista, se criticó a la historiografía tradicional por haber confundido esa vocación confederativa con una lectura anticipatoria de la federación que finalmente terminaría siendo sancionada en 1853. Esas conclusiones parecían encontrar su constatación en un exhaustivo análisis de las constituciones provinciales, focalizado en las declaraciones de soberanía y en las potestades atribuidas a los poderes de las provincias, para mostrar que se trataba de adjudicaciones propias de estados independientes, incompatibles con la existencia de un estado supraprovincial que no fuera más allá de una laxa confederación (Chiaramonte, 2016).

A nuestro juicio, el citado análisis puede ser complementado si consideramos dos factores: a) que esos textos provinciales se inscriben, por sus características, en lo que hoy se denomina “constitucionalismo hispánico” (Garriga & Lorente, 2007; Lorente, 2010; Garriga, 2011; Lorente & Portillo, 2012; Portillo, 2016), es decir, un tipo de constitucionalismo de carácter católico, sin vocación derogatoria y, en consecuencia, con una fuerza constituyente virtualmente limitada; y b) para lo que aquí más nos interesa ahora, es necesario considerar el modo en que la transición signa los conceptos y enunciados, es decir, tomar en cuenta las consecuencias hermenéuticas de aquel estado de “provisionalidad permanente” al que hemos aludido usando la expresión de Chiaramonte (1997, p. 159).

Con estas premisas complementarias, es posible releer esos mismos textos para matizar las interpretaciones relativas al tipo de unión y al uso de los términos federación y confederación en dicho escenario. Sobre este último aspecto, desde la historia jurídica, Levaggi (2007) ha mostrado cómo ambos términos son utilizados de manera equivalente en las fuentes de la época. A partir de esta constatación, y de una lectura atenta a las marcas de la transición, las distinciones relativas a las pretensiones de integración, basadas en una diferencia semántica extemporánea entre federación y confederación, se tornan poco plausibles.

c) Las marcas de la transición en el lenguaje constitucional

Más allá de los tópicos precedentes, para considerar de manera global esas marcas de transición, asumimos que aquella provisionalidad permanente puede ser vista como un síntoma del prolongado desacople entre experiencia y expectativas. Podemos ver algunos ejemplos indicativos de las formas en que esa condición se filtra en los textos de las constituciones provinciales.

1. La indefinición del horizonte de unión. Un dato que aparece en varios textos constitucionales pone en evidencia la incertidumbre sobre los límites de una pretendida unión que parecía todavía ligada al proyecto americanista. Entre esas normas constitucionales, la concesión de ciudadanía a “todo americano” (i.e. Santa Fe, 1819, art. 3; Catamarca, 1823, art. 29; Corrientes, 1824, Sec. 2, art. 1), parece orientada más por la prefiguración de un estado futuro que por una noción aplicable al momento de la sanción de los textos: marca un horizonte de integración en un espacio político que proviene de la experiencia (la historia colonial compartida) y que se proyecta hacia un futuro donde se prefigura una nación con inciertas dimensiones.

2. La dimensión extraordinaria del orden. La apelación a potestades de tipo “extraordinario” había sido un dispositivo característico del antiguo régimen que se orientaba a justificar medidas excepcionales sin que ello supusiera una suspensión o quiebra del orden, ni su reforma o derogación de manera abrupta (Hespanha 1996; Meccarelli, 2009; Agüero, 2013). El carácter transitorio parece una condición inherente a cualquier poder que se proclama “extraordinario”. La alusión a una soberanía “extraordinaria”, en algunas constituciones provinciales, además de evocar una noción gradual (jurisdiccional) de la soberanía, puede leerse como un claro signo de aquella provisionalidad.

Así, por ejemplo, la constitución de Corrientes, en su preámbulo afirma: “El Congreso General de la Provincia de Corrientes, considerando la necesidad de reformar la Constitución Política de la Provincia, y en virtud de la soberanía ordinaria y extraordinaria que inviste, ha acordado y sancionado la siguiente” (San Martino, 1994, p. 793). El giro denota la autopercepción de estar haciendo uso de un poder excepcional y excesivo, indudablemente referido a las particulares condiciones derivadas del estado de indefinición del horizonte que se prefigura para una futura una constitución común, la que debería determinar el ámbito competencial propio, ordinario, de la provincia. Casi a finales del período, cuando ya las provincias se preparaban para la convención que sancionaría la constitución nacional en 1853, encontramos la misma expresión en el preámbulo de la constitución tucumana de 1852: “En el nombre de Dios Todopoderoso. La Sala de Representantes de la Provincia en uso de la Soberanía ordinaria y extraordinaria que inviste, ha sancionado la siguiente...” (San Martino, 1994, p. 1353).

3. Lo esencial y lo transitorio. Una particular huella de las tensiones transicionales que marcan el lenguaje de estas constituciones se puede apreciar en una combinación contradictoria de formas adverbiales aplicables también a la soberanía, como se observa en el artículo 1 del Reglamento de Organización Política de Santiago del Estero (1830), cuando afirma: “La Soberanía reside esencialmente por ahora en la Provincia...”. Se ven aquí los diversos niveles de discurso que jalonan la enunciación: el “esencialmente” que traza muy probablemente un hilo intertextual con la Constitución de Cádiz (o con sus diversas réplicas vernáculas) y el “por ahora”, como expresión de una temporalidad precaria e incierta que condiciona la afirmación.

En su momento Chiaramonte destacó que ese “por ahora” podía considerarse como “el único rasgo de posible alusión a un poder supraprovincial” (2016, p.124). No obstante, el último artículo de aquel reglamento de Santiago del Estero expresa una clara expectativa puesta en la conformación de una estatalidad supraprovincial, al estipular que el Legislativo provincial debería decretar “la cesación absoluta” del Reglamento “cuando la Provincia reciba la Constitución sancionada por el futuro Congreso General Constituyente” (art. 24). Esa enfática expresión relativa a una futura constitución dota de pleno sentido aquel “por ahora”, convirtiendo lo esencial en transitorio con respecto a la noción de soberanía.

4. Las modulaciones que hemos señalado sobre la noción de soberanía dejan entrever las cautelas en el uso de un concepto cuya significación se sabe excesiva para aquello que se pretende afirmar. Desde los primeros años posteriores a la revolución de 1810, las ciudades habían apelado al concepto de soberanía para asegurar sus potestades jurisdiccionales, “su mero mixto imperio”, que pudieron considerar “equivalente a su soberanía”, como decían unas instrucciones emitidas por de La Rioja para sus representantes en la primera (y frustrada) Asamblea constituyente de 1813 (Agüero, 2013).

Esas expresiones de soberanía, antes que la pretensión de afirmarse como estados soberanos, parecen transmitir la expectativa de asegurar el gobierno doméstico como contracara de la certeza de que cada uno de esos espacios era inviable por sí solo como estado independiente (Chiaramonte, 1993, p. 96). En este sentido, resulta bien explícito un pasaje del preámbulo de la constitución de Tucumán de 1820, en el que, además de declarar a la provincia parte integrante de la “Nación Americana del Sud”, expresa que la norma se sanciona para regir “su interior administrativo” (San Martino, 1994, p.1315). El giro denota así una concepción de soberanía despojada de sus notas relativas al orden exterior de los espacios políticos, delatando la impronta de aquella futura unión que condicionaba los textos.

No puedo extenderme más ahora en este análisis. Lo que quiero mostrar es que estas marcas transicionales condicionan cualquier ulterior reflexión que pretenda analizar sus cláusulas para determinar si lo que buscaban era constituir una federación o una confederación. Lo que estas marcas indican es que son textos que están pensando en un futuro de unión todavía incierto y que, en el mientras tanto, lo que importaba era asegurar el propio espacio tradicional sobre el que un grupo de familias ejercía, desde los tiempos coloniales, un gobierno “semi doméstico”, según expresión usada por un provisor eclesiástico en 1824 para referirse a los gobiernos provinciales (*apud* Martínez, 2013, p. 283).

Ese futuro de unión que se avizora en el horizonte y que tensa los conceptos, vale la pena insistir en esto, no era fruto de una nacionalidad preexistente, sino que resultaba impuesto por la precariedad de las condiciones de estos pueblos devenidos en provincias; pueblos que “en la dislocación se dieron se dieron el título de provincias”, como expresó un diputado en el fallido congreso constituyente de 1826 (*apud* Ravignani, 1937, III, p. 227). Tomar en consideración estas marcas de la transición, nos aleja del riesgo de realizar una lectura excesivamente formalista de los textos normativos del momento que termine obliterando el carácter de concepto jurídico fundamental que adquirió el término “provincia” en ese contexto, según lo hemos mostrado en el punto anterior.

4. Las palabras y las cosas

Una última cuestión que quisiera abordar, antes de explicitar el sentido en el que creo que se puede hablar de la transición como signatura, se relaciona con un rasgo muy común en el constitucionalismo latinoamericano. Me refiero a la distancia observada entre las formas jurídica y las prácticas efectivas, algo que también podría concebirse como una distancia entre un orden formal del lenguaje jurídico y un campo discursivo más difuso integrado por justificaciones que habilitan modos de actuación difícilmente subsumibles en el primero.

En algunos casos, es plausible pensar que aquel rasgo reflejara las tensiones de una cultura que pretendía combinar ciertas innovaciones del constitucionalismo liberal con hábitos

institucionales informados por la antigua tradición jurídica; una cabeza moderna con un cuerpo gótico, como lo refiere Garriga (2011) para el caso de la experiencia gaditana. En nuestro contexto, podría expresar también el contraste que, según Guerra, habría marcado casi toda la historia contemporánea hispanoamericana, entre “la Modernidad de las referencias teóricas de las élites” y un imperante “arcaísmo social” (1992: 52). No cabe descartar, por otra parte, que, en algunos otros casos, aquella distancia expresara también el desarrollo de una retórica de autojustificación para canalizar intereses y modos de acción deliberadamente opuestos a las normas que se declamaban en el plano formal del campo jurídico (Agüero, 2018b).

Con independencia de las posibles causas, y aun asumiendo que se trata de un rasgo inherente a todo lenguaje institucional, la brecha entre formulaciones y prácticas, por decirlo de manera resumida, pareciera alcanzar grados significativos en la historia constitucional latinoamericana, al punto de convertirse en objeto recurrente de tematización y debate. Un político colombiano de la primera mitad del siglo XIX resumió este síntoma en una frase lapidaria: “los actos eran detestables, los nombres eran atractivos” (*apud* Calderón & Thibaud, 2010, p. 257). En su enjundioso compendio sobre el constitucionalismo en América Latina, a propósito de la experiencia liberal mexicana, Portillo Valdés (2017) expresa que al lado del “constitucionalismo nominal” de la Constitución escrita, existía “otro código político” que podría ser radicalmente contradictorio con aquél (p. 154). De este modo, ante aquella distancia entre formulaciones y prácticas, podía generar tanta perplejidad en el actor de época como en el historiador actual.

En nuestro contexto, esta distancia llevó a algunos juristas o historiadores a considerar que las constituciones provinciales de la primera mitad del XIX carecieron por completo de eficacia, que fueron poco más que papel mojado en manos de los caudillos. Ya he mencionado aquí cómo esas lecturas han sido objeto de revisión. En otro trabajo reciente he sugerido que, si bien estas constituciones tuvieron una acotada eficacia en aspectos relativos a poderes y derechos, cumplieron un papel fundamental en la conservación de la relación histórica entre territorio y jurisdicción, resignificando los antiguos privilegios fundacionales de las ciudades para convertirlos en elementos indisponibles, pre-constituidos- del nuevo orden constitucional de la nación sancionado en 1853-1860 (Agüero, 2018c). Crearon una capa de continuidad, en medio de un contexto de transición, para asegurar expectativas de futuro, cumpliendo así una función temporal característica de la normatividad jurídica (Thiers, 2017).

Pero al margen de la mayor o menor eficacia en el orden interno de cada provincia, el contexto de transición sirvió para justificar la concentración de poderes en los gobernadores, mediante la vía de concederles poderes extraordinarios. Como hemos adelantado, esta era una estrategia habitual en la cultura jurídica occidental. Además, como sostiene Thiers, la percepción de aceleración, o comprensión del tiempo, ha servido en la experiencia europea para justificar la reducción del orden procesal y la complejidad legal originalmente pensadas para salvaguardar los derechos frente a abusos del poder (2017, p. 29). En nuestro escenario, ello se vio materializado en reglamentos diseñados para una afrontar la delincuencia rural por vías expeditivas (Agüero, 2010), pero también en la práctica generalizada de conceder poderes extraordinarios o “la suma del poder público” a los gobernadores provinciales (Agüero, 2018a).

La nueva historiografía política ha querido ver en esta experiencia un momento en el que, bajo el predominio de una retórica republicana, la imagen de la dictadura romana habría servido para dar sustento a ese poder concentrado en manos de los gobernadores, de acuerdo con los preceptos de una “antigua constitución” (Chiaramonte, 2010). En mis trabajos recientes he cuestionado esta interpretación sugiriendo que, antes que una improbable antigua constitución,

la dictadura romana o la retórica republicana – que efectivamente aparecían en los discursos de la época-, esa concentración de poderes evocaba la vieja figura de los gobiernos por magistraturas y que los dispositivos de excepción encontrarían mejor explicación en la estrategia de proyectar sobre la autoridad política un poder de tipo *económico*, es decir, que remitía a las potestades propias de los padre de familia (Agüero 2016; 2018a)⁴. La tradición jurídica había recurrido por siglos a la imagen de la potestad *económica* o doméstica para habilitar soluciones de carácter extraordinario, en un giro que se seguiría reflejando también, durante los momentos de transición, en toda una serie de dispositivos del nuevo orden, donde el poder público parecía seguir siendo atravesado por la “larga sombra de la casa” (Seelaender, 2017).

Bajo esta perspectiva, un significativo en apariencia marginal o inocuo, como la expresión “gobierno paternal”, que aparecía de forma recurrente en discursos, debates e incluso en decisiones judiciales de los gobernadores, cobra un nuevo sentido. Por debajo de aquellas constituciones formales parecía persistir, con toda solidez, un paradigma de poder doméstico que, de acuerdo con aquella tradición, era el apropiado para enfrentar situaciones extraordinarias o transiciones que expusieran a la comunidad a peligros imprevistos. La práctica de dotar de poderes extraordinarios a los gobernadores se mantuvo durante todo el período aquí analizado. De hecho, cuando finalmente se sancionó la constitución nacional, se estableció en ella la prohibición expresa de concesiones, por el Congreso nacional o las legislaturas provinciales, de aquel tipo de poderes extraordinarios, declarando su nulidad absoluta y calificando de traidores a la patria a quienes la infringieran (art. 29, Constitución de la Confederación Argentina, 1853; Agüero, 2016)

Durante el periodo anterior a 1853, Juan Manuel de Rosas, como gobernador de Buenos Aires y representante de la Confederación Argentina, se había opuesto recurrentemente a sancionar una constitución común a todas las provincias. El estado de incerteza favorecía un *status quo* que aseguraba a Buenos Aires un lugar privilegiado en el aspecto geoeconómico de la región. Investido con facultades extraordinarias o la suma del poder público, parecía ejercer aquel ideal de poder doméstico. De hecho, la prohibición constitucional de 1853, como se sabe, estaba directamente vinculada con la esa experiencia inmediata de los años precedentes.

En este punto, me permito volver a las palabras que he citado al comienzo de estas páginas; según quienes lo entrevistaron en su exilio inglés, Rosas habría dicho que su ideal de gobierno feliz era el del “autócrata paternal... resuelto a hacer la felicidad de su pueblo, sin favoritos ni favoritas”. Eso era lo que había intentado hacer como gobernador, según la frase citada que vale la pena repetir aquí: “Busqué realizar yo solo el ideal del gobierno paternal, en la época de transición en que me tocó gobernar” (Quesada, 1923, p. 231; Zorraquín Becú, 1953, p. 66)

La función del término “transición” en esta frase no parece agotarse en la operación de recortar una antes y un después en la historia, sino que también pareciera dotar de sentido unas prácticas, las del gobierno paternal que, para entonces, comenzaban a quedar en pasado cargado de polémica. Esa virtualidad para dotar de un determinado sentido a otros elementos del mismo contexto discursivo justificaría que podamos hablar de la transición como signatura.

4 Estas diferencias de criterio han sido objeto de un debate particular cuyo tratamiento nos llevaría fuera de los límites de este texto. Tras la publicación de Agüero 2016 y 2018, hubo una réplica del Prof. Chiaramonte (2018), y una contrarréplica (Agüero, 2019b). Luego apareció un nuevo texto donde Chiaramonte ha insistido en su línea argumental (Chiaramonte, 2020). Una ulterior secuela, aunque marginal al debate, puede considerarse en Agüero (2021).

5. La transición como signatura

En su estudio sobre la oikonomía trinitaria, Agamben ([2009] 2017) ha señalado que, para el discurso teológico medieval, la noción de orden más que un concepto era una signatura. Es decir, operaba como algo que excede al signo para reenviarlo a una determinada interpretación o para desplazarlo hacia otro contexto, sin salirse del ámbito semiótico, para constituir un nuevo significado. El autor, en su obra sobre el método, explica que “la signatura no expresa simplemente una relación semiótica entre un *signans* y un *signatum*; más bien es aquello que, insistiendo en esta relación, pero sin coincidir con ella, la desplaza y disloca en otro ámbito, y la inserta en una nueva red de relaciones pragmáticas y hermenéuticas”. La signatura otorga una particular eficacia a los conceptos en un determinado contexto (Agamben [2008] 2010, pp. 21-23).

Esta noción de signatura está detrás del paradigma epistemológico “indiciario”, elaborado por Ginzburg; una propuesta de conocimiento basada en la relevancia hermenéutica de los detalles periféricos, secundarios, como aquellos de los que se valía Giovanni Morelli, a fines del siglo XIX, para determinar la originalidad de una pintura. Siguiendo a Ginzburg, a Foucault, Deleuze o Benjamín, Agamben sugiere que “toda investigación en las ciencias humanas -y en particular en el ámbito histórico- tiene necesariamente que ver con las signaturas” (Agamben [2008] 2010, p. 40).

A partir de aquella noción, el filósofo italiano nos advierte que a veces tratamos como conceptos ciertos términos que, en rigor, operan como signaturas. Nos propone como ejemplo, en este punto, el debate en torno a la “secularización” que involucró a grandes figuras de comienzos del siglo XX (Hans Blumenberg, Karl Lowith y Carl Schmitt). “La discusión estaba viciada- dice Agamben- por el hecho de que ninguno de los participantes parecía darse cuenta de que «secularización» no era un concepto... sino un operador estratégico”, una signatura “que marcaba los conceptos políticos para remitirlos a su origen teológico” (Agamben [2008] 2010, p. 40).

Los historiadores del derecho estamos familiarizados con la centralidad de la noción de orden en la cultura pre-contemporánea. Sería suficiente recordar las páginas que Grossi (1996) le ha dedicado al término para comprender su función como signatura, en el sentido propuesto por Agamben, durante la experiencia jurídica medieval. Podemos preguntarnos entonces en qué medida es posible pensar la noción de transición como signatura. Sin negar el valor de los estudios que procuran dar con una fórmula para determinar cuándo nos hallamos frente a un período que merece el rótulo de “transición histórica” (Pombeni, 2016: 3), quizás resulta también interesante mirar la función del término como operador discursivo que, incluso de manera tácita, influye sobre la eficacia de los conceptos en un determinado contexto.

La transformación del concepto provincia, a la que me he referido antes, es un buen ejemplo. Bajo la signatura de la transición, el término provincia aparece pleno de sentido en la experiencia rioplatense y su eficacia será manifiesta en el proceso de organización constitucional del país. Del mismo modo, he procurado mostrar cómo las marcas de la transición aparecen en los enunciados de las constituciones provinciales, en conceptos claves como soberanía o ciudadanía, condicionando la interpretación que se puede hacer de ellas con respecto a la forma de unión, federal o confederal, que presuntamente procuraban.

En este sentido, es posible pensar que, en determinados contextos, en los que la distancia entre espacio experiencia y horizonte de expectativa se prolonga, en los que la incertidumbre sobre el futuro condiciona la enunciación y el uso de los conceptos, la noción de transición sobrevuela las prácticas discursivas, dejando su marca. Al asumirla así, como signatura, el problema de la transición se desplaza desde una suerte de ontología de las periodizaciones, hacia el plano del análisis del discurso. Si toda historia es transición, no todos los períodos producen discursos que se presentan signados por ella. Con independencia la discusión acerca de cuándo comienza o termina una época de cambio, como historiadores podemos intentar identificar aquellas marcas para lograr una adecuada interpretación de las fuentes producidas en esos particulares contextos.

Bibliografía

- Agamben, G. ([2008] 2010). *Signatura rerum. Sobre el método*. Crítica.
- Agamben, G. ([2009] 2017). *El Reino y la Gloria. Una genealogía teológica de la economía y el gobierno*, 2.^a ed. Ed. Adriana Hidalgo.
- Agüero, A. (2010). La justicia penal en tiempos de transición. La república de Córdoba, 1785 – 1850. In C. Garriga (Coord.). *Historia y constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano* (pp. 267-305). Instituto Mora-CIDE.
- Agüero, A. (2013). La Asamblea del año XIII y la dimensión extraordinaria del orden jurídico tradicional. Reflexiones en torno al juramento e instrucciones del cabildo de Córdoba. *Anuario del Instituto de Historia Argentina N° 13* Disponible em <<https://www.anuarioiha.fahce.unlp.edu.ar/article/view/IHAN13a11>>. Acceso em 26 jun. 2019.
- Agüero, A. (2016). Ancient Constitution or Paternal Government. Extraordinary Powers as Legal Response to Political Violence (Río De La Plata, 1810-1860). *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, No. 2016-10. disponible em <<https://ssrn.com/abstract=2841769>>. Acceso em 19 jun. 2019.
- Agüero, A. (2018a). Republicanismo, Antigua Constitución o gobernanza doméstica. El gobierno paternal durante la Santa Confederación Argentina (1830-1852). *Nuevo Mundo Mundos Nuevos [En línea], Debates*, Puesto en línea el 05 octubre 2018, Disponible em <<http://journals.openedition.org/nuevomundo/72795>>. Acceso em 19 jun. 2019.
- Agüero, Alejandro. (2018b). Words and acts in the History of Latin American Constitutionalism. *Rechtsgeschichte - Legal History*, 26, p. 467-470. Disponible em <<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg26>>. Acceso em 19 jun. 2019.
- Agüero, A. (2018c). De privilegios fundacionales a constituciones. Territorio y jurisdicción en el origen de las provincias argentinas. In A. Agüero, A. Slémian & R. Diego-Fernández, (coords.). *Jurisdicciones, soberanías, administraciones. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica* (pp. 441-476). UNC-Colegio de Michoacán.

- Agüero, A. (2019a). ¿Provincias o Estados? El concepto de provincia y el primer constitucionalismo provincial rioplatense. Un enfoque ius-histórico. *Revista de Historia Americana y Argentina*, 54 (1), 137-175.
- Agüero, A. (2019b). Sobre el concepto de Antigua Constitución y su aplicación a la historia política rioplatense de la primera mitad del siglo XIX. – Respuesta al Prof. Chiaramonte. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, Débats, mis en ligne le 11 juin 2019, DOI: <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.75933>.
- Agüero, A. (2021). La antigua constitución y la constitución tradicional en la Monarquía Hispana del Siglo XVIII. *Almanack*, 28, ea02820, DOI: <http://doi.org/10.1590/2236-463328ea02820>
- Anderson, B. ([1983] 2006). *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. Fondo de Cultura Económico.
- Blix, G. (2006). Charting the “transitional period”: the emergence of Modern time in the nineteenth century. *History and Theory*, 45, 51-71.
- Calderón, M. T. & Thibaud, C. (2010), *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*. Universidad del Externado de Colombia-Taurus
- Chiaramonte, J. C. (1997). *Ciudades, provincias, Estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*. Ariel.
- Chiaramonte, J. C. (1993). El federalismo argentino en la primera mitad del siglo XIX. In M. Carmagnani, (coord.). *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina* (pp. 81-132.). Fondo de Cultura Económica - Colegio de México.
- Chiaramonte, J. C. (1995). ¿Provincias o Estados? Los orígenes del federalismo rioplatense. In F.-X. Guerra, (dir.). *Revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español* (pp. 167-205). Editorial Complutense
- Chiaramonte, J. C. (2010). La Antigua Constitución luego de las Independencias, 1808-1852. *Desarrollo Económico*, 199 (50), 331-361.
- Chiaramonte, J. C. (2016). *Raíces históricas del federalismo latinoamericano*. Sudamericana.
- Chiaramonte, J. C. (2018). Facultades extraordinarias y antigua constitución en los Estados rioplatenses del siglo XIX. Respuesta a Alejandro Agüero. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Débats, mis en ligne le 10 décembre 2018. DOI : <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.74801>.
- Chiaramonte, J. C. (2020). El antiguo constitucionalismo en la historia hispanoamericana del siglo XIX. *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*. Débats, mis en ligne le 08 octobre 2020. DOI : <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.81983>.
- Fradkin, R. O. & Gelman, J. (2015). *Juan Manuel de Rosas. La construcción de un liderazgo político*. Edhasa.

- Garriga, C. & Lorente, M. (2007). *Cádiz 1812. La constitución jurisdiccional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garriga, C. (2018). Prólogo. In A. Agüero, A. Slémian & R. Diego-Fernández, (coords.). *Jurisdicciones, soberanías, administraciones. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica* (pp. 9-18). UNC-Colegio de Michoacán.
- Garriga, C. (2011). Cabeza moderna, cuerpo gótico. La constitución de Cádiz y el orden jurídico. *Anuario de Historia del Derecho Español*, 81, 99-162.
- Goldman, N. & Tedeschi, S. (2005). Los tejidos formales del poder. Caudillos en el interior y el litoral rioplatense durante la primera mitad del siglo XIX. In N. Goldman, & R. Salvatore (eds.), *Caudillismos Rioplatenses. Nuevas miradas a un viejo problema*, 2.ª ed. (pp. 135-157). Eudeba.
- Goldman, N. & Salvatore, R. (eds.) (2005). *Caudillismos Rioplatenses. Nuevas miradas a un viejo problema*, 2.ª ed. Eudeba.
- Goldman, N. (2005a). Los orígenes del federalismo rioplatense (1820-1831). In N. Goldman (dir.). *Revolución, República, Confederación (1806-1852)*, Nueva Historia Argentina, tomo III, 2ª ed (pp. 103-124). Sudamericana.
- Goldman, N. (dir.) (2005b). *Revolución, República, Confederación. Nueva Historia Argentina*, vol. III, 2ª ed. Sudamericana.
- Grossi, Paolo. (1996). *El orden jurídico medieval*. Marcial Pons.
- Guerra, F.-X. (1992). *Modernidad e Independencia. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. Mapfre.
- Guerra, F.-X. (2003). Las mutaciones de la identidad en la América Hispana. In A. Annino, & F.-X. Guerra (coords.). *Inventando la nación. Iberoamérica. Siglo XIX (185-220)*. Fondo de Cultura Económica.
- Herrero, F. (2009). *Federalistas de Buenos Aires, 1810-1820. Sobre los orígenes de la política revolucionaria*. Universidad Nacional de Lanús.
- Hespanha, A. M. (1996). Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna. *Ius Fvgit vol. 3-4. Actas del Congreso Internacional El estado Moderno a uno y otro lado del Atlántico* (pp. 63-100). Institución "Fernando el Católico".
- Koselleck, Reinhart. (1993). *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Paidós.
- Levaggi, Abelardo. (2007). *Confederación y federación en la génesis del Estado argentino*. UBA.
- Lorente, M. & Portillo, J. M. (dirs.). (2012). *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispánico (1808-1820)*. Congreso de los Diputados.

- Lorente, M. (2010). Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España, 1808-1821). In A. Annino. (coord.). *La revolución novohispana, 1808-1821* (pp. 293-383). Fondo de Cultura Económica.
- Martínez, I. (2013). *Una Nación para la Iglesia Argentina. Construcción del Estado y jurisdicciones eclesiásticas en el siglo XIX*. Academia Nacional de la Historia.
- Meccarelli, M. (2009). Paradigmi dell'eccezione nella parábola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica. *Quaderni Storici*, 131 –XLIV (2), 493-521.
- Osterhammel, Jürgen. (2019). *La transformación del mundo. Una historia global del siglo XIX*. Crítica
- Palti, E. J. (2004). Koselleck y la idea de Sattelzeit. Un debate sobre modernidad y temporalidad. *Ayer*, 53, 63-74.
- Pombeni, P. & Haupt, H. G. (eds.). (2013). *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*. Il Mulino.
- Pombeni, Paolo. (2016). Transition and Its Phases: on Some Issues Raised. In *The Historiography of Transition. Critical Phases in the Development of Modernity 1494-1973* (pp. 1-18). Routledge.
- Portillo Valdés, José María. (2016). *Historia Mínima del Constitucionalismo en América Latina*. El Colegio de México.
- Portinaro, P. P. (2009a). Transitional justice. I conti con il passato. *Teoria politica*, 1, 2009, 5-26.
- Portinaro, P. P. (2009b). La spada sulla bilancia. Funzioni e paradossi della giustizia politica. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 38, (I), 75-106.
- Quesada, E. (1923). *La época de Rosas: con una introducción sobre la evolución social argentina*. Casa Jacobo Peuser.
- Ravignani, Emilio. (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación, Tomo Tercero 1826-1827*. Instituto de Investigaciones Históricas de la Universidad de Buenos Aires – Peuser.
- San Martino, Laura. (1994). *Documentos constitucionales argentinos*. Ciudad Argentina.
- Seelaender, Airton. (2017). A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do antigo regime à modernidade. *R. IHGB, Rio de Janeiro* 178 (473), 327-424.
- Shumway, N. (2002). *La invención de la Argentina. Historia de una idea*. Emece.
- Sordi, B. (2003). Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 352-372

Thiers, Andreas. (2017). Time, Law, and Legal History – Some Observations and Considerations. *Rechtsgeschichte - Legal History*, 25, 20-44. Disponível em: <<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg25>>. Acesso em 19 jun. 2019.

Zorraquín Becú, Ricardo. (1953). *El federalismo argentino*, 2.^a ed. La Facultad.

Data de Recebimento: 16/04/2021

Data de Aprovação: 29/04/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

O Jurista entre o Direito e o Progresso: Um Sentido para a Interpretação Jurídica no Pensamento de Tullio Ascarelli

Il Giurista tra Legge e Progresso: una Direzione all'Interpretazione Giuridica nell'Opera di Tullio Ascarelli

The Jurist between the Law and the Progress: A Direction to Legal Interpretation in Tullio Ascarelli's Work

Renato Sedano Onofri¹

¹ Humboldt-Universität zu Berlin (Alemanha). <https://orcid.org/0000-0003-1045-0091>

RESUMO

O presente estudo investiga a hipótese de que a teoria da interpretação, como a desenvolvida por Tullio Ascarelli a partir da influência do idealismo jurídico italiano, implica a incorporação de uma determinada representação do tempo e da história na construção do Direito. A hermenêutica na obra do autor teria um caráter híbrido, assumindo uma tarefa simultaneamente criadora e conciliadora. Criadora de novas soluções para adequar o Direito às exigências e aos valores do ambiente, mas conciliadora dessas novas soluções com a integridade e continuidade do Direito objetivo. Neste contexto, uma visão otimista da história ocidental representada por uma narrativa de avanços, projeta o Direito - notadamente o Direito comercial - como instrumento para os triunfos nos setores da economia e da técnica. Entrevê-se, assim, que ao intérprete é atribuída a missão de desenvolver o Direito para o atendimento das demandas do progresso no sentido do capitalismo ocidental.

Palavras-chave: Tullio Ascarelli; hermenêutica jurídica; idealismo jurídico; teoria da história; modernização

RIASSUNTO

Questo lavoro esamina l'ipotesi che la teoria dell'interpretazione giuridica, così come sviluppata da Tullio Ascarelli sotto l'influsso dell'idealismo giuridico italiano, implichi l'incorporazione di una certa rappresentazione del tempo e della storia nella costruzione del diritto. Secondo Ascarelli, l'ermeneutica ha un carattere ibrido, che assume un compito che è, allo stesso tempo, creatore e conciliante: ovvero, crea delle nuove soluzioni per adeguare il diritto alle esigenze e ai valori dell'ambiente, ma concilia queste nuove soluzioni con l'integrità e la continuità del diritto oggettivo. Così, una visione ottimistica della storia occidentale, presentata come un racconto dei progressi avuti, proietta il diritto - in particolare il diritto commerciale - come strumento di avanzamento economico e tecnico. In questo senso, si può intravedere che all'interprete del diritto positivo viene assegnata la missione di sviluppare il diritto per favorire la risposta alle domande utili al progresso del capitalismo occidentale.

Parole-chiave: Tullio Ascarelli; ermeneutica giuridica; idealismo giuridico; teoria della storia; modernizzazione

ABSTRACT

The present study investigates the hypothesis that the theory of interpretation, as developed by Tullio Ascarelli from the influence of the Italian legal idealism, implies the incorporation of a certain representation of time and history in the construction of Law. The hermeneutics in the author's work would have a hybrid character, assuming a task simultaneously creative and conciliatory. Creating new solutions to adapt Law to the demands and values of the environment, w but reconciling these new solutions with the integrity and continuity of the objective Law. In this context, an optimistic view of Western history presented by a narrative of advancement, projects the Law - particularly Commercial Law - as an instrument for triumphs in the economic and technical sectors. It can be seen, therefore, that the interpreter is assigned the mission of developing the Law to meet the demands of progress towards Western capitalism.

Keywords: Tullio Ascarelli; legal hermeneutics; legal idealism; theory of history;

Introdução

O presente artigo explora como as noções de *Direito e interpretação são combinadas* no pensamento de Tullio Ascarelli a partir de uma determinada visão acerca da história do Direito. Busca-se, com isso, articular a hipótese de que, subjacente à abordagem histórica ascarelliana está a ideia de que cabe ao jurista viabilizar e fomentar o *progresso* no sentido ocidental moderno.

Tullio Ascarelli trilhou uma carreira acadêmica surpreendentemente longa, mesmo com sua morte prematura em 20 de novembro de 1959 aos 56 anos de idade. Sua trajetória intelectual teve início na acidentada via da crise do positivismo jurídico e ascensão do fascismo na Itália – contexto que, como não poderia deixar de ser, marca seu pensamento e sua obra (Bobbio, 1964b, p. 549).

Neste ambiente e ainda em tenra idade – precisamente aos 22 anos² – Ascarelli já articulava e expunha preocupações teóricas que o acompanhariam até seu último texto escrito em 1959 e publicado postumamente em 1960 como introdução à coletânea dos textos de Thomas Hobbes e de Gottfried Wilhelm Leibniz³. O tema em questão é a *interpretação* jurídica, tópico de caráter teórico com implicações práticas que permeou grande parte da obra do autor, constituindo o eixo central que se liga profundamente, por sua vez, com a visão ascarelliana acerca da história do Direito⁴. Como veremos no tópico 03, *infra*, Ascarelli inclui o *desenvolvimento* do Direito como um dos encargos da *interpretação*, situando nela a *historicidade* da fenomenologia jurídica. Neste contexto, atribuir-se-ia ao jurista a responsabilidade de adequar o Direito por meio da interpretação, reconhecendo-se, portanto, a insuficiência do Direito positivo legislado e codificado.

Esta abordagem poderia inicialmente fazer supor que Ascarelli comungava do pensamento dos juristas que se opuseram ao movimento codificador e à chamada *escola da exegese*. O autor chega, inclusive, a aduzir que “a lei apresentar-se-ia mais declaratória que criadora do direito” (Ascarelli, 1945a, p. 60)⁵, em formulação que poderia lembrar a de Savigny (1840, p. 39), para quem a legislação atuaria como *órgão* do Direito do povo [Volksrecht]. Contudo, ao referir-se à polêmica de 1814 entre Thibaut e Savigny acerca da conveniência de uma codificação civil geral para a Alemanha, Ascarelli (1945a, p. 60) afirma que, “na polêmica, que deu celebridade ao nome de Savigny, o jusnaturalista Thibaut ThiThiT é quem, historicamente, esteve com razão”. Acrescenta, ainda, que a “consolidação da nova organização social devia traduzir-se nos códigos”, de sorte que as reservas de Savigny não passariam de expressão da “reação romântica contra a ilustração”⁶.

