

HISTÓRIA DO DIREITO

Revista do Instituto Brasileiro
de História do Direito - IBHD

Vol. 2

Nº 3

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 03

Jul/Dez 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 Ciryln 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. 3, 2021)

Ricardo Marcelo Fonseca
Walter Guandalini Junior

FERRAMENTAS

13

A História do Direito em uma Faculdade de Direito, hoje

Paolo Grossi

28

Il momento giuridico nella costruzione del 'modello' totalitario

Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Hannah Arendt

Pietro Costa

52

La Costituzione Invisibile

Costituzione e democrazia alla prova dell'emergenza: riflessioni di un melanconico

Paolo Cappellini

82

Entre o judicialismo e o autoritarismo

O espectro do *poder moderador* no debate político republicano (1890-1945)

Christian Edward Cyril Lynch

EXPERIÊNCIAS

118

A Revisão Constitucional de 1926 e a tutela dos direitos individuais

Um ensaio sobre os efeitos da limitação do *habeas corpus* na prática jurisprudencial do STF

Tatiana de Souza Castro
Gabriel Faustino dos Santos

143

“Un país de Constitución abierta”.

Las “leyes fundamentales” y la modernización del franquismo

Alfons Aragoneses
Jordi Cerdà Serrano

169

Karl Loewenstein no Brasil de Vargas

O olhar de um jurista judeu-alemão sobre o Estado Novo

Luis Rosenfield

184

Formulações autoritárias e realismos em Oliveira Vianna

Variações na política e no direito corporativo

Victor Hugo Criscuolo Boson

210

A administrativização do direito constitucional

Oliveira Vianna e a absorção dos poderes legislativos e judiciário pelas corporações administrativas

Francisco Rogério Madeira Pinto

224

Autoritarismo e gênese antitruste

Francisco Campos e a imaginação concorrencial no Estado Novo

Mário André Machado Cabral

244

La doctrina del gobierno de facto y las actas constitucionales de 1976

Juristas chilenos avalando decretos leyes

Eric Palma González

Francisco Zuñiga Urbina

272

Genealogia e usos do Ato Institucional – inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional

Heloísa Fernandes Câmara

300

Mudança constitucional, luta política e o caminho para a democracia

Uma análise do “emendão” de 1982

Cristiano Paixão

Claudia Paiva Carvalho

320

Os juristas, o regime militar de 1964 e as personalidades autocráticas que cruzaram o marco da Constituição de 1988

André Del Negri

RESENHAS

344

O fascismo em ação

As dinâmicas institucionais na história de uma ditadura

Massimo Meccarelli

350

O Direito Administrativo do Estado Interventor

Walter Guandalini Junior

Lívia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira

Apresentação (v. 2, n. 3, 2021)

Esse terceiro número da RHD, *História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, que corresponde ao segundo número do ano de 2021, constitui o primeiro dossiê temático do periódico. A revista, de fato, tem como plano que o segundo número de cada ano aborde uma problemática específica que seja de interesse da disciplina. E a leitora e o leitor agora têm em mãos o nosso primeiro dossiê.

Muitas vezes historiadores do direito devem suportar perguntas incautas (feitas às vezes por ingenuidade, outras por ignorância) sobre a “utilidade” de sua disciplina, ou ainda irônicas, sobre a sua “atualidade”. Se não for uma pergunta maliciosa, a verdade é que se trata, claro, de uma pergunta complexa e que poderia abrir toda uma sessão pertinente de discussões sobre a teoria da história. Muitos colegas qualificados poderiam trazer questões pertinentes sobre a relação entre a teoria e a prática no âmbito de nossas discussões acadêmicas; poderiam fazer um debate sobre como o excessivo pragmatismo acadêmico (filho dileto dos tempos contemporâneos) pode ser nocivo para a compreensão adequada daquilo que somos e fazemos; poderiam também demonstrar como sem adequados níveis de compreensão da experiência jurídica passada, o jurista contemporâneo sempre será um tanto deficitário. Ou, como também já vi acontecer, um colega mais indulgente poderia simplesmente sorrir, achando que o interlocutor não vale o debate, talvez juntando a isso um lamento silencioso sobre o empobrecimento da nossa cultura.

Mas este dossiê agora publicado – que tem como tema “Direito e autoritarismo: juristas e cultura jurídica em regimes de exceção e ditaduras” – também pode servir como resposta a essa provocação imaginária. Afinal, parece ser consenso, aqui ou fora daqui, que um dos temas mais candentes e relevantes de nosso tempo é justamente o do autoritarismo, dos regimes de exceção e, claro, o da forma como eles se relacionam com os respectivos regimes jurídico-políticos. O modo como se dá essa relação é cada vez mais complexo na contemporaneidade: afinal, percebe-se com clareza que as atuais estratégias autoritárias de corrosão da democracia estão se valendo cada vez mais dos mecanismos da própria democracia para, num imenso paradoxo, atingi-la; bem como tem-se visto que os ataques às liberdades se valem cada vez mais de uma retórica supostamente libertária para erodir os seus próprios fundamentos. Na contemporaneidade, parece que o uso da democracia e da liberdade (ainda que um uso estratégico e deturpado) sejam os caminhos usados mais frequentemente para acabar com a própria democracia e com as liberdades. Ou seja: parece que hoje é menos frequente um ditador que decreta a suspensão da Constituição, das Cortes Constitucionais e dos parlamentos do que um autocrata que os mantenha, mas ao mesmo tempo os aparelhe, os ressignifique e os amesquinhe, sem renunciar, porém, a fazer tudo isso em nome das “verdadeiras” liberdade e democracia.

Tudo isso mostra uma coisa: que essas transformações e esses movimentos são essencialmente históricos e demandam urgentemente a nossa compreensão.

Isto não significa, claro que as diferenças entre passado e presente não sejam espessas e nem significa que se faça uma ligação plana, simples e automática entre as experiências passadas e a sua “atualidade”. Hoje estamos longe, do ponto de vista epistêmico na nossa disciplina, da ciceroniana convicção de que *historia vitae magistra*. No entanto tudo isso significa, sim, que as relações entre política, direito e autoridade têm uma densidade e uma complexidade que demandam escavação, reflexão e pesquisa. Demandam, enfim, uma atenção à teoria, sem a qual a interpretação da prática contemporânea vira mero opinionismo voluntarista, com a mesma duração explicativa de um fio do twitter. E é aqui que a história do direito entra como uma instância de enorme importância: não para conectar de modo ligeiro conclusões do presente hauridas deste ou daquele passado, mas para, nas palavras de Walter Benjamin, “apropriar-se de uma recordação, como ela relampeja no momento de um perigo”, reconhecendo o momento em que o presente se sente visado pelo passado.

E as reflexões da disciplina histórico-jurídica sobre as experiências autoritárias do passado compõem já há muito tempo um patrimônio reflexivo valioso, há muito cultivado e que agora “relampejam” (como diria o mesmo Benjamin) com força no nosso tempo.

Bem o demonstra a seção teórica deste dossiê (“Ferramentas”), que já inicia com a reflexão proposta por Paolo Grossi acerca do relevante papel desempenhado pela História do Direito na formação do jurista contemporâneo: em *A História do Direito em uma Faculdade de Direito, hoje*, o autor demonstra a sua importância como disciplina formativa, em vista da necessidade de superação da estrita estatalidade do direito moderno por uma visão mais atual, complexa e socialmente dinâmica do ordenamento jurídico. Logo em seguida passamos à abordagem teórica das relações entre direito e autoritarismo, com o estudo de Pietro Costa sobre as contribuições de Fraenkel, Neumann e Arendt à compreensão da teoria jurídica do totalitarismo, demonstrando, em *Il momento giuridico nella costruzione del ‘modello’ totalitario: Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Hannah Arendt*, como as radicais transformações promovidas pela Alemanha nazista e pela Rússia bolchevique nas concepções de Estado e Lei são um marcador decisivo do caráter “totalitário” desses regimes. Em *La Costituzione Invisibile – costituzione e democrazia alla prova dell’emergenza: riflessioni di un melanconico* Paolo Cappellini pondera os riscos do autoritarismo no tempo presente, sugerindo que a gestão constitucional e legal da emergência COVID-19 promove uma distorção biopolítica da noção de vida que pode levar ao eclipse da relação entre liberdades e democracia. A seção é encerrada com o estudo teórico-histórico de Christian Edward Cyril Lynch acerca das relações entre judicialismo e autoritarismo; no texto intitulado *Entre o judicialismo e o autoritarismo: o espectro do poder moderador no debate político republicano (1890-1945)* o autor investiga os diferentes sentidos atribuídos ao conceito de poder moderador durante a República brasileira, argumentando que cada corrente política se agarrou a uma interpretação distinta do conceito para interpretá-lo e justificar diferentes reformas – a autoritária, que fortaleceria o Presidente da República, a judicialista, que fortaleceria o Supremo Tribunal Federal e a moderada, que recriaria um quarto poder na forma de um conselho de Estado.

A seção empírica do dossiê (Experiências) inicia com o artigo de Tatiana de Souza Castro e Gabriel Faustino dos Santos sobre *A Revisão Constitucional de 1926 e a tutela dos direitos individuais: um ensaio sobre os efeitos da limitação do habeas corpus na prática jurisprudencial do STF*; os autores examinam o processo legislativo que precedeu a revisão de 1926 e alguns processos de *habeas corpus* posteriores à reforma para buscarem compreender como ela foi debatida sob estado de sítio e quais foram os seus efeitos sobre a tutela jurídica de direitos

fundamentais, concluindo que o contexto autoritário contribuiu para a limitação do uso do habeas corpus e que a adequação jurisprudencial a esse novo sentido legislativo não ocorreu de forma automática. Em *“Un país de Constitución abierta”. Las “leyes fundamentales” y la modernización del franquismo*, Alfons Aragoneses e Jordi Cerdà Serrano analisam as diversas “leis fundamentais” do regime de Franco e o processo de ressignificação ao qual foram submetidas no final da era franquista.

Luis Rosenfield, Victor Hugo Criscuolo Boson, Francisco Rogério Madeira Pinto e Mário André Machado Cabral se debruçam, em seus artigos, sobre a experiência jurídica do autoritarismo estadonovista. Em *Karl Loewenstein no Brasil de Vargas: o olhar de um jurista judeu-alemão sobre o Estado Novo*, Rosenfield promove uma reconstrução dos elementos centrais da viagem de Loewenstein à América Latina, com especial atenção à sua experiência no Brasil. Boson analisa, em *Formulações autoritárias e realismos em Oliveira Vianna: variações na política e no direito corporativo*, duas proposições de Oliveira Vianna para a agenda institucional brasileira na primeira metade do século XX: o idealismo orgânico para as reformas políticas e o poder normativo para os juízes do trabalho, ambas como parte do seu “autoritarismo instrumental”. Madeira Pinto também se dedica ao pensamento de Oliveira Vianna em *A Administrativização do direito constitucional: Oliveira Vianna e a absorção dos poderes legislativos e judiciário pelas corporações administrativas*, analisando as propostas do autor para a construção de uma nova forma de organização do Estado a partir de um modelo administrativista inspirado em órgãos técnico-burocráticos com o objetivo de legitimar a institucionalidade autoritária de um Poder Executivo hipertrofiado. Cabral, por fim, analisa o papel desempenhado pelo pensamento autoritário de Francisco Campos na criação da legislação concorrencial brasileira em *Autoritarismo e Gênese Antitruste: Francisco Campos e a imaginação concorrencial no Estado Novo*.

A juridicidade dos regimes militares que assolaram a América Latina na segunda metade do século XX é examinada por Eric Palma González e Francisco Zuñiga Urbina, Heloísa Fernandes Câmara, Cristiano Paixão e Claudia Paiva Carvalho e André Del Negri. González e Urbina analisam os fundamentos jurídicos dos decretos-lei editados pela ditadura chilena em *La doctrina del gobierno de facto y las Actas Constitucionales de 1976: Juristas chilenos avalando decretos leyes*. No artigo intitulado *Genealogia e usos do Ato Institucional – inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional*, Câmara realiza uma genealogia do ato institucional para compreender as ambiguidades constitutivas do constitucionalismo brasileiro, que envolvem a convivência entre normalidade e exceção. Paixão e Carvalho demonstram, ao analisarem a Emenda Constitucional nº 22/1982, como a proposta do governo reiterou a prática da ditadura de alterar as regras do processo legislativo e as normas eleitorais com a finalidade de conservação do poder, concluindo que as ações do regime não eram destinadas a promover a transição para a democracia, mas visavam manter controle sobre o processo de abertura – em *Mudança constitucional, luta política e o caminho para a democracia: uma análise do “emendão” de 1982*. E Del Negri avalia, em *Os juristas, o regime militar de 1964 e personalidades autoritárias que cruzaram o marco da Constituição de 1988*, o que falhou na transição democrática depois da Constituição de 1988 a fim de compreender o autoritarismo do governo brasileiro entre 2018 e 2021.

Por fim, o dossiê se encerra com duas resenhas: em *O Fascismo em Ação: as dinâmicas institucionais na história de uma ditadura*, Massimo Meccarelli analisa o livro de Guido Melis (*La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, il Mulino, 2018) dedicado aos fenômenos jurídico-políticos do Estado fascista. E em *O Direito Administrativo do Estado Interventor* Walter Guandalini Junior e Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira examinam

a obra de Mauricio Mesurini da Costa (*O Estado Interventor no Brasil e seus reflexos no direito administrativo e constitucional (1930-1964): Themistocles Cavalcanti e sua contribuição doutrinária*, Dialética, 2021), que se debruça sobre o pensamento (e o autoritarismo) de um dos mais importantes cultores do direito administrativo brasileiro.

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-chefe

Walter Guandalini Junior
Editor Executivo

Ferramentas

HISTÓRIA DO DIREITO

A História do Direito em uma Faculdade de Direito, hoje*¹

Legal History in a Faculty of Law, today

La Storia del Diritto in una Facoltà giuridica, oggi

Paolo Grossi²

* Traduzido do original em italiano por Ricardo Marcelo Fonseca, Walter Guandalini Junior e Raul Ferreira Belúcio Nogueira.

1 Publica-se aqui o texto da aula inaugural que proferi no curso de 'História do Direito' do Professor Ricardo Marcelo Fonseca, Catedrático na Universidade Federal do Paraná (Brasil), atualmente Magnífico Reitor da mesma Universidade. A aula foi transmitida de Firenze por vídeo-conferência em 11 de maio de 2021. Exprimo a Ricardo – amigo, colega, mestre – a mais viva gratidão por seu generoso e gratíssimo convite.

Nesta publicação omitem-se as saudações ao Reitor e aos Colegas Assistentes Estudantes da Universidade paranaense, além da expressão por mim formulada da mais sincera solidariedade pela tragédia sofrida em enorme medida pelo povo brasileiro em razão da pandemia universal.

2 Professor emérito da Università degli Studi di Firenze.

RESUMO

A rigorosa estatalidade do direito dominante por toda a idade moderna provoca a sua separação da dinâmica da sociedade e a negação da sua historicidade. Com o tempo pós-moderno, em uma visão mais complexa da ordem jurídica, recupera-se cada vez mais a historicidade do direito; conseqüentemente, reconhece-se à história do direito a plena dignidade de disciplina formativa para todos os estudantes de Direito.

Palavras-chave: Direito moderno, Direito pós-moderno, História do direito.

ABSTRACT

Law's strict statehood, dominant throughout the modern age, causes its separation from society dynamics and the denial of its historicity. In postmodern era, a more complex view of the legal order promotes the recovery of law's historicity; consequently, legal history is recognized as having the full dignity of a formative subject for all law students.

Keywords: Modern law, Post-modern law, Legal history.

RIASSUNTO

La rigorosa statualità del diritto dominante per tutta l'età moderna provoca la sua separazione dalla dinamica della società e la negazione della sua storicità. Con il tempo posmoderno, in una visione più complessa dell'ordine giuridico, si recupera sempre più la storicità del diritto; conseqüentemente, alla 'storia del diritto' viene riconosciuta la piena dignità di disciplina formativa per ogni studente di una Facoltà giuridica.

Parole-chiave: Diritto moderno, Diritto posmoderno, Storia del diritto.

1 - Sem hesitação escolhi o tema – que está evidenciado claramente no título – para a aula inaugural do ‘curso’ de ‘História do Direito’ da Faculdade de Direito da Universidade paranaense com a intenção de atingir um duplo objetivo: considerando que este tema trata do estado atual de uma Faculdade de Direito³ e a relação existente, em seu âmbito interno, entre as disciplinas do direito positivo e as disciplinas históricas, comparatistas e filosóficas, buscar clarificar para os estudantes e, sobretudo, despertar a consciência crítica nos docentes com relação a um estado passivo de indolência ou – ainda pior – sobre uma estreita e limitada visão circunscrita às fronteiras individuais das disciplinas. Que fique claro que, obviamente, renuncio a qualquer forma de abordagem apologética (que seria, portanto, inaceitavelmente parcial), o objetivo não é senão fazer uma abordagem eminentemente cultural.

Para melhor ajustar o sentido e a dimensão desta aula, considero como sendo os meus interlocutores diretos os juristas que operam no planeta jurídico que os comparatistas designam com a dicção *civil law* e que se caracteriza pela couraça de chumbo de uma legalidade direta e rigidamente assumida; planeta a que pertence à Italia (e, em alguma medida, também o Brasil).⁴ De modo muito diferente e com clara autonomia – digo isso só aos estudantes – com relação ao direito que se desenvolve na realidade insular (insular no sentido geográfico e histórico) do velho Reino da Inglaterra (e depois também em seus domínios coloniais), onde, durante a modernidade, com uma continuidade que foi parcialmente desmentida somente depois de 1945, estão presentes valores jurídicos medievais e pós-medievais que ignoram de modo substancial a nova gramática proclamada e imposta pela revolução francesa. Acrescento e esclareço: pressuponho também como interlocutores – ao lado daqueles que são dedicados à pesquisa científica que geralmente estão nos ambientes universitários – os magistrados e notários que operam nas trincheiras da praxe cotidiana e que estão cada vez mais distantes antiga e mortificante condenação de se tornarem exegetas passivos de comandos legislativos.

Devo a vocês, porém, ainda mais um esclarecimento: eu, como historiador do direito que vive e age num país de *civil law*, contemplo de modo participativo e com satisfação o caminho difícil (árduo, portanto), que o direito está vivendo nestes anos, que estão nas fronteiras extremas de um itinerário pós-moderno ainda em curso; e está vivendo com a resistência de muitos juristas, e coragem de poucos, mas cada vez mais próximos de um ponto de chegada plural que a mensagem jurídica da nossa Constituição de 1948, com a plena redescoberta da complexidade da ordem jurídica, desenha nitidamente. Neste itinerário, ao lado dos homens de ciência, um contributo importante provém da trincheira viva da praxe cotidiana⁵.

Uma vez fixados o quadro e os limites da nossa análise, ela irá se desenvolver de modo diacrônico, examinando e comparando as soluções – diferentes, até mesmo opostas – que foram projetadas e realizadas na modernidade e cada vez mais erodidas com o decorrer de um tempo jurídico pós-moderno⁶. O meu olhar irá se articular em dois momentos autônomos, como é

3 Realidade que atualmente, na Itália, por estultice de um recente ato legislativo estatal, è chamada de ‘Departamento’, abandonando o vocábulo (Faculdade) consolidado por uma bela e plurissecular tradição que è até agora acolhida universalmente para além de nossas fronteiras.

4 ‘em alguma medida’: as razões desta locução atenuante serão motivadas mais adiante.

5 Como constatei com satisfação em minha última publicação, publicada recentíssimamente. (Grossi, 2021, p. 139 ss.).

6 Parece-me oportuno esclarecer bem os conteúdos históricos dos dois adjetivos ‘moderno’ e ‘pós-moderno’, que usei frequentemente, ao menos nos últimos dez anos, para caracterizar o itinerário da história do direito na Europa Continental. Trata-se, como será mostrado ao longo desta lição, de duas épocas fundadas e marcadas por valores jurídicos profundamente diferentes: o ‘moderno’ que tem seu desenvolvimento da metade do século XVIII até o final do século XIX, o ‘pós-moderno’ que, tendo as suas primeiras germinações já nas duas últimas décadas do século XIX, está ainda em curso. Maiores esclarecimentos estão contidas por uma investigação específica que fiz a este respeito (Grossi, 2013).

demandado pela clara diferença (ou até oposição radical) entre as mensagens provenientes dos dois momentos do itinerário histórico-jurídico no que se refere ao papel da 'história do direito' dentro do âmbito didático-científico de uma Faculdade de Direito.

2 - Se o olhar se volta para alguém do século XX, ele deve se concentrar sobre um evento que assinala, caracterizando-a de modo profundo, o nascimento e a subsequente edificação da modernidade jurídica na história da Europa continental e dos territórios coloniais a ela ligados. Aqui, o desenho de uma nova face ocorre quando, em finais do século XVIII, com o poderoso advento da revolução francesa, todas as dimensões da sociedade (costume, economia, direito e estruturas políticas) foram gravadas com um marco de absoluta novidade e, dessa forma, com uma atitude de clara descontinuidade e de furiosa demolição do *ancien régime*, que tinha permitido que a grande jornada medieval chegasse razoavelmente intacta até 1789.