2 Conforme Bobbio (1964b, p. 416), o primeiro ensaio de “fôlego” de Ascarelli foi publicado em 1925 no *Archivio Giuridico*, nº XCIV, com o título *Il problema delle lacune e l'art. 3° Disp. prel. Cod. Civ. nel diritto privato*.

3 A coletânea em questão reuniu o texto *A dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Law of England*, de Thomas Hobbes, e *Specimen quaestionum philosophicarum ex iure collectarum. De casis perplexis. Doctrina conditionum*, de Gottfried Wilhelm Leibniz, acrescidos da introdução de Ascarelli. Um abrangente comentário acerca deste texto pode ser encontrado em Grondona (2018, pp. 219-244).

4 Sobre a centralidade da teoria da interpretação no pensamento jurídico de Ascarelli, veja Reale 1979, pp. 195-196).

5 Ao *romantismo* da escola histórica, Ascarelli volta ainda outras vezes em seus escritos. Veja, por exemplo, Ascarelli (1957, p. 354, nota nº 2).

6 Em outro trabalho aduz Ascarelli mais sutilmente (1949, p. 85) que seria “errônea a imagem romântica do misterioso espírito popular criador do direito”.

Poder-se-ia, de início, polemizar o enquadramento de Savigny no contexto de uma *reação romântica* contra a ilustração⁷. Todavia, questão de maior importância, para a compreensão do pensamento de Tullio Ascarelli acerca da história do Direito parece residir no uso das expressões *ter razão histórica*, ou seja, ter escolhido acertadamente uma posição em vista do devir histórico; e o *dever de traduzir-se em código* da nova organização social, ou seja, não haveria outro caminho na Europa continental que não a sistematização da legislação na forma do código moderno.

Situamos, então, como problema para a presente pesquisa a investigação acerca do fundamento desta visão no pensamento de Ascarelli. Quais parâmetros poderiam lhe servir para concluir que Thibaut, e não Savigny, teria *razão histórica* e quais outros caminhos além da codificação estariam indisponíveis?

Em resposta, articulamos a hipótese de que o *tempo* é representado na obra de Ascarelli segundo a metáfora da *flecha* direcionada ao *futuro* e ao *desenvolvimento*. O Direito comercial amalgama-se por meio de uma visão teórica multidisciplinar na narrativa otimista da história ocidental, projetando-se como instrumento para os triunfos nos setores da economia e da técnica. Entrevê-se, assim, que ao jurista que *interpreta* o Direito positivo é atribuída uma *missão: desenvolver* o Direito a fim de atender as demandas do *progresso* no sentido do incremento da vida material, associado à simultânea preservação dos valores da liberdade e da democracia.

Para o enfrentamento desta hipótese e por intermédio da obra ascarelliana, olhar-se-á para a história do Direito como uma das manifestações de um fenômeno cultural complexo – o próprio Direito – não com vistas à sua legitimação por meio da história, nem tampouco com o objetivo de *ver através* da historiografia jurídica, a fim de descobrir a *verdadeira* história ali subjacente. O que se pretende é entender Ascarelli e sua abordagem histórica em seu tempo, compreendendo como e por que determinados expedientes discursivos *naturalizaram-se* nele e em seus contemporâneos.

Dentro destas premissas, o desenvolvimento do texto será articulado em três partes. Em primeiro lugar, pretende-se apresentar algumas das questões centrais que permeiam o pensamento de Ascarelli no contexto da reação italiana ao positivismo jurídico, notadamente no âmbito do *idealismo jurídico*. A seguir, visa-se a compreensão da teoria da interpretação segundo o pensamento ascarelliano. E, por fim, discorre-se sobre a representação da história e do tempo em seu pensamento, apontando-se o modo por intermédio de que o jurista serve como *ponte* entre o Direito positivo e a *realidade social* subjacente à sua aplicação, para assim servir a uma determinada visão de *progresso*.

1. Um novo lugar para a hermenêutica jurídica no contexto do idealismo jurídico italiano

A crítica ao positivismo jurídico ganhou corpo nas primeiras décadas do século XX, recebendo, no entanto, roupagens diversas conforme o contexto de seu desenvolvimento. Observa-se o nascimento de vertentes coevas, cujo traço comum reside na percepção do espaço

⁷ Veja por exemplo Rückert (1984) e Behrends (2016).

existente entre o Direito *objetivo*, o Direito como *praticado* na vida em sociedade ou o Direito como *interpretado e aplicado* pelos tribunais.

Um exemplo paradigmático encontra-se já em 1913 na controvérsia travada entre Hans Kelsen e Eugen Ehrlich⁸, que contrapôs, de um lado, uma proposta teórica fundada na concepção do ordenamento jurídico como sistema lógico-formal, enquanto, de outro, a abordagem sociológica com a atenção voltada para o *Direito vivo*. O *social* constituiria, ao longo das décadas seguintes – particularmente entre 1914 e 1968, conforme observa Duncan Kennedy (2006, p. 19) – uma das preocupações centrais do pensamento jurídico, que progressivamente passaria a retratar o Direito como atividade regulatória teleológica – e não como um quadro institucional passivo – com potencial para fomentar a evolução da vida em sociedade em suas diversas esferas⁹.

A *crise* do positivismo jurídico foi marcada na Itália, por sua vez, pelo *idealismo* de caráter *historicista e antiformalista*, tendo como um dos pilares teóricos a filosofia de Benedetto Croce. A partir da abrangente crítica croceana ao campo jurídico articulada sobretudo na *Filosofia della pratica*, orientaram-se pelo menos duas gerações de juristas italianos, tendo Tullio Ascarelli pertencido justamente à segunda delas (Bobbio, 1964^a, p. 415; Reale, 1979, p. 196).

Escapa ao âmbito deste trabalho – que se preocupa com a relação da hermenêutica jurídica com a historicidade do Direito e a dimensão do progresso no pensamento de Ascarelli – a realização de uma revisão completa do repertório idealista de inspiração croceana¹⁰. Não deixa de ser oportuno, no entanto, que nos ocupemos, a seguir, de uma síntese das questões que foram *postas em diálogo* entre Ascarelli e seus contemporâneos. Neste contexto, torna-se oportuno notar que o pensamento de Croce pode ser retratado como catalisador de ideias que, inicialmente formuladas como problemas filosóficos, foram *traduzidas* para o elenco de problemas propriamente jurídicos, possibilitando uma *reconstrução interdisciplinar* que antagoniza o paradigma epistemológico do positivismo jurídico¹¹.

Particularmente, o que nos importa realçar é como a recepção de Croce no campo jurídico esteve na base da formação do *historicismo* que, acoplado à teorização da hermenêutica, caracteriza a obra de Ascarelli¹². Como ponto de partida estaria a redução por Benedetto Croce da fenomenologia jurídica à dimensão *econômica*: se, por um lado, como querem alguns, tal

8 Eugen Ehrlich publicou em 1913 – vinte e um anos antes, portanto, da primeira edição da *reine Rechtslehre* [Teoria pura do Direito] – a sua *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, que recebeu de Kelsen uma resenha crítica no número 39 do periódico *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, em 1915. No exemplar 41 da revista, publicado em 1916, estampou-se uma resposta de Ehrlich, acompanhada de uma réplica de Kelsen. Em 1917, no exemplar 42, publicou-se uma nova réplica de Ehrlich, acompanhada agora de uma intervenção final de Kelsen. Todos os textos da polêmica encontram-se hoje reunidos no volume Vormbaum (2003).

9 Kennedy (2006, p. 20-22) argumenta que tal orientação *social* não teria resultado de uma pura alteração teórico-metodológica na ciência do Direito, mas, sobretudo, refletiria a ascensão de novos agentes políticos que teriam agregado interesses econômicos de atores enfraquecidos frente ao capital; haveria, ainda segundo Kennedy, como preocupação de fundo, a tentativa de “salvar o liberalismo de si mesmo” (p. 38).

10 Para tanto, remetemos à exposição exaustiva de Cossuta (2012).

11 Por outro lado, nota-se que a abordagem filosófica de Croce não se desenvolveu de forma absolutamente apartada do debate jurídico, haja vista seu envolvimento nas polêmicas com Giorgio Del Vecchio e Pietro Bonfante. Cfr. Sciumè (2017, pp. 06-07). Sobre – e também *por* – uma ciência jurídica interdisciplinar no sentido do texto, veja Grundmann & Micklitz & Renner (2015, pp. 01-34) e Auer (2018).

12 Veja o já citado texto de Bobbio (1964a, pp. 414-415): “intanto egli [Ascarelli] fu, dal principio alla fine, con una convinzione che non ebbe incrinature, nonostante il mutar dei tempi e degli indirizzi e la varietà dell’esperienze culturali (dal’Italia alla Francia dall’Inghilterra al Brasile), uno storicista, secondo il verso che lo storicismo aveva preso in Italia per effetto dell’insegnamento crociano. Fu uno storicista coerente: lo storicismo fu la sua passione, la pietra di paragone della validità delle teorie altrui, il criterio ultimo cui ci si appella per sciogliere i nodi più complicati: metodologia e insieme concezione del mondo”.

redução chegaria ao ponto de ameaçar a autonomia do Direito enquanto categoria intelectual¹³, por outro lado, teria destacado a dimensão histórica da experiência jurídica e relativizado a centralidade da produção normativa estatal, estimulando uma “benéfica” revisão da hermenêutica tipicamente positivista, que deixaria de ser tomada como pura aplicação mecânica do texto normativo ao fato (Bobbio, 1964a, p. 415).

Com efeito, o sistema filosófico croceano, organizado a partir da concepção da economia como momento essencial da vida espiritual, subtrai do Estado a centralidade da produção normativa e nega a diferenciação ontológica entre os preceitos estatais e entre aqueles impostos pelo indivíduo a si mesmo. No limite, a observação de uma norma de qualquer natureza restaria dependente de sua apropriação por um “espírito concreto e individualizado”, que, então, individualizaria o preceito normativo para traduzi-lo em verdadeira volição – ou seja, em um querer destinado imediatamente a uma ação. Com isso, se para qualquer efetivação o preceito deve se traduzir em volição concreta e individualizada, conclui Croce que a única *lei* passível de ser *real* é a individual (Croce, 1923, pp. 309-313 e 328)¹⁴.

Croce (1923, p. 321-323) afirma, ainda, a historicidade da lei e a conseqüente negação do Direito natural. Ao prescrever uma classe de atos singulares sempre “invencivelmente limitados”, a lei apresentaria caráter geral, mas não absoluto. Isso implica que a soma de todas as leis eventualmente vigentes em um dado momento não alcança o universal, resultando, portanto, em sua *contingência e mutabilidade*: alterada a situação de fato, torna-se necessário alterar a lei por intermédio da vontade. Por esta razão, não haveria sentido em se falar de uma lei eterna, de uma legislação limite ou modelo, de um Direito universal, racional ou natural¹⁵.

Neste contexto, o Direito não se esgotaria na imposição do preceito abstrato, sendo forçoso aos olhos de Croce reconhecer que, para a efetivação da lei, resultante de volição abstrata e, portanto, imperfeita, seria necessário agregar a volição concreta e individualizada. Assim, a atividade legislativa – decorrente da *vontade que quer uma classe de ações* – restaria diferenciada da atividade propriamente jurídica, ou seja, a atividade de dar efetividade ao preceito legislativo (Croce, 1923, pp. 347-349).

13 Cfr. Para Cossuta (2012, p. 23-24), a manualística parece muitas vezes preferir tratar desta “ameaça” ao campo jurídico a enfrentar a aberta teorização da interpretação criativa no âmbito do idealismo jurídico. Sciumè (2017, p. 06-07) argumenta, por sua vez, que as raízes da afirmação no pensamento croceano acerca da pretensa superioridade da filosofia e da abordagem “sistematicamente crítica” ao Direito e seus intérpretes encontram-se na ideia de que a liberdade não poderia ser definida ou compreendida confiando-se nas instituições liberais, mas a partir do “espírito liberal”, ou “gênio liberal”, que as vivificaria. Com isso, Croce julgaria como uma *pseudo-história* a história do Direito construída a partir da série de abstrações que seriam os institutos concebidos pelos juristas. Reale (1979, p. 197), neste contexto, observa que, a rigor, o pensamento de Croce jamais teria promovido uma subordinação *stricto sensu* do Direito à economia, já que, no pensamento croceano, o termo *economia* designaria “qualquer manifestação da vida prática visando a um fim existencial”, definindo os contornos, assim, da “interdependência” entre a normatividade jurídica e a experiência prático-econômica que viria a constituir o marco da obra de Ascarelli.

Todavia, observe-se que, de fato, como veremos abaixo, Croce (1923, pp. 347 e ss) diferenciava a atividade legislativa da atividade de execução da lei, a que ele denomina como atividade jurídica. Segundo o autor, a atividade legiferante poderia assumir o caráter tanto prático quanto moral. A atividade jurídica, por sua vez, consistiria em atividade essencialmente prática, obedecendo princípios econômicos e éticos.

14 Recorde-se que o autor parte da noção de lei definida como “ato volitivo que tem por conteúdo uma série ou classe de ações” (Croce, 1923, p. 307).

Seguindo em seu raciocínio, Croce aduz que entre um preceito normativo social e um preceito jurídico não haveria, rigorosamente, diferença ontológica, de modo que qualquer distinção quanto à natureza da *Magna Charta* inglesa, do estatuto da máfia siciliana ou da “Camorra” napolitana, da *regula monochorum* de São Bento, entre outros exemplos, seria puramente arbitrária (p. 315). Não deixa de ser interessante notar que esta abordagem, que conclui pela indiferenciação entre a normatividade estatal e aquela advinda de outras organizações sociais, veio a ser, nas décadas seguintes, desenvolvida pela teorização acerca do *pluralismo jurídico*, já não mais a partir da perspectiva filosófica, mas da sociologia e da antropologia. Veja-se, como exemplos: Griffith (1986) e Moore (1973).

15 Croce (1923, p. 324) indica, neste passo que, sob as vestes de Direito natural, apresentar-se-iam, por vezes, novos enunciados, reputados melhores que os antigos, retratados esses, então, como não-naturais ou irracionais; por outras, tentativas de superação do contingente e transitório por meio do recurso aos princípios da filosofia prática, desnaturando a lei em ética.

Diferentemente da legislativa, a atividade jurídica seria *concreta e determinada*, e, por isso, idêntica à econômica (Croce, 1923, pp. 350-351). Por esta razão, o Direito apenas seria compreensível ao voltar os olhos ao “espetáculo pleno da vida real e não apenas às abstrações do legislador”. Assim como a história de uma língua apenas poderia ser compreendida a partir das obras que a incarnam – ou seja, a partir da história de sua poesia e literatura – também a história do Direito apenas poderia ser entendida em conjunto com a história política e social do povo, como “história de necessidades e trabalho” (Croce, 1923, p.357).

Transpondo essa ordem de ideias para a teoria do Direito, Max Ascoli pode indicar que “a realidade é violadora de toda norma”¹⁶, trazendo à tona a insuficiência do formalismo interpretativo. A conhecida fórmula de Montesquieu (1819, p. 263), segundo a qual o juiz seria *la bouche qui prononce les paroles de la loi*¹⁷, cede para o reconhecimento de que, nas palavras de Croce (1923, p. 318), o jurisperito a elaborar tipos e regras não seria o legislador. Este, tendo em uma das mãos a espada, apenas daria caráter legal às cogitações daquele.

A teoria hermenêutica de Ascarelli busca articular, precisamente, a tarefa deste jurisperito que, não sendo efetivamente legislador, (re)elabora os preceitos normativos sob parâmetros determinados com vistas à efetivação do Direito.

2. Conceito e função da interpretação jurídica no pensamento de Tullio Ascarelli

A teoria da interpretação pode ser vista como o eixo central da produção intelectual de Ascarelli a partir de 1943, quando o autor publica no Brasil a monografia intitulada *A ideia de código no direito privado e a tarefa da interpretação*. Bobbio (1964b, p. 548) indica que, a partir deste ponto e por um período de quinze anos, as repetições seriam frequentes e a “investigação se desenvolveria em círculos concêntricos em torno de um núcleo de ideias que permanece o mesmo do primeiro ao último texto”.

A análise da produção ascarelliana deste último período de sua vida permite entrever que, em sua concepção, a *interpretação* do Direito positivo é a tarefa por excelência do jurista – embora não seja, em princípio, exclusividade do jurista¹⁸ – encontrando-se nela o *motor* que avança o Direito para alcançar as necessidades do tempo. Poder-se-ia, com Sciumè (2017, p. 10), indicar que Ascarelli, na esteira de Croce, situa a *historicidade do Direito* na interpretação, deslocando a dialética de seu devir do binômio *Direito natural e positivo* para *Direito positivo e Direito interpretado*¹⁹, ou seja, o Direito – para empregarmos uma expressão de Bobbio (1964a, p. 415-16) – adaptado à “realidade histórica em movimento”.

¹⁶ Veja a esse respeito Cossuta (2012, p. 26 e ss); e Rapone (2010, pp. 94-95).

¹⁷ A conhecida formulação encontra-se no livro XI, cap. VI, do *Espirit de la lois*, em que se lê: “Mais le juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n’en peuvent modérer ni la force ni la rigueur” (Montesquieu, 1819, p. 263).

¹⁸ Com efeito, no ensaio sobre a *função econômica e institutos jurídicos*, esclarece Ascarelli (1949, p. 87-88) que intérprete é o teórico do Direito, o juiz, o advogado, o consultante e o próprio cidadão interessado, no exercício de suas atividades cotidianas.

¹⁹ Ascarelli (1945a, p. 79) define a interpretação, justamente, como o “conjunto de regras que presidem esta ‘evolução’ jurídica por via interpretativa e os limites dela”.

Ascarelli (1957, p. 352) parte, então, da premissa de que o objeto a ser interpretado não é a *norma* em si mesma, mas um *texto* ou um *comportamento*. Portanto, a interpretação recai sobre um dado do *passado* – um dado *histórico* – a partir de que, justamente por intermédio da interpretação, formula-se no presente a norma com sua consequente projeção no futuro. Assim, o texto normativo apenas “viveria como norma” no momento da aplicação. Tanto nos sistemas codificados quanto naqueles não-codificados, seriam pressupostos da aplicação do Direito a “conciliação entre passado e futuro” por meio do “trabalho de Sísifo” de (re)formulação da norma jurídica, bem como a superação da equivocidade do texto por meio da interpretação.

A equivocidade, decorrente da possibilidade de se articularem diferentes normas para enfrentamento do caso, determina, por sua vez, que a *escolha* entre os possíveis sentidos atribuíveis ao texto histórico recairia necessariamente nas *valorações* do intérprete. Segundo Ascarelli (1957, p. 353 e 358), tais valorações estariam sempre presentes no momento da aplicação do Direito, ainda que a retórica jurídica faça parecer que as escolhas do intérprete sejam logicamente inevitáveis.

Para existir, a *norma* jurídica demandaria sempre do *ato integrativo* da interpretação, pela qual o *texto* abstrato ganharia *realidade histórica*. Ainda que o trabalho do jurista seja retratado como operação puramente lógico-formal, não lhe seriam estranhas as reconstruções tanto da premissa maior quanto da premissa menor de seu silogismo. De um lado, o jurista se ocuparia da construção ou reconstrução dos conceitos gerais que constituem seus instrumentos de trabalho e, de outro, da tipificação do caso posto sob exame. Necessariamente, o trabalho de interpretação levaria a uma reconstrução da norma que, referindo ao dado histórico interpretado, acarretaria também o seu desenvolvimento²⁰.

Entretanto, o intérprete não exerceria sua função por meio de uma atividade criadora livre. Ao contrário, estaria sempre adstrito aos parâmetros do Direito objetivo e da legalidade. Assim, de modo semelhante a Croce²¹, a noção jurídica de *legalidade* em Ascarelli, entendida como necessária referência ao Direito objetivo para a interpretação da regra e sua aplicação, representaria um ganho da modernidade, relacionado à necessidade de certeza jurídica e, em última instância, à tutela da liberdade individual²². Assim, a demanda por continuidade e coerência em relação ao Direito objetivo resultaria no caráter *declaratório* da interpretação, tanto nos sistemas codificados quanto naqueles lastreados em precedentes, respeitando-se, entretanto, as facetas específicas de ambos (Ascarelli, 1945a, pp. 62 e 90).

Tais necessidades, contudo, não poderiam encobrir a realidade do concurso da interpretação no desenvolvimento do Direito. A *declaratividade* da interpretação – como de pronto se pode intuir – não excluiria o seu caráter criativo. Segundo Ascarelli (1955, p. 763), a interpretação “é e não é o dado interpretado”. Afinal, a técnica hermenêutica seria simultaneamente, como já

20 Cfr. Ascarelli (1957, p. 354) e Ascarelli (1949, p. 88).

21 A despeito de negar a realidade da lei, Croce (1923, p. 334) não nega a sua utilidade. Ao lado das considerações de bom senso, segundo as quais a experiência demonstraria que nenhuma prática seria supérflua quando se tratasse de tutelar o direito, seriam ainda arroladas razões de fundo filosófico: constituindo a lei volição incompleta e contraditória, representaria ela preparação para a volição sintética e perfeita; como volição irreal, serve como auxílio à real. Assim como formulações teóricas, a lei auxilia o pensamento a “se orientar diante do multiforme espetáculo do mundo”.

Para Croce (1923, pp. 338-339), portanto, a lei forneceria uma figura da ação que serviria como ajuda para que o indivíduo prático possa se confrontar, caso a caso, com a situação concreta, percebendo a sua originalidade e, assim, produzindo uma ação própria. Entretanto, tomar a lei como único critério para ação – desconsiderando-se, assim, os espaços não preenchidos por seus preceitos abstratos – retiraria os princípios práticos da economia e da ética do processo de volição individual, redundando-se em arbítrio.

22 Cfr. Ascarelli (1945a, p. 76) e Ascarelli (1949, pp. 88 e 107).

anotado, uma “construção e uma reconstrução”, que ao explicar, desenvolver e restringir, remete constantemente ao dado interpretado, mas sempre alterando sua substância.

Ascarelli destaca que, seja em razão das lacunas no Direito objetivo (Ascarelli 1945a, p. 72-74), seja em função da mutabilidade da vida que impõe ao Direito novas necessidades (Ascarelli 1945a, 1947, 1969), seja em função da chamada *inércia jurídica* (Ascarelli, 1945b, pp. 101-103), o intérprete é constantemente chamado a contribuir para o *desenvolvimento* do Direito. Por esta via, sua atividade assume um caráter híbrido, surgido da combinação de dois aspectos complementares: a *continuidade do desenvolvimento* do Direito demanda atuação *criativa* do jurista para adaptação do Direito à realidade, ao passo que a exigência da *declaratividade* garante a preservação do Direito positivo.

Uma demonstração exemplar desta articulação bifacetada do pensar tipicamente jurídico foi encontrada por Ascarelli na atuação de Pórcia, personagem do *Mercador de Veneza*, de William Shakespeare. A personagem shakespeariana consubstanciaria o ideal da atividade do intérprete, uma vez que, sem qualquer *apelo revolucionário* que negasse o Direito positivo ou mesmo a validade do próprio pacto, consegue por meio da interpretação reduzir a nada o efeito do acordo firmado por Antônio. Com isso, a exigência moral que condena o pacto resta resolvida por intermédio da técnica jurídica, *conservando-se* a integridade do Direito positivo²³.

A dualidade entre o Direito objetivo e o Direito posto em atualidade histórica pelo intérprete encontra expressão nos binômios em torno dos quais Ascarelli comumente constrói seu discurso: *história e consciência, criatividade e continuidade* e, sobretudo, na perene tensão entre *estrutura e função*. No espaço aberto pela naturalmente imperfeita correspondência entre a *estrutura* formal e a *função* efetivamente assumida pelo instituto jurídico na vida em sociedade, encontra-se a fisiologia dual da experiência jurídica, cuja recomposição e unificação constituiria a tarefa do jurista (D’Urso, 2013, p. 162).

O permanentemente observável contraste entre *estrutura e função* redundaria na *circULARIDADE* do trabalho do intérprete em relação ao ordenamento: a solução para o caso concreto deve ser coerente e conservadora do sistema pré-constituído devendo, para tanto, respeitar a *declaratividade* da interpretação. No entanto, o jurista atuaria ao mesmo tempo como *viva vox juris*, como agente sensível à equidade e catalisador dos novos valores de seu ambiente; valores estes que se integrariam ao sistema pela interpretação e pela aplicação do *corpus iuris* pré-constituído, que, então, restaria renovado (Ascarelli, 1949, p. 89).

Neste processo circular, os conceitos jurídicos seriam utilizados como *instrumentos heurísticos* que viabilizariam a conciliação do Direito positivo com a realidade social sem rompimento de sua continuidade e coerência lógica (Ascarelli, 1945, p. 84; 1949, p. 88). As valorações e orientações da dogmática não refletiriam, portanto, uma *realidade* normativa abstrata antecedente – uma *fotografia* de um dado unívoco – mas *instrumentos, vetores*, para o *desenvolvimento* do Direito, ou seja, para a (re)formulação das normas com a finalidade de solucionar novos casos (Ascarelli, 1957, p. 354-355).

A interpretação, portanto, estaria longe de constituir um mero expediente cognoscitivo. Se, por um lado, Ascarelli concede que seria inútil negar a prevalente posição do Estado moderno como agente produtor da regulação jurídica, por outro, seria inapropriado ignorar a função

23 Veja Ascarelli (1955, pp. 762-763). No mesmo sentido, Ascarelli (1949, p. 88, *in fine*) e Ascarelli (1945a, p. 84). A atuação de Pórcia fora retratada por Benedetto Croce como “rebelião engenhosa contra a lei injusta” (Croce, 1923, p. 342).

criativa da interpretação. Com seu caráter híbrido, ao mesmo tempo criadora e conciliadora, a interpretação conciliadora não apenas o Direito objetivo com a realidade social, como também o Direito legalmente vigente com aquele socialmente vigente – esta última tarefa não é apenas realizável pela abordagem sociológica, como também é pela hermenêutica (Ascarelli, 1949, p. 106-107).

Com isso, segundo Ascarelli, observar-se-ia no curso da história o surgimento de mais uma dicotomia, desta vez estabelecida entre *Direito comum* e *Direito especial*, com base na *equidade*. Desta natureza seriam os binômios *ius civile* e *ius honorarium*, no direito romano antigo; *common law* e *equity*, no Direito inglês; e, finalmente, Direito civil comum e Direito comercial, sendo o segundo produto histórico de novas exigências de natureza social e econômica que não poderiam ser satisfeitas pelo primeiro (Ascarelli, 1945a, pp. 70-71; 1947, pp. 13-14)²⁴.

3. A história contida na teoria da interpretação ascarelliana

Como se nota a partir da exposição contida no tópico acima – e como bem observa D’Urso (2013, 170-171) – Ascarelli apresenta uma teoria sobre a interpretação que não é claramente definida ou plenamente sistematizada do ponto de vista da estrita técnica jurídica. O que fica óbvio, a partir de sua abordagem, é a negação do caráter puramente dedutivo da atividade interpretativa em favor do reconhecimento de uma hermenêutica criativa que incorpora em si a historicidade do Direito.

Com isso, uma dada compreensão da história, acompanhada de determinada representação do *tempo*, deixaria o campo puramente historiográfico para orientar imediatamente o próprio desenvolvimento do Direito. Em Ascarelli, segundo a nossa hipótese, o jurista como agente que idealmente interpreta e aplica o Direito teria uma tarefa que não lhe é dada unicamente a partir da teoria da interpretação, a que dedicamos o tópico antecedente. A *missão* do jurista-intérprete é integrada por elementos externos ao campo jurídico, justamente por uma dada representação do tempo e da história.

Portanto, se o *historicismo* ascarelliano fora colhido de Croce, sua orientação histórica – que, por meio da hermenêutica, imiscui-se imediatamente na forma como o Direito se transforma – obedeceria explicitamente ao paradigma *modernizante*, em que a noção de *tempo físico*

é transposta para a formação de um *tempo histórico abstrato e uniforme*, cujo *fluir independe de*

24 Note-se que neste contexto *equidade* não se confunde com *justiça do caso concreto* ou *regra de direito social em contraposição ao estatal*, mas o “emergir (...) de novos valores e novos princípios”, invocados, primeiramente, *supplendi vel corrigendi gratia*, mas que, eventualmente, deixam se ser soluções consideradas excepcionais para serem sistematizadas como Direito especial. Com isso, a *equidade* se apresentaria “como afirmação efetiva de novas normas que, mais chegadas à consciência atual, são consideradas equitativas em confronto com aquelas tradicionais, mas que também têm um caráter geral e acabam por se afirmar como tais no desenvolvimento histórico do Direito até que sejam sancionadas como princípio geral, tal qual se deu com o ‘Judicature Act’ inglês de 1875”. Cfr. Ascarelli (1999, pp. 237-238).

valores e experiências de diferentes grupos e tipos de atividades (Assmann, 2013, pp. 47-48)²⁵.

A ordenação temporal, tripartida em *passado*, *presente* e *futuro*, é conhecida e utilizada desde a antiguidade. Sob o *paradigma moderno*, entretanto, sobrevém a interpretação cultural de cada um destes tempos. Ou seja, nesta perspectiva é nova a caracterização do futuro como o campo do planejamento, da provisão, da especulação, da permanente renovação e transformação; do presente, como o tempo da ativação dos sentidos e mobilização da atenção; e do passado, como aquilo que por meio do presente se transformou, tornando-se obsoleto, inatural (Assmann, 2013, pp. 75-76).

Com a rígida separação conceitual entre *passado*, *presente* e *futuro*, desenvolve-se uma nova concepção da história, ou melhor, articula-se uma *mitologia* da história, particularmente da história ocidental. Seguindo o curso – agora feito *natural* – do tempo, partindo do passado em direção ao futuro, a história *avança* em um sentido e, por isso, não se repete. Quem se ocupa da história, ocupa-se exclusivamente do passado, perdendo a sua dimensão prospectiva (Assmann, 2013, p. 78; Koselleck, 2020, p. 322).

Além de que, a perspectiva da fluidez universal do tempo, cujo ritmo independeria de experiências e valorações, constitui uma tábua para a comparação entre eventos cronologicamente simultâneos, mas culturalmente assíncronos²⁶. Isso permite a *singularização* da história que, então, tendendo a assumir o ponto de vista da história ocidental, converte-se em *narrativa* de *avanços* e *progressos*. Verifica-se o impulso à comparação *progressista*, uma vez que opções culturais, tais como a democracia e a economia de mercado, são afirmadas como valores (Assmann, 2013, p. 81)²⁷.

A partir desta brevíssima, mas para fins do nosso argumento, essencial articulação acerca da ordenação temporal moderna, reavaliemos a crítica desferida por Ascarelli ao pensamento de Savigny, a que referimos na introdução a este estudo. Ao aludir à *inevitabilidade da codificação* ante o *progresso*, Ascarelli não problematiza diretamente a doutrina de Savigny, mas o suposto *espírito de reação* nela contida: seria inútil e contraproducente reagir ao sentido da história tal como Savigny teria feito na polêmica de 1814.

Assim, além de incorporar o regramento de uma nova ordem jurídica completa e definitiva, o código simbolizaria e sistematizaria as “conquistas da ilustração” no sentido da democratização e da racionalização do direito, entendidas por Ascarelli como reformas necessárias. Estaria garantida, assim, a certeza jurídica por meio da simplicidade do sistema e da fácil previsibilidade da solução a ser adotada (Ascarelli, 1945a, pp. 62-63).

Neste e noutros exemplos distribuídos na obra ascarelliana, pode-se entrever repre-

25 A reforma, por um lado, a afirmação do Estado nacional, por outro, associaram-se, conforme Koselleck (2020, pp. 25-28), na eliminação da função unificadora que a escatologia cristã associava à igreja romana e ao sacro império: o futuro não mais se projeta como expectativa do *fim dos tempos*, mas entra no horizonte do cálculo político e mostra-se à experiência humana como abertura para um *novo* tempo – um *novo* tempo que *se reconhece como novo* e diverso do passado. Ao menos desde a paz de Vestefália, teria restado evidente que, no concerto europeu, a conservação da paz se tornara incumbência dos estados territoriais. Neste contexto, nem o *grande fim do mundo*, nem os *muitos pequenos fins* pareceram afetar o transcorrer das coisas humanas. No lugar do esperado *fim dos tempos*, abriu-se, com efeito, um outro tempo, que permitiu voltar-se os olhos ao passado para caracterizá-lo como *idade média*.

26 Koselleck (2020, p. 325) fala da “Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen”.

27 Como paradigma científico, tal estruturação do tempo e da história – inclinada à modernização e tematicamente centrada em padrões socioeconômicos – prevaleceu até às últimas décadas do século XX, quando, em crise, passa a ceder espaço, notadamente a partir dos anos 1980, para as abordagens centradas em três conceitos centrais: cultura, identidade e memória. Cfr. Assmann (2013, p. 288 e ss); Conrad (2006); e Lorenz (2013).

sentada essa visão de história. Isso implica, como já mencionado e segundo nossa hipótese, não apenas a articulação de uma particular representação da história do Direito, mas em uma determinada orientação para a hermenêutica jurídica e, conseqüentemente, para o sentido da transformação do Direito vigente.

Com efeito, nota-se que o Direito especial – notadamente o Direito comercial neste caso – é apresentado como uma *contínua cumulação de conhecimento jurídico*²⁸, cujo desenvolvimento redundaria, em regra, na *superação* de obstáculos impostos ao *progresso* em vista dos insuficientes instrumentos jurídicos oferecidos pelo Direito comum. O Direito comum, por sua vez, é regularmente caracterizado por Ascarelli como direito *tradicional*, cujas soluções estariam aquém das novas exigências, estimulando o nascimento de uma regulação especial por meio do trabalho dos juristas. O aparecimento do Direito comercial, na Baixa Idade Média, seria um demonstrativo deste processo, precisamente no momento do aparecimento de demandas econômicas “assentes na liberdade de iniciativa e concorrência num mercado livre” do capitalismo então nascente (Ascarelli, 1945a, pp. 70-71; 1947, p. 22).

Segundo o modelo adotado por Ascarelli, novas necessidades constituiriam determinantes para o surgimento do Direito especial – exemplos históricos recorrentes em sua obra são o próprio direito comercial, o *ius honorarium* romano e a *equity* inglesa. No entanto, as inovações surgidas como exceção tenderiam a serem incorporadas ao direito comum com o progresso da sociedade (Ascarelli, 1945a, p. 71; 1947, pp. 29-30).

Neste contexto, retrata-se a criação de determinadas ferramentas jurídicas como uma etapa necessária para o pleno alcance de finalidades econômicas associadas ao progresso. A história segue um curso determinado e linear, em que determinados percalços se apresentam ao Direito para o atingimento de um fim. As alternativas concorrentes – como a manutenção do sistema do Direito romano comum em lugar da codificação – são excluídas e desvalorizadas frente às soluções que prevaleceram.

É o que se observa, por exemplo, no tocante à apresentação da construção da figura do título de crédito. Recorde-se que, para Ascarelli (1947, pp. 33-34), o processo de objetivação que possibilitou a circulação creditícia é abordado como o resultado de uma “árdua caminhada”, ao longo da qual importantes “dificuldades foram vencidas” para superação de alguns conceitos do Direito comum. A criação dos títulos de crédito, resultado da referida objetivação, seria relativamente tardia já que seria inconcebível “fora de uma sociedade de economia complexa e desenvolvida” (Ascarelli, 1969, pp. 03-04), observando-se, em seu pensamento, um paralelismo entre o *progresso técnico* e o *progresso jurídico*.

Note-se, assim, que o autor posiciona o Direito comercial sempre à frente do Direito civil comum quanto ao nível de seu *desenvolvimento*, pois o Direito comercial estaria em melhor sintonia com as necessidades de modernização. No limite, esse fato poderia fazer supor que, em Ascarelli, o Direito comercial tenha surgido como parte de um programa de modernização.