É radical a reviravolta que o direito sofre e que envolve a ordem jurídica como um todo, a começar pelo direito privado e pelo mais privado dos direitos, o direito civil⁷. É afirmado o protagonismo do Estado enquanto aparato supremo dos poderes, o que é realmente uma inovação impensável nos momentos imediatamente anteriores à convulsão revolucionária. Na França, que é também o laboratório em que, a partir do distante século XIV em diante, implementa-se cada vez mais a imagem de um príncipe legislador, o direito permanece até o fim como uma instância reservada à força germinativa dos costumes e da maestria técnica de *doctores* e juízes⁸. Neste momento, no final do século XVIII, graças aos fundamentos teóricos fornecidos pelo iluminismo jurídico e às efetivas fundações oferecidas pela involução do poder político no momento jacobino da revolução, chega-se à total estatalização do direito, com o poder político supremo que monopoliza toda a produção jurídica. Todo o direito encontra na lei o único canal para se manifestar e estabelecer-se para a obediência da sociedade, indetificando-se obviamente com complexo de normas, ou seja, de comandos ineludíveis. O que é importante sublinhar é o vínculo que se instaura – incindível na medida em que tornou-se necessário – entre toda a ordem jurídica e o poder supremo do Estado; deste modo o direito assume um arriscado caráter potestativo; arriscado porque neste ponto carrega na sua face a marca deste poder estatal (e também todas as suas vergonhas).

No nível das fontes, a manifestação mais expressiva, já que é novíssima diante do que havia sido estabelecido pela milenária tradição medieval e pós-medieval, é o Código⁹, pretendido pela revolução desde os seus primeiros atos e tornado realidade pelo déspota Napoleão, que, nos anos compreendidos entre 1804 e 1810, empenha a sua onipotência já imperial para uma vastíssima obra codificadora, com a plena redução do direito civil, comercial, penal e processual a um sistema unitário.

7 Isso era pretendido pelo caráter 'burguês' da Revolução, que encontra sua 'constituição' essencial em um Código Civil, consolidado sob uma nomenclatura patrimonial e inteiramente voltado à tutela da propriedade individual e do contrato, concebidos como o campo de autonomia do cidadão com bens. É sobretudo para ele que é projetado, como vai ser dito mais adiante no texto, um forte absolutismo jurídico.

8 Assim afirma expressamente Etienne-Jean Portalis, um atento jurista que se coloca quase que como com um pé no antigo regime borbônico e outro naquele regime inovador dos revolucionários jacobinos, quando, no seu 'Discours préliminaire' ao projeto do Código do ano IX, ressalta com contentamento que uma codificação unitária tornou-se realizável somente depois que a revolução reduziu o Reino da França num estado efetivamente unitário, dotado de um caráter muito compacto e simples na sua estrutura rigidamente centralizada, diferentemente do antigo regime, onde a monarquia sobrepassava numa realidade que era social e juridicamente muito complexa, ou, para usar as palavras eficazes de Portalis, "cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire; on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés". Il 'Discours' è leggibile in Ewald (1989, p. 36).

9 Para uma análise específica desta novidade substancial, remeto ao leitor um escrito meu específico: *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica* (Grossi, 2006).

Aquilo que me interessa para os fins desta aula é o traço mais vistoso e determinante que é representado pelo fato do *produto/Código* ter sido desejado, projetado e realizado a partir *de cima*, no âmbito do supremo poder imperial com o envolvimento direto do próprio imperador na sua formação. Um produto que, a partir da França, tende a se expandir para disciplinar zonas cada vez mais amplas da Europa continental como marco da identidade do próprio cesarismo napoleônico; que é, de outro lado, pretensiosamente projetado para um futuro sem fim (note-se que o produto mais substancial e inovador, o *Code Civil*, somente depois de mais de duzentos anos de vida, nos anos recentes, é que sofreu uma primeira renovação substancial, ainda que tremendamente discutível).

O exemplo do 'direito civil' é o mais emblemático, pelo menos sob um aspecto específico: é que aqui se trata do direito da vida cotidiana do homem comum, imerso em questões vividas no cotidiano e por essa sua natural carnalidade, o Soberano absoluto do antigo regime houve por bem respeitar a regulação que vinha a partir *de baixo*, de índole sobretudo consuetudinária. Neste novo momento, 1804, será, por assim dizer, *destemporalizado*, subtraído de sua historicidade já que consistirá num sistema de categorias de ordenação imunes pela usura do tempo. Imune, portanto, ao barro do chão dos fatos econômicos sociais, a ponto de permitir ao poder político – que é ao mesmo tempo expressão e tutor do grupo burguês que sai vitorioso do momento revolucionário – afirmar a partir do Código um desenho de figuras abstratas, preciosas na sua abstração para uma sociedade fundada sob o primado do *ter* e sob a presença factual de ricos e de pobres. A estes últimos se deixava o talismã da igualdade jurídica, com a absoluta liberdade para cada cidadão, inclusive para o mais pobre, poder tornar-se rico¹⁰.

Não se deve nunca esquecer que a *égalité*, escrita com letras imensas sobre os estandartes da revolução e sobre os muros das salas de justiça, é igualdade formal, ou seja, somente potencial. Que esteja claro: é certamente um imenso passo adiante se comparado às iniquidades discriminatórias do antigo regime, mas, em sua abstração, é estrategicamente precisa para manter pé uma sociedade de ricos e pobres e uma pseudo-democracia com base censitária, como fica claro pelo irrisório número de cidadãos envolvidos nas eleições públicas constitutivas da representação política da nação (na Itália, em 1861, primeiro ano do Reino Unitário, nem mesmo 2% dos cidadãos, discriminados a partir de medidas meramente econômicas, são chamados às urnas, e será necessário esperar até 1913 para se ter um “quase perfeito” sufrágio universal masculino).

É também este momento em que, na França e na Itália, o jurista é reduzido a um exegeta da lei, ou a um leitor passivo de um texto de papel autoritário, ou, na Alemanha, com uma codificação adiada para 1900, onde o jurista exaspera as invenções técnicas do antigo direito romano num saber abstrato. É este o momento que tende a identificar o jurista (e sobretudo o civilista) como um personagem isolado do burburinho dos fatos do devir sócio-econômico e, com a escolha do Código ou de uma alterada mensagem romanística, num desenhista de formas puras; conseqüentemente, em conotar a sua ciência pelo traço sumo e típico da *pureza*, antecipando no século XIX aquilo que será, durante o pós-moderno século XX, a lição do grande corruptor Kelsen¹¹, com uma influência negativa também na América Latina e, de modo particularmente incisivo, na cultura jurídica mexicana.

10 Uma vez estabelecida esta liberdade, circula vivaz no mundo burguês uma 'verdade' formalmente irrefutável: a inexistência da linha de chegada da riqueza não poderá senão ser atribuída à falta de ação (ou preguiça) do pobre.

11 Corruptor é uma palavra forte. Considero legítimo pronunciá-la quando constato que o núcleo da mensagem jurídica de Kelsen é a redução do direito a *força* e, por isso, a *sanção* e a *coerção*. O que significa alterar (ou ao menos minimizar excessivamente) a função do direito enquanto resgate da sociedade em sua capacidade de ordenação. O direito, de fato, não é uma dimensão *patológica* da sociedade, mas sim, em sua essência profunda, uma dimensão tipicamente *fisiológica*.

O direito, em resumo, resolve-se num sistema fechado, fechado por muralhas compactas que o separam dos fatos que estão em contínuo movimento e mudança em um fluxo histórico; e ao personagem que cavalga o corcel da ciência jurídica – ciência abstrata, ciência pura – servirão somente os instrumentos lógicos, de uma lógica meramente dedutiva. Irrompe novamente, depois de duzentos anos, o silogismo que Beccaria e os iluministas setecentistas atribuíam ao juiz, confirmando-o como auxiliar de um legislador protagonista (beneficemente protagonista, na leitura deles).

Durante o século XIX, na França e na Itália (uma Itália ainda completamente submetida à cultura francesa, pelo menos até os anos oitenta), domina o mais rígido positivismo jurídico, e o direito civil surge como a primeira vítima de uma desolante des-historicização. Desolante não é uma qualificação contaminada por uma subjetividade excessiva (e, portanto, também militante), uma vez que é objetivamente constatável a sua completa assimilação no Código da parte dos mestres nas Universidades, os juizes, os notários, reduzidos a meros exegetas, todos eles satisfeitos em dedicarem-se a operações meramente explicativas dentro da moldura insuperável do texto de 1804, que a este ponto repousa impassível em seu caráter estático, para além do irrequieto devir da história européia e mundial.

Referi-me aos exemplos da França e da Itália porque são os modelos mais fiéis do novo percurso iniciado no pós-revolução, e resolvido em um duro *absolutismo jurídico*; salientando aos estudantes que ao utilizar este sintagma pretendo sublinhar a existência de um único canal de produção jurídica na Europa continental, o Estado, e, em perfeita coerência, de uma única manifestação hierarquicamente superior a todas as outras e chamada a condicionar todas as outras, a lei. *Absolutismo jurídico* significa *monismo jurídico*¹².

Drástica – e verídica – conclusão, que necessita, porém, de algumas complementações, necessárias para dar conta de não insignificantes diferenciações no planeta da *civil law*. De fato, na Europa continental se impõe, como já mencionamos, a posição apartada da área germânica, onde, apesar de marcada pela pureza mais destacada, continua a ter voz por todo o século XIX a reflexão científica de matriz sobretudo universitária. É também notável um certo isolamento do Reino da Espanha, onde, no curso do século XIX, após diversas tentativas mal sucedidas, somente em 1889 foi produzido um código. Esse código, inspirado nos modelos francês e italiano de 1865, não é norma dotada de exclusividade; pelo contrário, embora se afirme como direito geral do Reino, tem caráter supletivo em relação aos *derechos forales*, ou seja, à tradição jurídica de origem consuetudinária, enraizadíssima em certas regiões da Espanha e peculiaridade das áreas inalcançadas pelo poder central.