Tanto que o autor formula a hipótese de que, quando o código civil for “mais novo” que o código comercial, tenderia ele a ser mais “comercializado” que o próprio código comercial, como seria precisamente o caso brasileiro (Ascarelli, 1947, p. 40). Como consequência e ao contrário do que se observara na Europa, seria possível verificar uma tendência de expansão

28 Veja-se no Panorama do Direito comercial: “o Direito comercial, no decurso da sua evolução histórica, continuamente amplia o seu campo de aplicação”. Ascarelli (1947, p. 34).

do campo de abrangência regulatória do código civil para o campo do direito comercial. Esta aparente “*civilisation du droit comercial*” seria, ao contrário, “uma confirmação da *commercialisation du droit privé*”, conforme a conhecida expressão cunhada por Georges Ripert. Isso porque tal inversão da tendência histórica decorreria, justamente, “da maior modernidade e, releve-se a expressão, da maior comercialidade do código civil”, demonstrando-se, assim, a prevalência interpretativa no direito privado da “norma mais moderna”²⁹.

Entrevê-se, com isso, a associação da *modernidade* da regulação jurídica com a sua posterioridade cronológica: o transcurso do tempo traria consigo o melhoramento e a melhor afinação entre as soluções jurídicas e as necessidades sociais. Deste modo, o retrocesso não está contemplado na estruturação histórico-temporal da abordagem jurídica ascarelliana.

A linearidade do progresso no pensamento de Ascarelli explicita-se também – talvez de forma ainda mais clara – fora do âmbito jurídico-dogmático. Com efeito, em sua *Apresentação do Brasil*, Ascarelli (1952, p. 62) aponta a *livre iniciativa* associada à desconfiança pelas intervenções burocráticas como o “único caminho pela qual a riqueza, agora potencial, do Brasil – às vezes chamado de país do futuro – poderia ser transformada em riqueza atual (...)”³⁰. Arriscando-se a reduzir “todos os problemas a um só”, o autor os resume como a “instauração de uma economia de capitalismo livre no país, entendida como meio para um aumento geral da riqueza e do nível de vida (...)” (Ascarelli, 1952, p. 62-63).

Ascarelli (1952, p. 64) apresenta o capitalismo coberto com o manto da neutralidade, aduzindo que a chave para sua compreensão está em encará-lo como um “sistema técnico de produção, capaz de proceder à industrialização, oferecendo a todos um nível de vida mais elevado do que poderiam oferecer outros sistemas, numa atmosfera de liberdade política e civil que supere os traços das desigualdades feudais”³¹.

Assim, associando-se a teoria da interpretação jurídica com a visão de história nutrida por Ascarelli, extrai-se um sentido para a tarefa do jurista, conforme reiteramos até aqui. Se por intermédio da interpretação e aplicação da norma o jurista *desenvolve* o Direito, tal desenvolvimento tem propósitos que ultrapassam a necessidade de melhoramento da disciplina jurídica considerada em si mesma. O jurídico, em Ascarelli, está em contínua interpenetração com o social e o econômico, devendo *avançar* para a viabilização do *progresso*. *Progredir*, neste contexto, implica a criação e aperfeiçoamento de ferramentas que sirvam ao sistema capitalista, com respeito pelos valores da democracia, da liberdade individual e da livre iniciativa.

4. Conclusão

Concluindo esta investigação, acredita-se ter podido confirmar a hipótese inicial de que uma determinada abordagem histórica, na obra de Tullio Ascarelli, implica a modulação da tarefa do jurista e a projeta para além do âmbito do Direito. Isso ocorre, pois, situada a historicidade do Direito na interpretação e reconhecido o caráter simultaneamente declarativo e

29 No mesmo sentido, Ascarelli (1949, pp. 100-101).

30 Como cediço, o epíteto *país do futuro*, referida por Ascarelli, origina-se no livro de outro europeu que buscara refúgio no Brasil ao longo dos anos do nazi-fascismo e da Segunda Guerra Mundial: *Brasilien: ein Land der Zukunft* foi o título do livro escrito pelo austríaco Stefan Zweig, publicado em 1941, a partir de sua própria experiência como imigrante no país.

31 T. Ascarelli, *Apresentação*, cit., 64.

criativo da hermenêutica, o jurista ocupa-se, durante o manuseio do enunciado normativo, não de uma atividade puramente mecânica, mas do próprio desenvolvimento da regulação jurídica.

Contudo, este desenvolvimento não é aleatório. A sua finalidade, ainda que não tenha sido formulada sistematicamente – já que, afinal, a teoria da interpretação ascarelliana encontra-se dispersa ao longo da produção intelectual do autor – é explicitada pela representação da história: a sociedade progride, a economia progride, devendo o jurista oferecer a moldura institucional para o progresso, sem, com isso, descontinuar o Direito objetivo pré-constituído. A história segue, assim, o sentido da modernização, contra a qual não incumbiria ao Direito reagir.

Para avaliar este aporte historiográfico na obra de Ascarelli é necessário, entretanto, escapar à tentação de indicar a insuficiência do *otimismo* no desenvolvimento, hoje em grande medida superado no campo da teoria da história. Afinal, mesmo que se possa constatar a sua inadequação, a visão de história sugerida pelo autor esteve em consonância com o seu tempo³².

No entanto, tomando-se com cautela tal aparato historiográfico, não deixa de ser salutar extrair de Ascarelli a percepção de que história pode ser apropriada em favor de uma teoria jurídica verdadeiramente pluralista e interdisciplinar, cuja configuração metodológica, aliás, ainda em nossos dias pouco ultrapassa o nível de recomendação. Ascarelli, com efeito, por meio da sua investida na teoria da interpretação, apropria-se dos instrumentos que encontra fora do Direito, fazendo com que sirvam a uma ciência jurídica socialmente orientada, ou seja, que não existe para benefício próprio, mas como meio para compreensão de uma sociedade pluralista que contém em si experiências jurídicas diversas – ou que, no mínimo, vivencia o Direito de formas diversas. Assim, para abarcar essas pluralidades, a história é recebida de *fora para dentro* na teoria da interpretação jurídica, sendo *reformulada* e *devolvida* na forma da ciência jurídica, mas servindo a propósitos intra e extrajurídicos³³.

Por fim, cumpre-nos observar que o caso de Ascarelli sugere a imprescindibilidade da história do Direito para a educação jurídica. Não nos referimos – para utilizar uma imagem de um contemporâneo de Ascarelli (De Francisci, 1923, pp. 373-374) – a uma história de museu, cujo desconhecimento não constituiria obstáculo ao exercício da dogmática. Ainda que a história atue como um componente *invisível* da visão de mundo do jurista, um determinado modo de abordá-la sempre influenciará o discurso jurídico em suas diversas manifestações.

Referências

Ascarelli, T. (1945a). *A ideia de código no direito privado e a tarefa da interpretação*. In Id. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado* (pp. 32-98). Saraiva

____ (1945b). *O negócio indireto*. In Id. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado* (pp. 99-175). Saraiva

____ (1947). *Panorama do direito comercial*. Saraiva

³² Para um panorama acerca da teoria da história formulada como teoria da modernização, veja as obras já citadas *supra* na nota de rodapé n° 27.

³³ Compare-se com a seguinte passagem: “[l]a distinzione metodologicamente indispensabile tra il diritto legalmente vigente e quello socialmente vigorante può perciò essere superata in una visione completa del sistema giuridico. Questo superamento non ha solo luogo nella considerazione sociologica, ma ha quotidianamente luogo nell’interpretazione (...)” (Ascarelli, 1949, pp.106-107).

- ____ (1949). *Funzioni economiche e istituti giuridici*. In Id. *Saggi giuridici* (pp. 83-107). Giuffrè
- ____ (1952). *Apresentação do Brasil*. Sal
- ____ (1955). *Antigone e Porzia*. In *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 23(03), pp. 756-766
- ____ (1957). *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*. In *Rivista di diritto processuale*, 12(01), n° 1, pp. 351-363
- ____ (1969). *Teoria geral dos títulos de crédito* (2ª ed.). Saraiva
- ____ (1999). *O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado* (trad. port. Comparato, F. K.). In *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, 37(114), pp. 237-252
- Assmann, A. (2013). *Ist die Zeit aus den Fugen? Aufstieg und Fall des Zeitregimes der Moderne*. Hanser
- Auer, M. (2018). *Zum Erkenntnisziel der Rechtstheorie: philosophische Grundlagen multidisziplinärer Rechtswissenschaft*. Nomos
- Behrends, O. (2016). Savignys Geistigkeit und der Geist der justinianischen Kodifikation. Fortdauernde Wirkung trotz gravierender neuzeitlicher, nationalistischer und idealistischer Missdeutungen, in: Meder, S. & Mecke, C.-E. (org.). *Savigny global 1814-2014: "vom Beruf unserer Zeit" zum transnationalen Recht des 21. Jahrhunderts* (pp. 25-64). Vandenhoeck & Ruprecht
- Bobbio, N. (1964a). *Tullio Ascarelli*. In *Befalgor*, 19(04), pp. 411-424
- ____ (1964b). *Tullio Ascarelli*. In *Befalgor*, 19(05), pp. 546-565
- Conrad, C. (2006). *Die Dynamik der Wenden. Von der neuen Sozialgeschichte zum cultural turn*. In *Geschichte und Gesellschaft*, caderno especial n° 22 (Wege der Gesellschaftsgeschichte), pp. 133-160
- Cossuta, M. (2012). *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull'interpretazione creativa nella società pluralista*. EUT
- Croce, B. (1923). *Filosofia della pratica. Economica ed etica* (3ª ed.). Laterza
- De Francisci, P. (1923). *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*. In *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 03(04), pp. 373-397
- D'Urso, F. (2013). *Funzione econômica e estrutura jurídica nell'opera di Tullio Ascarelli*. In *i-lex: Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza artificiale Rivista quadrimestrale on-line*, 08(18), pp. 161-187. Acessível em: <http://www.i-lex.it/articles/volume8/issue18/durso.pdf>. Último acesso em 23/12/2020
- Griffith, J. (1986). *What is legal pluralism?*, In *Journal of Legal Pluralism*, (24), pp. 01-55

- Grondona, M. (2018). *Storia, comparazione e comprensione del diritto: Tullio Ascarelli, "Hobbes e Leibniz e la dogmatica giuridica". Un esercizio di lettura*. In Brutti, M. & Somma, A. (org.). *Diritto: storia e comparazione: nuovi propositi per un binomio antico* (pp. 219-244). Frankfurt am Main
- Grundmann, S. & Micklitz, H.-W. & Renner, M. (2015). *Privatrechtstheorie* (vol. 1). Mohr Siebeck
- Kennedy, D. (2006). *Three globalizations of law and legal thought: 1850-2000*. In Trubek, D. M. & Santos, A. (org.). *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (pp. 19-73). Cambridge University Press
- Koselleck, R. (2020). *Vergangene Zukunft: zur Semantik geschichtlicher Zeiten* (11ª ed.). Suhrkamp
- Lorenz, C. (2004). *Wozu noch Theorie der Geschichte? Über das ambivalente Verhältnis zwischen Gesellschaftsgeschichte und Modernisierungstheorie*. In Depkat, V. & Müller, M. & Sommer, A. U. (org.). *Wozu Geschichte(n)? Geschichtswissenschaft und Geschichtsphilosophie im Widerstreit* (pp. 117-143). Franz Steiner
- Montesquieu [C. de Secondat] (1819). *Espirit de la lois*. In *Ouvres de Montesquieu* (t. 1). E. A. Lequien
- Moore, S. F. (1973). *Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study*. In *Law & Society Review*, 07(04), pp. 719-746
- Reale, M. (1979). *A teoria da interpretação segundo Tullio Ascarelli*. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 74, pp. 195-210
- Rückert, J. (1984). *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*. Rolf Gremer
- Savigny, F. C. v. (1840). *System des heutigen römischen Rechts* (vol. 1). Veit und Comp
- Sciumè, A. (2017). *Croce e la cultura giuridica italiana degli anni venti del Novecento*. In *Italian Review of Legal History*, 02, pp. 01-30. Acessível em <https://riviste.unimi.it/index.php/irlh/article/view/12837>. Último acesso em 30/03/2020
- Vormbaum, T. (2003). *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft: eine Kontroverse (1915/1917)*. Nomos

Data de Recebimento: 21/01/2021

Data de Aprovação: 17/05/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

El Derecho en los Tiempos del Totalitarismo

O Direito nos Tempos do Totalitarismo

Law in the Time of Totalitarianism

Sebastian Martin¹

¹ Universidad de Sevilla (Espanha). <https://orcid.org/0000-0003-0142-2611>

RESUMO

Pode a experiência jurídica que os totalitarismos implicaram ser reconduzida a um modelo teórico? É exatamente isso o que se tenta fazer nestas páginas. Centrando-nos principalmente nos casos do Terceiro Reich alemão e da ditadura do General Franco entre 1938 e 1944, mas levando em consideração também o caso italiano, tentamos avaliar algumas características gerais partilhadas pelas ditaduras do período entre guerras. O documento começa por identificar as doutrinas jurídicas e práticas institucionais que abriram o caminho para o advento de regimes ditatoriais. Em seguida, prossegue com o exame da constituição e dinâmica da ordem jurídica totalitária, de acordo com as sugestões metodológicas clássicas de Ernst Fraenkel, Franz Neumann e Otto Kirchheimer: entendê-la como a expressão normativa de um estado dual. Finalmente, como a característica mais reconhecida do totalitarismo, destaca a violência arbitrária exercida contra sujeitos considerados inimigos a fim de purificar a comunidade, tentando apontar as razões pelas quais a violência, de ser normalmente um meio de impor a lei, se tornou na experiência totalitária um fim em si mesma.

Palavras-chave: totalitarismo, ditaduras, Estado dual, cláusulas jurídicas indeterminadas, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, violência política.

ABSTRACT

¿Puede reconducirse la experiencia jurídica que implicaron los totalitarismos a un modelo teórico? Es justo lo que se intenta en las presentes páginas. Centrándose principalmente en los casos del III Reich alemán y la dictadura del general Franco entre 1938 y 1944, aunque teniendo también presente el caso italiano, se procuran suministrar algunos rasgos generales compartidos por las dictaduras de entreguerras. El trabajo comienza identificando las doctrinas jurídicas y las prácticas institucionales que prepararon el terreno al advenimiento de los regímenes dictatoriales. Y pasa después a examinar la constitución y dinámica del orden jurídico totalitario conforme a las sugerencias metodológicas clásicas de Ernst Fraenkel, Franz Neumann y Otto Kirchheimer: entendiéndolo como expresión normativa de un Estado dual. Por último, como el rasgo más reconocible del totalitarismo, destaca la violencia arbitraria ejercida contra los sujetos considerados enemigos con el fin de purificar la comunidad, tratando de señalar los motivos por los que la violencia, de constituir habitualmente un medio con el que imponer el derecho, pasó en la experiencia totalitaria a constituir un fin en sí misma.

Keywords: totalitarismo, dictaduras, Estado dual, cláusulas jurídicas indeterminadas, Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kirchheimer, violencia política.

ABSTRACT

Can the legal experience of totalitarianism be subsumed into a theoretical model? This is exactly what is attempted in these pages. Focusing mainly on the cases of the German Third Reich and the dictatorship of General Franco between 1938 and 1944, although also taking into account the Italian case, we attempt to provide some general features shared by the inter-war dictatorships. The paper begins by identifying the legal doctrines and institutional practices that paved the way for the advent of dictatorial regimes. It then examines the constitution and dynamics of the totalitarian legal order according to the classical methodological keys of Ernst Fraenkel, Franz Neumann and Otto Kirchheimer: understanding it as the normative expression of a dual state. Finally, as the most distinctive feature of totalitarianism, it highlights the arbitrary violence exercised against subjects considered enemies in order to purify the community, trying to point out the reasons why violence, from being a mean to guarantee the observance of law, became a goal in itself in the totalitarian experience.

Keywords: Totalitarianism; Dictatorships; Dual State; Undefined legal clauses; Ernst Fraenkel; Franz Neumann; Otto Kirchheimer; Political Violence.

I. Introducción

Como su mismo título expresa, este trabajo pretende abordar la cuestión del orden jurídico bajo el imperio de los totalitarismos. Procede la puntualización porque tal asunto, aun con evidentes intersecciones, se diferencia conceptualmente de aquel otro que examina la configuración de los Estados en tiempos dictatoriales². Las reflexiones de orden general que aquí van a ser vertidas se basan principalmente en las experiencias alemana y española, las del III Reich y la dictadura del general Francisco Franco, aunque en sus aspectos centrales las considero extrapolables al caso italiano, al que también se hace referencia ocasional. El contenido del presente texto tampoco se corresponde con la descripción somera de cada una de las ramas del derecho (administrativo, penal, laboral...) en el momento dictatorial. Su propósito de fondo es más bien atender a la lógica que aunaba todas esas vertientes jurídicas y al denominador común compartido en este nivel por los regímenes totalitarios europeos de los años 1920 y 1930. Se quiere con ello contribuir a establecer una suerte de tipo ideal del totalitarismo jurídico, con el que se trascienda en algunos aspectos el enfoque de la historia legalista del derecho para atender cuestiones relevantes desde el punto de vista de la historia social y cultural.

Con estos fines, voy a detenerme en tres puntos, para realizar algunas consideraciones conclusivas al final. En primer lugar, examinaré lo que podríamos denominar como “actos preparatorios” del advenimiento de las dictaduras. Contra lo que yo mismo he sostenido en otras ocasiones, infravalorando toda conexión entre la cultura jurídica de la primera posguerra y la erección ulterior de sistemas totalitarios (Martín, 2018: 118), el ambiente cultural promovido desde las ciencias sociales y jurídicas tuvo una cuota decisiva en la llegada y justificación de la barbarie. Una parte nada despreciable de la doctrina de los juristas reaccionó en términos de beligerante confrontación ante los nuevos Estados democráticos y constitucionales como los instaurados en Alemania en 1919 y en España en 1931 (Esteve Pardo, 2019). Contribuían así a conformar una atmósfera espiritual de signo antidemocrático y “antiparlamentario” que en algunos casos propició o normalizó la irrupción de las dictaduras. Más allá de los trabajos de propaganda directa de los regímenes fascista o nacionalsocialista con fines de emulación en el propio país, interesará aquí esta suerte de ecosistema ideológico gestado en las facultades de derecho como elemento preparatorio directo, como acto de colaboración necesaria, con la implantación posterior de los sistemas totalitarios.

En segundo término, nos ocupará la cuestión más ceñida de la producción y fisonomía del *Totalitarian Law*, dejando claro de partida que uno de los signos más distintivos del totalitarismo fue precisamente la ausencia de todo derecho y el imperio de una violenta arbitrariedad, ejercida contra los sujetos considerados enemigos no solo por oficiales públicos, sino también por organizaciones y personas privadas con total impunidad. Pero si esta presencia envolvente de la injusticia –si la evidencia de que los totalitarismos fueron, ante todo, regímenes “de hecho”, y no “de derecho”– es lo más notorio, conviene asimismo detenerse en lo que mejor marcaba la identidad del Estado totalitario, a saber, su naturaleza dual, su peculiar y “extraña

² Atendiéndose aquí a cuestiones más institucionales como el partido único y sus relaciones con el Estado, la reconfiguración de los poderes estatales, el imperialismo exterior o la distribución territorial y administrativa del poder. Trato de suministrar una síntesis didáctica de la silueta de las dictaduras europeas de entreguerras desde esta perspectiva histórico-institucional en S. Martín (2012, p. 547-69). Para la identificación de los elementos definidores de un régimen totalitario me atengo –con las prevenciones que se verán– a la enumeración facilitada por Pietro Costa (2001b, p. 214-5). El presente trabajo, en lo referido a la dictadura franquista, consiste en una sucinta inducción de diferentes investigaciones monográficas que paso a consignar cronológicamente para ahorro de autocitas y para remisión bibliográfica útil al lector interesado: S. Martín (2009a, 2011, 2014, 2015, 2017b).

amalgama de leyes estrictamente cumplidas y arbitraria ilegalidad” (Adorno, 1945, p. 445). Esto nos conducirá a examinar, de un lado, el derecho normalmente cumplido, distinguiendo entre el derecho heredado de los sistemas anteriores y el derecho nuevo puesto en planta por los propios Estados dictatoriales, y, de otro, a apuntar cuáles fueron los puntos de fuga o las vías de escape, registradas en el propio derecho positivo, que permitían los abusos de poder y la dominación arbitraria sobre los demás.

En tercer lugar, nos demoraremos en la cuestión nuclear de la violencia como rasgo estructural de los totalitarismos. En un principio se diría que los movimientos fascistas la adoptaron como recurso habitual, no solo ni principalmente por motivos de épica antiburguesa, sino por considerarla el medio más eficaz de conquistar el poder y reconstituir una comunidad política fracturada. Se apreciará entonces por qué razón la violencia totalitaria no pudo lograr el propósito que se marcó y por qué el tipo de comunidad que preconizaba implicaba más bien la perversión de cualquier forma genuina de vida comunitaria.

Se lanzarán, por último, algunas conclusiones sobre la acuciante cuestión del auge global de las derechas extremas y ultranacionalistas. ¿Estamos condenados a revivir la destrucción de la democracia parlamentaria? ¿Volverá de nuevo la forma dictatorial a imprimir su diseño en los Estados actuales? Interrogantes como estos serán abordados con suma brevedad para concluir la presente contribución.

II. Actos preparatorios

Parafraseando lo que Theodor W. Adorno indicó respecto de la “cultura musical alemana”, y extendiendo su diagnóstico a la cultura jurídico-política y al mundo del derecho en general, debemos abandonar de entrada una imagen ingenua muy difundida: que el derecho y su doctrina en los tiempos totalitarios representan exclusivamente la consecuencia de una “invasión política” en el recinto jurídico que se sirvió de “la fuerza y la violencia” (*ibíd.*, p. 434). Las armas no fueron las que sembraron toda la retahíla de giros ontológicos e irracionalistas que confirieron su sello propio al discurso de los “juristas de cámara” de las dictaduras³. Existen, por el contrario, evidencias de que el totalitarismo combinó, reordenó, instrumentalizó y llevó a su consumación tendencias ya latentes en la reflexión jurídico-liberal anterior⁴. Jugando de nuevo con palabras de Adorno referidas a la “cultura alemana”, podríamos afirmar que una parte de la cultura jurídica europea de las primeras décadas del siglo xx “suspiraba ya por su Hitler” (Adorno, 1944, p. 63). El “huevo de la serpiente” estaba anidando en los tiempos anteriores al totalitarismo.

Hubo numerosos fenómenos previos a las dictaduras que propiciaron su arranque y marcaron su fisonomía. Se ha tenido presente el “embrutecimiento” generado por la Gran Guerra y la “cultura de violencia” que promovió⁵, auténtico mal de las sociedades europeas de entreguer-

3 Tomo la atinada expresión de Bernd Rüthers (2016), investigación encargada de desentrañar los pliegues de tal razonamiento. Una temprana disección crítica en este mismo sentido se puede encontrar en Herbert Marcuse (1934, p. 8-10 y 19).

4 Lo hizo hasta con la propia idea del “Estado de derecho”, enfrentada de manera simplista a día de hoy a las inclinaciones institucionales de signo autoritario: sobre esta instrumentalización, vid. el clásico de Pietro Costa (1986, p. 405-6), *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, 405-6. Subrayaba bien pronto las continuidades sin restar importancia a la novedad totalitaria H. Marcuse (1934, p. 21-23).

5 Vid. P. Costa (2021). Véase asimismo la completa visión panorámica de Richard J. Evans (2018, p. 101 ss.), el acercamiento histórico-cultural de Philipp Blom (2016, p. 102 ss.) y, sobre todo, la obra inaugural de George Mosse (1990).

ras –desgarradas en sus extremos por confrontaciones banderizas–, que terminó trasladándose al campo de las instituciones. Bien conocidas son las corrientes antisemitas, racistas e imperialistas ya circulantes en el cambio de siglo (Costa, 2001, p. 405 ss.; Evans, 2018, p. 53 ss.), y, mucho más importante, el ejercicio del poder de una forma absolutamente desreglada, ajena a todo límite jurídico protector de la vida ajena, que ya se había experimentado por los Estados europeos en sus colonias y en los territorios bajo su dominación, con campos de concentración y prácticas de exterminio colectivo incluidos (Arendt, 1974, p. 181 ss.). Atendidos los rasgos institucionales de esos Estados, resulta asimismo de importancia capital para entender su desprecio congénito de la legalidad el hecho de que la gobernación se canalizase en ellos de forma vertical, autoritaria y predominantemente burocrática, con parlamentos solo decorativos, desprovistos de toda capacidad fiscalizadora eficaz (*ibíd.*, p. 316).

Más desapercibidas pasan hoy las señas de identidad de la propaganda fascista, muy activa en los países europeos y americanos de los años veinte, destinada a abonar el terreno para la instauración de los sistemas totalitarios⁶. Proyectaba esta propaganda una imagen apocalíptica de la sociedad, como escindida por la batalla entre dos cosmovisiones irreconciliables, la que encarnaba el reino de Dios y la que representaba los dominios del diablo, sin posibilidad de mediación racional alguna entre ambas. Se trataba, en suma, de un discurso que, alimentando una situación de paranoia colectiva, recurría de forma martilleante al peligro de una revolución inminente de signo comunista que disolvería la propiedad privada, la familia tradicional, la religión y la comunidad nacional, activando los correspondientes mecanismos defensivos en aquellos sectores que percibían en esta trama institucional la única garantía para la supervivencia colectiva⁷.

A este tipo de propaganda debe agregarse la estrategia cultural del “regreso a las esencias tradicionales” desplegada por los grupos nacional-conservadores. Anclaban en tres fenómenos psicológicos bien extendidos. Por un lado, la creciente alienación sentida ante la racionalización económica, la automatización laboral y la burocratización del Estado. Frente a la *ratio* impersonal y deshumanizadora del capitalismo y la burocracia, se esgrimía interesadamente, a modo de respuesta compensatoria, una *irratio* atávica, sustancialista y comunitaria, que tan solo lograban capitalizar las fuerzas nacionalistas. Por otro lado, y apuntando en sentido similar, estaba la difundida impotencia experimentada ante la crisis económica y sus devastadoras consecuencias –vividias como fatalidad natural imposible de remediar–, que avivaba, también a modo de compensación, la necesidad de autoridades fuertes, de personalidades dirigentes enérgicas, y la nostalgia de artefactos protectores colectivos ya periclitados. Y, por último, debe mencionarse la complejidad aumentada de la vida moderna, con su acusada diferenciación de los modos de existencia y con su crecida malla inextricable de mediaciones –locales y globales–, que alimentaba deseos regresivos de vuelta a lo objetivo y elemental, los cuales solo podían

6 Es coherente que daten de aquellas fechas los reproches lanzados contra el materialismo ramplón, el cual, ocupado solo del estudio de los procesos económicos, y menospreciando las representaciones como reflejos suyos, descuidó “en su práctica política la estructura caracteriológica de las masas y los efectos sociales del misticismo”, en Wilhelm Reich (1933, p. 17).

7 Y es que propio de la “propaganda fascista” era “atacar más bien a fantasmas que a adversarios reales”: (Adorno, 1946, p. 373). Las proporciones reales del comunismo eran en realidad mucho más modestas: con su mejor cifra en esos años, el KPD alcanzó el 16.9% de los votos y 100 diputados en las elecciones parlamentarias alemanas de noviembre de 1932, y el PCE, integrado en el Frente Popular, solo logró, en febrero de 1936, 17 escaños de los 473 que componían el Parlamento republicano español. Conviene tener presente, también a efectos actuales, que esta propaganda fascista constituía una reacción chillona, hiperbólica y desproporcionada frente a medidas exclusivamente reformistas, que no abolían –pero sí retocaban– el orden institucional tradicional. Resulta en este punto significativo que, ya instaurado el III Reich, fueran calificados de “comunistas” incluso en sede judicial, no los miembros de un grupo definido de “enemigos del Estado”, sino todos los opositores al nuevo régimen con independencia de su adscripción.

satisfacerse –según los revolucionarios conservadores– mediante la recuperación de una comunidad jerárquica, rústica y nacional⁸.

Más allá de estas anticipaciones culturales, interesan aquí las ideas jurídicas y las prácticas institucionales que allanaron el terreno al totalitarismo. Podemos agruparlas en cuatro clases.

1. Comencemos por el orden de las representaciones sobre la sociedad en su conjunto. Proporcionaban la base conceptual y simbólica de todas las construcciones teóricas sobre el derecho. En este plano jugaron un papel preparatorio fundamental las representaciones que transmitían la imagen de la sociedad como una “totalidad” armónica e internamente integrada, negando las contradicciones que la escindían⁹. Su función consistía en conceder un estatuto subalterno, accidental, aparente, nada constructivo, a lo sumo destructivo, a esas tensiones, por su sumisión final a un “todo” original, primero, de carácter unitario y monolítico. El objetivo, planteado contra la democracia pluralista y republicana efectivamente vigente, no era otro que el presuponer que “en la sociedad de clases era perfectamente posible integrar ‘la’ voluntad de la sociedad prescindiendo (por completo) de las relaciones de clase” (Adorno, 1937, p. 17-8). A esta fisonomía respondían en último término numerosas teorías sociales, como la de la “integración” (Martín, 2018, p. 106 ss.), la neoliberal del “interés general”¹⁰ o la neohegeliana de la *Volksgemeinschaft*, donde la totalidad social se hacía coincidir con unos determinados atributos nacionales y raciales (Fernández-Crehuet, 2017). Justo a esta idea de comunidad como totalidad se asoció una doctrina “espiritual” de la representación política, opuesta a la individualista y pluralista propia del parlamentarismo (Leibholz, 1929). Se venía a sugerir que la polémica entre partidos y la división de fracciones parlamentarias imposibilitaba la representación de un cuerpo unitario e integrado, como era el de la “nación” o el “pueblo”, solo susceptible de hacerse presente de modo políticamente eficaz a través de un liderazgo unipersonal y carismático.

2. Prosigamos con las teorías “institucionalistas” y la doctrina que de ellas se infería acerca de los límites morales del derecho positivo¹¹. En efecto, estas teorías –que también podríamos llamar “objetivistas”– contribuyeron asimismo a la lucha contra la democracia y al advenimiento de las dictaduras. Lo hicieron con su defensa de unas formas institucionalizadas de vida (social y nacional) a las que atribuían, con notorias invenciones, un carácter natural y casi eterno, elevándolas a la condición de canon para medir la legitimidad del derecho. Frente al relativismo propio, aunque limitado, del juego y de la legislación parlamentarios, estas teorías oponían el carácter histórico-natural de instituciones como la familia patriarcal y la propiedad privada. Su conservación, incluso mediante tutela judicial, debía primar frente al contenido transformador de las leyes que pretendían socializar la economía u organizar en términos de igualdad el núcleo familiar. La reclamación realizada por sus valedores de un giro político drástico y autoritario, que eliminase las veleidades del parlamento para preservar estas instituciones, también ayudó

8 No hago más que resumir consideraciones que en aquellos años formularon autores críticos como Siegfried Kracauer y Ernst Bloch, y sociólogos conservadores como Hans Freyer. De las primeras me he ocupado con mayor detenimiento en otro lugar (Martín, 2021, p. 697-740).

9 Piénsese en el ejemplo de la filosofía social filomedieval de Othmar Spann, quien, además, no dejó de ser colaborador activo de los movimientos contrarrevolucionarios (Polanyi, 1934a).

10 Me ocupo de esta corriente minoritaria del liberalismo tradicional en la época de la socialización en Martín (2017a, p. 157 ss., 247 ss.). En efecto, y contra lo que una aproximación superficial a aquellos tiempos sugiere, las doctrinas liberales clásicas pervivieron y rindieron provecho autoritario, pues autoritaria y jerárquica era su genealogía (Perrin, 2012). Tras décadas de hegemonía ideológica “demo-liberal”, a día de hoy ya comienza a quedar claro nuevamente que “liberalismo” y “democracia” son tradiciones políticas antagónicas (Laval, Dardot, 2017, p. 18 ss.)

11 Se hace referencia a todas las reflexiones teóricas en torno al derecho, desde el institucionismo católico de Maurice Hauriou o Georges Renard a la *konkrete Ordnung* de Carl Schmitt, que podían inscribirse en el tipo de pensamiento jurídico que el propio Schmitt denominó como “de orden concreto”, por oposición al normativismo formalista y al decisionismo (que él mismo había secundado): vid. C. Schmitt (1934, p. 253-74).

a crear un clima propenso al totalitarismo. Esta colaboración tuvo así un aspecto bien paradójico, pues estos autores, que acusaban al parlamentarismo de “tiránico” por atropellar ese plexo institucional de naturaleza trascendental, alimentaron al final la instauración de la peor de las tiranías.

3. Continuemos con la parte más incómoda, pero no por ello menos presente, del combate librado contra la democracia por las doctrinas jurídico-políticas de signo liberal. Abundaron los autores que denunciaron cómo las Repúblicas intervencionistas, laicas, igualadoras, que trataban de canalizar el conflicto clasista a través de mecanismos de concertación paritarios, atentaban contra los principios clásicos del Estado de derecho liberal, a saber: la igualdad ante la ley, la defensa de las libertades individuales tradicionales (propiedad, contrato, libertad de comercio, seguridad), la soberanía estatal y una supuesta –e históricamente falsa¹²– neutralidad axiológica. La igualdad ante la ley resultaba conculcada por las leyes sociales, que privilegiaban a la parte trabajadora, o por las medidas intervencionistas, que perjudicaban a un sujeto particular, violentando con ello el imprescindible carácter general y abstracto de las leyes modernas. Las libertades tradicionales resultaban menoscabadas por simple ley parlamentaria a través de sus reformas de signo igualitario y democratizador. A la soberanía del Estado se la agredía sustrayéndole el monopolio de la creación y aplicación del derecho, al permitir que los grupos sindicales creasen sus propias normas, aplicadas después por jurisdicciones paritarias. Y contra la presunta neutralidad axiológica se atentaba atrayendo la instrucción pública hacia las escuelas estatales o imponiendo una formación escolar laica, con la sustracción consiguiente a las corporaciones eclesiásticas de la función educativa. No fueron pocos los que, justo antes del ascenso de Hitler al poder o en las mismas vísperas del golpe militar de Franco, se limitaban a reclamar una restauración, por medios dictatoriales o autoritarios, de estos principios del Estado de derecho liberal, para pasar después, desde el primer momento, a engrosar las filas de los juristas totalitarios¹³.

Hasta ahora hemos visto rasgos que se dieron en el campo de las doctrinas sobre el derecho. Conviene respecto de ellos realizar alguna puntualización. Las corrientes que hemos invocado no eran expresivas en sí de una suerte de derecho totalitario *avant la lettre*; conformaban más bien un conjunto de principios teórico-jurídicos ya en circulación antes de la Gran Guerra en redes intelectuales liberal-conservadoras, y reforzados después, tras la conflagración, por el marco filosófico suministrado por autores como Spengler o, finalmente, Heidegger (Keppeler, 2014; Faye, 2018). Desde su irrupción en el debate público durante el cambio de siglo, estas corrientes llevaron hasta su extremo “el modo de conducta en conjunto constitutivo del pensamiento burgués: neutralizar a toda prisa cada paso hacia la emancipación mediante el reforzamiento del orden” (Adorno, 1966, p. 31). Por ese mismo motivo, ya con las repúblicas en vigor, experimentaron una descarada e intensa politización con el propósito de socavar el incipiente parlamentarismo, lo que explica su instrumentalización final por las dictaduras¹⁴. Dicho aparataje discursivo visiblemente sesgado se reveló así como un arma, si no indispensable,

12 Sobra indicar que las políticas de identidad y subjetivación desplegadas por el Estado liberal persiguieron la aculturación uniformizadora y nacionalista de la sociedad a través de la censura, la disciplina policial, el control jurídico-penal del discurso y la imposición reticular de ciertos códigos morales y de conducta (vid. Raphael, 2008).

13 En el caso español destacó el ejemplo del filósofo del derecho más poderoso durante el régimen franquista, Luis Legaz Lacambra. Su parábola desde el liberalismo al totalitarismo quedó plasmada en el juego de dos títulos (Legaz Lacambra, 1934, 1940). Sobre la cultura política derivada de las construcciones doctrinales de los juristas liberal-conservadores devenidos totalitarios, vid. Ferran Gallego (2014).

14 Para el modo en que la historiografía nacionalista de curso corriente en Weimar transmutó en “ciencia de combate nazi”, vid. Christian Ingrao (2017, p. 100-1), sin deseables profundizaciones paralelas en el mundo del derecho pese a estudiar casos de juristas oficiales.

desde luego sí coadyuvante del auge dictatorial, y finalmente como dispositivo legitimador de los nuevos Estados totalitarios.

4. Pero no todo se desarrolló en el terreno intelectual. Vayamos en cuarto y último lugar al orden institucional. Mencionemos aquí al menos tres registros de prácticas que, o bien contribuyeron activamente a la implantación del totalitarismo, o bien no tomaron ni la más mínima prevención para evitarla:

a. En primer lugar, sobresale el problema de la *politización de la justicia*, con efectos perniciosos en todas sus ramas, y debida a la ausencia de una magistratura imbuida de los nuevos principios democráticos y republicanos, o, dicho a la inversa, a la herencia de todo el aparato de justicia operativo en las monarquías imperiales (o en dictaduras corporativas como la española de Primo de Rivera). Las prácticas politizadas buscaron amparo y justificación movilizándolo diferentes argumentos, la mayor parte de las veces pseudojurídicos o puramente morales, con el efecto coincidente de interponer valores supuestamente supremos e inamovibles a la legislación reformista¹⁵. En este plano cabe destacar además la parcialidad manifiesta de los magistrados en los procesos penales incoados por causa de violencia política, con una delatoridad en la persecución de criminales falangistas o nazis que contrastaba con la severidad aplicada a comunistas, anarquistas, socialistas y sindicalistas¹⁶. Resultó asimismo decisiva la neutralización –o incluso la inversión– en sede judicial del sentido originario de la legislación en materia laboral, o en materia civil que afectaba a propiedad, haciendo que leyes en un inicio aprobadas con fines igualadores terminasen teniendo efectos de protección de las jerarquías económicas existentes¹⁷. Y, en un plano ya directamente político-constitucional, cabe citar la dimensión moralista del “test de razonabilidad” aplicado en el control de constitucionalidad, y la defensa de la aplicación judicial directa de principios constitucionales (v. gr. la igualdad ante la ley) como paso expedito para desaplicar leyes de contenido social (Martín, 2017a, p. 566-95). Con estos antecedentes, la justicia proyectaba sobre la sociedad una imagen de poder de clase, ideológicamente sesgado, políticamente parcial, en el que no se podía confiar, y que conformaba un obstáculo a esquivar o a superar si se pretendían llevar a cabo reformas económicas e institucionales de impronta democratizadora.

b. En segundo lugar, cabría aludir a la concepción y la praxis de los estados de excepción como situaciones carentes de toda limitación jurídica, que permitían el atropello de derechos, incluida la vida, no susceptibles en principio de suspensión según la propia letra de la Consti-

15 Se trata de un asunto bien conocido en Alemania, colocado a la luz de la crítica jurídica justo en el momento en que se estaba desplegando: vid. Hugo Sinzheimer, Ernst Fraenkel (1968). Para el caso español solo hemos contado al respecto con apreciaciones incidentales procedentes de la historiografía general o, incluso, con la persistente creencia equivocada de que, a diferencia de la magistratura alemana, la española exhibió “un comportamiento ejemplar desde el punto de vista de la imparcialidad, el rigor, la firmeza y la ecuanimidad de sus resoluciones”, lo que la convertía en “un ejemplo de compromiso con el ordenamiento constitucional y de sometimiento exclusivo al principio de legalidad” (del Hierro, 2018, p. 251). Ha debido esperarse a la reciente tesis doctoral de Rubén Pérez Trujillano (2019) para disolver semejante yerro.

16 Piénsese a este respecto en el famoso informe de Emil Julius Gumbel, *Vier Jahre politischer Mord*, 1922, cuya triste peripecia conozco por Möller (2015, p. 241-44).

17 Tal aconteció, por ejemplo, con la idea republicana de la “comunidad de empresa”, degenerada por intermediación judicial para los trabajadores en “una comunidad de pérdidas, pero nunca de ganancias”, en un boomerang con el que “sabotear la legislación obrera progresista”: (Neumann, 1942, p. 464). Véanse al respecto los trabajos del propio Franz Neumann (1929) y Otto Kahn-Freund (1931, 1932), recogidos en la célebre antología editada por Gianni Arrigo y Gaetano Vardaro (1982).

tución¹⁸. A ello se añadía el problema de la gestión del orden público por parte de fuerzas de seguridad heredadas de sistemas autoritarios, que tendían a concebir el ejercicio de las nuevas libertades constitucionales (de reunión, asociación o manifestación) como graves desórdenes y amenazas a la paz, con la necesidad sobrevenida de una represión desproporcionada y el trato al disidente como si de un enemigo de guerra se tratase (González Calleja, 2014). Si antes veíamos que la magistratura tendía a aparecer como un poder institucional en manos de minorías oligárquicas, cosa parecida sucedía con los efectivos policiales y militares, propiciándose con ello un efecto de extrañamiento de buena parte de la población respecto de los aparatos del Estado, que chocaba con las pretensiones constitucionales de generar una ciudadanía republicana.

Rasgo gravoso de las repúblicas democráticas y pluralistas fue, de hecho, la tensión existente entre la actuación de esos aparatos estatales –no solo de la magistratura, el ejército y la policía, sino también de buena parte de la burocracia– y el orden constitucional. Existió un subterfugio argumental, presente tanto en la cultura jurídica como en el discurso institucional, que trató de legitimar la pervivencia de las prácticas autoritarias de las monarquías imperiales bajo los sistemas constitucionales, exonerando con ello de toda responsabilidad a la deslealtad: la distinción entre el «Estado» como supuesta forma política del ser nacional, a la que se debía obediencia y se le protegía, y la «República», «aberración temporal» ajena a la fisonomía nacional, contra la cual, a fin de derrocarla, cabía toda clase de desprecios (Evans, 2018, p. 133).

c. En tercer y último lugar, debe mencionarse la política económica que en el ámbito interno, así como en el internacional, continuaron practicando las repúblicas democráticas. Por irónico que resulte, pues coincidían en declarar amplios elencos de derechos sociales, predominó en ellas el fundamentalismo del libre comercio, de la estabilidad presupuestaria y la austeridad, y la mínima imposición directa y progresiva sobre la renta, con las consiguientes dificultades para proteger las economías locales, activar políticas redistributivas y, en fin, combatir la profunda desigualdad material existente, al fin y al cabo la principal cesura que desgajaba la sociedad, impidiendo el mínimo de “homogeneidad” socio-cultural indispensable para la subsistencia de la democracia (Heller, 1928).

III. Desdoble estatal

Lo primero que salta a la vista al abordar el objeto del “derecho en los tiempos del totalitarismo” es una paradoja evidente: los regímenes totalitarios se caracterizaron, al menos en una de sus dimensiones centrales, por la suspensión o negación de toda regla o contención jurídica ante la actuación del poder, incluso cuando este ejercicio alcanzaba su expresión más intensa: la facultad para decidir sobre la vida ajena. Como se ha indicado, uno de los orígenes más cualificados del totalitarismo lo encontró Hannah Arendt precisamente en los sistemas imperialistas de gobernación colonial, colocados más allá de toda limitación normativa, donde el dominio de un territorio y el gobierno de poblaciones consideradas diferentes se articulaban a través de un uso sistémico, arbitrario y carente de reglas, de la violencia. En el terreno cultural, los totalitarismos fueron definidos como un “presente dominado por el no-espíritu” (Kraus,

18 Dicha concepción legitimadora de prácticas excepcionales desmesuradas fue sistematizada por C. Schmitt (1924, p. 295 ss.), justificando incluso el bombardeo «con gases venenosos» de la propia población (1921, p. 258). Y no se trató solo de una perversión ultraderechista, sino de prácticas avaladas por el propio Friedrich Ebert, quien abusó del gobierno por decreto y permitió, invocando razones de necesidad, la aplicación retroactiva de normas penales o la legalización “a posteriori” de ejecuciones extrajudiciales, siempre en perjuicio de la oposición de izquierdas (Evans, 2018, p. 115).

1933, p. 77), como la misma “negación del espíritu” (Machado, 1937, p. 258)¹⁹; así, de igual modo, a nivel jurídico deben a mi juicio entenderse, en primer y fundamental término, como regímenes de “no-derecho” –esto es, como regímenes “de hecho”–, y, por tanto, como sistemas en los que imperaba la arbitrariedad y el desprecio consiguiente por la legalidad.

Por ensartar con nuestro título, cabría entonces afirmar que en los tiempos del totalitarismo, en algunos aspectos y momentos fundamentales de la vida pública, no rigió derecho alguno, si por tal entendemos un conjunto de reglas jurídico-positivas enunciadas con claridad y taxatividad, ordenadas según el principio de jerarquía normativa, vinculantes para los poderes públicos en sus actuaciones, susceptibles de tutela judicial cuando resultasen por ellos incumplidas, y capaces, en suma, de estabilizar y generalizar entre los ciudadanos –y entre estos y las autoridades– expectativas mutuas de conducta racional y respetuosa con los derechos²⁰.

Esto nos transporta a una cuestión fundamental, la de las relaciones entre la violencia desnuda y la creación de derecho nuevo, que debemos, sin embargo, dejar aplazada para el siguiente bloque, en el que abordaremos el asunto de las funciones desplegadas por la violencia totalitaria. Detengámonos ahora en la cuestión de la producción y dinámica del orden jurídico bajo los totalitarismos.

En mi modesta opinión, para abordar esta materia sigue sin existir mejor guía que la legada por unos cuantos, bien conocidos autores: me refiero, como el lector habrá adivinado, al breve análisis del fascismo del economista Emil Lederer (1938), al *Behemoth* de Franz Neumann (1942), a las aproximaciones de Otto Kirchheimer (1935, 1941b), y, sobre todo, al decisivo ensayo de Ernst Fraenkel, *The dual State* (1940)²¹, cuyas sugerencias teóricas se hallan en la misma base inspiradora del fundamental estudio de Martin Broszat (1989) y del reciente ensayo de Robert Paxton (2019, p. 206 ss.). Por sintetizar esta aportación, principalmente la del último autor: si los fascismos implicaron siempre, en una proporción nada despreciable de su funcionamiento, un ejercicio arbitrario del poder con fines de dominación social (el *prerogative state* identificado por Fraenkel), no es menos cierto que en sus tiempos rigieron leyes, reglamentos y ordenanzas que, como en el viejo *Rechtsstaat*, protocolizaron los actos de los poderes públicos y determinaron el “everyday law” (Meierhenrich, 2018, p. 3).

Este tipo de constatación nos coloca ante una compleja dualidad como signo jurídico característico de las dictaduras, convergentes en su utilización de la “legalità ufficiale” y del “illegalismo ufficioso” como instrumentos de gobernación de la sociedad (Calamandrei, 2014, p. 6-7). En un extremo de esa dualidad se encontraba la arbitrariedad desatada, la falta de todo límite legal

19 Hoy merece una aclaración el término “espíritu”: preguntándose qué entendía por tal en el contexto de la Guerra de España, Thomas Mann se respondía lo siguiente: “lo espiritual, considerado desde el punto de vista político y social, es la aspiración de los pueblos a mejorar sus condiciones de vida, a hacerlas más justas y felices, mejor adaptadas a la dignidad humana” (Mann, 1937). La razón por la que el totalitarismo pretendió “matar el espíritu y humillar a las almas” la daría Albert Camus: la violencia física no era suficiente, porque el asesinato del “justo” aglutina y fortalece a sus pares “hasta que la fuerza se canse. No basta, pues, con matar al justo, hay que matar su espíritu para que el ejemplo de un justo que renuncia a la dignidad humana desaliente a todos los justos juntos y a la propia justicia” (Camus, 1944, p. 19).

20 Otra cosa bien distinta acontecería si comprendiésemos el derecho como vacua literalidad formal, o bien como conjunto de principios morales verdaderos, de carácter trascendente e invariante, anteriores a todo poder y superiores en cualquier caso a las normas jurídicas positivas, las cuales, para ser legítimas, solo podrían declararlas. Partiendo de una o de otra concepción, pasan más desapercibidas las áreas ciegas del derecho totalitario, e incluso cabe suscribir sus pretensiones legitimadoras.

21 Obra clásica cuya historia intelectual conocemos hoy por Jens Meierhenrich (2018, p. 159-179) y Douglas G. Morris (2020). En un nivel más aproximativo pero igual de lúcido, también señaló la *doppienza* del *illegalismo legale* como signo distintivo de la dictadura fascista Piero Calamandrei (1974, p. 59). Ya subrayó Pietro Costa (2001b, p. 217) la ambigüedad característica del fascismo, que desde sus orígenes –con la “marcha sobre Roma” produciéndose mientras se formaba oficialmente el gobierno– jugó a la doble baraja de la ‘normalizzazione’ legalitaria y de la *minacciosa forza delle ‘squadre’*.

eficaz que contuviese la acción de los gobernantes –muy en especial del dictador–, y la desprotección jurídica plena sufrida por sectores señalados de la población. Entre sus manifestaciones más rotundas podemos contemplar los actos de barbarie cometidos por autoridades oficiales como la policía secreta, pero también por miembros de los sectores privados que apoyaban a los nuevos regímenes (escuadras paramilitares, efectivos del partido único, milicias...), cuya finalidad era el exterminio o el sometimiento social justo de esos grupos, considerados, por motivos raciales o políticos, “enemigos de la comunidad”. Aquí, el derecho, o bien desaparecía por completo, o bien reducía su estatuto al de mera protocolización externa y prescindible del crimen (Peña Freire, 2018). En el otro extremo, sin embargo, hallamos un orden de principios y reglas, fuesen heredados de los regímenes liberal-imperiales, o de las democracias derrocadas, o bien sancionados por vez primera en dictadura, capaces de canalizar el ejercicio rutinario del poder público y de proyectar en la ciudadanía cierta sensación de regularidad y previsibilidad.

Entre un polo y otro se daban formas jurídicas híbridas que, aun expresándose en términos normativos precisos, implicaban la vulneración de los axiomas racionales del derecho, como ocurría al permitir la retroactividad de las leyes penales, al introducir “novedades constitucionales mediante ordenanzas administrativas” (Fraenkel, 1941, p. 35) o al garantizar retroactivamente la impunidad por los crímenes cometidos en nombre de la “revolución” o la “nación” (Evans, 2017, p. 34, 36, 48-9 y 56). Cuando ya no había necesidad de disimulo por haberse estabilizado la dominación dictatorial, el mismo tenor de las disposiciones podía, además, explicitar el propósito de excluir y someter al enemigo. Ahora bien, incluso cuando los contenidos de la legislación totalitaria espanten a día de hoy por su inhumanidad, podían ser recibidos con alivio por sus destinatarios al permitirles al menos conocer cuáles eran los actos criminalizados, capacitándoles así para pronosticar la actuación de las autoridades, como ocurrió, por ejemplo, con las leyes antisemitas de Núremberg (Friedländer, 2009). Tal era el grado de endémica violencia presente en la sociedad.

Creo que todo sistema totalitario se encuentra marcado en términos jurídicos por esa dualidad –entre la arbitrariedad y la reglamentación–, con sus correspondientes formulaciones intermedias²². Lo que distinguiría a los regímenes totalitarios entre sí –y entre las fases de su desenvolvimiento respectivo– sería entonces la diferente proporción en que estos dos momentos –con sus aleaciones específicas– aparecen. El momento de ilimitación jurídica de los detentadores del poder resulta muy ostensible en la prolongada fundación bélica de la dictadura franquista (hasta bien entrados los años cuarenta), así como durante todo el Tercer Reich, pero también estuvo presente en el Estado fascista italiano (Gentile, 1995, p. 44-5; 2002, p. 79-87; Dormagen, 2008) y no dejó de estar latente, y de entrar en acción, en todo el decurso posterior del franquismo (José Babiano et. al., 2018; Martín, 2019a, p. 138-40). Igual acontecía con el otro momento de la protocolización normativa del poder y de las relaciones sociales, siempre presente en cierto grado en todas las dictaduras, aunque –y esto es lo decisivo del totalitarismo– susceptible en todo caso de suspenderse en favor del momento de la arbitrarie-

22 Esta dualidad contó con su reflejo doctrinal en la cultura jurídica. En los tres casos –italiano, alemán y español– se formularon representaciones enfrentadas del nuevo Estado, unas acentuando el momento de potencia estatal desligada de toda norma, otras enfatizando la sumisión del poder a las reglas jurídicas, aunque el hecho de que estas reglas fueran entendidas, con notoria imprecisión y vaguedad, como expresivas de la “conciencia popular”, ya describe un área de confluencia entre ambas corrientes y el propósito de la segunda de defender la posición de los aplicadores del derecho (vid. al respecto Costa, 2001b, p. 243-4, 247 y 249-50 (para *Maggiore vs. Ranelletti*) y 229-33 (para *Forsthoft vs. Koellreutter*) o, para el debate alemán, señalando la ambivalencia desde el arranque, Meierhenrich, 2019, p. 96-145).

dad²³, y enderezado muchas veces a la consecución del fin irracional de refundar la comunidad aniquilando a una parte de ella. Así, por más cabida retórica que tuviesen en las normas unos derechos entendidos de modo “esencialmente ‘privatista’” y limitado, el supuesto “estado de normalidad” que su vigencia definiría se encontraba “siempre listo para ser suprimido por el estado de excepción” (Costa, 2001b, p. 251); y por más seguridad jurídica que el tenor literal de la ley pudiese comunicar, la misma dimensión axiológica del orden jurídico totalitario, los principios teóricos excluyentes en que éste reposaba, solían abrir la puerta por sí solos, mediante diferentes dispositivos, a un ejercicio abusivo, discriminatorio y antijurídico del poder respecto de los enemigos perseguidos.

Vuelve así a resaltarse el carácter definitorio que para las dictaduras de entreguerras tuvo la impune y abusiva arbitrariedad ejercida contra los sectores que caían en el perímetro lábil de la enemistad. Por tal razón se afirmó certeramente que la “constitución” real del III Reich residía en el decreto de excepción “para la defensa del pueblo y del Estado” de febrero de 1933, que suspendió los derechos de los alemanes, implantó una “dictadura” opuesta a los mandatos constitucionales “con poderes ilimitados de soberanía” (Fraenkel, 1941, p. 21-2, 89), se tradujo en la represión inmediata de los comunistas, los socialistas y los líderes sindicales y puso el ordenamiento a disposición permanente de la dirigencia nacionalsocialista.

Teniendo a la vista estos preliminares, el análisis que prosigue habrá de desenvolverse en una doble perspectiva, dejando para el siguiente apartado, como se ha dicho, la cuestión referida a la violencia estructural de los fascismos. Por un lado, se tratará de examinar el orden de las normas que pretendía conformar la estructura central del Estado y cuyo cumplimiento regular garantizaba cierta seguridad jurídica. Por otro, deben detectarse los nexos de unión que soldaban retóricamente la más ilimitada discrecionalidad al plano de la legalidad.

1.a. Situados en el primer nivel, el de las normas jurídicas regularmente cumplidas, lo primero que llama la atención es lo siguiente: a pesar del carácter presuntamente revolucionario de los “nuevos” Estados dictatoriales, subsistió una parte considerable del ordenamiento jurídico anterior, procedente ante todo del régimen liberal, como ocurría con los códigos civiles, mercantiles y procesales, aunque también, en casos excepcionales, de la repúblicas democráticas y sociales recién liquidadas (v. gr. Ley de Contrato de Trabajo española de 1931, vigente hasta 1944).

¿Cómo operaron los regímenes totalitarios con ese derecho heredado, que en cierto modo contradecía sus pretensiones “modernistas” (Griffin, 2010), de inauguración de una nueva era histórica que rompía con todo lo anterior degenerado, sobre todo con el liberalismo y con las democracias sociales? Lo hicieron en dos sentidos complementarios: de una parte, introdujeron cambios en los propios supuestos legitimadores del derecho subsistente; de la otra, alteraron sus funciones, los fines sociales a perseguir con esa legislación recibida.

A modificar las bases legitimadoras del derecho perviviente contribuyó la operación de reescritura masiva del propio pasado histórico (Pasamar, 1991; Chapoutot, 2012). La histo-

23 En esta línea se colocaba la crítica de Kirchheimer (1941a, p. 435-6) a la construcción teórica de Fraenkel: no se trataba solo de reconocer –como el propio Fraenkel hacía– que *the “prerogative” state is far more powerful than the “normative” state*, sino de constatar cómo su omnipresencia y prevalencia –sumada al sistema económico monopolista y burocratizado– alteraban por entero el estatus y funcionamiento rutinario de los aparatos estatales, muy en especial de los judiciales, que de agentes arbitrales de los intercambios privados habían pasado a convertirse en *executive agencies of the government* (1941b, p. 101; vid. asimismo 1935, p. 153). La actuación de estos aparatos resultaba entonces incomprendible, en cualquiera de sus flancos, a través del parámetro de *a calculable rule of law*, por lo que la propuesta dualista de Fraenkel constituía un vano intento de aplicar “doctrinas preciadas, pero anticuadas, a una realidad radicalmente mudada”.

riografía dejó de constituir un saber sometido a discusión racional y corroboración empírica para convertirse en una disciplina militante movida, ante todo, por la fe y por la búsqueda de objetivos legitimadores concretos. En el plano jurídico, esta reinvenición impositiva de la memoria nacional sirvió, por ejemplo, para encajar disposiciones jurídico-privadas burguesas en pasadas costumbres germánicas, o para conectar determinada legislación social con el pasado imperial y colonial español, caracterizado según la doctrina oficial por su vocación de tutela y protección de los colectivos vulnerables.

En este mismo estrato se colocaban las auto-descripciones racistas, nacionalistas, sociales y “revolucionarias” de la sociedad política, inoculadas de manera asfixiante a través de la propaganda, las nuevas liturgias colectivas y los imaginarios sustentadores del poder. Aquí se percibe además en qué consistía realmente la “novedad” doctrinal fascista: en constituir “una singular *concordia discors* entre viscosidades tradicionalistas e impulsos modernizantes, entre nostalgias ‘restauradoras’ y utopías palingenéticas” (Costa, 2001b, p. 218); en ser una amalgama heteróclita capaz de absorber “todas las tendencias intelectuales que no se le oponían de manera directa y articulada, incluso las más contradictorias”, desde “las teorías políticas de un conservadurismo jerárquico” hasta las propias del “activismo revolucionario”. Todas, en efecto, resultaron “fagocitadas por la ideología totalitaria, sufriendo en el proceso cambios que a menudo condujeron a su completa falsificación” (Adorno, 1945b, p. 451-2). Su novedad se cifraba así, no tanto en sus elementos conformadores cuanto en su interesada entremezcla, funcional a un determinado ejercicio del poder, mas también a una concreta aplicación del derecho.

Importancia crucial en este punto, sobre todo en la experiencia franquista, tuvo la instrumentalización de la semántica religiosa tradicional, equiparable en fines a la elaboración pagana de un “culto secular”, de una “religión política” enderezada a la legitimación del Estado y el encuadramiento de sus respectivas poblaciones (Polanyi, 1933, p. 26; Gentile, 1990, 1995, p. 42). Se perseguía en ambos casos que ciertos conceptos y principios susceptibles de elevarse a la condición de “derecho natural” pudiesen servir a determinados intereses políticos de conquista y reproducción del poder. Ahora bien, contemplada retrospectivamente, la presunta reverencia franquista ante la religión apenas podía ocultar su irreligiosa abolición, pues el cristianismo quedaba despojado de toda su dimensión reconciliadora de amor al prójimo e igualdad universal al reducirse a cruda retórica para justificar la liquidación o la asimilación cultural autoritaria del disidente²⁴. Y no era tara solo del franquismo, pues también el fascismo italiano constituyó –según certera definición de uno de sus más lúcidos observadores– una suerte de “catolicismo sin cristianismo” (Heller, 1930, p. 292).

En resumen, con la mutación de la memoria colectiva, la manipulación de la historia nacional, las tautológicas representaciones de la sociedad y la instrumentalización de los valores religiosos, las dictaduras lograban trocar el contexto cultural de vigencia de las normas y, con ello, el sentido mismo de su aplicación. De este modo podían rendir el provecho perseguido por las nuevas autoridades, diverso, cuando no opuesto, al que presentaron en su pasado liberal o democrático.

Se modificaron los supuestos culturales legitimadores del derecho heredado y se alteraron también, como se ha indicado, su función y sus fines. Esta alteración funcional se llevó a cabo con la puesta en relación de las disposiciones recibidas con los nuevos principios políticos

24 K. Polanyi (v. gr. “La esencia del fascismo”, 108, 112; “Fascismo y cristianismo”) subrayó con insistencia esa contradicción esencial de los fascismos y “los Evangelios”.

que informaban las dictaduras: catolicismo, nacionalsindicalismo, comunitarismo jerárquico, racismo...

Un ejemplo elocuente de transformación del sentido de un mismo principio entre un régimen y otro fue el de la vinculación de los jueces a la ley (Loewenstein, 1936, p. 803-5): entendida la ley como mandato del dictador, tal vinculación dejó de significar una garantía de independencia del juez y de seguridad jurídica para los ciudadanos, para pasar a expresar el sometimiento total de la magistratura al gobierno.

Otro ejemplo lo proporciona la rama tributaria. Lo puso de relieve el propio Theodor W. Adorno en su informe sobre la propaganda fascista en Norteamérica. La posición nazi ante la democracia social era de agresiva denuncia de la sobrecarga de impuestos. Está de más añadir que la presión fiscal propia de aquellos años apenas se asemeja en extensión y volumen a la actual. La estratagema seguida era la de hacer aparecer el impuesto como transferencia directa de los ciudadanos a un gobierno opaco para el disfrute particular de gobernantes corruptos, ocultando cualquier repercusión en la elevación general de la riqueza y los servicios públicos. Con la llegada del totalitarismo, los tributos, que podían ser “incluso más gravosos”, “se los encubría con mayor efectividad, como si fueran ofrendas de amor para el beneficio inmediato de la patria y de los camaradas de la misma raza. La referencia a la idea de comunidad popular, junto con el terror, detenía temporalmente cualquier discusión” sobre su cuantía y oportunidad (1943, p. 62).

En términos internos al propio derecho, y para el caso alemán, Bernd Rüthers (2016, p. 55-119) ha identificado cuatro postulados primarios que permitieron invertir el sentido de la aplicación de las normas heredadas: una idea sustancialista del derecho; una prelación antinormativista de las fuentes, con la voluntad del *Führer* a la cabeza; nuevos procedimientos interpretativos coincidentes en su capacidad de insuflar la ideología nacional socialista en las reglas jurídicas preexistentes; y nuevos métodos de composición de los conceptos jurídicos básicos con idéntica finalidad.

Partiendo de tales transformaciones en el seno de la cultura jurídica, la principal instancia encargada de consumar la alteración funcional del derecho recibido fue la judicial. La interpretación realizada por un cuerpo de magistrados completamente afecto tras las correspondientes depuraciones permitía reorientar las viejas normas con arreglo a los nuevos valores totalitarios. Para ello resultó indispensable que los nuevos regímenes considerasen “soberanos” a los jueces, exonerados ya de “atenerse tímidamente a la ley” (Haffner, 2017, p. 202). Y en la tarea de legitimar esta amplia discrecionalidad judicial compitieron las principales doctrinas jurídicas oficiales, de la famosa Escuela de Kiel, con su defensa de un arbitrio como canal para la declaración del derecho “comunitario-popular”, a la jurisprudencia de intereses de Philipp Heck y su vinculación del juez a la voluntad del dictador (García Salgado, 2011; Rüthers, 2016, p. 66-70), corriente también aceptada en España como el mejor “método jurídico” con el que adaptar el viejo derecho a las necesidades autoritarias imperantes (Pérez González, 1942).

Esta mutación por vía aplicativa del derecho recibido se lograba a veces con el uso de las cláusulas generales que ya trufaban el derecho burgués; en otras ocasiones, bastaba con leer los preceptos jurídicos a la luz de los axiomas dominantes para modificar su función, como acontecía con el singular concepto de “equidad” aplicado por los tribunales del Tercer Reich (Loewenstein, 1936, p. 804). Así, sin sustituirlo, podía aplicarse el derecho de familia pasándolo por la cedilla de la familia católica o racista, convirtiendo al matrimonio, por ejemplo, en una “institución estatal” encargada de incrementar la natalidad (Kirchheimer, 1941b, p. 97), o bien

podía conservarse el derecho de propiedad privada, pero alterando su estatuto y considerándolo como participación responsable en el patrimonio colectivo de la comunidad (Keiser, 2005). Tanto en un caso (el de derecho de familia) como en otro (el de la propiedad), sin necesidad de suprimir los códigos, se sentaban las bases de reformas ulteriores, bien para arianizar los linajes con políticas demográficas racistas que convertían a “las mujeres en un agente oficial de procreación”, o bien para alterar los modos de sucesión de los patrimonios rústicos con el fin de constituir una clase terrateniente afecta (Kirchheimer, 1941b, p. 91, 96-8; para Italia, vid. Gentile, 1995, p. 43).

Conviene de todos modos señalar que la actitud de los totalitarismos hacia el derecho heredado se distinguió en razón de su procedencia. El de inspiración republicana, democrática y social que pudo sobrevivir tuvo una proporción menor, sirvió para mantener la fachada protectora de que presumían las dictaduras y resultó vaciado en su propia ejecución burocrática o en su aplicación judicial. Aunque en un plano formal pudiesen subsistir vestigios de ese derecho, la práctica totalitaria no fue la de su anulación explícita y total, en vistas de su posible utilidad y seguros además de su irrelevancia práctica en aquello que contradijese los fundamentos de los nuevos regímenes.

La supervivencia del derecho de estirpe liberal-burguesa –muy en especial del privado– revela, por su parte, otro tipo de transformaciones. A veces se le recuperó expresamente, como sucedió en España con el derecho de familia anterior a la República por fundarse en los mismos principios canónicos que regían en el franquismo. Pero en otras ocasiones sobrevivió agazapado, mas en posición nuclear, dentro de los nuevos monumentos legislativos. Claves jurídicas estructurales para el mundo económico, social y político de época liberal, como la libre iniciativa privada haciendo de motor central de la economía, o el principio de jefatura empresarial, resultaron revalidadas por las dictaduras, pero rodeándose ahora de contrafuertes autoritarios para rectificar así la pasada ingenuidad burguesa. Las continuas invocaciones nacionalistas que parecían dar por abolidos los choques de clase apenas podían ocultar la realidad: que las dictaduras reforzaban mediante el terror la posición de una de las clases frente a la otra, facilitándole “el poder de disposición exclusivo sobre los medios de producción y el dominio sobre los salarios” (Kirchheimer, 1935, p. 173, 176-7). En su aspecto legalizado, los sistemas totalitarios tuvieron así una función restauradora del orden capitalista tradicional justo en el momento en que su reformulación jurídica y económica había avanzado más. Entre otros motivos, precisamente por eso, por la ruptura que necesitaban introducir en el proceso histórico para revertirlo, el fascismo constituyó un movimiento revolucionario, una respuesta subversiva dirigida a conservar el funcionamiento del sistema capitalista (Polanyi, 1934b, p. 68-70).

Cuando más innegable resultaba la caducidad y la contingencia de las viejas fórmulas del derecho individualista, alteradas por los preceptos constitucionales de las repúblicas y por el propio curso socioeconómico, los totalitarismos volvieron a reimplantar “el asfixiante orden de lo privado, el particularismo de los intereses” característico del Estado liberal. Pero no podía tratarse de una restauración sin más. Esas “formas burguesas de existencia” podían ser “conservadas con obstinación”, aunque ahora se hacía con la alta graduación de terror propia del totalitarismo y en un contexto además en el que sus presupuestos económicos y culturales se “habían derrumbado” (Adorno, 1944, p. 39). Lo demostraba, por ejemplo, el viejo derecho de contratos, que se había tornado en pura ficción en el contexto de la economía cartelizada y monopolista –dirigida por el gobierno– realmente existente. La misma marcha del proceso económico, aun basada en la libre iniciativa y la jefatura empresarial, se hallaba subordinada a las

políticas industriales, demográficas y militares del sector dirigente, por lo que, aunque la gran industria y la terratenencia pudieran todavía conformar el bloque con mayor poder de hecho, el tipo de estratificación social resultante dependía ya del intervencionismo gubernamental, y no tanto de la libre concurrencia y de los “títulos de propiedad”²⁵.

b. El derecho totalitario reorientó el derecho heredado, pero proyectó también un derecho nuevo. Antes de enumerar los aspectos en que se desplegaron las grandes reformas, conviene tener presente la afinidad profunda que enlazó el propio proceso de conformación legislativa de las dictaduras y la construcción heterónoma de la identidad nacional que en ellas se impulsó. El derecho, ya fuese el estrictamente normativo o su eco doctrinal, contribuía con su lenguaje a reproducir los mismos principios culturales que ya resultaban movilizados en las ceremonias totalitarias con el fin de disciplinar y pautar la propia dinámica histórica de la sociedad. Si en ellas se trataba de proyectar la sensación “modernista”, futurista o constructivista de estar “montando” un Estado nuevo, capaz de introducir un año cero en la historia nacional o de reconectarla con un pasado glorioso e imperial, las grandes leyes de los regímenes dictatoriales, acompañadas de una exégesis solemne, reverencial y genuflexa, se presentaban en un movimiento especular como jalones enérgicos e inapelables destinados a “hacer historia” y fundar una nueva comunidad. Y es que propio del totalitarismo –rasgo, por tanto, también de su derecho– era pretender que “cualquier cosa que tocase”, con independencia de su novedad, era “de importancia histórica” trascendental (Klemperer, 2004, p. 72).

¿Dónde se concentraron las aportaciones jurídicas del totalitarismo? Determinados vértices o aspectos del derecho administrativo, penal, laboral e incluso civil se vieron reformados casi de inmediato, y de forma relativamente rupturista. En este plano cabe a mi juicio destacar al menos tres ámbitos donde tal cesura puede apreciarse con facilidad.

i. Por un lado, sobresalen los aspectos jurídicos e institucionales imprescindibles para construir una jefatura del Estado incontestable, de genealogía militar, carente de contrapesos y controles (Neumann, 1942, p. 72-7; Aquarone, 2003). No se trataba solo de la concesión de poderes excepcionales al ejecutivo. La atribución de facultades normativas generales de carácter ordinario a los dictadores y la suspensión de su responsabilidad política apuntan en idéntico sentido. La misión puramente consultiva y la composición monocolor de lo que antes habían sido los cuerpos deliberantes revelan ese mismo objetivo de liberar la figura del *caudillo*, *Führer* o *Duce*, y de reducir toda la legislación general a la condición de decretos gubernamentales (Loewenstein, 1936, p. 787-9). A igual finalidad respondía también el sometimiento explícito de la justicia, o la anulación del principio de autonomía definitorio de las regiones, los *Länder* e incluso los municipios durante las repúblicas democráticas. Estas entidades autónomas ejercían un papel de contrapoder de base territorial que limitaba los designios del poder central, obligando a procesos complejos de negociación antes de la toma de decisiones. Junto a la doctrina nacionalista uniforme, fue este el motivo que llevó al franquismo a apresurarse a prescribir con virulencia la única experiencia autonómica vivida en el país, la catalana, mientras en el caso alemán, el programa de la *Gleichschaltung* permitía atar al poder central, mediante la figura de los gobernadores del Reich, la escuálida institucionalidad subsistente de los “países”.