Como tenho hoje o privilégio de falar a ouvintes brasileiros, acrescento que um atenuante dessas conclusões também deve ser feita para o vosso Brasil (que me permito considerar também *meu*, em razão do orgulho dos dois doutorados *honoris causa* que recebi na Universidade Federal do Paraná, hoje regida por meu amigo Fonseca, e na Universidade Federal do Rio Grande do Sul). Sobre a peculiaridade da situação histórico-jurídica da realidade brasileira insistiu muito, nos anos 50 do século XX, um grande jurista italiano, Tullio Ascarelli, academicamente professor de direito comercial, mas estudioso de extraordinária versatilidade¹³. Na qualidade

12 Maiores detalhes podem ser encontrados em alguns – agora distantes – ensaios de minha autoria: *Epicidio per l'assolutismo giuridico (dietro gli 'Atti' di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)* (1988) e *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)* (1998), ambos publicados em Grossi (1998).

13 Versatilidade no direito penal e processual, ou em campos distantes como os da psicanálise e da psiquiatria, como demonstra uma feliz recentíssima análise (Migliorino, 2021).

de judeu, após as infames leis raciais fascistas de 1938, foi constringido ao exílio no hospitaleiro Brasil, onde permaneceu com sua família por nove anos, inserindo-se profundamente na sociedade e na cultura brasileiras e tornando-se também um aclamado advogado comercialista. Regressando à pátria em 1947, tornou-se perito no singular sistema jurídica brasileiro e desenvolveu em diversos escritos¹⁴ um olhar comparativo entre Itália e Brasil, ambos países de *civil law* mas profundamente diferentes – considerada a diversa (e específica) situação histórico-jurídica brasileira, onde, até a codificação de 1916, era protagonista o velho *ius commune* de marca medieval integrado nas Ordenações Filipinas de 1613.

Após essas necessárias observações sobre a Espanha e o Brasil, tentemos reunir os fios sobre este ponto da nossa aula, retomando o foco no ‘direito civil’ como o terreno jurídico mais exposto – graças à codificação – às restrições do absolutismo jurídico moderno e, portanto, à alteração do seu caráter genuíno de voz e espelho de uma experiência carnal.

Portanto – repitamos – um direito civil reduzido à leitura e transcrição das vontades contidas em textos normativos, impassíveis em seu imobilismo em papel; e, o que mais importa; textos separados (cada vez mais separados), conforme passa o tempo, da complexidade (e riqueza) do contexto social. Em suma: exercícios de lógica dedutiva sobre a lei e, acima de tudo, sobre a lei/mãe que é o Código. Ousaria ainda precisar: dedicação a uma análise de minúcia quase histológica do material legislativo, na tentativa de não falsear, desviar, e nem mesmo integrar com indevidas pretensões volitivas do exegeta, a vontade impressa pelo legislador no sacrário encerrado de uma formulação literal.

Aqui toda a nossa discussão sobre a modernidade jurídica adquire significado, porque é o pressuposto para a compreensão da pouquíssima importância – então – atribuída à “história do direito” na urdidura didática da faculdade de Direito. A destemporalização do direito codificado, a sua completa des-historicização, teve como consequência inevitável, se não a total eliminação, seguramente o isolamento da história do direito no canto mais escondido da faculdade; sem contar que o historiador do direito, muito frequentemente ignorante do terreno cifrado das técnicas jurídicas, preso à poeira das prateleiras do passado mais remoto e reduzido a portador de um saber meramente erudito, passou a representar um corpo estranho no esforço central de formação de juristas noviços. Apresentando-se como mera erudição em um substancial ressecamento do diálogo entre o presente e o passado (que consiste a espinha dorsal da história), a história do direito veio a brilhar, aos olhos dos sacerdotes do positivismo jurídico, pela sua *inutilidade*, por sua incapacidade de criar qualquer benefício profissional ou cultural ao estudante¹⁵.

3 - Muito muda com o novo século, nos Novecentos, século pós-moderno de intenso dinamismo; de fato, muito se move e muito se transforma, afetando prontamente tanto a dimensão social quanto a econômica e a política, obviamente com repercussões fortemente incisivas também nas raízes da ordem jurídica.

¹⁴ Mas, de modo específico, no ensaio *Osservazioni di diritto comparato privato italo-brasiliano* (1947), publicado em Ascarelli, 1949.

¹⁵ Poder-se-ia objetar que não se fala aqui do ‘direito romano’, que também é um direito histórico, assim como o medieval e o moderno. Na realidade, o direito romano clássico e pós-clássico, certamente primeiro exemplo na história humana de tentativa bem sucedida de edificação de uma ciência jurídica (resultado ao qual não se dedicaram os gregos, até hoje merecedores da nossa admiração por suas construções matemáticas, filosóficas e literárias), foi – durante a modernidade – identificado pelos estudiosos (exceto pelos experimentos filológicos de algumas correntes humanísticas), como uma espécie de modelo meta-histórico, um tesouro dogmático, mais um cristal lógico que um produto historicamente situado, com validade ininterrupta de Gaio ao presente, até um indefinido futuro (como o prova indubitavelmente o anti-histórico *usus modernus Pandectarum*, o direito romano atual, fanaticamente afirmado – ainda hoje!!! – pela boca de tantos invasores).

Aquela civilização que havia emergido das ferventes revoluções do final do século XVIII, e que se caracterizava por uma natureza substancialmente monoclasse, vê a dominação burguesa cada vez mais enfraquecida, enquanto progressivamente avança uma aguerrida e agressiva classe proletária, que não havia feito a revolução nem projetado as estruturas do novo Estado.

Esse período, tão constitutivo da modernidade e, assim, denso de transformações políticas, que vai de 1789 (primeiros agitos revolucionários) a 1815 (colapso do Império Napoleônico), em meio a desenvolvimentos conspícuos¹⁶, tem ao menos uma perfeita continuidade sob a perspectiva econômica, fixada com muita firmeza desde o início: fundada no inegável pilar da propriedade privada individual, é acomodada aos interesses do cidadão proprietário e à tutela mais firme do seu patrimônio, assumindo a acumulação da riqueza como seu valor indiscutível. Quando mais tarde, na Itália da unificação política, na segunda metade dos Oitocentos, a crescente classe burguesa – feita de proprietários de terras, comerciantes, empreendedores – passou a se sentir segura e a desejar ostentar orgulhosamente os seus verdadeiros valores, teve o cuidado de gravar sobre os frontões das portas externas dos seus palacetes e mansões recém-construídas, todas vistosamente suntuosas, uma inscrição destinada a clarificar a origem dessas consolidações imobiliárias e também a sua legitimação (por assim dizer) social: *opus fert opes*, o trabalho produz riqueza¹⁷, compreendendo o vocábulo *opus* somente como a ativa operosidade inteligente e clarividente capaz de alcançar resultados economicamente relevantes. Nos decênios finais dos Oitocentos, porém, ao mesmo tempo em que se edificavam aquelas ricas habitações e que a classe burguesa se considerava segura sob a plena proteção do Estado, começava a surgir na sociedade o movimento/mutação que viria, pouco a pouco, a minar (e depois demolir) uma ordem social pretensamente democrática, mas manchada ainda de excessivas discriminações econômicas.

O questionamento dessa ordem e a busca de sua superação ocorrem precisamente quando o estrato mais baixo da sociedade, aquele dos não-proprietários, que a civilização burguesa havia tratado como plataforma estática, amorfa e passiva, então desperta, torna-se consciente das suas próprias forças vitais, começa – por um lado – a combater externamente as velhas hegemonias e – por outro lado – a se organizar internamente. A baixa sociedade se organiza articulando-se em muitas comunidades, chamadas a dar voz aquele indivíduo que, como indivíduo, havia permanecido até então completamente mudo, e que somente se faz ouvir ao dar vida a um ameaçador eu-coletivo. São comunidades religiosas, assistenciais, corporativas, sindicais, cooperativas, que a revolução, em 1791, havia autoritariamente cancelado, e que agora renascem e se agigantam para dar proteção e auxílio a uma massa indefesa. É uma renovação do estrato social mais baixo, que faz ranger o edifício político e social: é a crise da estrutura estatal moderna, tornada instável pelas perturbações da sua base. O novo século, o século XX, caracterizado por um novo dinamismo social, forte, cada vez menos controlado e cada vez mais vigoroso, vê deslocar-se para baixo o eixo de toda a comunidade nacional de acordo com uma orientação que se poderia sintetizar eficazmente assim: *cada vez mais sociedade, cada vez menos Estado*.

16 Mesmo no interior do próprio sexênio revolucionário (1789-1795), que vê a transformação das primeiras revoltas e assentamentos de índole jusnaturalística na dura ditadura jacobina e, por fim, na plena consolidação burguesa.

17 A frase podia ser lida na fachada de muitas mansões de Florença, construídas entre 1859 e 1915 em um novo quarteirão tipicamente burguês da cidade, fora das velhas muralhas (agora parcialmente destruídas para dar espaço a enormes edifícios anônimos).

Com uma característica que, como jurista italiano, sublinho com satisfação: na Itália, muito mais que em outros países de *civil law*, uma reviravolta que investe a civilização moderna em todos os seus aspectos tem na ciência jurídica um florescimento de observações e intuições, que fazem com que a sua reflexão deixe de merecer a habitual acusação de desprendimento impassível do fluir histórico e da sua conseqüente aridez cultural, e permite que se lhe atribua – de fato – o mérito de um registro preciso da contemporaneidade e de uma previsão sobre o significado do caminho em curso.

Refiro-me, em particular, ao inovador pensamento de Santi Romano, um jurista italiano que investigou o terreno do direito público positivo, mas também o terreno mais amplo da teoria geral do direito, sempre apoiado em rara consciência da atenção louvavelmente curiosa às convulsões do contexto social, perfeitamente visíveis somente a quem tivesse a coragem e a responsabilidade de se abrir para olhar para o exterior do seu próprio pensamento¹⁸.

Como sabe todo jurista, a referência é a um acontecimento que ultrapassa a sua – em si – minúscula episodicidade: o discurso inaugural do ano acadêmico que Romano, então docente de ‘direito constitucional’ no Ateneu de Pisa, proferiu no dia 4 de novembro de 1909; um discurso que se projeta no tempo longo da história do pensamento jurídico pela sua capacidade de registro e diagnóstico do presente, percebendo naquele presente as sementes do futuro e antecipando – desse modo – escolhas e soluções futuras. Já o título – eloquentíssimo – o coloca em evidência, *Lo Stato moderno e la sua crisi*¹⁹, que enfatiza a coragem do jovem homem de ciências, que não deseja sepultar o seu célebre discurso acadêmico na tumba de uma refinada, mas fechada, tecnicidade, mas que, pelo contrário, a quer testemunha daquele vibrante e irrequieto início de século. Ao final da presente aula acrescentarei apenas uma nota sobre o seu conteúdo: o fiel registro de uma espontânea organização da sociedade, envolvente inclusive dos seus estratos mais baixos, aparece aos olhos vigilantes, apesar de presbíopes, de Romano como o sinal manifesto da profunda crise de uma civilização na sua definição política e jurídica do final do século XVIII.