25 Otra cosa es que el citado intervencionismo se verificase, de forma regular, en beneficio de los grupos –arios, para el caso alemán– ya dominantes, regla, sin embargo, no carente de excepciones (Loewenstein, 1936, p. 807-8). Véase, para lo apuntado en el párrafo: Kirchheimer, 1941b, p. 93-5, 108; y 1935, p. 173-5.

ii. En otro plano hallamos los aspectos comprometidos con la empresa de “purificación” de la comunidad, o, por expresarlo en terminología democrática, con los objetivos de persecución, neutralización, asimilación o “exterminio” de los enemigos. Aquí destacó la legislación más netamente política de ilegalización y prohibición de partidos, asociaciones y sindicatos de signo progresista, izquierdista o republicano, así como la depuración de todos los organismos estatales y de buena parte de las profesiones privadas. Aunque esta labor de expulsión de la vida pública, institucional y económica no fue siempre tan terminante como en los casos alemán y español, pudo igualmente conseguirse con otros ritmos por medios, primero, policiales y paramilitares, y legales, después.

En este punto contó con un protagonismo decisivo la legislación penal totalitaria, tanto las numerosas leyes de excepción, con sus jurisdicciones especiales correspondientes, casi siempre con presencia del ejército, como los nuevos códigos penales, convenientemente engordados en sus capítulos sobre los delitos contra el Estado y la patria, la forma de gobierno, las autoridades del partido y la persona de los gobernantes. El arbitrio judicial, el adelantamiento de la barrera punitiva con la equiparación entre los actos preparatorios o la tentativa y la consumación, las referencias subjetivas explícitas en los tipos y la valoración preponderante de los elementos de voluntad, la severidad de los castigos, las penas arbitrarias sin base legal, la admisión de la retroactividad y de la analogía, entre otros factores, caracterizaron el universo punitivo de las dictaduras, casi siempre con el fin de liquidar a la disidencia o para “depurar” la comunidad de elementos “nocivos”²⁶.

Ahora bien, incluso sin desconocer la ruptura que estas disposiciones introdujeron en la tradición jurídica liberal, conviene igualmente recordar su evidente conexión con el pasado. Propio de los sistemas penales y de orden público decimonónicos fue precisamente su desdoblamiento en dos esferas, una regida por el principio de legalidad y otra de índole administrativa y policial en que primaba la discrecionalidad. Si en la primera podía apreciarse un punitivismo desbordado en los delitos –contra el orden público– que comprometían la consolidación de los regímenes estatales, la segunda ya recaía por entero sobre los hombros de los colectivos disidentes y marginales, condenados así a un estatus de sumisión y neutralización políticas impropio de su número y presencia en la opinión pública (Martín, 2009b). Diríase en tal sentido que los totalitarismos llevaron a su mayor grado de paroxismo la severidad y la arbitrariedad infligidas contra los enemigos políticos ya durante época liberal.

En sentido similar, otras novedades con esa misma intención “purificadora” de la comunidad, como las contenidas en el derecho de familia antisemita puesto en planta por las leyes de Núremberg de 1935 “para la protección de la sangre y honor alemanes”, resultan más bien aparentes dados sus cualificados antecedentes²⁷. La diferencia cualitativa acaso resida en la capacidad de esas nuevas leyes para “re-estamentalizar” la sociedad, con el resuelto abandono de las categorías jurídicas formales y generales propias del liberalismo como mecanismos de dominación. Lo muestra la propia definición de ciudadanía alemana contenida en las leyes citadas, que la vinculaban a la pureza de sangre y a “la voluntad y la condición de servir al

26 Sobre el particular, tanto en su faceta procesal y jurisdiccional como sustantiva, es tan abundante la bibliografía que mejor enumerar la selección al pie: Cuello Calón, 1934; Loewenstein, 1936, p. 189-92, 808-10, 812; Kirchheimer, 1940; Álvaro Dueñas, 2006; Portilla Contreras, 2009; Gruchmann, 2009; Salvatore Torrisi, 2016; Ferré Olivé, 2016; Tébar, 2017; Garfinkel, 2017, p. 389-456; Vormbaum, 2018, p. 283-339; Morris, 2020, p. 106-9; Pifferi, 2021, p. 425-48.

27 Ya me pone sobreaviso de tal continuidad mi compañero, maestro y amigo Bartolomé Clavero, indicándome la relevancia histórica de Heinrich Krieger (1936).

pueblo y al Reich” (Aragoneses, 2019, p. 130), con la consiguiente distinción entre “súbditos” y “ciudadanos” del Estado a los efectos del reconocimiento de derechos (Neumann, 1942, p. 141-2). El juego de privilegios y discriminaciones en que se apoyó el totalitarismo podría existir, en numerosos de sus aspectos, con anterioridad, pero se sumaron ahora al mismo otras facetas –dependientes, por ejemplo, de la militancia en el partido, o de la pertenencia a la comunidad racial o a la confesión oficial– capaces de generar un proceso inédito de jerarquización social (Heller, 1929; Loewenstein, 1936, p. 795, 806).

Este flanco del ordenamiento, que recorría materias administrativas, penales o civiles, cumplía la función negativa de excluir de la comunidad a los considerados indeseables. Se trataba de dispositivos con los que se garantizaba una traza singular del totalitarismo: la acentuada exigencia de adhesión activa de los sujetos a la política gubernamental (Costa, 1999, p. 65, 74). Constituían así el presupuesto de otras reformas con las que se cumplía la función positiva de fabricar una nueva comunidad unificada. Más pertenecientes al ámbito de las prácticas institucionales que al de las disposiciones jurídicas, aun siendo abundante la regulación administrativa al respecto, nos encontramos aquí con todo el universo de reglas –e instituciones– que organizaban el consenso, con las cuales se perseguía la “fascistización’ integral de la sociedad y de sus instituciones”, “la difusión capilar de la nueva doctrina y la creación” de un nuevo hombre (Costa, 2001b, p. 217, 263, 270-1). Desde la reglamentación de la enseñanza al disciplinamiento del tiempo libre, desde la integración de la juventud a la orientación de los días festivos, se abría un espacio normativo –e, insisto, sobre todo institucional– inédito, enderezado a la “movilización”, disciplina y encuadramiento de las masas, y con el que se visibilizaba la capacidad de los sistemas totalitarios para producir nuevos hábitos sociales, liturgias colectivas antes inexistentes.

Si ya en los aspectos jurídicos que cumplían funciones negativas puede comprobarse una penetración sin precedentes del derecho estatal en la esfera privada individual o familiar, este segundo costado confirma cómo uno de los rasgos más salientes del totalitarismo fue la desaparición de las fronteras entre las esferas pública y privada. Más dudoso es, sin embargo, que evidencie la “politización” de la sociedad o de las masas por parte del gobierno. A mi entender, este aspecto constructivo o positivo del orden jurídico(-institucional) totalitario demuestra justo lo contrario: un eficaz intento de “despolitizar” la sociedad, canalizando las enormes energías políticas latentes en sociedad y desatadas, en su caso, por los regímenes republicanos precedentes. No se oculta que esta conclusión depende del concepto de “política” del que parte. En posición diametralmente opuesta a lo que sostenían los autores totalitarios sobre la “politización integral” de la vida, la política en su acepción moderna no podía consistir ya solo en adscripción ostentosa a la línea oficial del gobierno, sino que debía ser integración procedimental de la polémica legítima contra el mismo; la política no podía estribar en la organización excluyente del consenso, sino en la gestión incluyente del disenso, ni podía ser ya expresión de la identidad unitaria de un colectivo, sino compaginación de las diferencias que cohabitan en su interior. Contemplada la política desde este punto de vista –que pone el énfasis en la polémica entre cosmovisiones éticas, en el disenso y en la diferencia–, la supuesta “politización” de la sociedad operada por los totalitarismos implicó, entonces, lo indicado: una hábil reconducción de las formidables energías políticas acumuladas en sociedad hacia sucedáneos de participación –esto es, ruidosas pero vacuas ceremonias colectivas, que permitían continuar experimentando los estímulos de la fusión en la masa–, al tiempo que una “despolitización” profunda de la sociedad, en el sentido de proscribir la esencia misma de la política moderna, la expresión y organización legítima del desacuerdo.

iii. Por último, se desplegaron reformas de carácter asimismo inmediato y rupturista en la regulación de las relaciones laborales y en el derecho sindical. La necesidad de desarticular el movimiento obrero y encuadrarlo de forma autoritaria en los engranajes de la dictadura inspiró las nuevas leyes corporativas y sociales (Andreassi, 2004). También algunas normas penales: se suprimió la libertad sindical y se criminalizó la huelga. En Alemania y España se estableció la adscripción sindical forzosa, se anularon los pactos colectivos y se abolieron las jurisdicciones paritarias de resolución de conflictos entre el capital y trabajo, sancionándose en su lugar un nuevo sistema de regulación nacional de las condiciones laborales (Martín, 2019b). En Italia pudo conservarse sobre el papel la presencia de los sindicatos en cuanto asociaciones privadas libres, pero confiriéndose a cambio potestad negociadora exclusiva al sindicato fascista (Aquirone, 1974), colocado bajo tutela ministerial por insertarse las negociaciones en las estructuras corporativas de nuevo cuño (Gagliardi, 2010) y por intervención directa del ejecutivo en el nombramiento de los interlocutores, lo que provocó un evidente “proceso de *estatalización* de los sindicatos” (Cassese, 2010, p. 103). Con estas medidas, que “aniquilaban el sindicalismo libre” con la misma “retórica de las organizaciones obreras”, los regímenes fascistas pretendieron convertir “el trabajo en un acto de patriotismo” desprovisto de “cualquier componente de clase”, “naturalizando”, con ello, la “posición subalterna” del trabajador (Guamán, Pérez Rey, 2019, p. 140, 142). El derecho como instrumento racional e igualador, que había penetrado en el ámbito jerárquico de la relación laboral por vez primera con las repúblicas democráticas, volvía a retirarse de ese espacio devolviendo el derecho del trabajo a su vieja condición de *persönlichen Dienstrecht* (Kirchheimer, 1935, p. 154).

En definitiva, en los vértices más nítidamente políticos y sociales, la mudanza fue, digamos, automática. Junto a estas renovaciones legislativas los totalitarismos contaron con otro ámbito de reforma altisonante, al que ellos mismos le asignaban valor retóricamente constitucional, pero del que se desprendían escasos cambios efectivos. Me refiero a las normas registradas en cartas o estatutos supuestamente fundacionales del Estado, e inspiradores de toda la actuación de los poderes públicos, como la *Carta del Lavoro* (21-IV-1927), la *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* (20-I-1934) o el *Fuero del Trabajo* (9-III-1938).

En este punto sobrevivió la vieja concepción burguesa acerca del significado de la materia constitucional. A diferencia de lo que había acontecido durante las repúblicas democráticas y sociales, que le habían asignado una trascendencia normativa fundamental por derivar de la voluntad del poder constituyente, ahora tan solo encerraba los valores retóricos y programáticos que, sin carácter vinculante cierto, habrían de orientar las políticas públicas. Los enunciados de estas grandes normas fascistas no componían más que un vacío *desiderátum* proyectado sobre un futuro impreciso. Estas normas de supuesto rango constitucional fueron así las más irrelevantes desde el punto de vista de la praxis del derecho, por más que ocupasen el centro de los debates doctrinales. Y es que su función era otra. Diríase que componían el trasunto legal de la resignificación impositiva que los totalitarismos hicieron de las gestas y liturgias obreristas, como sucedió con la ocupación nazi del 1º de mayo o la instauración franquista de una paga extra en el mes de julio para ensalzar el golpe. En efecto, el conjunto de promesas de reforma igualitaria que tales normas solían contener jugó ante todo un papel de legitimación social, de fabricación compensatoria de consensos ante la erradicación de todo movimiento sindical en un tiempo en el que el trabajo organizado –e incluso cierta planificación económica– gozaba de un peso estructural. El hecho de que dichas promesas no llegasen nunca a traducirse en realidades vigentes y operativas no les restaba valor estratégico y capacidad de conformación social.

En términos jurídicos, estas normas constitucionales habrían de afectar ante todo al viejo edificio iusprivatista del Estado liberal. Puede afirmarse en este sentido que los totalitarismos se fundaron en una promesa de futura renovación integral del derecho privado en una dirección equitativa, socializadora y “nacional”. Abundaron los proyectos, las discusiones doctrinales y los anuncios oficiales de una socialización de las instituciones civiles y mercantiles amparada en esas normas de valor constitucional, que, en vía de hipótesis, terminarían con todos los vestigios del liberalismo individualista (Hedemann, 1938, 1941). Pero esa socialización completa solo llegó a traducirse en reformas parciales, y finalmente menos radicales, del código civil o de las leyes procesales en casos particulares como el italiano.

2. Recordemos lo que, evocando la famosa obra de Ernst Fraenkel, se afirmaba en un comienzo. El derecho totalitario fue un derecho dual, marcado por la tensión existente entre su aspecto más formalizado y legalista y su dimensión “discrecional” o de “prerrogativa”. El propio “orden jurídico del nacionalsocialismo” se caracterizó de forma paralela porque, en él, el gobierno, e incluso los grupos profesionales y sindicales en que los individuos debían forzosa-mente encuadrarse, no se hallaban vinculados, en última instancia, a norma alguna, anulándose la aspiración liberal de someter a los individuos y sus gobiernos a reglas jurídicas comunes; esta particularidad totalitaria fue además la que hizo que los aparatos judiciales y administrativos, en lugar de tener como misión fundamental aplicar reglas generales conocidas de antemano (pudiéndose así prever el sentido de sus resoluciones), tuviesen como cometido preponderante la más óptima ejecución posible de la voluntad de “quienes manda[ba]n”: en esto consistiría, de hecho, su peculiar “racionalidad técnica” (Kirchheimer, 1941b, p. 88-9, 99-100, 108-9).

Lo que importa ahora a nuestros efectos, más que detenernos en el momento de la anomia –al que atenderemos después–, es identificar los vínculos de conexión que unían el plano legal y el discrecional, los mecanismos y excusas que, inscritos en el propio derecho positivo, abrían el paso desde la legalidad establecida hasta el uso arbitrario de la autoridad incluso por parte de organismos, instancias o cuerpos privados. Estas puertas que anudaban el derecho, digamos, reglado, al ejercicio arbitrario del poder podían presentar una fisonomía jurídica diferente. Creo que cabe localizar al menos tres tipos:

a. De una parte, figuraban las “cláusulas generales” e indeterminadas, algunas heredadas del viejo derecho burgués y otras de neto sabor totalitario, como las referidas a la lesión “al sano sentimiento popular”, “el bien de la comunidad” o “la dignidad de la Patria” (Kirchheimer, 1935, p. 154; Loewenstein, 1936, p. 781, 783; Stolleis, 1974). Presentes en el derecho de familia, laboral, administrativo y penal, se dirigían al legislador y, ante todo, al estamento judicial, con el propósito de encubrir jurídicamente su actuación politizada conculcadora de los derechos. Bien conocido es el caso de los jueces, cuyo cometido, según la doctrina oficial, no consistía en la aplicación de “un ordenamiento jurídico superior a la comunidad racial”, sino en la “salvaguarda del orden concreto” de esa misma comunidad, “exterminando los elementos nocivos, castigando comportamientos dañinos, y arbitrando disputas” entre sus miembros, teniendo, a su vez, claro, que carecían de todo derecho “a revisar las decisiones del Führer con forma de ley o decreto” y que solo podían aplicar el derecho anterior “a la revolución nacionalista” si no “violaba el sano sentimiento del pueblo” (Frank, 1936). Con estas directrices presidiendo, y dado el carácter constitutivo del casuismo en la praxis judicial totalitaria, la ley cedía al arbitrio de los jueces la atribución de connotaciones políticas especiales a alguna situación ordinaria (Fraenkel, 1941, p. 21, 65), lo que les permitía contar con mayores márgenes para fijar la pena, la posibilidad

misma de aplicar la analogía²⁸, o de suspender el principio *non bis in idem*, y, ya en el orden civil, la de hacer acepción de personas –en función de la raza o la adscripción política– y distinguir entre los derechos y deberes pertenecientes a cada cual. Esta misma posibilidad de atribuir relevancia política a ilícitos convencionales correspondía además a las autoridades policiales, lo cual les permitía adoptar sanciones y administrar castigos (como el internamiento en campos de concentración) vulnerando incluso sentencias firmes (*ibíd.*, 60-2, 73-4).

b. En segundo lugar, nos encontramos con expedientes de delegación de funciones normativas, ejecutivas e incluso punitivas tanto a instancias públicas como a poderes privados. La laxitud y vaguedad de la legislación general totalitaria permitían que la regulación específica dependiese, en última instancia, de toda una miríada de organismos subordinados, con una potestad, así, de carácter casi ilimitado (Loewenstein, 1936, p. 788). Proliferaron además las jurisdicciones especiales, vinculadas a la organización del partido, al ejército, a la administración económica o a las corporaciones profesionales, muchas de ellas dotadas de prerrogativas penales (Kirchheimer, 1940, p. 179-80). En el caso alemán, se destacó “la intumescencia” de los llamados “tribunales especiales de honor”, de radio corporativo-profesional y con capacidad para resolver numerosas controversias económicas; motor central de una “nueva feudalidad”, supusieron un elemento clave de “la destrucción de la igualdad ante la ley” que se estaba llevando a cabo (Loewenstein, 1936, p. 795, 809). A esta multiplicación de órganos jurisdiccionales, se sumaban los cheques expedidos para cometidos precisos en favor de las autoridades locales del partido, o bien en beneficio de grupos industriales, comerciales o profesionales (Kirchheimer, 1941b, p. 89, 103-4), pero quizá la expresión más nítida de la delegación de poderes a instancias privadas nos la suministren los llamados entonces “reglamentos de empresa” (vigentes tanto en Alemania como en España).

Se trataba de una suerte de estatuto jurídico de la corporación empresarial dictado unilateralmente por el “patrón”, considerado “jefe” de la empresa, en el que se recogían desde las condiciones concretas de la prestación laboral hasta el régimen disciplinario, que a los trabajadores tan solo cabía acatar. Lo que antes dimanaba de acuerdos colectivos adoptados en un proceso negociador paritario, procedía ahora de la voluntad impositiva del empresario, a quien solo se le hacía “responsable ante el Estado”, lo cual era un modo de garantizar su irresponsabilidad, de “demostrar a los obreros la conciencia social del régimen” mediante las leves amonestaciones impuestas a los “pequeños negociantes” por los “tribunales de honor social” (Neumann, 1942, p. 471; Kirchheimer, 1935, p. 179; Loewenstein, 1936, p. 801), o bien, en el más exigente de los casos, de asegurar su responsabilidad cuando de sus decisiones pudieran derivarse consecuencias políticas contrarias a los valores totalitarios, mas no a los derechos de los trabajadores.

c. Por último, nos encontramos con un caso que, más que legitimación legal de la discrecionalidad, implicaba la impugnación consentida del orden normativo vigente. Hubo leyes que exoneraron explícitamente de todo control judicial a las actuaciones de la policía política. Ocasionalmente, existieron órdenes expresas del *Führer* que obligaban a los tribunales a transgredir las leyes por motivos políticos, y siempre cabía hacerles rectificar mediante leyes de validez retroactiva. Y ya con la legislación de guerra del III Reich, llegó a sancionarse incluso la posibilidad de revisar a peor las sentencias penales firmes, sin recursos presentados por la

28 Analogía entendida no tanto en el sentido de aplicar una norma penal a un hecho similar al previsto en ella, sino en el de “crear delitos completamente nuevos” a partir de la *nationalsozialistischen Weltanschauung*, lo cual implicaba un caso de *echte richterliche Gesetzgebung* (Kirchheimer, 1935, p. 158). Sobre la aplicación de la analogía en la jurisprudencia del *Reichsgericht*, restrictiva en general y extensiva en todo lo vinculado a la *race defilement*, véase el trabajo posterior del propio Kirchheimer (1940, p. 175-7).

fiscalía o por el condenado, para adecuarlas a “la dirección deseada” por el dictador (Kirchheimer, 1941b, p. 102; 1940, p. 177). Se produjo además una abundantísima microlegislación –la “letra pequeña del Estado”–, formada por órdenes y circulares dictadas por autoridades locales, no siempre estatales, también del partido único, en materia administrativa, penitenciaria y laboral que, impugnando el régimen jurídico general vigente, imponían, también por razones de orden político, regímenes excepcionales de carácter personal. Piénsese, por ejemplo, en la actuación de los “delegados provinciales de trabajo”, que podían denegar presuntos derechos laborales garantizados por la legislación, como la jornada máxima o las vacaciones retribuidas, cuando mediasen determinadas circunstancias políticas (o raciales) en la persona del trabajador. No solo se violentaba con ello el principio racional de jerarquía normativa. La distribución fragmentaria de la potestad jurídica mostraba aquí con claridad meridiana su capacidad para generar una nueva estratificación social, acorde ya con los valores jerárquicos y excluyentes del totalitarismo.

Con tan numerosas y amplias ventanas abiertas para saltar desde la previsible legalidad a la arbitrariedad pudo concluirse, con razón, que el “derecho y la práctica jurídica” se habían convertido “definitivamente” en un “instrumento de opresión y de dominación despiadada en beneficio” de los sectores dirigentes. Y es que, “bajo el nuevo sistema, una regla jurídica tan solo p[odía] tener un carácter puramente provisional”, pues siempre resultaba posible modificarla “sin previo aviso, e incluso, siendo necesario, retroactivamente”, cuando así lo requiriesen tales grupos. Visible en todos los registros, quizá fuese el plano penal el que con mayor crudeza revelase la ineficacia última de toda limitación legal al ejercicio del poder, con un proceso penal devaluado hasta convertirse en la *most formless part of the law*, y un “derecho penal sustantivo” cuya indeterminación creciente permitía tener al gobierno “una libertad ilimitada para ser indulgente o brutal” (Kirchheimer, 1941b, p. 100, 105, 109; y 1935, p. 155-6, 168).

III. Violencia, derecho, comunidad

Alteración funcional del derecho heredado, modificación inmediata de sus vértices más politizados y económicamente decisivos, promesas socializadoras incumplidas e imperio crónico de la arbitrariedad, he aquí algunos rasgos salientes de los órdenes jurídicos totalitarios.

Entre todos ellos, destaca el desprecio permanente de la legalidad. A su través se aprecia el carácter mendaz de la propaganda fascista antes de su asalto al poder (Zweig, 2002, p. 460). Todos los movimientos ultranacionalistas coincidían en su promesa de fundar implacables *Leviatanes* capaces de reimponer el orden y la seguridad a cambio de la cesión plena de libertades. El desgarró que padecían las sociedades a causa de la confrontación de clases concluiría por fin con la instauración de Estados soberanos inapelables y monopolizadores sin fisuras de la violencia. De hecho, desde la óptica fascista, los métodos y procedimientos pluralistas de composición de los conflictos que habían inaugurado las democracias republicanas, del propio parlamentarismo a las jurisdicciones laborales paritarias, constituían un aberrante vaciado de la soberanía estatal en favor de los particularismos con el desgraciado efecto de azuzar, mas no canalizar, el choque clasista (Schmitt, 1930). La cuestión es que, una vez se apropiaron de las instituciones, en lugar de una pacificación autoritaria de la sociedad, se produjo un desplazamiento de la violencia política y social hacia los organismos y la praxis estatales. El terror sembrado por los fascistas durante la democracia como uno de los grupos en liza se convirtió en

terror estatal contra los ciudadanos, o en amparo oficial de la impunidad paramilitar fascista²⁹. De su conquista del poder no se derivó la pacificación de la sociedad, sino el desorden y la inseguridad permanentes. Verificaban con ello la constante histórica según la cual “[c]uanto más desmesurado el poder de las formas institucionales, tanto más caótica la vida que éstas imponen” (Adorno, 1966, p. 92). En vez de una plácida e individualista seguridad hobbesiana, se implantó, para buena parte de la población³⁰, un régimen de incerteza permanente en el que peligraba el mismo núcleo del individualismo: la vida y la hacienda.

Paralelo a esta significativa parábola de los fascismos europeos transcurre otro rasgo que denota igualmente la actitud totalitaria hacia el derecho. Uno de los puntos centrales de la crítica fascista a las democracias parlamentarias y los Estados intervencionistas fue precisamente la denuncia de la hipertrofia legislativa y de la elefantiasis burocrática. Ante el peso agobiante de un ordenamiento puntilloso y de una omnipresente intervención administrativa cedían los viejos valores puros, naturales, de la espontaneidad y la libertad individual. Por eso los movimientos fascistas, incluso tras la conquista del poder, coincidían en prometer un futuro inmediato “no legalista” y “no burocrático” (García Valdecasas, 1942). Sin embargo, la cruda realidad no solo consistió en la intensificación de la presencia estatal en la sociedad, discurriendo ahora por cauces de control ideológico, político y demográfico impracticados hasta cierto punto con anterioridad. El desprecio congénito del fascismo a la legalidad empezó a celebrar, sobre todo, no los márgenes dejados a una autonomía individual sin mediaciones, sino el libre espacio cedido a una dominación sin reglas.

Y es que, como se ha insistido, el asalto al poder por parte del fascismo no conllevó la erradicación de la violencia política que desangraba la sociedad, sino su desplazamiento hacia las instituciones estatales, y hacia las paraestatales que le servían de apoyo, convirtiéndose ellas mismas en fuentes permanentes de violencia incontrolada infligida contra amplios sectores de la sociedad. Viktor Klemperer contaba en sus diarios que la primera palabra que había oído como genuinamente nazi era justo la de *Strafexpedition*, “expedición de castigo” en las que las milicias nacionalsocialistas agredían y humillaban a militantes comunistas: “Todo lo que podía imaginar en cuanto a arrogancia brutal y a desprecio de la diferencia”, ambos atributos inequívocos del nazismo, “se resumía en esta palabra” (Klemperer, 2004, p. 69). Podría concluirse así que el totalitarismo implicó una institucionalización generalizada de esas represalias contra los racial y políticamente diferentes.

1. Esto nos conduce, como se adelantó al principio, al problema de las relaciones entre violencia y derecho en tiempos totalitarios. La violencia fue el instrumento que permitió la fundación de las dictaduras. La instauración de los fascismos no puede dissociarse de la “imagen aterradora” de “todo un pueblo indefenso ante su minoría armada” (Kraus, 1977, p. 82-3). Y el mismo desenvolvimiento de los totalitarismos fue inseparable de la “fe en la ametralladora como remedio universal” que quisieron implantar, elevándola a “última palabra en política”, consagrándola como artillero predilecto para “crear tranquilidad y orden”, y para engendrar

29 Al hilo de una encuesta sobre las *leggi fascistissime* distribuida en la universidad española en 1926 entre los constitucionalistas más notorios, ya se preguntaba retóricamente el conocido publicista español Fernando de los Ríos “el fascismo, ¿ha aliviado a Italia del espectáculo de la violencia, o la ha instaurado y organizado desde el Poder?” (1926, p. 9).

30 Desde luego la que más intensamente sintió esta situación de incerteza crónica fue la numerosa población republicana, progresista, socialista, comunista, homosexual, y –en el caso alemán y finalmente italiano– judía. El sector acomodado del liberalismo burgués pensaba todavía en marzo de 1933 que las cosas marchaban en Alemania con razonable normalidad, tal y como testimonia uno de sus representantes, Sebastian Haffner (2017, p. 157, 165)

“convicción, entusiasmo, satisfacción y amor a los líderes” (Polgar, 2005, p. 137). Sobre las relaciones que este tipo de violencia omnipresente podía mantener con el derecho nos informan los propósitos de los generales golpistas españoles, quienes afirmaban expresamente que con la campaña de terror y ejecuciones masivas comenzada el 18 de julio 1936 se trataba, ante todo, de crear por medio de la violencia una situación “de hecho” para que acabara convirtiéndose de forma irremediable en una “situación de derecho” (José Babiano et. al., 2018, p. 64). La relación del derecho con la violencia regresaba así, digamos, a sus orígenes. Volvía a ser concebida como el presupuesto fáctico de la legalidad, incluso de la estatalidad, como un medio a través del cual cabía “fundamentar o modificar las situaciones (jurídicas) de una forma relativamente constante” (Benjamin, 1921, p. 188).

En esta convicción palpitaban las creencias schmittianas en las facultades taumáticas de los estados de excepción, en los que solo cabían “medidas” represivas ajenas a toda limitación jurídico-formal y conducentes a la reconstitución del orden cultural que fundamentaba la vigencia y eficacia del derecho³¹. Se suponía que la violencia constituiría el mecanismo más expedito con el que constituir una nueva comunidad política, en la que por fin pudiesen regir las normas compartidas. Destrozada la sociedad por sus luchas intestinas, imposible, por tanto, la vigencia en ella de leyes comunes, cumplía retornar al momento prístino en que se creaban las condiciones de homogeneidad y estabilidad que posibilitaban la obediencia pacífica al derecho. Y ese momento originario siempre habría estado caracterizado por la intermediación fundacional de la violencia.

Esta no era más que la coartada argumental de los fascismos. Esta regresión originalista careció, sin embargo, de las virtudes constructivas que se le atribuían. Y fue incapaz de fundar un orden social estable porque invirtió por completo la relación racional entre el derecho y la violencia: de haberse situado tradicionalmente la violencia –incluso en esta teoría schmittiana de los estados de excepción– en el terreno propio de los medios a los que recurrir para que se cumpliesen los fines del derecho, con el totalitarismo se convirtió en un fin en sí misma, para cuya cobertura el derecho pasaba a convertirse en mero instrumento. La violencia dejó así de constituir un medio excepcional y privilegiado al servicio del cumplimiento de las normas para degenerar en una forma desnuda y crónica de dominación, amparada externa y coactivamente por el derecho oficial. Un buen y significativo ejemplo de ello lo dio la ley de 3 de julio de 1934, que legalizó, a posteriori, las ejecuciones extrajudiciales de la *noche de los cuchillos largos*, evidenciando así cómo el *Führer* y sus secuaces se encontraban por encima de cualquier tipo de legalidad (Loewenstein, 1936, p. 811); e idéntico contenido mostraban las numerosas disposiciones que amnistiaban los crímenes cometidos por *overzealous Party followers* (Kirchheimer, 1940, p. 174).

2. Esta inversión de las relaciones entre la violencia y el derecho se explica por varias razones. La más evidente fue señalada en su momento por Hannah Arendt: cuando la violencia se ejerce “en beneficio del poder (y no de la ley), se convierte en un principio destructivo que no se detendrá hasta que no quede nada que violar” (1974, p. 197). Pero existe otro motivo, cuya visibilidad no ha implicado su correspondiente identificación: la construcción de la “comunidad popular” aria, de la “nación católica” o, en definitiva, de la base social uniforme necesitada por los nuevos Estados totalitarios exigía por necesidad una labor formidable de destrucción. La unidad anhelada obsesivamente por el totalitarismo solo cabía al precio sangriento de “des-

31 Examino apretadamente esas creencias en Martín, 2020, p. 449-453.

realizar” todo el proceso de acumulación cultural vivido hasta sus mismas vísperas. Lo que de modo compensatorio era presentado por el discurso fascista como “natural”, “genuino” o “tradicional” de la identidad política colectiva no constituía sino una visión hasta el momento minoritaria, marginal, en retroceso y defensiva de la colectividad nacional. Aquello que presumió de adecuarse a la “naturaleza de las cosas” no fue sino expresión de un criminal y disparatado constructivismo regresivo.

Ya se ha aducido a modo de ejemplo sobre el particular la propia institución del orden jurídico-privado. Justo en el momento en el que la propiedad, la familia y las relaciones económico-laborales habían llegado a su culmen de mayor complejidad, abriéndose ya a la socialización y la igualdad, los fascismos tuvieron que recurrir a una violencia desmedida para reimplantar la propiedad privada, la familia patriarcal y la jefatura empresarial. Cosa similar acontecía en el caso alemán con los proyectos de arianización: tan alto era el “grado de asimilación” de la población judía a la altura de los años 1930, que para excluirla por entero “de la vida pública era necesaria la violencia” (Aragoneses, 2019, p. 130). Cabría mencionar muchos ejemplos más referidos a la cultura, la moral o la sexualidad, pues a los tiempos de creatividad desenfrenada y de liberación general vividos en Weimar (y la II República) sucedieron tiempos oscuros de disciplina, represión y sumisión. Bastará no obstante en esta contribución dedicada al derecho con traer a colación dos demostraciones jurídicas.

a. Justo antes de 1933 comenzaron a predominar las visiones relativistas, antropológicas, normativistas, pluralistas e historicistas de la nación (Liermann, 1927; Ziegler, 1931). La identidad nacional no podía concebirse en términos materiales unilaterales al ser evidente la existencia de tradiciones diversas, e incluso de pertenencias políticas contrapuestas, en el interior de una misma comunidad. Los atributos de la nación no podían ya retratarse como cualidades esenciales, inamovibles e imperecederas que convenía rescatar, pues ya se había descubierto que dependían de las cambiantes correlaciones internas de poder. Por eso no cabía seguir pensando la identidad nacional como un factor previo a la institucionalidad estatal, a la que ésta habría pasivamente de amoldarse; ya resultaba históricamente constatado que su fisonomía dependía de los intereses sociales que de forma transitoria ocupaban los aparatos del Estado. La colectividad nacional tampoco resultaba reductible, sobre todo, a una sola raza, vista la extensión del mestizaje y la convivencia multirracial que discurría al interior de los Estados.

Al haberse tornado mucho más complejas, por su alto nivel de individualización e internacionalización, las relaciones de pertenencia, la nación entendida bajo el troquel de la uniformidad identitaria no podía seguir jugando su papel de fundamento social y cultural del Estado. El único concepto jurídicamente relevante que de ella podía tenerse era de carácter formalista, como sujeto colectivo al que el derecho atribuía determinadas funciones y sobre el que hacía recaer los efectos de las decisiones de los órganos estatales, pero en cuyo interior, al no encontrarse definida en términos materiales unívocos, cabían diferentes sensibilidades culturales y políticas. Tal era la convicción devenida mayoritaria por acumulación cultural, y abolida, mediante el uso de la fuerza, por los fascismos. El grado de arraigo alcanzado por el pluralismo antes de 1933 (o de 1936, en el caso español) suministraba de hecho la cantidad de violencia necesaria para refundar la comunidad popular monolítica e integrista querida por el totalitarismo.

b. Algo muy similar aconteció con el estatuto jurídico de la mujer. Justo en el momento en que, tras décadas de acumulación de fuerzas, parecía ya inevitable su emancipación formal, con el reconocimiento pleno de sus derechos políticos y de su capacidad de obrar, se la volvió a

recluir con los fascismos en el ámbito doméstico, condenándola de nuevo a la sumisión y a las funciones de cuidado y reproducción. Si las constituciones republicanas y democráticas declaraban al unísono la igualdad entre los sexos, y sentaban así las bases necesarias para el ejercicio irrestricto de la ciudadanía por parte de las mujeres y para el reconocimiento de sus facultades en el orden privado, los totalitarismos coincidieron en su rescate de un patriarcalismo que las devolvía al tradicional estado de sujeción a la voluntad del padre o del marido. Y si en el ámbito de las costumbres laborales, morales y sexuales resultaba cada vez más patente, al menos en los entornos urbanos, la liberación de la mujer respecto de las viejas constricciones, las dictaduras aplicarían la violencia necesaria para revertir este proceso emancipador ascendente y restaurar, reforzados, los deteriorados mecanismos de represión y sometimiento.

3. En definitiva, los fascismos se vieron obligados a constituir una comunidad política que negaba los rasgos y tendencias más prominentes de las sociedades europeas de los años 1920 y 1930. De ahí procedió la necesidad irremediable del uso crónico de la violencia y su conversión, no en medio, sino en fin predominante del derecho. Esta puntualización acerca del efecto “desrealizador” de los totalitarismos obliga además a una toma de posición teórica respecto de los mismos: la evidencia de su hegemonización a través del terror no autoriza a tratarlos como un “sistema común de representaciones”, como una suerte de “mentalidad” compartida, precisamente por los medios terroristas que emplearon para la generalización de sus ideas. Todo análisis historiográfico del totalitarismo debe así partir de un hecho crudo, denunciado por entonces para el caso alemán, pero extensible a la misma esencia totalitaria: que el pueblo “en todas sus capas se enc[ontraba] bajo amenaza de muerte” (Kirchheimer, 1935, p. 185). Como supo hacernos ver Walter Benjamin –descifrando el mensaje que Bertolt Brecht quiso transmitir con sus piezas de *Terror y miseria en el Tercer Reich* estrenadas en París–, el régimen totalitario había conseguido justo por eso imponer “de manera ineludible a todas las relaciones entre los seres humanos la ley de la mentira” (1938, p. 122). De ahí que no haya testimonio cultural interno a los fascismos que no esté atravesado por el temor a la represalia, o por el afán de ganarse el favor de los omnipotentes cuadros dirigentes; por expresarlo a la inversa, no existe ninguno que sea expresión de una libre y espontánea formación del propio criterio, que sea manifestación de la verdad de lo que estaba aconteciendo.