Mas não é suficiente; porque, se em 1909 Romano se contenta com um diagnóstico, por assim dizer, histórico, a sua observação não parou aí, nem parou a sua reflexão teórica, indispensável para quem pensa no caminho de um futuro que se revela pleno de novidades substanciais. E é justamente ao final do primeiro massacre bélico mundial, marco que revela o signo de um terreno já pós-moderno, que se acrescenta em 1918 a sistematização teórica confiada a um pequeno livreto de título enxutíssimo: *L'ordinamento giuridico*²⁰. Magro, sim, de páginas, mas não de conteúdo; pelo contrário, é autenticamente revolucionário. Adjetivação que pode parecer enfática e, assim, também indevida, se não se identifica exatamente aquele que é (e que a mim sempre pareceu) o papel – destrutivo e construtivo ao mesmo tempo – de Romano: consistente

18 Ao pensamento de Romano retornei diversas vezes. Me limito aqui a recordar aqueles que me parecem mais consistentes: o espaço que lhe foi dado em Grossi, 2000; a aula doutoral bolonhesa que lhe foi exclusivamente dedicada: *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* (2005), publicada em Grossi, 2006 e em Grossi, 2008; a conferência introdutória ao congresso organizado pela Faculdade de Direito Palermitana em novembro de 2017 para o centenário de “L'ordinamento giuridico”: *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso 'L'ordinamento giuridico'*, publicada em Grossi, 2017.

19 Sobre o qual proferi conferência no congresso pisano que celebrou o seu centenário: “*Lo Stato moderno e la sua crisi*” (*a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*) publicado em Grossi, 2012.

20 Editado originalmente nos ‘Annali delle Università toscane’ e em um pequeno volume autônomo em Pisa, em 1918, é agora comodamente consultável na coletânea organizada por seu neto Alberto Romano (2013).

na completa inversão do observatório a partir do qual enxergar (e valorar) o direito: não mais, como se fez deliberada e constantemente na modernidade, *de cima para baixo*, visão autoritária porque potestativa do direito; mas *de baixo para cima*, visão requintadamente social, porque apreendida no seu nascimento e desenvolvimento a partir do ventre materno da sociedade e do seu afirmar-se como seu ordenamento.

Ordenamento no léxico e no ideário de Romano é um termo funcional ao projeto do jurista, e tem um preciso significado: o direito – antes de ser *norma* projetada do alto sobre a sociedade com estrito vínculo ao supremo poder político – é ordenamento, porque chamado a salvar a sociedade do caos *ordenando-a*; o que, porém, somente poderá efetivamente realizar rastejando em harmônica coerência com a parte de baixo, e tornando seus próprios os *interesses* e *valores* difusos universalmente compartilhados na comunidade social.

Se temos insistido na emergência, na história jurídica do século XX, da dimensão ordenamental do direito e sobre a estimulante figura de Santi Romano, é porque se tratava de uma premissa necessária para chegar ao local central para a nossa aula, nomeadamente a pronta recuperação novecentista da historicidade do direito, a identificação na historicidade do seu caráter fisiológico, inerente e intrínseco a ele.

Ainda na tentativa de mergulhar o olhar nessa recuperação pós-moderna da historicidade e de registrar as suas principais manifestações, vale a pena prestar alguma atenção também ao constitucionalismo novecentesco (inaugurado pela Constituição de Weimar (1919) e egregiamente representado pela italiana de 1948), que se destaca pela sua carga inovadora e que se diferencia das velhas “Cartas de Direitos” dos séculos XVII e XVIII: não mais as *Bills* e *Déclarations* do século XVIII na América do Norte e na França, isto é, *declarações*, solenes e nobilíssimas afirmações de índole sobretudo filosófico-política; mas sim brevíssimos destinados à experiência cotidiana do cidadão comum, expressões diretas da sociedade, jurídicas desde o seu nascimento e fontes de direitos e deveres.

As Constituições do século XX, intrinsecamente jurídicas (repitamo-lo), são todas historicamente marcadas, fruto de um momento histórico e seu espelho fiel. Claro! Identificaram os valores emergentes no contexto social, valores que superam os movimentos e transformações dos acontecimentos diários, mas que não são imóveis. Claro! São destinadas a durar, mas não são realidades estáticas, como cristais separados do *húmus* que lhes deu origem. Pelo contrário, são percursos de uma dinâmica, mesmo se extremamente lenta, mesmo se não ligada à empiria de fatos episódicos, mas às grandes transformações que incidem sobre o costume coletivo e sobre as próprias fundações antropológicas de uma civilização histórica.

É de grande importância o nexos entre direito e sociedade reafirmado no novo século. Não esqueçamos que sociedade significa história, história vivida e vivente; significa o perene devir que não pode jamais abandonar o corpo social, sob pena de seu mortífero exaurimento.

4 - Esta suspensão novecentista, este nosso evidenciar a recuperação da historicidade do direito em oposição à implacável des-historicização almejada e tenazmente perseguida pela modernidade, conduz-nos rapidamente a um destino salvífico. Há, enfim, uma consciência cultural que circula e se aviva em personagens e escolas da mais bem-provida ciência jurídica italiana, tornando-se uma riqueza indiscutível. E é o primeiro passo para uma revisão da velha desconfiança da história do direito. Ela não pode senão ser corroborada.

A redescoberta da historicidade torna inadmissível no tempo pós-moderno a rigidez do absolutismo jurídico moderno, tudo firmemente mitificado, mas – substancialmente – resultado de uma visão lucidamente estratégica; mitificado, isto é, confiado à crença e à consequente obediência e, portanto, dogmatizado, tornado indiscutível. No topo, sustentando todo um artificioso edifício, está a hierarquia das fontes do direito, princípio supremo que assegurava ao Estado, ao legislador, a função exclusiva de produção jurídica, sancionando um monopólio muito severo e excluindo qualquer envolvimento da interpretação/aplicação.

Se isso se adequava a um direito desejado e pregado em sua estaticidade, vocacionado a durar indefinidamente como se fosse escrito em tábuas Sinaíticas, teria, no entanto, resultado repugnante em uma tempo em que se planejava atenuar (e, com sorte, preencher) a desconexão com a sociedade, agora muito móvel e muito plural. Se o direito se torna realidade em movimento no século XX, para a dureza da fonte/lei, insensível ao fluxo histórico e inatacável pelas mutações que lhe sobrevém, faz-se mais funcional aquele conjunto de fontes – por sua natureza muito mais elástica – representado por juízes, observei, mestres da ciência jurídica.

Eu me permito puxar um pequeno gancho, que não sendo enganoso, valida o desenho de nossa lição. Neste momento, aliás, não posso deixar de me lembrar de Piero Calamandrei, que há muitos anos foi meu professor de ‘direito processual civil’ na Universidade Florentina, um personagem que, pelo menos até o final da Segunda Guerra Mundial, ao contrário de outros ainda mais velhos que ele²¹, permaneceu firme na defesa mais feroz do absolutismo jurídico moderno e de uma legalidade intensa, na maneira mais rigorosa. Desde então, porém, seu itinerário foi o de um jurista em busca de novos objetivos, tanto que o último Calamandrei – após contatos com marxistas e católicos na Assembleia Constituinte, após o recentíssimo acontecimento da Carta de 1948, após contemplar uma cada vez mais dinâmica e cada vez mais plural experiência jurídica italiana – identifica-se com uma revisão profunda de suas anteriores convicções legalistas. Poderíamos citar – de 1950 a 1956, ano de sua morte – muitas intervenções públicas e solenes, mas prefiro me deter apenas a uma conferência de 1955, realizada em Bari para a inauguração do ‘Círculo Jurídico’, marcante pelos motivos oferecidos a conclusões tão novas que, em uma primeira abordagem precipitada, parecem uma negação clamorosa de certezas consolidadas. Nela, de fato, tudo gira em torno da distinção (ou melhor: da oposição) entre tempos de ‘estagnação social’ e tempos (como o que havia diante de si) ‘de rápida transformação’²². Neste último, observado por ele com um olhar penetrante e livre de preconceitos e mitologias, o ex-legalista Calamandrei não hesita em afirmar que “o juiz deve ter a coragem de ser o precursor, o pioneiro, o instigador do legislador”²³. Remetendo às imagens calamandreianas, os novecentos não são <tempos de êxtase>, mas tempos marcados por um galope rápido que atropela toda a complexidade do ‘social’ e, portanto, também do direito. O que importa, para um jurista consciente (como Calamandrei), não é se dedicar a um embalsamamento inútil, mas saber seguir o caminho em curso, evitando o risco máximo resultante do distanciamento entre o direito e a sociedade: o esgotamento, a secagem da casca, separada da força vital que flui da base das raízes subterrâneas até os últimos ramos altivos.

21 Penso em seu colega civilista Enrico Finzi, nascido em 1884 e, portanto, cinco anos mais velho que Calamandrei, que, no entanto, desde muito jovem absorveu plenamente as aberturas do século XX, que, de fora, oxigenavam o ar de seu think tank. Sobre Finzi, gostaria de fazer referência a uma nota biográfica escrita por mim (GROSSI, 2013).

22 “Stasi sociali” e “rapida trasformazione” são as palavras usadas pelo próprio Calamandrei.

23 Calamandrei, 1968, p. 610-11. Vale a pena citar aqui integralmente a passagem de Calamandrei: “Há tempos de estagnação social em que o juiz pode limitar-se a ser fiel secundário do legislador, o seguidor que o acompanha passo a passo, mas há tempos de rápida transformação extraordinária em que o juiz deve ter a coragem de ser o precursor, o instigador, o incitador”.

O direito, se não possui constrangimentos artificiais por parte de poderes políticos invasores, precisamente pela sua natureza de ordenamento tende a uma coerência frutífera com a dinâmica socioeconômica. A visão diacrônica entre o tempo ‘moderno’ e ‘pós-moderno’ nos demonstra isso com evidência intensas: naquele primeiro tempo há uma redução destemporalizante (como vimos), enquanto no segundo, com o grande titereiro estatal sem força, a lei retoma sua historicidade, redescobre a história viva e redescobre como conaturais o movimento e a mudança. Quando, ainda jovem, imediatamente após a graduação, comecei a estudar seriamente a língua alemã sob a orientação de uma professora originária dos Sudetos e excelente glotologista, um dos livros estudados foi um *Brevier-Vademecum der allgemeinen Sprachwissenschaft* de 1928. De sua leitura, um ensinamento muito simples, mas essencial, ficou para sempre gravado em minha mente – além de uma construção linguística muito rica e, portanto, muito árdua para o novato: “só o movimento é real, mas só o resto é perceptível” (Schuchardt, 1922, p. 330). E muitas vezes lembrando aquela leitura distante de 1957, fiz minha a sensível apreensão de que, muito mais do que aquele ponto fixo que é o presente/vigente e que é o único que parece perceptível com certeza, o que conta porque identifica em si própria movimentos e mutações, é a linha, a linha histórica na qual o ponto, os pontos estão inseridos.

É aqui que nasce uma imagem minha, que teve certo sucesso: o ponto e a linha²⁴, a relação ponto / linha, com a madura convicção de que, muito mais do que os pontos isolados que a compõem, o que importa é precisamente a linha em seu desdobramento, e o significado que o atravessa e o dirige. Na verdade, apenas o olhar sobre a linha é capaz de revelar sentido e direção, de dar ao ponto único uma espessura que uma consideração isolada e isolante não alcançaria. É apenas a linha, de fato, capaz de desmitificar, relativizar, historicizar, além de mostrar com clareza o transitório e o duradouro.

5 - Pois bem! É hora de chegar a outra conclusão: o personagem que domina a linha de frente é antes de tudo o historiador; e é ele quem eu vejo, como uma presença oportuna, senão necessária, ao lado do entusiasta do direito positivo, porque será ele quem irá esclarecer ao civilista, ao publicista, ao processualista, ao penalista o *sentido* no qual o único ponto representado pelo direito positivo é colocado *hic et nunc*; um *sentido* que torna vital a linha e permite que ela seja algo muito diferente de uma série de pontos. O civilista, o publicista, o processualista, o penalista precisam da presença e colaboração do historiador. Estes, de fato, se limitarem a sua contemplação ao minúsculo fragmento que é o ponto presente e atual, se ficarem na solidão absoluta diante daquele ponto, arriscam-se a alcançar uma visão substancialmente míope, chegando – graças ao isolamento total – a fazer algo absoluto, agigantando-se além da medida. Será o historiador que deverá relativizá-lo, colocando-o em conexão com os outros pontos da linha e, assim, devolvê-lo à sua dimensão efetiva no contínuo devir jurídico. E é por aquilo que creio (e não por apologia profissional) que devemos apreender no historiador do direito, graças a esta relação solidária, o portador de um elevado e fecundo papel de consciência crítica para colegas empenhados em outras áreas da ciência jurídica. .

Essa alusão me permite fazer referência a uma realidade que muitas vezes nós juristas, todos nós, esquecemos que é a unidade da ciência jurídica. Estamos todos unidos numa aventura do conhecimento jurídico, que em mais de dois mil anos de reflexão conseguiu corroborar

24 Que tem data e certidão de nascimento específicas, a ‘Relazione’ que fiz no Congresso organizado pela Faculdade de Direito genovesa de 4 a 6 de maio de 1995 sobre o tema ‘O ensino do Direito, hoje’. Cfr. *Il punto e la linea* (GROSSI, 2006)

numa arquitetura indiscutivelmente científica, inclusive alçando nas suas cúspides autêntico pensamento. É um esquecimento sério e carregado de consequências epistemologicamente negativas. Vivemos na solidão, que infelizmente a burocracia acadêmica dos chamados ‘agrupamentos disciplinares’ consolidou; não só isso, mas, devido à mediocridade galopante entre os operadores do conhecimento jurídico, não deixamos de estar satisfeitos com tal situação; isso é, por outro lado, perverso, porque a solidão isola e muitas vezes embota o olhar. Estou convicto de que precisamos recuperar um forte sentimento unitário e, cada um com suas habilidades específicas, dialogar com o outro. Aumentar a colaboração entre estudiosos do direito positivo e filósofos comparatistas do direito histórico só pode constituir um verdadeiro resgate cultural.

É claro que isso requer a afirmação de uma premissa fundamental: que historiadores e filósofos do direito não se sintam estranhos na comunidade dos juristas, mas envolvidos na mesma aventura cognitiva, em diálogo um com o outro.

Em 1971 foi este o programa que deu origem aos ‘Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno’: estabelecer um diálogo entre juristas, numa polêmica frontal – da minha parte – com um grande historiador do direito, Francesco Calasso, que em vez disso, ele falou de ‘Colóquio com os juristas’²⁵, como se os respectivos fundamentos investigativos estivessem separados por altos muros confinantes. E escrevi, então, na ‘página introdutória’ ao primeiro volume do ‘Quaderni’, a firme intenção de criar uma ‘mesa de trabalho comum’, na qual deveriam sentar-se, igualmente e em solidariedade, o civilista, o publicista, o processualista, o penalista ao lado do historiador do direito, cada um portador de competências específicas não abdicáveis no seio da unidade da ciência jurídica, mas cada um ouvindo o outro, em diálogo com o outro.

É óbvio (para dar um exemplo de espeto de pau na casa do ferreiro) que, se o historiador do direito alterar a sua natureza de jurista refugiando-se numa erudição como fim em si, o diálogo não será possível, tendo se exilado da comunidade de juristas. E adiciono uma notação de metodologia elementar. O historiador, se o for realmente, nunca pode ser um embalsamador de cadáveres. A este respeito, é inesquecível a consideração autobiográfica que, com justificado orgulho, um dos maiores pensadores europeus da primeira metade do século XIX, Alexis de Tocqueville, inseriu na introdução à sua poderosa análise historiográfica sobre “ L’ancien régime et la révolution ”: Eu agi como aqueles médicos que procuram nos cadáveres as perenes leis da vida²⁶. A história é uma comparação entre o presente e o passado, não para tirar de um ou do outro o transplante temerário de modelos muitas vezes rejeitáveis e rejeitados, mas para alcançar o precioso resultado de evidenciar as características típicas de um e de outro; visão essa que confere ao historiador também ser ele um precursor do futuro.

Por fim, acrescentaria: hoje que estamos organizando em Florença o quinquagésimo aniversário dos ‘Quaderni fiorentini’, tenho a satisfação de ver que nossa revista alcançou plenamente esse diálogo.

25 Isto está marcado com tintas fortes na ‘página introdutória’ do primeiro volume dos ‘Quaderni’, agora disponível em: GROSSI, 2009, p. 3.

26 Precisamente por seu alto valor epistemológico, referi-me à imagem tocquevilliana em várias de minhas páginas.

6 - Acima, em meu discurso sobre 'o ponto e a linha', indiquei, entre os muitos aspectos frutíferos de um olhar voltado à linha, o de perceber e distinguir o transitório do duradouro. Retomo agora, encerrando, a dica sugestiva, lembrando quem, em minha pesquisa juvenil, foi o primeiro a me transmitir esse ensinamento e, se quiserem, essa verdade salvífica. Ele é um dos maiores nomes da ciência jurídica italiana entre os séculos XIX e XX, o fundador, do ponto de vista estritamente científico, do 'direito comercial' na Itália, Cesare Vivante (1855-1944), um estudioso de direito positivo que sempre deu muito espaço às pesquisas histórico-jurídicas, concebendo-as como formadoras necessárias de seu itinerário científico. Quando jovem, Vivante publicou um volume sobre o contrato de seguro em 1885, proporcionando ao leitor uma confissão precisa sobre o seu método de trabalho: "tudo o que há de bom e de novo, que se vai ler neste volume, devo aos estudos históricos com os quais comecei. Eles me ajudaram a separar o direito ainda vivo e ativo daquele que guarda apenas um valor de erudição" (Vivante, 1885, p. V).

Creio que fechamos muito bem com o testemunho de um jurista que, agindo entre o 'moderno' e o 'pós-moderno', cavou fundo na tentativa de fornecer uma nervura metodológica adequada para sua pesquisa. E concluo com prazer, tendo a Vivante como eminente parceiro ao confiar ao historiador do direito, jurista entre os juristas, um lugar central na vida de uma Faculdade de Direito.

Acrescento um desejo fervoroso para os alunos brasileiros que me ouvem; é o desejo afetivo de um professor muito idoso que, em sua longa vida, sempre se deliciou com o diálogo com os jovens. É um desejo de um bom trabalho, certo de que o poderão realizar sob a orientação de professores culturalmente bem providos: hoje, mais do que no passado, é necessária uma ordem jurídica sólida e justa como marco necessário para uma realidade cada vez mais global.

Referências Bibliográficas

Ascarelli, Tulio (1949). *Saggi giuridici*. Milano: Giuffrè.

Calamandrei, Piero (1968). *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in *Opere giuridiche*. Napoli, Morano.

Ewald, François (1989). *Naissance du Code Civil - La raison du législateur*. Paris: Flammarion.

Grossi, Paolo (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milano: Giuffrè.

Grossi, Paolo (2000). *Scienza giuridica italiana-Un profilo storico 1860-1950*. Milano: Giuffrè.

Grossi, Paolo (2006). *Code Civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, in *Il bicentenario del Codice napoleonico - Atti dei Congressi Lincei*, 221 (Convegno di Roma, 20 dicembre 2004). Roma: Bardi.

Grossi, Paolo (2006). *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Società, diritto, Stato - Un recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè.

Grossi, Paolo (2006). *Il Punto e la Linea*, in *Società, diritto, Stato - Un recupero per il diritto*. Milano: Giuffrè.

- Grossi, Paolo (2008). *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, Paolo (2009). *Trent'anni di pagine introduttive-Quaderni fiorentini 1972-2001*, a cura di P. Cappellini. Milano: Giuffrè.
- Grossi, Paolo (2013). *Introduzione al Novecento giuridico*. Roma/Bari: Laterza.
- Grossi, Paolo (2013). *Enrico Finzi*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. I. Milano: Giuffrè.
- Grossi, Paolo (2017). *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso 'L'ordinamento giuridico'*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, ottobre/dicembre 2017.
- Grossi, Paolo (2021). *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno - dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*. Milano: Giuffrè.
- Migliorino, Francesco (2021). *Lecture corsare di Tullio Ascarelli*. Milano: Giuffrè.
- Romano, Alberto (2013). *L'ultimo Santi Romano*. Milano: Giuffrè.
- Schuchardt, Hugo (1922). *Brevier-Ein Vademecum der allgemeinen Sprachwissenschaft*. Halle: L. Spitzer.
- Vivante, Cesare (1885). *Il contratto di assicurazione-I-Le assicurazioni terrestri*. Milano: Hoepli.