Es precisamente esa falsedad congénita de sus representaciones internas la que impide elevar las legitimaciones culturales de los totalitarismos al rango de conciencia común, de la que participaría la mayor parte de la colectividad. No hay acercamiento científico a las mismas que merezca la pena si no atiende críticamente a su finalidad, a sus implicaciones criminales, y a las condiciones institucionales –de censura, miedo y opresión– en que se formaron. El valor documental que para la historiografía jurídica tienen esas fuentes queda al descubierto con un contraste ejemplificativo: el asalto nazi al poder institucional podía contarse, por los juristas oficiales, como la deseada fusión del Estado con la comunidad racial, como la anhelada comunión del líder con su pueblo para el cumplimiento conjunto del “destino” nacional (Forsthoff, 1933, p. 34 ss.), o bien, por los juristas represaliados, como el apoderamiento del “aparato estatal” por parte de una *Bürgerkriegspartei*, aprovechando con habilidad táctica la situación de crisis (Kirchheimer, 1935, p. 171). Por expresarlo con otro ejemplo: la cláusula del “sano sentimiento del pueblo”, si no se quiere repetir las vacuas tautologías de los ideólogos nazis, solo cabe descifrarla como la elevación a fuente del derecho de las “proclamaciones” de los gobernantes y de los prejuicios compartidos por el cuerpo ya depurado de magistrados (Kirchheimer, 1940, p. 175).

Por eso cobran especial valor para documentar la naturaleza de los fascismos los testimonios procedentes de la “resistencia” y el exilio, como lo fueron *Der Doppelstaat* (Morris, 2020, p. 124-50), *Behemoth* (Tuori, 2020, p. 110-1) o los análisis de Kirchheimer. No solo revelan la condición parcial y polémica de la ideología totalitaria, su estatuto de artificio reaccionario inoculado por imposición, sino también su mecánica interna, su engranaje institucional, contemplado ya desde los principios jurídicos universales e indelebles vinculados a la dignidad humana, que distaban de haber desaparecido en favor de una nueva civilización por casi todos consensuada. No existe ninguna debilidad analítica interna –como algunos pretenden (Lavis, 2019, p. 60, 66)– en el examen de la praxis jurídica nazi que, como canon epistémico, utilice una concepción racional del derecho; ni este enfoque de principio, ni siquiera el compromiso antifascista del que aquí se participa, tienen por qué empañar, alejar u oscurecer el asunto del derecho totalitario; simplemente imponen cierto distanciamiento crítico, justo aquel que permita prevenirnos frente a la tentación de explicarlo de manera redundante a través de sus propias y mendaces categorías legitimadoras, blanqueándolo así, aun involuntariamente. Tampoco se comprende la correlación que se quiere establecer entre el *Nazi Law as Non-Law Discourse* y la *rupture thesis* (*ibíd.*, 75) que convierte el Tercer Reich en una monstruosidad excepcional y parentética, pues cabe destacar la antijuricidad del totalitarismo e identificar las consistentes líneas de continuidad que lo enlazaban a las numerosas y estructurales prácticas arbitrarias de los regímenes monárquicos y liberal-imperiales que lo precedieron³². Por buenas que sean las intenciones de la aproximación histórico-cultural –e incluso literaria– que pretende –de forma relativista– exponer la ideología totalitaria como mentalidad compartida, en ella se encuentran demasiado cercanas la comprensión interna y la justificación externa, el desentrañamiento de las claves constructivas del totalitarismo y la exculpación de sus promotores, dirigentes y colaboradores por haber realizado inconscientemente lo que dictaba su tiempo (en contra, Cavallo, 2019, p. 688)³³.

La única posición teórica con respecto al fenómeno totalitario que asume por entero lo que supuso su experiencia es, por tanto, la crítica histórica. Desde su promontorio cabe impugnar sus pretensiones legitimadoras centrales, también la de su derecho, a saber: que, reconciliando por fin los contenidos de la ley y la moral, consistía en una emanación objetiva de la “comunidad nacional”, entendida ésta en términos ético-materiales.

La idea totalitaria de comunidad prestó base al derecho en casi todas sus ramas, quiso convertir la sociedad en una trama de “subcomunidades”, sirvió para atribuir a las “personas” su propio y diferenciado estatus, y se postuló como condición de posibilidad del liderazgo dictatorial (Stolleis, 1998, p. 136-45, 158). En sus contenidos culturales (y biológicos), abrazó representaciones compartidas por una minoría social que solo a través de canales como la propaganda, el terror y la represión pudieron de algún modo elevarse a condición hegemónica. Mas, aparte de esta obviedad, conviene resaltar que toda la fraseología comunitarista propia del discurso jurídico totalitario pudo entonces contar con credibilidad porque lograba enlazar con necesidades psicológicas profundas bien extendidas. Con su “jerga de la autenticidad” se pro-

32 Más allá de lo aquí consignado, un ejemplo reciente de concepción del Tercer Reich como *Unrechtsstaat*, invocación admirativa de los Kirchheimer, Neumann y Fraenkel y trazado de profundas continuidades entre la cultura jurídica oficial prehazi y la totalitaria se encuentra en Ambos (2019, p. 23-35). Además, los citados juristas socialdemócratas también aplicaron el “derecho natural” racionalista a su crítica de los poderes del Estado durante la República de Weimar.

33 He dicho “incluso literaria” porque, con independencia de su indiscutible valor creativo, creo que, desde su propio título, a esta misma línea de presentar el fascismo como el producto irremediable de una época, con la ambigua oscilación entre la comprensión interna del fenómeno y su justificación, pertenece el conocido *best-seller* de Scurati (2020).

curaba liderar una tendencia histórica objetiva de primacía de lo colectivo sobre lo individual, provocada por una combinación de factores entre los que destacaban la sensación generalizada de impotencia e inseguridad, la necesidad consiguiente de dispositivos protectores de carácter comunitario y el anhelo de restaurar la unidad frente a unas discordias sociales generadas o amplificadas por el estratagema fascista. Y es que los fascismos operaron sobre la evidencia de que “la necesidad psicológica de unidad cuenta más que la existencia real del caos” (Adorno, 1953, p. 57-8), si bien se sirvieron de ella para instituir formas aún más severas de desunión, como la que separaba en España a “vencedores” y “vencidos” o la que enfrentaba en Alemania a los *Volksgenossen* (o *Rechtsgenossen*) del resto de ciudadanos.

Esta fractura estructural nos obliga así a recordar que aquel comunitarismo apócrifo supuso una abominable perversión de la idea genuina de comunidad. Las retóricas espurias de la comunidad trataban a duras penas de ocultar la situación real de dominación sin consentimiento. Los grupos presentados como círculos naturales de socialización, del sindicato o la profesión a la familia y la localidad, constituían instancias verticales de integración que encuadraban forzosamente a los individuos. Los supuestos mismos de la vida comunitaria desaparecieron bajo el imperio totalitario. La individualidad constituida a sí misma a través del pensamiento libre, o la conformación solidaria de la colectividad mediante procedimientos participativos, ambos requisitos para la existencia real de una comunidad política en sentido moderno, fueron terminantemente negados y remplazados por la glorificación de un todo superior e incluso opuesto a las partes integrantes³⁴. Por eso, el derecho totalitario, que presumía ideológicamente de emanar de la comunidad, constituyó, en realidad, una forma orquestada de atentar contra ella; por esa misma razón, y en idéntico sentido, en fin, pudo denunciarse que “el proceso de enajenación del derecho respecto de la moral” jamás había alcanzado un grado mayor que el logrado justo en la sociedad que más presumía de haberlos “integrado” (Kirchheimer, 1941b, p. 109).

V. Conclusión

Hasta hace apenas una década, parecíamos libres de despeñarnos de nuevo por la pendiente autoritaria de la historia. Más que los grupúsculos fascistas en sí, de carácter minoritario y marginal, resultaban preocupantes las prácticas totalitarias perfectamente normalizadas en el entorno democrático-capitalista. Eran, desde luego, abundantes: el peso “uniformizante” de la propaganda mediática, la exaltación de lo existente como lo justo, la gestación de deseos reprimidos de cambios radicales o catastróficos ante escenarios impuestos de “fin de la historia”, la tendencia monopolista en la economía o la ausencia de “memoria democrática” y la complacencia mayoritaria consiguiente con la barbarie pasada. Tratar en la actualidad del orden jurídico fascista obliga, sin embargo, a concluir con referencias a la “revuelta” global de los movimientos autoritarios que amenaza con abolir conquistas que se pensaban consolidadas e irreversibles (Weiss, 2017). Este hecho actual inclina además la balanza en favor de la perspectiva crítica a la hora de investigar el totalitarismo, mostrando las funciones políticas, aun involuntarias, propias de la comprensión culturalista que lo normaliza como “mentalidad” compartida.

³⁴ También aquí el fascismo llevaba al extremo una constante burguesa, falsamente individualista: la de ubicar la esencia de la sociedad en “formas que sobrepasan la pura inmediatez de los individuos, se objetivan e incluso se oponen a éstos” (Adorno, 1937, p. 25-6).

Resulta ocioso recordar que la historia no se repite y que las diferencias entre las sociedades y las instituciones actuales y las de los años 1920 y 1930 son abundantes. Ni padecemos aún la rigidez de la estratificación socioeconómica de entonces, ni sufrimos la acción directa de las escuadras paramilitares de los partidos ultranacionalistas, ni experimentamos las estrecheces de la encorsetada política monetaria de antaño, como bien ha venido a demostrar la gestión económica de la pandemia en los países europeos. No obstante, hoy, en Europa, comienzan a reaparecer variables preocupantes. La crisis financiera desatada en 2008 nos ha “quebrado” social y políticamente (Tooze, 2018). La propia estructura de los Estados se ha tornado más centralista y vertical (Martín, 2014b; King, Le Galès, 2017), no solo como respuesta autoritaria para garantizar la primacía del mercado sobre la política parlamentaria, sino con el retorno incluso de los estados de emergencia, las leyes de excepción, el populismo penal y los campos de refugiados. Hasta aquí nos situaríamos en el terreno de la transformación despótica de los Estados, ya de por sí abono para fertilizar el rebrote fascista. La propia dinámica interna del capitalismo, pese a la doctrina demo-liberal dominante en las últimas décadas, siempre ha tendido además a situarnos en terreno fronterizo con el fascista. No ha hecho falta resurgimiento alguno del bolchevismo para reabrir, a modo de reacción, los derroteros del extremismo derechista. Se ha bastado y se ha sobrado la lógica inmanente a la acumulación capitalista. La ética jerárquica del emprendimiento, el darwinismo social, las crisis periódicas o las estructuras burocráticas centralizadas, opacas, tecnificadas y ya internacionalizadas requeridas por la fase actual del capitalismo nos ponían los pies en su territorio (Guamán, Aragonese, Martín, 2019). Por otra parte, la salida en falso de la crisis económica con el fundamentalismo de la austeridad y la divisa de “no hay alternativa” ha reforzado las condiciones psico-sociales necesarias para que germine el integrismo “nacional-capitalista”.

Se ha profundizado la sensación difusa de una impotencia medular, correlato inevitable de la concentración imparable del poder a la que asistimos. Tal sensación ha formado siempre el caldo de cultivo para que fructifiquen las estrategias propagandísticas del fascismo, ya bregadas en la tarea de transmutar “el sentimiento de la propia impotencia en un sentimiento de fuerza” (Adorno, 1943, p. 54), expertas, de hecho, en “captar individuos procurándoles satisfacciones compensatorias de género principalmente colectivo-narcisista” (Adorno, 1958, p. 391; 1967). De la mano de sus promotores han regresado así las ideas hipostasiadas e integristas de comunidad, que fagocitan la autonomía de sus miembros y se presentan como única base social legítima sobre la que construir el Estado. Otra vez parece que el único camino con que recobrar esa comunidad protectora en toda su pureza consiste en proyectar los resentimientos colectivos en algún “chivo expiatorio”, de las izquierdas supuestamente corruptas y “totalitarias” a los migrantes. Frente a los riesgos de disolución social procedentes de estos colectivos amenazantes, la organización político-económica preconizada por el populismo de derechas garantizaría de nuevo la subsistencia, la seguridad y la armonía. La técnica vuelve a ser la de recurrir a dispositivos imaginarios que proporcionen “compensación psicológica por la debilidad” sentida por cada individuo aislado ante la corrosión de sus condiciones de vida (Adorno, 1943, p. 27).

La extendida convicción de que no cabe transformar la sociedad en un sentido más humano forma asimismo la base psicológica de los liderazgos autoritarios. La inseguridad económica y la debilidad organizativa de los individuos yuxtapuestos suele tratar de compensarse “por la fuerza de las autoridades” a las que éstos se “someten” (Fromm, 1974, p. 248). Preocupados por establecer una conexión simbólica, emocional y sin mediaciones con la colectividad, los nuevos conductores prometen soluciones inmediatas a problemas complejos, como si la

persistencia de la crisis se debiera a las trabas burocráticas y legalistas que, con un golpe en la mesa, ellos lograrían espantar. La necesidad humana de participación real en la comunidad a la que se pertenece se desvía así hacia la persona enérgica, resolutiva y carismática del líder, modo inmejorable de mantener el *statu quo* y de bloquear cualquier tentativa transformadora de protagonismo popular.

El único modo de frenar estas tendencias presentes implica, a mi juicio, una labor doble. De un lado, sigue pendiente la socialización de los postulados de la memoria democrática. Solo si se tornan hegemónicos podrá devenir en compartida la certeza de que las promesas autoritarias de seguridad y protección acaban degenerando en la institucionalización de la violencia y la arbitrariedad. De otro lado, las condiciones psicológicas que predisponen al fascismo deben combatirse frenando e invirtiendo el proceso de concentración del poder al que sigue siempre la sensación difuminada de impotencia. Las medidas que fomenten la igualdad económica y la fragmentación del poder mediático y empresarial, o las prácticas que permitan percibir que la participación democrática formal cuenta con capacidad constructiva real, componen, a mi entender, los dos modos prioritarios de encarar esa batalla genuinamente “antifascista”.

VI. Bibliografía

- Adorno, Th. W. (1937), “La nueva sociología libre de valores”, en Id., *Obra Completa. Miscelánea I*, Madrid, Akal, 2010.
- Id. (1943), “La técnica psicológica de las alocuciones radiofónicas de Martin Luther Thomas”, en Id., *Obra completa 9/1, Escritos sociológicos II/1*, Madrid, Akal, 2009.
- Id. (1944), *Minima moralia. Reflexiones desde la vida dañada*, en Id., *Obra completa 4*, Madrid, Akal, 2004.
- Id. (1945a), “Lo que el nacionalsocialismo ha hecho con la cultura y las artes”, en Id., *Obra completa. Miscelánea II*, Madrid, Akal, 2014, pp. 433-49.
- Id. (1945b), “El clima musical favorable al fascismo en Alemania” (1945), en Id., *Obra completa. Miscelánea II*, Madrid, Akal, 2014, pp. 451-61.
- Id. (1946), “Antisemitismo y propaganda fascista”, en Id., *Obra completa. Escritos sociológicos I*, Madrid, Akal, 2004, pp. 369-79.
- Id. (1958), “Recensión de Otto Büsch y Peter Furth, *Rechtsradikalismus im Nachkriegdeutschland*”, en Id., *Obra completa. Miscelánea I*, Madrid, Akal, 2010, pp. 389-92.
- Id. (1966), *Dialéctica negativa*, en Id., *Obra completa 6*, Madrid, Akal, 2005.
- Id. (1967), *Aspekte des neuen Rechtsradikalismus*, Berlin, Suhrkamp.
- Álvaro Dueñas, M. (2006), “*Por ministerio de la ley y voluntad del Caudillo*”: la Jurisdicción Especial de Responsabilidades Políticas (1939-1945), Madrid, CEPC.
- Ambos, K. (2019), *National Socialist Criminal Law. Continuity and Radicalization*, Baden-Baden, Nomos.

- Andreassi Cieri, A. (2004), 'Arbeit macht frei'. *El trabajo y su organización en el fascismo (Alemania e Italia)*, Madrid, El Viejo Topo.
- Aquarone, A. (1974), "La politica sindacale del fascismo", Aquarone, Maurizio Vernassa (a cura di), *Il regime fascista*, Bologna, Il Mulino, 233-257.
- Id. (2003), *L'organizzazione dello Stato totalitario*, Torino, Einaudi, 4ª ed.
- Aragoneses, A. (2019), "La construcción del enemigo como base del (neo)fascismo", en Guamán, Aragoneses, Martín (eds.) (2019), pp. 121-36.
- Arendt, H. (1974), *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus.
- Arrigo, G., Vardaro, G. (a cura di) (1982), *Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania prenazista*, Roma, Ed. Lavoro.
- Babiano, J. et. al. (2018), *Verdugos impunes. El franquismo y la violación sistémica de los derechos humanos*, Barcelona, Pasado & Presente.
- Benjamin, W. (1921), "Hacia una crítica de la violencia", en Id., *Obras*, lib. II, vol. 1, Abada, Madrid, 2010.
- Id. (1938), "El país en que no se puede nombrar al proletariado", en Id., *Obras*, lib. II, vol. 2, Abada, Madrid, 2009.
- Blom, Ph. (2016), *La fractura. Vida y cultura en Occidente*, Barcelona, Anagrama.
- Broszat, M. (1989), *Der Staat Hitlers. Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung*, München, DTV.
- Calamandrei, P. (1974), "La funzione parlamentare sotto il fascismo", en Alberto Aquarone, Maurizio Vernassa (a cura di), *Il regime fascista*, Bologna, Il Mulino.
- Id. (2014), *Il fascismo come regime della menzogna*, Roma, Laterza.
- Camus, A. (1944), "El tiempo del desprecio", en Id., *Crónicas (1944-1953)*, Madrid, Alianza, 2002, pp. 19-20.
- Cassese, S. (2010), *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino.
- Cavallo, R. (2019), "L'immaginario giuridico nazista", *Quaderni Fiorentini*, 48 (2019), pp. 685-706.
- Chapoutot, J. (2012), *Le nazisme et l'Antiquité*, Paris, PUF.
- Costa, P. (1986), *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè.
- Id. (1999), "Lo 'Stato totalitario': un campo semántico nella giuspubblicistica del fascismo", *Quaderni Fiorentini*, 28 (1999), pp. 61-174.
- Id. (2001a), *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 3: *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza.

- Id. (2001b), *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 4: L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.
- Id. (2021), "Democracia y totalitarismo en la Europa de entreguerras: una introducción", en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragonese (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, pp. 17-35.
- Cuello Calón, E. (1934), *El derecho penal de las dictaduras*, Barcelona, Bosch.
- Dormagen, J.-Y. (2008), *Logiques du fascisme. L'état totalitaire en Italie*, Paris, Fayard.
- Esteve Pardo, J. (2019), *El pensamiento antiparlamentario y la formación del Derecho público en Europa*, Madrid, Marcial Pons.
- Evans, R. J. (2017), *El Tercer Reich en el poder*, Barcelona, Península.
- Id. (2018), *La llegada del Tercer Reich*, Barcelona, Península.
- Faye, E. (2018), *Heidegger: la introducción del nazismo en la filosofía*, Madrid, Akal.
- Fernández-Crehuet, F. (2017), *Hegel bajo la esvástica: la filosofía del derecho de Karl Larenz y Julius Binder*, Granada, Comares.
- Ferré Olivé, J. C. (dir.) (2016), *El derecho penal de la posguerra*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Forsthoff, E. (1933), *Der totale Staat*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt.
- Fraenkel, E. (1941), *Il doppio Stato*, Torino, Einaudi, 1986.
- Frank, H. (1936), "On the Position of the Judge before National Socialist Law and in the National Socialist State", en *The Third Reich sourcebook*, eds. Anson Rabinbach, Sander Gilman, Berkeley and Los Angeles, University of California Press, 2013, § 31.
- Friedländer, S. (2009), *El Tercer Reich y los judíos*, vol. 1: *Los años de la persecución (1933-1939)*, Barcelona, Galaxia Gutenberg.
- Fromm, E. (1974), *El miedo a la libertad*, Buenos Aires, Paidós.
- Gagliardi, A. (2010), *Il corporativismo fascista*, Roma, Laterza.
- Gallego, F. (2014), *El evangelio fascista: la formación de la cultura política del franquismo (1930-1950)*, Barcelona, Crítica.
- García Salgado, M^a J. (2011), *La jurisprudencia de intereses de Philipp Heck*, Granada, Comares.
- García Valdecasas, A. (1942), "Los Estados totalitarios y el Estado español", en Nicolás Sesma Landrin (ed.), *Antología de la Revista de Estudios Políticos*, Madrid, CEPC, 2009, pp. 215-237.
- Garfinkel, P. (2017), *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge University Press.

- Gentile, E. (1990), "El fascismo como religión política", en Id., *Fascismo. Historia e interpretación*, Madrid, Alianza, 2004, pp. 219-245.
- Id. (1995), "El fascismo. Un perfil histórico", en *Ibíd.*, pp. 23-50.
- Id. (2002), "El fascismo. Una definición orientativa", en *Ibíd.*, pp. 71-89.
- González Calleja, E. (2012), *En nombre de la autoridad. La defensa del orden público durante la Segunda República española*, Granada, Comares.
- Griffin, R. (2010), *Modernismo y fascismo. La sensación de comienzo bajo Mussolini y Hitler*, Madrid, Akal.
- Gruchmann, L. (2009), *Justiz im Dritten Reich 1933-1940*, Berlin, De Gruyter, 3. Aufl.
- Guamán, A., Pérez Rey, J. (2019), "Derecho del trabajo del enemigo: aproximaciones histórico-comparadas al discurso laboral neofascista", en Guamán, Aragoneses, Martín (2019), pp. 137-170.
- Guamán, A., Aragoneses, A., Martín, S. (eds.) (2019), *Neofascismo: la bestia neoliberal*, Madrid, Siglo XXI.
- Haffner, S. (2017), *Historia de un alemán. Memorias 1914-1933*, Barcelona, Destino.
- Hedemann, J. W. (1938), *Bürgerliches Recht im Dritten Reich*, Berlin, Deutscher Rechtsverlag.
- Id. (1941), *Das Volksgesetzbuch der Deutschen. Ein Bericht*, München und Berlin, C. H. Beck.
- Heller, H. (1928), "Democracia política y homogeneidad social", en Id., *Escritos políticos*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 257-268.
- Id. (1929), "Europa y el fascismo", en *Ibíd.*, pp. 19-132.
- Id. (1930), "Estado de derecho o dictadura", en *Ibíd.*, pp. 283-301.
- Hierro, J. L. del (2018), *Democracia frustrada. Un estudio comparado de la República de Weimar y la Segunda República Española*, Madrid, Ed. De la Torre.
- Ingrao, Ch. (2017), *Creer y destruir. Los intelectuales en la máquina de guerra de las SS*, Barcelona, Acantilado.
- Kahn-Freund, O. (1931), "L'ideale sociale della Corte del lavoro del Reich", en Gianni Arri-go, Gaetano Vardaro (a cura di) (1982), pp.
- Id. (1932), "Il mutamento della funzione del diritto del lavoro", en *Ibíd.*, pp.
- Keiser, Th. (2005), *Eigentumsrecht in Nationalsozialismus und Fascismo*, Frankfurt a. M., Mohr Siebeck.
- Keppeler, L. M. (2014), *Oswald Spengler und die Jurisprudenz*, Tübingen, Mohr.

- King, D., Le Galès, P. (2017), *Reconfiguring European States in Crisis*, Oxford University Press.
- Kirchheimer, O. (1935), "Staatsgefüge und Recht des Dritten Reich", en Id., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung* (Hrsg. V. W. Luthardt), Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1987, pp. 152-185.
- Id. (1940), "Criminal Law in National Socialist Germany", en W. E. Scheuerman (ed.), *The Rule of Law under Siege: Selected Essays of Franz L. Neumann and Otto Kirchheimer*, Berkeley Los Angeles London, University of California Press, 1996, pp. 172-191.
- Id. (1941a), "The Dual State. By Ernst Fraenkel", *Political Science Quarterly*, LVI, pp. 434-436.
- Id. (1941b), "The Legal Order of National Socialism", en Id., *Politics, Law, and Social Change. Selected Essays of Otto Kirchheimer* (Frederic S. Burin, Kurt L. Shell, eds.), New York and London, Columbia University Press, 1969, pp. 88-109.
- Klemperer, V. (2004), *LTI La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona, Minúscula.
- Kraus, K. (1933), *La tercera noche de Walpurgis*, Barcelona, Icaria, 1977.
- Krieger, H. (1936), *Das Rassenrecht in den Vereinigten Staaten*, Berlin, Junker und Dünhaupt.
- Laval, Ch., Dardot, P. (2017), *La pesadilla que no acaba nunca. El neoliberalismo contra la democracia*, Barcelona, Gedisa.
- Lavis, S. (2019), "Nazi Law as Non-law in Academic Discourse", en Skinner (2019), 59-76.
- Legaz Lacambra, L. (1934), *El Estado de Derecho en la actualidad (una aportación a la teoría de la juridicidad)*, Madrid, Reus.
- Id. (1940), *Introducción a la teoría del Estado nacional-sindicalista*, Barcelona, Bosch.
- Lederer, E. (1938), "Ende der Klasesgesellschaft? Zur Analyse des Franchismus", en Id., *Kapitalismus, Klassenstruktur und Probleme der Demokratie in Deutschland 1910-1940. Ausgewählte Aufsätze*, Hrsg. Jürgen Köcka, Vandenhoeck & Ruprecht, 1979, pp. 239-52.
- Leibholz, G. (1929), *Das Wesen der Repräsentation unter besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystems: ein Beitrag zur allgemeinen Staats- und Verfassungslehre*, Berlin, De Gruyter.
- Liermann, H. (1927), *Das deutsche Volk als Rechtsbegriff im Reichsstaatsrecht der Gegenwart*, Berlin, Dümmlers.
- Loewenstein, K. (1936), "Law in the Third Reich", *Yale Law Journal*, vol. 45, pp. 779-815.
- Machado, A. (1937), "Antonio Machado en Valencia. El insigne poeta español dice:", entrevista recogida en Monique Alonso, *Antonio Machado. Poeta en el exilio*, Barcelona, Anthropos, 1985, 258-60.

- Mann, Th. (1937), "España", en Jean-Pierre Barou, *La Guerra de España: reconciliar a los vivos y los muertos*, Madrid, Arpa, 2021, pp. 217-221.
- Marcuse, H. (1934), "Der Kampf gegen den Liberalismus in der totalitären Staatsauffassung" (1934), en Id., *Shriften*, III: *Aufsätze aus der Zeitschrift für Sozialforschung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1979.
- Martín, S. (2009a), "Génesis y estructura del 'nuevo' Estado", en Federico Fernández-Crehuet, Daniel García López (eds.), *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada, Comares, 2009, pp. 79-135.
- Id. (2009b), "Criminalidad política y peligrosidad social en la España contemporánea", *Quaderni Fiorentini*, 38 (2009), pp. 861-951.
- Id. (2011), "Funciones del jurista y transformaciones del pensamiento jurídico-político español (1870-1945) (II)", *Historia constitucional*, 12, pp. 161-201.
- Id. (2012), "El orden jurídico europeo, 1918-1945", en Marta Lorente, Jesús Vallejo (coords.), *Manual de historia del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 527-72.
- Id. (2014a), "Los juristas en los orígenes de la dictadura (1937-1943)", en F. Fernández-Crehuet, S. Martín (eds.), *Los juristas y el 'régimen'*, Granada, Comares, 2014, pp. 11-132.
- Id. (2014b), *La Gran Regresión: reformas estructurales y sociedad neoliberal*, ponencia presentada en el VII Seminario Jurídico Interdisciplinar 'Globalización y Derecho' (Universidad Carlos III, junio 2014)
- Id. (2015), "Los juristas en la génesis del franquismo. ¿Un contraste posible?", en I. Birocchi, L. Loschiavo (a cura di), *I giuristi e il fascino del regime*, Roma-Tre Press, pp. 389-422.
- Id. (2017a), *Entre Weimar y Franco. Eduardo L. Llorens (1886-1943) y el debate jurídico de la Europa de entreguerras*, Granada, Comares.
- Id. (2017b), "Del Fuero del Trabajo al Estado social y democrático. Los juristas españoles ante la socialización del derecho", *Quaderni Fiorentini*, 46, pp. 335-384.
- Id. (2018), "Autoconservación contra nación. Lecturas de la *Integrationslehre* de Rudolf Smend en la doctrina jurídico-política española de los años treinta", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 182, pp. 99-128.
- Id. (2019a), "Die Terrorismusbekämpfung in der spanischen Geschichte oder die strafrechtliche Repression von Anarchisten, Kommunisten und Separatisten (1894-1975)", en Anneke Petzsche, Martin Heger, Gabriele Metzger (Hrsg.), *Terrorismusbekämpfung in Europa im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2019, pp. 109-140.
- Id. (2019b), "Modelos de derecho sindical y del trabajo entre la dictadura de Primo de Rivera y el primer franquismo (1926-1944)", en I. Stolzi (a cura di), *Sindacati e diritto del lavoro tra dittature e democrazia nell'Europa mediterránea e latina del XX secolo*, Milano, Giuffrè, pp. 123-162.

- Id. (2020), "Enemigos de la República, 1931-1933", *Anuario de Historia del derecho español*, XXXI, pp. 445-514.
- Id. (2021), "Iluminaciones sobre Weimar. Acotaciones histórico-culturales a un tiempo de transición y complejidad", en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, pp. 611-742.
- Meierhenrich, J. (2018), *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press.
- Möller, H. (2015), *La República de Weimar. Una democracia inacabada*, Madrid, Antonio Machado.
- Mosse, G. (1990), *Fallen soldiers: reshaping the memory of the World Wars*, Oxford University Press.
- Neumann, F. (1929), "Il significato político e sociale della giurisprudenza dei tribunali del lavoro", Gianni Arrigo, Gaetano Vardaro (a cura di) (1982), pp.
- Id. (1942), *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacionalsocialismo*, México, FCE, 1983.
- Pasamar Alzuria, G. (1991), *Historiografía e ideología en la postguerra española: la ruptura de la tradición liberal*, Universidad de Zaragoza.
- Paxton, R. O. (2019), *Anatomía del fascismo*, Madrid, Capitán Swing.
- Peña Freire, A. (2018), *Legalidad y orden jurídico: el debate sobre la legalidad del exterminio nazi*, Barcelona, Atelier.
- Pérez González, B. (1942), "El método jurídico", *Revista de Derecho privado*, XXVI, pp. 1-23.
- Pérez Trujillano, R. (2019), *Dimensión político-social de la justicia penal en la Segunda República española (1931-1936)*, Sevilla.
- Perrin, F. (2012), *L'intérêt general et le libéralisme politique. Entre droits et intérêts particuliers (xviiie-xixe siècles)*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne.
- Pifferi, M. (2021), "Crisis del liberalismo penal y auge del derecho penal autoritario. La cultura penalística de entreguerras", en S. Martín, F. Fernández-Crehuet, A. Aragoneses (eds.), *Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras. La transformación del Estado en la era de la socialización*, Sevilla, Athenaica, pp. 393-451.
- Polanyi, K. (1933), "Las premisas espirituales del fascismo", en Id., *La naturaleza del fascismo*, Barcelona, Virus, 2020, pp. 25-31.
- Id. (1934a), "Othmar Spann, el filósofo del fascismo" y "La utopía fascista de Spann", en *Ibíd.*, pp. 53-66.

- Id. (1934b), "El fascismo y la terminología fascista", en *Ibíd.*, pp. 67-72.
- Id. (s. f.), "La esencia del fascismo", en *Ibíd.*, pp. 99-138.
- Id. (s. f.), "Fascismo y cristianismo", en *Ibíd.*, pp. 139-142.
- Polgar, A. (2005), "Curalotodo", en *Id.*, *La vida en minúscula*, Barcelona, Acantilado, pp. 136-138.
- Portilla Contreras, G. (2009), *La consagración del derecho penal de autor durante el franquismo: el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Granada, Comares.
- Raphael, L. (2008), *Ley y orden: dominación mediante la administración en el siglo XIX*, Madrid, Siglo XXI.
- Reich, W. (1933). *La psicología de masas del fascismo* (1933), México D. F., Roca, 1973.
- Ríos, F. de los (1926), "Las leyes superfascistas", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LXXV, 148, pp. 7-10.
- Rüthers, B. (2016), *Derecho degenerado: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, Madrid, Marcial Pons.
- Salvatore Torrisi, J. C. (2016), *Il tribunale speciale per la difesa dello Stato. Il giudice politico nell'ordinamento dell'Italia fascista (1926-1943)*, Bologna University Press.
- Sinzheimer, H., Fraenkel, E. (1968), *Die Justiz in der Weimarer Republik. Eine Chronik*, Hrsg. Thilo Ramm, Berlin, Luchterhand.
- Schmitt, C. (1921), *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 1999.
- Id. (1924), "La dictadura del Reichpräsident según el art. 48 de la Constitución de Weimar" (1924), en *Id.*, *Ensayos sobre la dictadura, 1916-1932*, Madrid, Tecnos, 2013.
- Id. (1930), "Staatsethik und pluralistischer Staat", en *Id.*, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (1923-1939)*, Berlin, Duncker&Humblot, 1988.
- Id. (1934), "Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica", en *Id.*, *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2012.
- Scurati, A. (2020), *M., el hijo del siglo*, Madrid, Alfaguara.
- Skinner, S. (2019), *ideology and Criminal Law. Fascist, National Socialist and Authoritarian Regimes*, Oxford, Hart.
- Stolleis, M. (1974), *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, Schweitzer.
- Id. (1998), *The Law under the Swastika. Studies on Legal History in Nazi Germany*, University of Chicago Press.

Tébar Rubio-Manzanares, I. (2017), *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Universitat D'Alacant.

Tuori, K. (2020), *Empire of Law. Nazi Germany, Exile Scholars and the Battle for the Future of Europe*, Cambridge University Press.

Vormbaum, Th. (2018), *Historia moderna del derecho penal alemán*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Weiss, V. (2017), *Die autoritäre Revolte: Die Neue Rechte und der Untergang des Abendlandes*, Klett-Cotta.

Ziegler, H. O. (1931), *Die moderne Nation*, Tübingen, Mohr.

Zweig. S. (2002), *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, Acantilado.

Data de Recebimento: 22/04/2021

Data de Aprovação: 04/05/2021

Resenhas

HISTÓRIA DO DIREITO

Uma paráfrase da história do Direito Romano

A manualística brasileira contemporânea em questão

*A paraphrase of the history of Roman Law
Contemporary Brazilian textbooks in question*

Alfredo de J. Flores¹

¹ Universidade Federal do Rio Grande do Sul. <https://orcid.org/0000-0002-1854-3367>.

1 Introdução

Antes de qualquer coisa, expresso minha satisfação de resenhar o estimulante livro de Walter Guandalini Jr.², cuja publicação pode ser considerada uma inovadora contribuição para os debates na Romanística brasileira. Trata-se, em síntese, de um livro didático para a disciplina de Direito Romano – dos currículos das Faculdade de Direito do Brasil –, mas que se propõe a utilizar arcabouço teórico-metodológico da História do Direito³, com importantes traços da Escola de História do Direito da Universidade Federal do Paraná⁴, e fazer um diálogo com a literatura da História Geral ou Social, ou, especificamente, da História Antiga – proposta que, nesses termos, pode ser considerada inédita no contexto das obras de Direito Romano publicadas no Brasil.

Esta proposta de resenha, diante desse texto, deve tomar um tom mais propositivo que crítico. Trata-se de livro com proposta ousada, talvez bastante revigorante para os debates sobre a Romanística, o ensino e os usos do Direito Romano no Brasil, que, diga-se de passagem, têm ganhado relevância no período recente⁵. Pensamos que o maior ganho para a disciplina e para a própria Romanística, neste momento, deve vir da reflexão dialogada sobre as propostas em pauta.

Esta resenha é estruturada em quatro seções (para além desta introdução), nas quais se propõe: (i) discutir o gênero da obra e os desafios de produzir livros didáticos no contexto atual; apresentar (ii) aspectos formais e (iii) materiais do livro; e (iv) trazer alguns comentários sobre a proposta teórica do autor e sua aplicação.

2 A Discussão sobre Materialidade e Gênero da Obra

O autor define a sua obra como livro didático, voltado especificamente à disciplina de Direito Romano em sua apresentação nos currículos das Faculdades de Direito brasileiras. Assim, partindo desse ponto, faz-se mister refletir a respeito do desafio de produzir manuais

2 O autor atuou como docente na disciplina de Direito Romano de 2013 a 2016, o que certamente deve se refletir no texto ora resenhado. Sua atuação acadêmica, contudo, é majoritariamente voltada aos circuitos de História do Direito, e não aos circuitos romanísticos nacionais ou internacionais. Sua produção intelectual na área de Direito Romano é composta de alguns artigos, próximos da proposta teórica do livro resenhado, Guandalini Jr. (2013; 2015, 2017) "page": "37-47", "title": "A crise da tradição romanística: perspectivas para uma historiografia do direito romano", "volume": "6", "author": [{"family": "Guandalini Jr.", "given": "Walter"}], "issued": {"date-parts": [{"2013"}]}, "label": "page", "suppress-author": true, {"id": "639", "uris": [{"http": "/zotero.org/users/5823682/items/IDAC9LPW"}], "uri": [{"http": "/zotero.org/users/5823682/items/IDAC9LPW"}], "itemData": {"id": "639", "type": "article-journal", "container-title": "Sequência", "DOI": "10.5007/2177-7055.2015v36n70p163", "ISSN": "2177-7055", "issue": "70", "language": "pt", "note": "publisher-place: Florianópolis", "page": "163-187", "source": "SciELO", "title": "Perspectivas da Tradição Romanística: passado e futuro do Direito Romano", "title-short": "Perspectivas da Tradição Romanística", "author": [{"family": "Guandalini Jr.", "given": "Walter"}], "issued": {"date-parts": [{"2015", "6"}]}, "suppress-author": true, {"id": "1046", "uris": [{"http": "/zotero.org/users/5823682/items/BS44BL7S"}], "uri": [{"http": "/zotero.org/users/5823682/items/BS44BL7S"}], "itemData": {"id": "1046", "type": "article-journal", "container-title": "Revista da Faculdade de Direito UFPR", "DOI": "http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47101", "ISSN": "2236-7284", "issue": "1", "page": "9-31", "title": "Uma teoria das fontes do direito romano: genealogia histórica da metáfora", "volume": "62", "author": [{"family": "Guandalini Jr.", "given": "Walter"}], "issued": {"date-parts": [{"2017", "1"}]}, "suppress-author": true}], "schema": "https://github.com/citation-style-language/schema/raw/master/csl-citation.json". O autor realizou ainda importantes publicações em História do Direito, especialmente sobre o século XIX, com destaque para temas de Direito Administrativo, que foram enfrentados em sua tese doutoral; ver, para tanto, Guandalini Jr. (2016).

3 Reiteramos aqui nossa proposta de que o autor faz uso do modelo teórico para a História do Direito da comunidade acadêmica do Direito da UFPR, sem se enquadrar, necessariamente, em outros âmbitos de discurso científico que tratam da história de Roma no Brasil. Logo, apesar do ambiente disciplinar em que está inserido e das fontes utilizadas, é desde essa linha que se deve entender a proposta e execução da obra pelo autor.

4 Por todos, Fonseca (2011).

5 Vide, por exemplo, Moraes (2019).

no cenário editorial atual, especialmente considerando: (i) a consolidação de versões digitais; (ii) as transformações do mercado editorial em contexto de pandemia; (iii) as exigências de uso de linguagens novas (a exemplo de narrativas mais acessíveis, no contexto historiográfico) e de recursos didáticos visuais; e (iv) o surgimento de novas editoras (com novas estratégias de mercado, de financiamento de produção de obras, de formas de contratação com autores).

Nesse sentido, o livro resenhado atingiu o seu objetivo. Foi publicado em uma editora aparentemente voltada ao mercado de livros didáticos, com publicações nas mais diversas áreas do conhecimento. Imaginamos que será publicado também em versão digital, facilitando aquisição e manuseio. A linguagem é clara, a narrativa é bem construída e acessível, e os recursos visuais facilitam a leitura.

Quanto aos elementos textuais, é especialmente importante mencionar a presença de mapas, imagens (gravuras, esculturas), quadros comparativos⁶ e elementos gráficos de realce, parte importante do gênero de livros didáticos como apresentado atualmente. A transição entre tópicos, bem como a fácil identificação das palavras-chave, em negrito no *layout* das páginas, também é muito elogiável. O mesmo se pode dizer sobre as imagens, sempre vinculadas à narrativa dos capítulos respectivos (a partir do cap. 2).

3 Aspectos Formais do Texto (Método e Estrutura Discursiva do Livro)

Apresentados os elementos de discussão sobre o gênero da obra, é o momento de entrar nos aspectos formais do texto, em particular (i) a metodologia e (ii) a sua aplicação discursiva na estrutura do texto.

3.1 A Proposta Metodológica Geral

Acompanhando a tônica já utilizada pelo autor em suas obras anteriores, quando com mais ênfase se identifica com uma visão crítica da história, inicia o texto com o enquadramento geral da obra, (i) a *justificativa* na “Apresentação” (p. 09-15); na sequência, o autor proporciona a (ii) *tese da obra*, na “introdução” do Capítulo 1 (p. 17-21), onde faz um questionamento sobre objeto e finalidade do estudo em Direito Romano.

Desde esse ponto de vista, Guandalini Jr. segue em seu raciocínio para a determinação do modelo metodológico fazendo uma distinção entre duas perspectivas de análise, a dogmática e a histórica, sobre as quais se estuda o Direito Romano⁷: com isso, apresenta a (iii) *tese sobre a “dogmática” romanista* nas seções 1.1.1 e 1.1.2 do Capítulo 1 (p. 22-44), onde faz a leitura desde o conhecido enquadramento de Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2008) sobre dogmática e zetética, identificando as visões sobre o Direito Romano nestas perspectivas. Para o enquadramento da perspectiva “dogmática”, aponta extratos de textos do mercado editorial brasileiro que seriam

⁶ Aqui, sentimos falta de índices de imagens e quadros na editoração, parte pré-textual, bem como de explicações sobre a elaboração e apresentação de mapas, que possuem a mesma formatação e provavelmente não foram produzidos pelo autor.

⁷ Para uma visão aprofundada sobre o debate metodológico a respeito dos enfoques sobre o Direito Romano, é importante recordar o “clássico” de Paul Koschaker (1955), referência obrigatória. Além disso, mais atual, Ramis Barceló (2011).

do campo, tendo alguma vinculação com o título de “Direito Romano”, onde o autor identifica elementos discursivos que teriam conotação “positivista”, com que Guandalini tece críticas desde as ordens metodológica, epistemológica e política⁸.

Após o tom enfático de crítica à perspectiva dita “dogmática”, o autor apresenta (iv) a *tese da metodologia de “perspectiva histórica”*, na seção 1.1.3 do Capítulo 1 (p. 45-58); aqui se encontra uma paráfrase da primeira chave de leitura do texto, com base em texto de Pietro Costa (2010), quando este autor fala das imagens do historiador do direito – como comprador, peregrino e explorador. Em cima destas imagens de Costa, Guandalini as aplica ao Direito Romano, fazendo uma defesa do “Direito Romano inútil”, como exemplo de descontinuidades, em que tal Direito não seria aplicável na prática jurídica atual, usando para tanto de uma expressão figurativa, a da “ausência de função prática”. Na sequência, expõe uma (v) *apresentação do modelo que será adotado no livro, da “perspectiva histórica”*, na seção 1.2 do Capítulo 1 (p. 58-67), onde complementa tal chave de leitura anterior, estabelecendo assim definições sobre o objeto e a finalidade do estudo em Direito Romano a partir da história crítica do professor António Manuel Hespanha – quando este autor fala de um “sentido relacional”, contextual.

3.2 A Narrativa Histórica de Roma

A partir do Capítulo 2, Guandalini Jr. faz uma narrativa da história da civilização romana, enquadrando as fontes jurídicas em cada contexto histórico. A estratégia do autor, sempre buscando o fim didático da obra, é concentrar as citações em alguns autores que são reconhecidos, ainda que de linhas diferentes de historiografia. Partindo da leitura do texto é possível identificar os seguintes estratos historiográficos: (a) uma paráfrase feita pelo autor das narrativas sobre Roma, desde (i) uma clássica, de Tito Lívio; (ii) duas de linha mais histórico-social (Beard, 2017; Grimal, 2009, 2011); (iii) dois autores vinculados à linha histórico-jurídica (Herzog, 2018; Stein, 2010); e (iv) uma narrativa romanística reconhecida, a de Mario Bretone (1990). Por outro lado, ao adentrar mais na matéria do Direito Romano, Guandalini Jr. precisou de um modelo seguro entre os famosos romanistas atuais – neste caso, segue a Aldo Schiavone (2005) em praticamente todo o texto, de onde procede (b) a uma paráfrase de narrativas sobre as fontes jurídicas romanas, alcançando um modo rigoroso de identificação das fontes jurídicas para os seus respectivos contextos. Quando precisou se aproximar de fontes de textos romanos, Guandalini Jr. faz (c) citações dessas fontes a partir dos trabalhos de tradução de romanistas brasileiros, como a tradução das *Institutas* de Gaio por Hécio Madeira (2012) e da *Lei das XII Tábuas* por Sílvio Meira (1961), que são muito reconhecidas. Tendo esses critérios, o autor apresentou uma sequência dos períodos históricos romanos, com ênfase nas fontes, como se pode ver a seguir.

3.2.1 A História da Roma Arcaica

Tendo como eixo narrativo as obras de Beard, Lívio, Grimal e Bretone, o autor faz a (i) a *descrição da fundação e da mentalidade “disciplinadora”*, como consta na “introdução” e seção 2.1 do Capítulo 2 (p. 69-77); nestas subseções, há uma narração da fundação de Roma e uma

⁸ Mesmo considerando a crítica apresentada, é interessante recordar que a obra foi publicada pela Editora InterSaberes justamente numa série de título “Estudos Jurídicos: Direito Privado”, enquadrando o livro de Direito Romano nesses moldes.

apresentação do ponto de vista de Aldo Schiavone a respeito da visão disciplinar romana. Logo depois, é feita (ii) a *descrição do “fas” e do “ius”*, na seção 2.2 do Capítulo 2 (p. 78-82); aqui são feitos comentários sobre religião e autonomia do direito em Roma neste período, encerrando a seção tratando sobre os pontífices. Como consequência do papel do Colégio dos pontífices, Guandalini Jr. adentra na (iii) *análise dos “responsa prudentium”*, na seção 2.3 do Capítulo 2 (p. 82-92), onde faz a caracterização das respostas dos prudentes segundo uma formulação que parece particularmente sua. Por fim, chega o momento (iv) da *passagem do saber religioso ao saber civil*, na seção 2.4 do Capítulo 2 (p. 93-96): aqui, Guandalini Jr. faz uma apresentação do cenário da monarquia etrusca (e a postura mais popular desta) e das consequentes modificações na legitimação do poder sacro, que, por sua vez, levarão a importantes repercussões no âmbito jurídico.

3.2.2 A História da Lei das XII Tábuas

Tendo como eixo narrativo as obras de Lívio, Beard, Grimal, Bretone, Stein e Herzog, o autor faz uma (i) *descrição da crise geradora do contexto prévio ao surgimento das XII Tábuas*, na “introdução” e seção 3.1 do Capítulo 3 (p. 97-105), onde se fala do cenário histórico do conflito patriciado-plebe no início da República romana; em seguida, vem (ii) o *detalhamento das XII Tábuas*, na seção 3.2 do Capítulo 3 (p. 106-119), com a apresentação do conteúdo e forma da Lei das XII Tábuas, com várias menções ao texto romano. Depois nosso autor apresenta (iii) o *cenário posterior às XII Tábuas*, nas seções 3.3 e 3.4 do Capítulo 3 (p. 119-131), onde comenta sobre as modificações sociais e legislativas que levam à ascensão de parte da plebe a funções de Estado na República romana, com relevantes consequências no uso das fontes, entre o “ius” e a “lex”.

3.2.3 A História da Formação do Direito Honorário

Tendo como eixo narrativo as obras de Beard, Bretone, Herzog e Stein, nosso autor inicia este apartado com (i) *a descrição do contexto das Guerras Púnicas*, na “introdução” do Capítulo 4 (p. 133-141), onde explica o contexto de transformação da República romana, em decorrência das citadas guerras; passa depois para (ii) *a apresentação do pretor urbano e peregrino*, na seção 4.1 do Capítulo 4 (p. 141-145); e logo (iii) *uma exposição breve sobre o processo formulário* (“formular”, como ele chama), na seção 4.2 do Capítulo 4 (p. 145-150); com exemplos tirados dos textos de Gaio. Por fim, Guandalini Jr. entra (iv) na *apresentação do direito honorário*, nas seções 4.3 e 4.4 do Capítulo 4 (p. 150-161), onde procede à caracterização e apresentação de figuras jurídicas que surgiram em vista dos trabalhos dos pretores.

3.2.4 A História da Sistematização do Saber Jurídico em Roma

A partir do eixo narrativo das obras de Beard, Bretone, Herzog e Stein, o autor começa a exposição falando (i) *das reformas dos irmãos Graco*, na “introdução” do Capítulo 5 (p. 164-171); para depois entrar no tema da (ii) *influência grega na abstração da matéria jurídica*, nas seções 5.1 e 5.2 do Capítulo 5 (p. 172-190), onde comenta da presença do pensamento grego em Roma e sua influência na obra de Quintus Mucius Scævola; e logo comenta (iii) da *inovação*

de *Servius Sulpicius Rufus*, na seção 5.3 do Capítulo 5 (p. 190-206), onde, sempre acompanhando Schiavone, fala do método da época e da formalização dos institutos jurídicos, empregando nos exemplos da escravidão e da sociedade.

3.2.5 O Direito no Principado e no Dominato

Agora com o eixo narrativo de Beard, Frighetto, Bretone, Herzog e Stein, e sempre em diálogo com Schiavone, o autor explica primeiramente (i) o *contexto de surgimento do Império*, na “introdução” do Capítulo 6 (p. 207-212), passando depois para (ii) *a narrativa sobre o Principado*, na seção 6.1 do Capítulo 6 (p. 212-232), onde longamente comenta sobre os juristas do início do Império, as características de seus trabalhos e o impacto na ciência jurídica da época; para então entrar (iii) na *explicação sobre o Direito no Dominato*, na seção 6.2 do Capítulo 6 (p. 233-252), falando sobre a divisão do Império na época e a sistematização do Direito Romano por influência dos imperadores, em particular por sua produção de textos jurídicos.

3.2.6 O Direito Justinianeu

No último capítulo do livro, acompanhando o eixo narrativo de Bretone e Anderson, o autor introduz a produção de fontes jurídicas do período final do Império do Ocidente e do Império do Oriente, sendo que inicialmente (i) explica a *codificação do saber jurídico*, na “introdução” e nas seções 7.1 e 7.2 do Capítulo 7 (p. 253-264), onde o autor retoma o contexto das fontes jurídicas do final do Dominato; para logo apresentar (ii) *a legislação dos reinos bárbaros*, na seção 7.3 do Capítulo 7 (p. 264-270); e, por fim, (iii) falar da *legislação de Justiniano*, na seção 7.4 do Capítulo 7 (p. 270-281), comentando o processo de elaboração das edições do “Codex”, do Digesto, do livro das Instituições e das “Novellæ”.

3.2.7 A Conclusão

Onde o autor reforça sua posição sobre o valor de observação da realidade por parte dos romanos (p. 283-284).

4 Aspectos Materiais do Texto (Estilo Discursivo e Fontes)

4.1 O Estilo Discursivo de uma “Literatura Historiográfica”

O autor adota uma estratégia discursiva no estilo da “história da Antiguidade”, mas em uma versão híbrida e mais atualizada. Tenhamos em conta que, mediante uma primeira formação dada em meados do séc. XX pela Escola dos Anais, passando por parcela da historiografia marxista (Perry Anderson e originais marxianos mencionados na bibliografia consultada), o autor soube dosar a narrativa com o apoio de textos de divulgação histórica (prática editorial mais recente, que é relevante para efeitos de publicações hoje em dia). Isso explica a ausência propositada de uma multiplicidade de termos ou extratos de textos latinos; postura essa

que deve ser em resposta⁹ ao que o autor poderia vir a identificar como sendo uma prática de romanistas “dogmáticos”, que abusariam do latim para efeitos de erudição. Por outro lado, reconhece-se que a sequência narrativa é fortemente centrada em textos jurídicos, vinculados à periodização adotada, equilibrando a narrativa para uma história da modificação das fontes jurídicas a partir das referências e exemplos-chave, mesmo que de modo indireto.

4.2 As Fontes Utilizadas na Obra

Em virtude da proposta didática pensada pelo autor e que foi corroborada pela editora, percebe-se no decorrer do texto o predomínio de determinados autores em história social, história jurídica e romanística (vide seção 2.2 acima). A construção da narrativa demandava o estabelecimento de um esquema controlável e com recursos visuais didáticos (como os quadros e demais recursos gráficos). Por essa razão, a bibliografia utilizada para a elaboração do texto consta dentro do conjunto das referências apresentadas no final da obra; outrossim, o autor decidiu complementar as referências com uma vasta lista de obras que seguramente são vinculadas a uma forma de organizar a disciplina de Direito Romano.

5 Considerações Finais

O autor enfrenta muito bem o que consideraríamos um grande desafio: apresentar um texto introdutório didático para uma disciplina tão complexa como é a de Direito Romano no Brasil. É o que se percebe particularmente a partir do Capítulo 2, quando se dá uma narrativa que é fluida, coerente e coesa, resultando em uma leitura que é agradável no acompanhamento. Neste sentido, não resta dúvidas de que será um material muito útil para alunos de primeiro ano da Faculdade de Direito que se encontram cursando a disciplina; e diríamos que ainda mais para aqueles que vierem a conhecer o arcabouço teórico que o texto faz referência, como se pode notar em Faculdades no país que apresentam outras disciplinas no curso em que os autores de alta relevância para a formação da área de História do Direito no Brasil, como são Antônio Manuel Hespanha e Paolo Grossi, são consultados e estudados.

A postura propositiva adotada na obra, em especial nos elementos iniciais, também não pode deixar de ser elogiada. Primeiro, porque propõe um debate, sobre o uso dos discursos da área do Direito Romano no país. Na verdade, percebe-se que há importantes movimentações de docentes da área de Romano que igualmente se preocupam com o debate das relações entre a tradição disciplinar, a ciência e a pedagogia (formação) do jurista, em geral conscientes dos desafios de harmonizar as três dimensões, ainda que desde linhas de argumentação diferentes.

Nesse sentido, Guandalini Jr. adota um posicionamento forte de desafio à perspectiva que ele chama de dogmática, vinculada a uma tradição romanística identificada em uma seleção de autores contemporâneos. Nesta esteira de despertar uma inquietação sobre o problema, está a sequência de elementos que aportamos para o uso da obra, agora também no plano do debate acadêmico (onde também deve chegar o questionamento proposto pelo texto resenhado):

⁹ Contudo, o texto resenhado apresenta alguns problemas localizados quanto à nomenclatura em línguas antigas – v.g. origem dos termos *Digesta* e *Pandectas* – que mereceriam revisão (Guandalini Jr., 2021, p. 275).

(i) *A proposta teórica do autor*: o caráter incisivo e a postura desafiadora à perspectiva dogmática demandariam um levantamento historiográfico talvez mais apurado, tentando ainda definir o campo da “Romanística”. A crítica produzida se dirige aos textos de referência atuais no contexto brasileiro, porém as razões para essa formatação, que também é usual fora do país, não foram enfrentadas. Essa perspectiva chamada de “dogmática” pelo autor tem muitos planos e formatações, em tempos e locais diferentes¹⁰ – os próprios autores mencionados na obra talvez não aceitassem um enquadramento como “positivistas” ou “dogmáticos”. Ademais, o dito caráter “dogmático” pode estar mais em quem faz uso em suas produções de textos técnico-jurídicos, pareceres e textos acadêmicos, do que nos próprios autores de manuais de Direito Romano. E, além disso, a defesa de uma perspectiva histórica pode ser feita autonomamente, como o campo da História da Antiguidade o faz. Logo, a estrutura de narrativa histórica presente no livro seria válida pelo próprio método adotado, pelo valor agregado que a perspectiva histórica tem por si mesma.

(ii) *A aplicação da proposta teórica do autor*: No intuito de justificar a perspectiva histórica defendida, o autor rompe, de certa forma, não só com o gênero usual de manuais, cursos e demais textos didáticos em Direito Romano que estão no mercado editorial nacional, mas com as próprias fontes e seus modos de utilização e relação com as narrativas postas. Com isso, obviamente não se deve esperar encontrar todos os clássicos da Romanística, seja nacional ou estrangeira. Por outro lado, o enfoque na tradição da historiografia da Antiguidade, que de modo nenhum merece menos atenção no campo, exige que os “clássicos” sejam outros, os quais poderiam também estar presentes.

(iii) *A proposta didática*: Será importante, acompanhando a proposta do autor, discutir o papel didático atribuído à disciplina de Direito Romano, uma vez que se trata de um livro que assume esse papel instrutivo e propõe essa dinâmica nos estudos da área. Com efeito, não se poderia pensar que a manualística do Direito Romano não viria a ser atualizada desde, por exemplo, a grande obra de Moreira Alves (2018), de marcante papel didático, mas feita no contexto de um concurso público deste autor faz várias décadas, como recorda o professor Bernardo Queiroz de Moraes (2020, p. 110–112).

Por fim, em síntese, nota-se na obra o estilo de produção e escrita em História do Direito que é do contexto do autor, mantendo fidelidade à base de história crítica que vemos na obra de Hespanha e ainda em diálogo com a Escola florentina, como se percebe pelo uso de Pietro Costa como uma das chaves de leitura. Por último, o aporte romanístico é da performance de um autor de estudos romanísticos e teóricos na Itália, ou seja, Aldo Schiavone, que é singular a ponto de que não é facilmente enquadrado naquelas conhecidas escolas italianas de Direito Romano e transita com muita desenvoltura no campo do pensamento jurídico.

Se é possível, contudo, apresentar algumas sugestões, comentamos que um diálogo com os próprios colegas paranaenses, citados na bibliografia, pode trazer alguns elementos para a composição de textos posteriores, posfácios ou edições revistas: primeiro, acompanhar a área de História da Antiguidade Tardia, com o professor Renan Frighetto; e segundo, retomar aquele que é um dos mais reconhecidos romanistas do Paraná, professor Aloísio Surgik, fundamental na área no Brasil. O trabalho de fortalecer o estudo do Direito Romano é sempre importante, porque nos traz mais elementos para a formação do alunado e para o debate nos programas de pós-graduação. Oxalá esse texto já represente esse primeiro passo.

¹⁰ Para contextualizar a questão, ver a proposta de análise para o contexto estadunidense (ficando a proposta para análise de outros ambientes) feita por Carlos Petit (2012).

6. Referências

- Beard, M. (2017). *SPQR: uma história da roma antiga* (L. R. Gil, Trad.). Editora Planeta do Brasil.
- Bretone, M. (1990). *História do direito romano* (I. T. Santos & H. S. Shooja, Trads.). Editorial Estampa.
- Costa, P. (2010). Para que serve a história do direito? (R. M. Fonseca, Trad.). In Costa, P. *Soberania, representação, democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico* (p. 63–80). Juruá.
- Digesto de Justiniano, liber primus: Introdução ao direito romano* (H. F. M. Madeira, Trad.; 6ª ed). (2012). Revista dos Tribunais.
- Ferraz Junior, T. S. (2008). *Introdução ao estudo do direito: Técnica, decisão, dominação* (6ª ed). Atlas.
- Fonseca, R. M. (2011). *Introdução teórica à história do direito*. Juruá.
- Grimal, P. (2009). *A civilização romana* (I. St. Aubyn, Trad.). Edições 70.
- Grimal, P. (2011). *História de Roma* (M. L. Loureiro, Trad.). Unesp.
- Guandalini Jr., W. (2013). A crise da tradição romanística: Perspectivas para uma historiografia do direito romano. *Iushistoria*, 6(6), 37–47.
- Guandalini Jr, W. (2015). Perspectivas da Tradição Romanística: Passado e futuro do Direito Romano. *Sequência*, 70, 163–187. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2015v-36n70p163>
- Guandalini Jr, W. (2016). *História do direito administrativo brasileiro: Formação (1821-1895)*. Juruá Editora.
- Guandalini Jr, W. (2017). Uma teoria das fontes do direito romano: Genealogia histórica da metáfora. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 62(1), 9–31. <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47101>
- Guandalini Jr., W. (2021). *História do direito romano*. InterSaberes.
- Herzog, T. (2018). *A short history of european law: The last two and a half millennia*. Harvard University Press.
- Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho Romano* (J. S. C. Teijeiro, Trad.). Editorial Revista de Derecho Privado.
- Meira, S. A. B. (1961). *A Lei das XII Tábuas: Fonte do direito público e privado*. Companhia Editora Forense.
- Moraes, B. B. Q. de. (2019). História e futuro do direito brasileiro: A importância do estudo do direito romano no século XXI. In C. Morau (Org.), *História e futuro do direito brasileiro: Estudos em homenagem a Ignacio María Poveda Velasco* (Vol. 1). Liber Ars.

- Moraes, B. B. Q. de. (2020). Dogmática e história no estudo do direito romano: A experiência didática brasileira. *Interpretatio Prudentium*, IV, 61–125.
- Moreira Alves, J. C. (2018). *Direito Romano* (18ª ed). Forense.
- Petit, C. (2012). “Tradição Romanística” e ensino do direito romano nos Estados Unidos. In R. M. Fonseca & A. L. C.-L. Seelaender, *História do direito em perspectiva: Do Antigo Regime à modernidade* (p. 253–284). Juruá.
- Ramis Barceló, R. (2011). A vueltas con el legado decimonónico: Notas sobre la actual historiografía crítica del Derecho romano. *e-Legal History Review*, 11, 3.
- Schiavone, A. (2005). *Ius: L'invenzione del diritto in Occidente*. Giulio Einaudi Editore.
- Stein, P. (2010). *Roman Law in European History*. Cambridge University Press.

Data de Recebimento: 22/04/2021

Data de Aprovação: 04/05/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Saberes jurídicos e experiências políticas na Europa do entreguerras

Resenha de Martín, Sebastián; Fernández-Crehuet, Federico; Aragonese, Alfons, eds. (2021). Saberes jurídicos y experiencias políticas en la Europa de entreguerras: la transformación del Estado en la era de la socialización. Sevilla: Athenaica.

Legal Knowledge and Political Experience in Interwar Europe

André Peixoto de Souza¹

¹ Universidade Federal do Paraná e Centro Universitário Uninter. <https://orcid.org/0000-0002-6679-7417>.

O texto organizado por Sebastián Martín, Federico Fernández-Crehuet e Alfons Aragoneses, a partir do Grupo de Investigação “Edouard Lambert” de História Jurídica Comparada, publicado pela Athenaica (Sevilha) no ano de 2021, apresenta um preciso recorte espacial e temporal, quais sejam, a Europa dos anos 1920-1930 (com as devidas elasticidades próprias à historiografia). O objeto que está no centro do apurado debate é o movimento jurídico-político desse espaço-tempo, mediante análise dos aspectos sobre democracia, totalitarismo, teoria do Estado, teoria do Direito, constitucionalismo, direito público, direito privado, cultura jurídica (ciência do direito), e algo em filosofia do Direito².

Pietro Costa abre o livro com um “capítulo preliminar”, à guisa de prefácio, intitulado *Democracia e totalitarismo na Europa de entreguerras: uma introdução*. O texto funciona como epígrafe a tudo o que virá, como inspiração ao conjunto ordenado de capítulos posteriores, trazendo o *Zeitgeist* do objeto da obra toda. E o “espírito do tempo” pode ser sumulado, de acordo com o autor, numa única palavra: guerra. Eis a atmosfera do tempo, do espaço e do livro que aqui estamos a observar.

A partir dessa preliminar, o livro se desdobra em quatro partes. A parte I, com seis capítulos, trata do Direito Público. A parte II, também com seis capítulos, versa sobre Direito Privado, Corporativo e Social. A parte III, com três capítulos, trabalha o Direito Penal e o Direito Internacional. A parte IV, última, trata de Teoria do Direito, em dois capítulos. Um capítulo final, “transicional”, encerra o volume.

O primeiro texto sobre Direito Público é de Ignacio Gutiérrez, e está assim intitulado: *Teoria do Estado e direito constitucional: construção (Weimar) e queda (nacional-socialismo)*. O autor delimita claro objetivo: traçar um panorama da teoria do Estado e do direito constitucional do entreguerras (especificamente na Alemanha) aptos a adentrar num aspecto historiográfico (metodológico) de “história do pensamento jurídico”. Assim, tanto ao tratar de “Weimar” quanto de “Nacional-Socialismo”, Gutiérrez divide a abordagem em Realidade, Teoria e Academia, para enfim concluir, relacionando esses três elementos, que assim como a hegemonia do positivismo foi compatível com a criação do império alemão, também o debate metodológico de Weimar se relacionou com a crise de legitimação política; nesse sentido, não seria à toa que a institucionalização da disciplina *Teoria do Estado* consagrou a doutrina de Kelsen, Schmitt, Smend e Heller.

O próximo texto é de José Esteve Pardo, intitulado *O pensamento antiparlamentar: origem e influências no direito público*. O autor abre o capítulo revelando o debate existente acerca de propostas antiparlamentaristas que já circulam na Europa do entreguerras, proferidas por “eminentes cabeças do direito público”. Mas além da crítica, há moções e alternativas. Discorrendo, pois, sobre o entorno político e social do parlamentarismo nesse dado período e território (especialmente Alemanha, França, Itália e Espanha), também sobre um novo entorno científico e intelectual de fins do século XIX – em crítica ao Iluminismo –, sobre os movimentos de massas e seu impacto na comunidade acadêmica, e sobre as principais frentes de ataque ao parlamentarismo liberal e aos seus pressupostos (teóricos e práticos), o autor propõe que na verdade esse debate abre “um novo direito público”, que redefine sobremaneira o instituto político, do ponto de vista conceitual, e recompõe a correlação de poderes e suas relações com a sociedade.

A seguir, Bernardo Sordi brinda-nos com *Interseções, modernizações, tradicionalismos (e derivações autoritárias) no direito administrativo de entreguerras*. Em primeiras palavras, já

2 O livro é escrito em espanhol, e todas as traduções, sob responsabilidade deste resenhista, são diretas e livres.

demarca o hibridismo entre o público e o privado (o estatal e o comercial) capaz de determinar novas necessidades de reflexão e abordagem sobre o tema. E bem atesta uma certa dissolução do regime administrativo (a renúncia do Estado administrativo clássico, até ao ponto da dispersão da unidade administrativa), a partir da fragmentação entre o direito público e a economia, especialmente em Weimar. O que nos dá pistas para leitura do próximo capítulo...

Que é de Gilberto Bercovici, que escreve sobre *O debate jurídico de Weimar e as origens do direito econômico*. Nesse capítulo, fica elucidado que o processo de concepção de um “Direito Econômico” deriva das evidentes transformações sociais vinculadas à industrialização e à urbanização, no século XX. É com a formação da *sociedade industrial* que vislumbramos a hegemonia do liberalismo econômico, atrelada à ampliação das necessidades públicas (e sua tentativa de satisfação, por inúmeras vias, dando vazão às codificações civis, comerciais e trabalhistas). Na Constituição de Weimar aparecerá, portanto, um capítulo inteiro expressamente dedicado à *ordem econômica*: matriz para o desenvolvimento de um “Direito Econômico”.

Sebastián Martín apresenta-nos os *Modelos teóricos do direito público na Europa (1911-1935)*, quais sejam, o modelo positivista, o modelo formalista e o modelo dialético. Tal organização visa a uma “história dos saberes jurídicos”, onde a questão de método se torna imprescindível. Fica perceptível que esses modelos, às vezes sucessivos no tempo paradigmático (cada qual instaurado na crise do paradigma hegemônico), encontram divergências e similitudes no campo de abordagem do direito público. Nesse sentido, a palavra-chave da tese de Martín é: “conciliação”.

E no fim dessa primeira parte, Leticia Vita apresenta o texto intitulado *Crise e defesa da Constituição: o caso Prússia contra Reich de 1932*. De início, a autora apresenta o conflito Prússia versus Reich no contexto da República de Weimar. E num primoroso estudo de caso, dá conta do caso concreto perante o Tribunal Estatal de Leipzig, desde a apresentação fático-probatória até os argumentos, a sentença, e os comentários de Kelsen a respeito desta última.

Inaugurando a temática sobre Socialização do direito privado, direito corporativo e social (título da parte II), temos Alfons Aragoneses escrevendo o capítulo *Do ‘momento 1900’ ao realismo jurídico: o direito civil francês na primeira pós-guerra*. O autor parte do direito francês no contexto da guerra, procura compreender as mudanças na legislação e na doutrina jurídica – particularmente quanto à “nova situação” da mulher no âmbito do direito de família, também quanto à responsabilidade civil, ao direito contratual e ao direito de propriedade –, e chega ao fracasso histórico de uma ideia jurídica do século XIX no XX, qual seja, o projeto de Código franco-italiano das obrigações. Trabalha, finalmente, a temática dos “juristas” franceses, os professores de direito civil (notadamente, F. Gény e G. Ripert) frente à intervenção do Estado.

A seguir, Carlos Petit aborda sobre *Democracia e direito comercial: texto e contextos de Joaquín Garrigues – Novos fatos, novo Direito de Sociedades Anônimas (1933)*. Aqui, a palavra de destaque é o “novo”. Novos fatos, novos autores, novos textos, novos métodos, nova vida... Petit busca incessantemente um “*derecho mercantil*” (que aqui tratamos por direito comercial) nos livros remanescentes, uma espécie de resignificação das articulações entre direito e economia, não obstante a introdução do *Führerprinzip* na vida empresarial europeia. O jovem professor Joaquín Garrigues havia publicado, em 1933, a original monografia *Novos fatos, novo Direito de Sociedades Anônimas*, e com esse trabalho despontou na privatística espanhola rumo à construção de um novo entendimento sobre o direito comercial – consagrado no seu *Curso de Direito Comercial (1936-1940)*.

Após, surge o capítulo *O direito de propriedade na República de Weimar e no fascismo*, de Thorsten Keiser. O texto parte de uma abordagem sobre a propriedade nas ditaduras e nas democracias (num comparativo entre a República de Weimar e a Itália fascista). Aborda as distinções entre constituição social e codificação liberal, e chega na crítica antiliberal dos anos 1920 em Alemanha e Itália, mediante impressões da Primeira Guerra sobre o direito de propriedade. O desfecho é a análise do direito de propriedade nacional-socialista.

Adiante, de Irene Stolzi, *Corporativismo e ciência do direito: interpretações comparadas*. Metodologicamente, trata o corporativismo como uma nova fase da pesquisa historiográfica, por conta da introdução de novos elementos e de uma certa complexidade nas análises do campo bem capazes de reconstruir articulações outrora perdidas ou mesmo minimizadas, como os aspectos políticos, institucionais e doutrinários. Assim, a autora aborda a fronteira do totalitarismo e o papel dos juristas na legitimação dos sistemas (políticos), mais claramente o “empenho” de juristas na definição e manutenção de um sistema jurídico-político.