Data de Recebimento: 28/12/2021

Data de Aprovação: 29/12/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Il momento giuridico nella costruzione del 'modello' totalitario:

Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Hannah Arendt

*O momento jurídico na construção do modelo
totalitário:*

Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Hannah Arendt

*The juridical moment in the construction of the
totalitarian 'model':*

Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Hannah Arendt

Pietro Costa¹

¹ Università degli Studi di Firenze. ORCID: 0000-0003-2577-3109.

RIASSUNTO

Il saggio prende in considerazione il contributo arrecato alla teoria del 'totalitarismo' da tre autorevoli esponenti dell'intellettualità europea costretta all'esilio dal regime nazionalsocialista: Fraenkel, Neumann e Arendt. Pur nella diversità del loro approccio, tutti e tre gli autori sostengono che le radicali trasformazioni cui lo Stato e il diritto vanno incontro nella Germania nazionalsocialista e nella Russia bolscevica sono un contrassegno decisivo del carattere 'totalitario' dei rispettivi regimi.

Parole-chiave: Stato, diritto, diritti, massa, totalitarismo.

RESUMO

O ensaio considera a contribuição feita à teoria do "totalitarismo" por três importantes intelectuais europeus forçados ao exílio pelo regime nacional-socialista: Fraenkel, Neumann e Arendt. Apesar da diversidade de sua abordagem, os três autores argumentam que as transformações radicais sofridas pelo Estado e pela lei na Alemanha nacional-socialista e na Rússia bolchevique são um marcador decisivo do caráter "totalitário" de seus respectivos regimes.

Palavras-chave: Estado, lei, direitos, massa, totalitarismo.

ABSTRACT

The essay takes into consideration the contribution made to the theory of 'totalitarianism' by three authoritative exponents of European intellectuality forced into exile by the National Socialist regime: Fraenkel, Neumann and Arendt. Despite the diversity of their approach, all three authors argue that the radical transformations that the state and law undergo in National Socialist Germany and Bolshevnik Russia are a decisive mark of the 'totalitarian' character of the respective regimes.

Keywords: State, law, rights, mass, totalitarianism.

1. Cenni introduttivi

L'espressione 'totalitarismo' è un neologismo del ventesimo secolo. La sua traiettoria semantica è ormai nota e ampiamente studiata. È nell'Italia degli anni Venti che alcuni oppositori del nascente fascismo prendono a far uso, se non ancora del sostantivo (il 'totalitarismo'), quanto meno dell'aggettivo ('totalitario'). In due articoli (del 12 maggio e del 28 giugno del 1923), comparsi nel quotidiano «Il mondo», Giovanni Amendola accusava il fascismo di essere un «sistema totalitario», intendendo denunciare lo «spadroneggiamento completo ed incontrollato nel campo della vita politica ed amministrativa» cui ambiva il fascismo. Analogamente, Luigi Sturzo dichiara, nel '25 (nel giornale di Gobetti, «La rivoluzione liberale») che è 'totalitaria' la violazione della costituzione vigente; e, nel medesimo giornale, Lelio Basso parla di 'totalitarismo' per riferirsi alla pretesa di fare degli organi dello Stato l'espressione della volontà del partito fascista (Petersen, 1975).

Impiegato dall'opposizione per denunciare il carattere illiberale del fascismo, il termine 'totalitario' viene accolto dalla cultura fascista come contrassegno 'positivo' del nuovo regime: che viene detto 'totalitario' perché capace di organizzare capillarmente la società e unificarla nell'adesione massiccia alla 'fede' fascista (Costa, 1999). Anche nella Germania nazionalsocialista l'impiego del lessico 'totalitario' è ampiamente presente. E tuttavia né in Italia né in Germania il campo semantico costruito intorno a 'totalitarismo' assume un'importanza tale da proporsi come il centro di gravitazione della retorica politico-giuridica. È, di nuovo, nel variegato fronte delle opposizioni che il lessico 'totalitario' prende a essere impiegato non già soltanto per indicare un profilo fra i tanti del regime analizzato, bensì per individuare il suo elemento caratterizzante. Assistiamo in sostanza al graduale formarsi di un 'modello' politologico centrato sul concetto di 'totalitarismo'. Certo, occorre attendere gli anni Cinquanta del Novecento perché appaia compiuta la costruzione di un vero e proprio 'modello' totalitario, di un idealtipo caratterizzato da una coerente unitarietà. Già fra la fine degli anni Trenta e i primi anni Quaranta, tuttavia, si moltiplicano i tentativi di cogliere l'essenza dei regimi estranei e avversi alla tradizione liberal-democratica (il fascismo, il nazionalsocialismo, il bolscevismo) facendo leva sulle loro propensioni 'totalitarie': è appunto il carattere 'totalitario' di questi regimi l'elemento che dovrebbe permettere di cogliere la loro essenziale novità, la loro irriducibilità a forme politiche precedenti, nonostante qualche superficiale analogia con esse.

È soprattutto nella folta compagine dei fuoriusciti che si moltiplicano i tentativi di offrire una visione complessiva dei nuovi regimi totalitari: dagli esuli italiani (si pensi a Luigi Sturzo, che nel '26 suggerisce che il termine 'totalitarismo' possa applicarsi tanto al fascismo quanto al bolscevismo, accomunati dal ruolo onnipervasivo del potere politico, dall'ideologia del partito unico e dalla demolizione delle istituzioni liberal-democratiche) al vivace gruppo di comunisti dissidenti, trotskisti ed ex-trotskisti (da James Burnham – autore, nel 1940, di un libro di notevole impatto, *The Managerial Revolution* – a Victor Serge, a Franz Borkenau, studioso austriaco anch'egli in rotta di collisione con il comunismo sovietico, il cui libro – *The Totalitarian Enemy* – fu recensito nel 1940 da Eric Arthur Blair, a tutti noto con il *nom de plume* di George Orwell), ai tanti intellettuali ebrei fuggiti dalla Germania nazionalsocialista (da Ernst Fraenkel a Franz Neumann, a Hannah Arendt). E le sollecitazioni a mettere a fuoco i nuovi regimi attraverso la lente del 'totalitarismo' trovano credito anche negli ambienti accademici: si pensi alla voce *State* per la *International Encyclopedia of Social Sciences*, redatta da George Sabine (dove le dottrine e le pratiche politiche del fascismo, del nazionalsocialismo e del bolscevismo vengono ricondotte a una «totalitarian conception of the state») e al simposio interamente dedicato al 'totalitarismo' che avrà luogo negli Stati Uniti nel 1939 (Forti, 2001; Traverso, 2002; Forti, 2004).

La messa a punto di un modello 'totalitario', fra gli anni Trenta e gli anni Cinquanta, fa leva su una molteplicità di elementi appartenenti a numerosi ambiti di esperienza e deve quindi impiegare e armonizzare fra loro competenze disciplinari diverse: dalla sociologia all'economia, al diritto. Per ricostruire la storia della costruzione di un siffatto 'modello' occorre quindi tenere costantemente presente il suo carattere composito e necessariamente 'multidisciplinare'. Ciò non compromette tuttavia, a mio avviso, la possibilità di soffermarsi in particolare su una componente specifica (nel nostro caso, la componente politico-giuridica) fra le tante compresenti nella messa a punto del 'modello' totalitario. È in questa prospettiva che intendo interrogare tre autori che all'elaborazione di questo 'modello' hanno dato un contributo di indubbio rilievo: Ernst Fraenkel, Franz Neumann e Hannah Arendt.

2. Ernst Fraenkel: la teoria dei 'due Stati'

Che Fraenkel e Neumann concentrino la loro attenzione sulla dimensione politico-giuridica del regime nazionalsocialista (pur tentandone una caratterizzazione il più possibile ampia e comprensiva) non stupisce, tenendo conto della loro formazione giuridica: sono entrambi allievi, nella Germania weimariana, di Hugo Sinzheimer (importante giuslavorista e influente membro dell'assemblea costituente del '19) e condividono, all'inizio, il medesimo studio legale, anche se presto le loro traiettorie biografiche saranno costrette a divergere. Nel maggio del 1933 i giuristi ebrei vengono esclusi dalla possibilità di rappresentare i loro clienti in tribunale. Neumann decide di espatriare, si reca a Londra e inizia un nuovo corso di studi alla *London School of Economics and Political Science*, mentre Fraenkel invoca il trattamento privilegiato riservato dal regime agli ebrei che avevano combattuto al fronte nella guerra mondiale. Continua quindi, con crescenti difficoltà, a esercitare la professione di avvocato (Morris, 2013) nella Germania nazionalsocialista fino all'autunno del 1938, quando, ormai nel mirino della Gestapo, è costretto a rifugiarsi prima in Inghilterra e poi negli Stati Uniti (Meierhenrich, 2018, p. 71). Ed è nel suo esilio americano che nel 1941 Fraenkel pubblica (elaborando saggi già redatti nel periodo precedente) il suo contributo a una «teoria della dittatura»: *The Dual State* (Fraenkel, 1941).

Uno Stato sdoppiato, uno Stato diviso fra due componenti essenzialmente incompatibili: il 'Massnahmen-Staat' e il 'Normen-Staat' (secondo le espressioni impiegate da Fraenkel nei saggi preparatori redatti prima dell'esilio (Meierhenrich, 2018, p. 163), tradotti, nella versione inglese, come 'Prerogative State' e 'Normative State').

«By the Prerogative State we mean that governmental system which exercises unlimited arbitrariness and violence unchecked by any legal guarantees, and by the Normative State an administrative body endowed with elaborate powers for safeguarding the legal order as expressed in statutes, decisions of the courts, and activities of the administrative agencies» (Fraenkel, 1941, p. xiii).

Fraenkel indica limpidamente, nelle pagine di apertura del suo libro, le ipotesi di fondo che egli intende sviluppare. Egli sottolinea l'esistenza di una tensione interna alla compagine dello Stato moderno, la cui storia, lungi dall'essere caratterizzata da un progressivo contenimento del potere politico e dall'incremento degli spazi di libertà dei soggetti, è piuttosto segnata da spinte contraddittorie, dall'insofferenza del potere nei confronti di vincoli e limiti giuridici non meno che da insistiti tentativi di sottoporre il potere a norme generali e cogenti che ne rendano prevedibile il comportamento. È nell'orizzonte di questa ricorrente tensione che, secondo Fraenkel, occorre studiare il regime nazionalsocialista. Per connotarlo non basta ricorrere all'aggettivo

'totalitarian' («a word of many meanings too often inadequately defined» (Fraenkel, 194, p. xiii) né è di qualche aiuto la distinzione schmittiana fra lo 'Stato totale' in senso quantitativo e lo 'Stato totale' in senso qualitativo. In epoca weimariana Carl Schmitt aveva impiegato il termine «totaler Staat» per denunciare il venir meno della distinzione (classicamente liberale) fra Stato e società e il graduale asservimento del primo al pluralismo dei gruppi e dei partiti, ma successivamente aveva introdotto la distinzione fra lo Stato totale in senso quantitativo e lo Stato totale in senso qualitativo: se il primo si riferisce all'indebolimento dello Stato nell'ambito della 'pluralistica' costituzione weimariana, il secondo indica la nuova tendenza al rafforzamento dello Stato, sulla base della sua intima connessione con un'unitaria comunità popolare (Schmitt, 1931; Schmitt, 1933 b; Ramas San Miguel, 2019).