De Carlos M. Herrera, temos *O trabalho na Constituição, entre autonomia social e tutela estatal*. O ponto de partida do autor é o trabalho no constitucionalismo social e a visão de uma “liberdade de trabalhar” prevista desde a conjuntura da Revolução de 1789. Desse ponto, o autor observa a dinâmica principiológica desse expediente na Espanha dos anos 1930 – apontando os direitos relativos ao trabalho e à sua proteção, agora numa perspectiva social, tais como jornada, descanso semanal, salário-mínimo, direito de associação, licença-maternidade, indenizações por acidente de trabalho e por demissão etc. Pode parecer tudo muito simples e “justo”, porém, a luta pelo sentido de justiça social não deixa de passar, inevitavelmente, pela luta de classes.

Ao fim dessa parte há o capítulo de Josefa Ruiz Resa intitulado *A ideia de justiça social, entre repúblicas e fascismos: manifestações na ditadura franquista*. Justiça social que se principia nos fins do século XIX enquanto princípio de distintas doutrinas políticas para tentar resolver a chamada “questão social”, uma expressão à qual se alude para tratar da miséria e do desamparo das classes trabalhadoras. A autora, então, aborda a dimensão nacional-católica da justiça social, o tradicionalismo e as mudanças desse catolicismo social, a dimensão nacional-sindicalista da justiça social e finalmente a passagem da justiça social revolucionária para uma justiça social restauradora.

Abrindo a parte III surge o capítulo de Michele Pifferi, *Crise do liberalismo penal e ascensão do direito penal autoritário: a cultura penalística do entreguerras*. De plano é-nos indicada a profunda alteração do panorama jurídico (normativo e doutrinário) no campo do direito penal na Europa do entreguerras. Então, o autor apresenta-nos a crise do direito penal liberal, o movimento reformador orientado para a defesa social, a constitucionalização da questão criminal, a formulação do paradigma autoritário, a defesa do estado de direito, as principais questões em termos diferenciais entre o sistema penal fascista e o nacional-socialista, e os “ensinamentos” do direito penal autoritário (Alemanha e Itália) em suas diversas manifestações que, por certo, marcam uma ruptura com a tradição constitucional liberal.

Adiante, Bartolomé Clavero escreve *Direito sob cerco, 1936: República espanhola e Sociedade das Nações*. A partir do resgate da Constituição espanhola de 1936 é de se observar a expressa renúncia da Espanha sobre a guerra como instrumento de política nacional – ratificando, assim, sua adesão à Liga das Nações de 1919 e se comprometendo com o aceite das normas universais de Direito Internacional. É aqui que se encontra a chave do colonialismo entre República espanhola e Sociedade das Nações, atravessada não mais por uma guerra mundial, mas pela local, civil.

Finalizando essa parte, temos o texto de Milos Več, intitulado *Direito internacional na época da tecnificação, o nacionalismo e o militarismo: a luta pela proibição das armas químicas (1899-1925)*. O autor introduz o texto com um estudo sobre as armas químicas enquanto objeto do direito e da política, e deságua na codificação do direito internacional quanto às técnicas de guerra no entorno do 1900 (aqui, com uma série categórica de normativas restritivas no uso de métodos e instrumentos em guerra). Instrumentaliza o estudo com o caso do uso de gás tóxico entre 1915-1918 e finaliza com a elaboração de uma política de direito internacional sobre crimes de guerra. Aqui reside a esperança do autor num direito internacional público.

Sobre Teoria do Direito (parte IV, a última), Federico Fernández-Crehuet escreve *O giro hegeliano na Alemanha do entreguerras*. As leituras de Hegel são o alvo para uma compreensão da suposta relação de Hegel (autor) com o nacional-socialismo: em Marcuse, em Topitsch, em Ritter e em Kieseewetter. Em seguida, o autor aborda a célebre “filosofia do direito” de Hegel, destacando as questões da liberdade, do universal, da vida, da escravidão e das relações entre indivíduo e sociedade. Trabalha ainda Hegel (autor) em Weimar, a partir do jurista nacional-socialista Julius Binder, protagonista do ressurgimento hegeliano na Alemanha. Para esse jurista, especialmente em *Sistema de Filosofia do Direito* (1925), a tensão entre indivíduo e sociedade é melhor sustentada em Hegel, contra o individualismo kantiano.

Antonio Peña Freire escreve *Legalidade e justiça: questões jusfilosóficas abertas à luz da experiência nacional-socialista*. Nazismo e “direito nazista” são as pedras angulares desse capítulo, a partir do convencimento do autor acerca da relevância da teoria do direito (e da filosofia do direito) para o nacional-socialismo. Em G. Radbruch observa-se o juspositivismo como o responsável por haver propiciado ideologicamente o nazismo – ou, pelo menos, por não haver permitido uma reação da comunidade jurídica frente ao nazismo normativo. Revisando Radbruch, e debatendo Hart com Fuller, Freire conclui pela ambiguidade metodológica e científica dos juízes do nazismo no ato de aplicação da lei, e questiona como seria se eles tivessem se mantido fiéis à sua função. Duas hipóteses, e das duas, uma: teriam sido substituídos, ou as coisas teriam sido diferentes.

O livro fecha com o capítulo de Sebastián Martín intitulado *Iluminações sobre Weimar: anotações histórico-culturais num momento de transição e complexidade*. Capturando a época e sua atmosfera cultural, o texto de encerramento da obra objetiva identificar a conjuntura político-cultural desse tempo (o entreguerras), a fim de articular as diferentes disciplinas jurídicas que foram estudadas no livro inteiro. Talvez esse capítulo de Martín seja, realmente, a melhor resenha.

Desde a abertura do livro, ainda no campo do direito público, parece ficar evidente o método historiográfico utilizado pelos autores, assim como, especialmente, a articulação coerente entre os temas desenvolvidos.

Tratando de direito constitucional, teoria do Estado, direito administrativo e direito econômico (parte 1), depois de direito civil, comercial, trabalho e justiça social (parte 2), direito penal e internacional (parte 3) e teoria e filosofia do direito (parte 4), o livro encampa boa parte do que chama “saberes jurídicos” no contexto das experiências políticas do período entreguerras na Europa. Com isso, em historiografia jurídica plenamente vinculada à história do pensamento jurídico, torna-se compreensível a transformação do Estado nesse tempo que o título da obra denomina “era da socialização”.

Este capítulo final, de Sebastián Martín, como dito, serve enquanto epílogo da obra. Nele, e expressando o espírito de todos os capítulos pretéritos, o ofício do historiador – e, aqui, do historiador do direito – aparece com realce: “captar a atmosfera cultural” de uma época.

Ora, quando o livro apresenta abordagens sóbrias e rigorosas do ponto de vista metodológico acerca das democracias *versus* totalitarismos, da delimitação sobre a República de Weimar, do nacional-socialismo, da irrupção das massas na cena pública, da organização das unidades administrativas – desde a política até as ementas em disciplinas jurídicas –, da crise da teoria constitucional, das mudanças na legislação e na doutrina jurídica europeia, das novas codificações, das continuidades e rupturas na perspectiva do direito europeu, dos fundamentos da autonomia social ante o avanço dos sistemas políticos autoritários (incluindo a ascensão de um próprio direito penal autoritário), de todas as implicações no âmbito do direito internacional, do reposicionamento, enfim, da própria teoria do direito e da jusfilosofia (especialmente quanto aos aspectos da legalidade e da justiça), tem-se o manejo de um “fazer história do direito” com domínio pleno de suas ferramentas e instrumentalidades. Tem-se a nova história do direito.

Data de Recebimento: 03/05/2021

Data de Aprovação: 04/05/2021

Memória

HISTÓRIA DO DIREITO

Um quase retrato: Michael Stolleis (1941- 2021)

An almost portrait: Michael Stolleis (1941-2021)

Airton Seelaender¹

¹ Universidade de Brasília. <https://orcid.org/0000-0003-4597-4960>

Morreu Michael Stolleis. A revista espera de mim um balanço da trajetória intelectual daquele que foi, em nossa área, autor de vastíssima obra e incontestemente liderança científica.

No caminho, não faltam pedras. Como sintetizar uma cordilheira? Como pintar um vasto legado, absurdamente individual? E como fazer tudo isso, de forma contida e técnica, se no que penso mesmo agora é só no professor cheio de vida, no orientador dedicado e resmungão, no lealíssimo amigo que mirava, preocupado, o naufrágio de meu país?

Esboços de balanço, todavia, já surgiram na imprensa europeia² e mesmo entre nós³. Diante disso e do semibloqueio em que me deixa a inclemência dos fatos, quero apenas apontar aqui frações soltas de um mosaico. Se, afinal – parafraseando um escritor espanhol –, vivemos hoje em um *regime quase civil, com quase liberdades* quase levadas a sério por *instituições quase republicanas* de orgulhosa *quase independência*, por que não adotarmos de vez, como novo gênero nacional, o *quase retrato*? A parte, que “sem o todo não é parte”, que aqui se vire, pois, para ser o todo...

Grandes historiadores do direito não nascem, já engravatados, dentro da Academia de Ciências de Berlim. Muito antes de existir o redator da *História do Direito Público na Alemanha*, houve o menino que devorava livros apoiado em barris – cheios do vinho que era, há séculos, o negócio de sua família evangélica. Houve o estudante intelectualmente curioso que Sten Gagnér⁴ aceitou orientar, na Munique dos anos 1960. Houve o jovem doutorando indignado com a barbárie nazista que os velhos não mais conseguiam esconder dos filhos e netos – e que então voltava a ser exposta, de forma indulgível, nos chamados “Processos de Auschwitz”⁵.

Poucas épocas vivenciaram, como aquela, conflitos geracionais tão acentuados – e, na Alemanha, eles se deram de modo particularmente intenso. O que a modernidade ainda deixara, ali, de autoridade patriarcal, desmoronava, em muitas famílias, diante de perguntas arrasadoras sobre as condutas no período nazista. Novas demandas políticas e novas formas de contestação surgiam nas universidades e centros urbanos, gerando tensões que a prosperidade econômica não mais podia abafar. Invocar a Guerra Fria e a proximidade dos tanques soviéticos não mais bastava, agora, para ocultar velhas sombras e pregar prudentes conformismos.

O apreço que Stolleis tinha à precisão e à liberdade não era abandonado nem mesmo quando falava desses temas. Não era de meias palavras. Mesmo tendo se tornado professor muito jovem, orgulhava-se de não ter aderido, à época, às demandas de mandarins acadêmicos pela contenção dos protestos estudantis. Tampouco ocultava os erros dos velhos de seu próprio sangue: foi mencionando um exemplo familiar que me aventou a hipótese, muito antes do presente, de que o Brasil viesse a ser varrido, um dia, por uma onda de fascistizante brutalização. Enquanto eu, com ingênuo otimismo, via em nossa enchente de bacharéis os potenciais

2 Nesse sentido, VEC, Milos. “Der menschenfreundliche Ton”. *Frankfurter Rundschau*, 22/3/2021, Feuilleton, p.27, col.2-5, bem como GUTIÉRREZ, Ignacio. “Michael Stolleis. Humanista comprometido con su tiempo”. *El País*, 24.3.2021, p.43, col.1-5

3 Conferir meu posfácio “Michael Stolleis e a história do direito público” in: STOLLEIS, M. *O direito público na Alemanha. Uma Introdução a sua história do século XVI ao XXI*. S.Paulo, Saraiva, 2018, p.263-267.

4 Autor de obra essencial sobre a história da legislação, Sten Gagnér era particularmente atento aos aspectos metodológicos da História do Direito. Sobre ele, cf. STOLLEIS, M. “Sten Gagnér (1921-2000)”. *Quaderni Fiorentini* 29 (2000), p.560-569.

5 Sobre seu contexto, em breves linhas, STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. 1945-1990*. München, Beck, 2012, p.397-8.

apóstolos da Constituição nas camadas populares, ele já bem notava que muita gente ansiosa por ascensão logo seria desenganada. Aferrando-se cada vez mais à diferenciação social à medida que suas expectativas viessem a ser frustradas pelo “sistema”, tais pessoas logo passariam a odiar as instituições e a engrossar, ressentidas, as falanges do extremismo.

Mesmo nas mais graves crises políticas da Alemanha nos Anos 1960 e 1970, Stolleis permaneceu leal à Ciência, nunca habitando ideológicos mundos paralelos em que tudo fosse corroboração. Não deturpou fontes, não serviu modas. Não explorou inventados santos mártires, não demonizou nem endeusou homens concretos. Foi preciso e justo até mesmo quando alguns pares o acharam *deselegantemente incômodo*, por haver exposto, sem ocultar nomes, algumas teias entre a doutrina dominante e posicionamentos filonazistas.

No “Caso Maunz”⁶, Stolleis veio a público demonstrar que posturas próximas do nazifascismo, inclusive na esfera política, podiam ter persistido entre importantes juristas mesmo após 1945. E não hesitou em perguntar, com a mais cortante clareza, como era possível que um clandestino apoiador de extremistas antidemocráticos assinasse, como coautor, o mais influente comentário à Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

O que se seguiu foi um terremoto, com duras represálias dos defensores de Maunz. Stolleis não cedeu às pressões. Se não o fizera no início da carreira, na “Habilitation” sobre o discurso nazista sobre o “bem comum”⁷, por que o faria agora?

Em um país como o nosso, em que juristas homenageiam no salão os mesmos magistrados e procuradores que achincalham no corredor, seria difícil explicar o significado da postura de Stolleis. É de se esperar, contudo, que já a compreendam alguns jovens estudantes de Direito e muitas pessoas de outras áreas.

As relevantes obras do professor de Frankfurt sobre o nazismo, assim como sua descrição de Maunz, pautaram-se pelo rigor científico. A opção de mergulhar fundo nesses assuntos, todavia, também brotava de preocupações éticas – um tanto amarradas, em Stolleis, a sua profunda religiosidade pessoal. O professor caminhava com sua crença evangélica; não se servia dela⁸. Não a desnudava com alarde, no mundo oficial, para galgar posições: era um grande jurista e um homem de fé sincera, não um medíocre e asqueroso Tartufo.

Stolleis jamais exploraria o cristianismo para mendigar vagas no Tribunal Constitucional Alemão – aliás, nele só não entrou porque não quis. Quando sondado, preferiu incentivar o ingresso de Winfried Hassemer. Perguntei-lhe, uma vez, por que não se havia interessado pelo posto. Respondeu-me que, simplesmente, não precisava do cargo: já era professor universitário e diretor de um centro de pesquisa.

Por vezes duro com os doutorandos, nunca lhes tirou os espíritos. Era rígido em prazos e metas, mas respeitava a individualidade até quando o embate poderia ser frontal. Queria que eu me dedicasse a Schlözer, mas deixou-me livre para pesquisar os tratados de J.H.G. von

6 Conferir, para tanto, STOLLEIS, M. “Theodor Maunz- Ein Staatsrechtslehrerleben”. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 21/12/1993. Publicado também em *Kritische Justiz* 4 (1993), p.393-396.

7 A tese de “Habilitation”- *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*- só seria publicada, s.m.j., em 1974.

8 Muito pelo contrário, só se fatigava e desgastava defendendo, perante estudantes avessos à religião, o aparato social mantido pelas igrejas. Aqui confesso que foi por pura molecagem que, só para irritá-lo, questioneei certa vez em aula o impopular “imposto eclesástico”...

Justi e para escrever a tese sobre a “polícia”⁹ e a legislação em Portugal do século XVIII. Quando me opus a sua classificação de Justi como protoliberal, discuti cada ponto de forma acalorada, mas não me impôs seus pontos de vista. Sem a decidida defesa, por Stolleis, de um alto grau de autonomia para os jovens pesquisadores, talvez Frankfurt não tivesse liderado o desbravar de campos temáticos até então vistos como heterodoxos na investigação histórico-jurídica – da tese de Milos Vec, sobre a “ciência do cerimonial” aos livros de Thomas Simon e Naoko Matsumoto sobre a “polícia”, não faltaram bons frutos nas terras que Stolleis manteve livres.

Rastreado os nomes de seus discípulos formais e informais nas teses de Frankfurt, em homenagens póstumas e na série de estudos que coordenou sobre a “polícia”¹⁰, encontro mais uma peça central do mosaico: o homem não quis deixar clones, nunca fabricou vassálicas cópias de si. Seu entusiasmo pela originalidade na música e na literatura transbordava para a História do Direito; era muito aberto à contestação de seus próprios pendores metodológicos. Propunha, perguntava, resmungava – mas não aprisionava ser humano em gaiola mental. Ciente de seu próprio valor, não temia questionamentos e não se apegava, mesquinamente, a hierarquias.

O alto grau de exigência, o rigor científico e a extraordinária energia de Stolleis exerceram uma benéfica influência sobre o Instituto Max Planck, a Universidade de Frankfurt e um sem número de trabalhos que redigiu, orientou ou influenciou. Uma palestra que sobrevivesse a seu crivo em uma discussão pública era inquestionavelmente digna de publicação. Sua forte repulsa a imprecisões e floreios convidava os doutorandos a pensarem bem cada palavra posta no papel.

Soterrado de serviço por sua capacidade gerencial e personalidade impositiva, no fundo amava as artes, os avisos de descobertas científicas e as suas próprias pesquisas. Queria fazer muito e muito fazia, mas o relógio e as quimeras do mundo lhe obstavam o passo. Disso veio seu jeito zangado¹¹ – que ora incomodava, ora divertia –, suavizado nos últimos anos, deixa hoje, em todos nós que o estimávamos, um certo travo de saudade.

Mesmo quem não apreciava o indivíduo admirava a obra, sólida e vasta. “Quando dorme este homem?! Quando dorme este homem?!” – bradava, certa feita, outro grande estudioso da área. A produtividade científica de Stolleis era, realmente, notável, quanto mais se levamos em conta o volume de fontes destrinchado, a capacidade de destruir enfoques preestabelecidos e a redação precisa e elegante.

Mesmo com raiva do ponteiro dos minutos, Stolleis sempre atendeu multidões de orientandos alheios, aconselhando macrocirurgias que salvaram muitos trabalhos. Da nossa nova geração de historiadores do direito só teve, porém, um discípulo direto: o Prof. Gustavo Castagna, do qual foi co-orientador de doutorado.

9 Para esclarecer o sentido da palavra no Antigo Regime, repito aqui texto de minha autoria, mas que já foi indevidamente atribuído a terceiro: “(...) Cunhado por letrados medievais, o termo, no início da Idade Moderna, remetia às ideias de ‘governo’ e ‘bom governo’ dentro de um reino ou cidade, e daí às de ‘boa ordem’, ‘ordem’ e mesmo ‘civilidade’ e ‘urbanidade’ (...). À medida, porém, que se consolidou o Estado Absolutista e este passou a interferir mais intensa e amplamente na vida social, o conceito veio a ser alargado em diversas línguas europeias. No século XVIII, ele já tendia a englobar toda a gestão interna do Estado e todos os esforços deste- inclusive por medidas legislativas- para aumentar a riqueza e o número dos seus súditos, supostas bases do poderio estatal (...)”.

10 Complementando os dados oficiais aqui indicados, também surgem nomes de amigos, colegas e discípulos tanto em uma nota de 09/04/2021 da Associação dos Historiadores e Historiadoras da Alemanha (VHHD) quanto no anúncio fúnebre publicado no “Frankfurter Allgemeine Zeitung” em 27/03/2021.

11 Nossa recente onda de apressadas hagiografias acadêmicas não deve imbecilizar; no Brasil, todos os gêneros literários: que ao menos o *quase retrato* evite pintar tudo de dourado, registrando também as pequenas trincas do mosaico.

Stolleis veio duas vezes a nosso país, proferindo conferências nos Congressos do IBHD em Niterói e Brasília. Acompanhou com interesse a evolução da área no Brasil, sempre ressaltando a necessidade de amplo diálogo entre as faculdades de História e as de Direito. Passeou no Eixo Monumental, no Catete e na Barca Rio-Niterói, mas não conseguia ficar muito tempo sem trabalhar: debateu projetos com pós-graduandos, xeretou páginas do Wehling e catou *Constituição e Estado de Exceção Permanente* para ver quem diabos era, afinal, esse tal Bercovici...

Mal amontoadas, as peças do mosaico vão se concentrando, de modo nada admirável, em acientíficas lembranças pessoais e em passagens biográficas de que até as plantas sabem. Posto que merecidamente elogioso, o *quase retrato* não está à altura do mestre morto – que, por sinal, nunca foi desses seres pomposos cujas artérias pifam na ausência de aplauso. Que fazer agora, então, se a revista fecha hoje?

Melhor ir, daqui, direto para o que Michael Stolleis mais gostaria de que lembrássemos: de sua obra. Antes de que o machado de Cronos e a guilhotina do Conselho Editorial me cortem o pescoço, tentarei dizer, pois, algo que ajude a divulgá-la mais no Brasil.

Como se vê em *Arcana Imperii und Ratio Status* (1980), Stolleis produziu textos muito úteis para a reflexão e o debate sobre a Razão de Estado. Nesse campo, era frequentemente mais preciso e menos bombástico do que os ensaístas que se tornaram moda por aqui. A coletânea *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit* (1990) segue sendo, para os pesquisadores do assunto, o cume incontornável.

Já nos Anos 1970 e 1980, o intelectual alemão veio a se tornar um dos principais estudiosos da **história das relações entre direito e economia**. Atento observador dos modelos estatais concretamente surgidos sob a distraidora espuma do polemismo ideológico, aborrecia-se ao vê-los discutidos a partir de teóricos – como Hayek – que não julgava lá grande coisa. De *Pecunia Nervus Rerum* (1983) a *Konstitution und Intervention* (2001), Stolleis legou-nos textos essenciais para nossa reflexão.

Mesmo não tendo se dedicado tanto à **história da legislação** como o mais relevante autor dessa área – seu amigo Heinz Mohnhaupt –, Stolleis produziu trabalhos que têm, nela, extraordinária importância. Limite-me a mencionar aqui “Condere leges et interpretari” (1984), publicado em *Staat und Staatsräson*. No que tange à **interpretação das leis**, também co-organizou, com Halpérin e Morigiwa, *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment* (2011), coletânea que logo veio a se tornar uma das principais obras de referência sobre o assunto.

Publicada em vários tomos a partir da década de 1980 e traduzida em diversos países, a colossal **“História do direito público na Alemanha”** (1988-2012) espelha um vastíssimo levantamento bibliográfico, uma atenta leitura das fontes e uma extraordinária – absolutamente extraordinária – capacidade de síntese. Sem ocultar as principais interpretações alheias, o autor ali apresenta as suas de forma límpida e objetiva. Descreve tradições discursivas, ambientes universitários, redes clientelares e percursos pessoais de juristas, sem esquecer os seus contextos linguístico, socioeconômico e político. Em suma, é obra indispensável para os professores de História do Direito, Teoria do Estado, Direito Administrativo e Direito Constitucional – e utilíssima para todos os que pesquem a história administrativa, a história das idéias políticas e a história das elites jurídicas no Ocidente.

Capaz de explicar livros inteiros e inteiras vidas em poucas e precisas páginas, Stolleis também organizou **obras de referência sobre juristas**. *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert* (1977/1987) e *Juristen. Ein biographisches Lexikon* (1995) eram e seguem sendo utilíssimos instrumentos de trabalho. Como a coletânea *Natural Law and Laws of Nature in Early Modern Europe* (2016), revelam a preocupação do jurista em estimular estudos vinculando teorias, trajetórias pessoais e contextos mais amplos.

Como coordenador de um megaprojeto, Stolleis impulsionou a redescoberta, o mapeamento e a análise de uma enorme massa de diplomas legislativos, escritos teóricos e outros documentos concernentes às formas de governar anteriores ao Liberalismo. Surgidas nos Anos 1990, obras como *Policey im Europa der Frühen Neuzeit* e o *Repertorium der Policeyordnungen* ainda nos forçam a reconstruir, a cada dia, a **análise do Estado Moderno**.

Profundo conhecedor do **direito público da República de Weimar**, abordou-o não apenas no terceiro volume da *Geschichte*. Em coletânea recentemente organizada por H. Dreier e C. Waldhoff, encontra-se “Das Wagnis der Demokratie” (2018), com uma primorosa descrição do programa da Constituição de 1919 e dos liames desta com o quadro político e social da época.

Stolleis também escreveu e organizou **obras sobre o nazismo e o corporativismo**. Limito-me a mencionar aqui, além do célebre *Recht im Unrecht* (1994), *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht* (1974) e uma importantíssima coletânea sobre “O dia a dia da Justiça no Terceiro Reich”¹². O jurista também se empenhou em resgatar a contribuição, para o direito de seu país, de juristas de origem judaica¹³. Com Aldo Mazzacane e Alessandro Somma, promoveu, além disso, os estudos sobre o autoritarismo e o discurso corporativista na Itália, na França e na Península Ibérica¹⁴.

Leitor livre de deslumbramentos e crítico rigorosíssimo, Michael Stolleis também nos deixou **numerosas resenhas úteis**. Nelas, tratou de diversos autores relevantes, tais como Sordi, Oestreich, Ernst Fraenkel, Huber, Böckenförde, Coing, G. Ritter, Luhmann, Häberle, Rüthers, Ebel, Ingo Müller, Stollberg-Rilinger, Dieter Grimm, Ulrich Preuss, Quaritsch, Klueping, Link, Grossi, Brauner, Kroeschell, C.J. Friedrich, Hammerstein, Klippel, van Caenegem, Bodo Pie- roth, Heyen, Wesel, Schlink¹⁵, Hans Maier, Hattenhauer, Bendersky, Reiner Schulze e Behrends.

Os principais livros de Stolleis não foram, ainda, traduzidos para o português. Já dispomos, porém, de algumas obras menores, como um pequeno manual próprio para alunos de graduação¹⁶. Mirando um público mais sofisticado, já se imprimiram aqui um belo ensaio, *O Olho da Lei*¹⁷, e um opúsculo sobre a metodologia na História do Direito¹⁸. Publicaram-se no

12 Ver para tanto, Diestelkamp, B.; Stolleis, M. (org.) *Justizalltag im Dritten Reich*. Frankfurt am Main, Fischer, 1988.

13 Cf. *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. München, C.H. Beck, 1993.

14 Cf. a excelente coletânea, por eles organizada, sobre *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen* (2005).

15 Agregue-se ao mosaico mais outra pedra: o destemor de resenhar, não sem ironia, obras literárias (cf. “Die Schaffnerin”. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9/9/95).

16 Cf. *supra*, nota 2.

17 Para tanto *O olho da Lei. História de uma metáfora*. Belo Horizonte, Doyen, 2014. Posto que contestável em alguns pontos, a tradução, agradável de ler, não é destituída de mérito.

18 Cf. *Escrever história do direito: reconstrução, narrativa ou ficção?* S. Paulo, Contracorrente, 2020. O texto foi traduzido por um pesquisador de nossa área, o Prof. Gustavo Cabral.

Brasil, além disso, uma entrevista com o professor de Frankfurt¹⁹ e seus artigos “A linguagem das nossas constituições”²⁰ e “Interpretação judicial na transição do Antigo Regime ao constitucionalismo”²¹.

A gaveta de Guilherme Ricken guarda, ainda inédita, a tradução de um importantíssimo artigo: “O surgimento do Estado Interventor e o direito público”²². Graças a Milene Chavez, já pode o leitor brasileiro, todavia, ler nesse campo temático outro texto indispensável: “O programa social da Constituição de Weimar”²³.

Stolleis esperava que eu traduzisse *Staat und Staatsräson*. Não pude lhe dar essa pequena alegria antes da partida – de qualquer modo, já há, desde 1997, uma tradução italiana.

Da Espanha dão-me a notícia de que lá se traduzirá, em breve, a principal obra de Stolleis sobre o nazismo: *Recht im Unrecht*. Deixada a cargo de bons historiadores do direito e já precedida de uma versão em inglês²⁴, tal versão espanhola decerto tornará desnecessária uma brasileira, que detestaríamos ver feita de modo mal planejado.

Não será preciso, em todo caso, reinventar a roda, quando tivermos acesso a boas traduções em línguas latinas. Até porque a verdade, a dura verdade, é implacável: não há no Brasil todo, além de Milene Chavez, mais do que seis pessoas que seriam capazes de traduzir, sozinhas e decentemente, o primeiro volume da *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*.

Felizmente, textos importantíssimos já estão disponíveis em línguas próximas da nossa ou aqui mais estudadas do que o alemão. Em francês, temos os tomos I e II da obra magna²⁵; em inglês, o segundo e o terceiro²⁶. Quem folhear os *Quaderni Fiorentini*, lá encontrará “La réception de Jean Bodin en Allemagne”; nas coletâneas de Jouanjan, também se acha algo²⁷.

Nos Estados Unidos e na Inglaterra, têm saído, além do citado *The Law under the Swastika* (1998) e de alguns volumes da *Geschichte*, livros de Stolleis essenciais para quem quiser entender não só o advento e construção do direito social e previdenciário, mas também os próprios processos de refuncionalização do Estado Contemporâneo. *Origins of the German Welfare State* (2013) e *History of Social Law in Germany* (2013/2014) tratam de temas de enorme relevância, insuficientemente estudados em nossas faculdades. Não faltam, pois, páginas em inglês para os leitores sem noções de alemão²⁸.

19 Cf. CASTAGNA MACHADO, Gustavo. “Entrevista com Michael Stolleis: os caminhos da História do Direito”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v.9, n.2, 2014, p.539-562.

20 Cf. *Nomos*, v.40, n.2, 2020, p.213-218 (tradução de G. Cabral).

21 Cf. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v.9, n.2, 2014, p.13-39. Tradução de Gustavo Castagna Machado.

22 Trata-se de “Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht” (1989).

23 Trata-se do já referido “Das Wagnis der Demokratie”, agora em português. Cf. STOLLEIS, M. “O programa social da Constituição de Weimar. in: BERCOVICI, G. (org.) *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*. S.Paulo, Quartier Latin, 2019, p.707-727.

24 Nesse sentido, *The law under the swastika*. Chicago University Press, 1998.

25 Cf. *Histoire du droit public en Allemagne, (...) 1600-1800*. Paris, PUF, 1998 e *Histoire du droit public en Allemagne: 1800-1914*. Paris, Dalloz, 2014.

26 Cf. *Public Law in Germany 1800-1914*. New York, 2001 e *A History of Public Law in Germany: 1914-1945*. Oxford, 2004.

27 Por exemplo, um texto sobre o conceito de “Estado de Direito” no “Terceiro Reich” (cf. JOUANJAN, O. (org.) *Figures de l’État de droit*. Strasbourg, 2001.

28 Cf., e.g., “The Influence of the ‘Ius Commune’ in Germany in the Early Modern Period on the Rise of the Modern State”. *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000), p.275-285.

Em italiano temos textos sobre o “autogoverno”²⁹, o problema das finanças na literatura da Razão de Estado³⁰, a história administrativa³¹ e a experiência alemã na História do Direito³². Em espanhol haveria “Reforma y derecho público en Alemania”³³ e mesmo um livro, com Andreas Paulus e Ignacio Gutiérrez, sobre *El derecho constitucional de la globalización* (2016).

Como vemos, tomadas em seu conjunto, as obras de Stolleis evidenciam a diversidade de seus interesses intelectuais. Nelas, se encontra o atento cartógrafo do passado dos conceitos jurídicos e políticos. O grande historiador do advento e expansão do Estado Moderno, nas esferas burocrática, financeira, legal e ideológica. O sutil analista da formação intelectual, das redes e dos percursos pessoais dos juriconsultos, do século XVI aos dias atuais. O sofisticado intérprete da construção jurídica do Estado Interventor. O indignado geógrafo do direito público que o nazismo apodreceu.

No momento em que nosso país mais precisa estudar a *degradação das instituições*, a *brutalização da linguagem política* e o *colaboracionismo na cúpula jurídica do Estado*, cumpre reler os trabalhos de Stolleis. Privando-nos de novas páginas instigantes, sua morte empobrece-nos a todos.

Referências

CASTAGNA MACHADO, Gustavo. “Entrevista com Michael Stolleis: os caminhos da História do Direito”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v.9, n.2, 2014, p.539-562.

DIESTELKAMP, B.; STOLLEIS, M. (org.) *Justizalltag im Dritten Reich*. Frankfurt am Main, Fischer, 1988.

GUTIÉRREZ, Ignacio. “Michael Stolleis. Humanista comprometido con su tiempo”. *El País*, 24.3.2021, p.43, col.1-5.

JOUANJAN, O. (org.) *Figures de l'État de droit*. Strasbourg, 2001.

MAZZACANE, Aldo; SOMMA, Alessandro; STOLLEIS, Michael (orgs.) *Korporativismus in den südeuropäischen Diktaturen* (2005).

SEELAENDER, Airton. “Michael Stolleis e a história do direito público” in: STOLLEIS, M. *O direito público na Alemanha. Uma Introdução a sua história do século XVI ao XXI*. S.Paulo, Saraiva, 2018, p.263-267.

STOLLEIS, M. *Annali dell'Istituto storico italo germanico in Trento* (1984), p.21-44.

STOLLEIS, M. A linguagem das nossas constituições. In: *Nomos*, v.40, n.2, 2020, p.213-218 (tradução de G. Cabral).

29 É o caso do texto presente em GOZZI, G.; GHERARDI, R. (org.) *Saperi della borghesia e storia dei concetti*. Bologna, 1995.

30 Vide *Annali dell'Istituto storico italo germanico in Trento* (1984), p.21-44.

31 Cf. “Una svolta nella formazione dei funzionari amministrativi. In MAZZACANE, A. (org.) *Università e professione giuridiche in Europa nell'età liberale*. Napoli (1994).

32 Cf. “Storia del diritto” in: GROSSI, P. (org.) *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*. Firenze, 1993.

33 É o caso do texto em *Martín Lutero*. Madrid (1984).

- STOLLEIS, M. *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*. München, C.H. Beck, 1993
- STOLLEIS, M. "Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht" (1989).
- STOLLEIS, M. "Die Schaffnerin". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9/9/95
- STOLLEIS, M. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. 1945-1990*. München, Beck, 2012, p.397-8
- STOLLEIS, M. *Histoire du droit public en Allemagne, (...) 1600-1800*. Paris, PUF, 1998.
- STOLLEIS, M. *Histoire du droit public en Allemagne: 1800-1914*. Paris, Dalloz, 2014.
- STOLLEIS, M. "Interpretação judicial na transição do Antigo Regime ao constitucionalismo" In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, v.9, n.2, 2014, p.13-39. Tradução de Gustavo Castagna Machado.
- STOLLEIS, M. "Sten Gagnér (1921-2000)". *Quaderni Fiorentini* 29 (2000), p.560-569.
- STOLLEIS, M. "Storia del diritto" in: GROSSI, P. (org.) *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*. Firenze, 1993.
- STOLLEIS, M. *O olho da Lei. História de uma metáfora*. Belo Horizonte, Doyen, 2014.
- STOLLEIS, M. "O programa social da Constituição de Weimar. in: BERCOVICI, G. (org.) *Cem anos da Constituição de Weimar (1919-2019)*. S.Paulo, Quartier Latin, 2019, p.707-727.
- STOLLEIS, M. "Reforma y derecho público en Alemania" In: *Martín Lutero*. Madrid (1984)
- STOLLEIS, M. *The law under the swastika*. University of Chicago Press, 1998.
- STOLLEIS, M. "The Influence of the 'Ius Commune' in Germany in the Early Modern Period on the Rise of the Modern State". *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 11 (2000), p.275-285.
- STOLLEIS, M. "Theodor Maunz- Ein Staatsrechtslehrerleben". *Frankfurter Allgemeine Zeitung*. 21/12/1993. Publicado também em *Kritische Justiz* 4 (1993), p.393-396
- STOLLEIS, M. "Una svolta nella formazione dei funzionari amministrativi. In MAZZACANE, A. (org.) *Università e professione giuridiche in Europa nell'età liberale*. Napoli (1994).
- VEC, Milos. "Der menschenfreundliche Ton". *Frankfurter Rundschau*, 22/3/2021, Feuilleton, p.27, col.2-5

Data de Recebimento: 19/04/2021

Data de Aprovação: 22/04/2021