Fraenkel invita a lasciar da parte formule generiche o meramente suggestive e andare al cuore della questione: per intendere la peculiarità del nuovo regime occorre, a suo avviso, prendere in considerazione il particolare rapporto che il regime nazionalsocialista instaura fra i 'due Stati' (o fra le due anime o componenti dello Stato).

Da un lato, dunque, il *Normative State*: lo Stato di diritto, il potere *sub lege*, che sottopone l'azione di governo a un sistema di norme che la rende prevedibile e controllabile dai cittadini; dal lato opposto, il *Prerogative State*: un potere 'assoluto', arbitrario, imprevedibile, irresistibile. Fraenkel dichiara di avere trovato la più chiara tematizzazione di un siffatto 'dualismo' in un saggio di Emil Lederer, del 1915, che sottolinea l'antinomia fra la dimensione 'interna' dello Stato (costretto a fare i conti con l'autonomia dei soggetti) e la sua dimensione 'esterna', emblematicamente incarnata nell'esercito (per Lederer, vera e propria *Erscheinungsform* dello Stato, giunta al suo apogeo con la mobilitazione di massa provocata dalla Grande Guerra) (Lederer, 2004, pp. 127-29).

È alla luce dell'interna tensione fra un potere eccedente e assoluto e un potere limitato e 'normato' che Fraenkel ripercorre la storia politico-giuridico della modernità, senza trascurare un momento in qualche misura 'aurorale' di questa dialettica: ricordando proprio in Locke, tradizionalmente assunto come il momento di fondazione di una sovranità limitata dai (e funzionale ai) diritti fondamentali (naturali) dei soggetti, la presenza di un concetto – frequentemente trascurato dalla storiografia – che complica l'immagine troppo semplice di una sovranità ormai soggiogata: il concetto, per l'appunto, della «prerogative» del sovrano.

L'espressione «prerogative» figura addirittura nel titolo (*Of Prerogative*) del capitolo XIV del *Second Treatise on Government* di Locke, che si apre, da un lato, confermando la necessità di separare il potere legislativo dal potere esecutivo, ma, dall'altro lato, richiamando la necessità di attribuire a quest'ultimo la capacità decisionale necessaria per affrontare emergenze non previste dalle leggi vigenti (Locke, 2003, ch. xiv, § 159, p. 171). Ed è soprattutto nell'ambito della politica estera – aggiunge Locke – che occorre affidarsi alla prudente discrezionalità del detentore del potere. Resta fermo che le leggi, che non ammettono eccezioni, riducono la sfera della 'prerogative' sovrana, ma ciò non basta a cancellare «the domain of the irrational (i.e., the unpredictable) or the discretionary power capable to cope with it» (Pasquino, 1998, p. 202).

Fraenkel coglie acutamente la tensione o il 'dualismo' immanenti nell'intera traiettoria dello Stato di diritto fino dalle sue prime enunciazioni 'moderne', senza peraltro fare di ogni erba un fascio. In Locke la *prerogative* del sovrano non coincide con un potere irresistibile, dal momento che i soggetti hanno un rapporto 'fiduciario' con il sovrano e sono legittimati ad 'appellarsi al cielo' e a prendere le armi qualora il sovrano violi il patto e agisca contro il bene comune (Pasquino, 1998, p. 205), mentre la costruzione dello Stato di diritto, nella giurispubblicistica tedesca del secondo Ottocento, sembra mettere in parentesi la centralità dei soggetti e il

loro diritto di resistenza. È comunque presente, anche nella dottrina giuridica otto-novecentesca (Fraenkel fa riferimento principalmente a Otto Mayer e a Rudolf Smend), la distinzione fra un'attività di amministrazione giuridicamente regolata e un potere di governo cui riservare uno spazio decisionale impregiudicato (Fraenkel, 1941, p. 68).

È facile intendere (sulla base di questi pur rapidi cenni) quale sia la caratteristica peculiare dell'approccio di Fraenkel: il tentativo di 'storicizzare' il regime nazionalsocialista, di collocarlo entro una storia 'lunga' pur nella consapevolezza delle sue dirompenti novità. Perché assumere il 'dual state' come la cifra caratterizzante del regime nazionalsocialista se il 'dualismo' (fra potere e norma, fra regola ed eccezione) è presente già nella tradizione politico-giuridica tedesca (e più in generale, pur se con modalità differenziate, nell'intera esperienza della 'modernità')? Perché proprio dall'attenta 'misurazione' delle due componenti, dalla comprensione della dialettica interna al regime nazionalsocialista Fraenkel si attende un doppio vantaggio: evitare una rappresentazione acritica del carattere 'eccezionale' di quel regime e al contempo coglierne le specifiche discontinuità rispetto al passato.

In questa prospettiva, Fraenkel non manca di sottolineare la permanenza di un solido apparato normativo e la continuazione del suo 'funzionamento' (soprattutto nei primi anni del regime). È la sua stessa attività di avvocato a mostrargli un preciso spaccato del 'diritto vivente' nella Germania nazionalsocialista: dove era crescente la difficoltà a ottenere qualche risultato nella difesa di imputati politicamente 'sgraditi' e tuttavia restava ancora qualche possibilità di servirsi degli appigli offerti dal *Normative State*. Nella sua analisi Fraenkel non manca di illustrare episodi di resistenza di alcune componenti della magistratura alle crescenti pressioni della politica nazionalsocialista, ma al contempo mostra come il sistema giuridico stesse perdendo qualsiasi capacità 'garantistica'.

La spiegazione è riposta per Fraenkel nella peculiare dialettica cui il 'dualismo' va incontro in Germania a partire dalla radicale discontinuità impressa nell'ordinamento costituzionale dal *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* del 24 marzo 1933. Con questo provvedimento il paese entra in uno stato di permanente 'eccezione'; ed è in questo orizzonte che il 'dualismo' fra il *Prerogative State* e il *Normative State* assume profili radicalmente nuovi, non riconducibili al 'dualismo' immanente alla traiettoria ottocentesca del *Rechtsstaat*. Per Fraenkel, non siamo di fronte a un semplice mutamento 'quantitativo', a un diverso 'dosaggio' degli elementi da tempo compresenti nel sistema politico-giuridico. Non viene semplicemente ampliata la sfera delle decisioni giuridicamente imprevedibili e incontrollabili, con il conseguente contenimento dello spazio regolato da norme generali e fisse. Siamo di fronte piuttosto a una ridefinizione 'qualitativa' dei rapporti fra il *Prerogative State* e il *Normative State*, fra la politica e il diritto.

Non esistono più forme di vita e ambiti di esperienza per definizione e 'assolutamente' sottratti alla dimensione politica. Una realtà che in un determinato momento viene considerata come meramente 'privata' può nel momento successivo essere attratta nel gorgo di ciò che appare politicamente rilevante e venire di conseguenza sottratta alla disciplina giuridica 'ordinaria'. Il sistema normativo è ancora in piedi e ha le dimensioni e la sofisticazione caratteristiche di una moderna società complessa, ma è al contempo, nella sua interezza, attratto nell'orbita del *Prerogative State*, collocato nella sua ombra, situato in uno spazio affidato alla discrezionalità del potere. È il *Prerogative State* ad avere l'ultima parola. La sua competenza è illimitata. Nessun aspetto o momento della vita individuale e collettiva è al riparo da essa: «[...] the presumption of jurisdiction rests with the Normative State. The jurisdiction over jurisdiction rests with the Prerogative State» (Fraenkel, 1941, p. 57).

Certo, finché la politica non decide di intervenire sospendendo il sistema normativo vigente, tutto funziona secondo una logica apparentemente 'tradizionale: «normal life is ruled by legal norms» (Fraenkel, 1941, p. 57). Le norme giuridiche però hanno perduto la loro autonomia, la loro intrinseca legittimità e sono sospese alle decisioni di un potere che decide della regola e dell'eccezione e proprio per questa sua qualità (come afferma Fraenkel ricordando la famosa tesi di Schmitt, suo principale interlocutore, nonché bersaglio ricorrente della sua analisi) mostra di essere il detentore della sovranità. Al di là di un sistema normativo in apparente continuità con il passato si erge un potere la cui essenza consiste nel fatto che i suoi detentori «determine the permanent emergency» (Fraenkel, 1941, p. 57).

Proprio per questo il *Gesetz* del 24 marzo 1933, pur in assenza di un atto di formale abrogazione della costituzione del '19, viene indicato (da Fraenkel, ma anche dai giuristi nazionalsocialisti) come il decisivo momento di fondazione del nuovo regime. Come afferma icasticamente Fraenkel:

«The difference between a *Rechtsstaat* (Rule of Law state) and the third Reich may be summed up as follows: in the *Rechtsstaat* the courts control the executive branch of the government in the interest of legality. In the Third Reich the police power controls the courts in the interest of political expediency» (Fraenkel, 1941, p. 40).

Il *Normative State* è una pedina a disposizione del *Prerogative State*, ma è pur sempre una componente del sistema. Non è un caso che proprio nei primi anni del regime, nel periodo in cui Fraenkel pone le basi della sua teoria del *Dual State*, si sviluppi, entro la cultura di regime, un dibattito sulla sorte cui lo Stato di diritto deve andare incontro nella nuova Germania (Costa, 2006).

Apparentemente, la materia del contendere sembrerebbe inesistente, entro un regime che trova uno dei suoi tratti distintivi in una frontale contrapposizione alla cultura liberale ottocentesca e alla liberal-democrazia weimariana. Alla generale presa di distanza da questa tradizione non si sottrae Otto Koellreutter che sottolinea la distanza fra il nuovo regime e la tradizione: se lo Stato di diritto otto-novecentesco era l'espressione dell'individualismo liberale, l'assetto politico della nuova Germania si fonda sul nesso fra il *Volk* (la 'comunità di sangue' di cui viene esaltata l'omogeneità 'razziale') e il *Führer*, che del *Volk* è l'espressione più alta e compiuta (Koellreutter, 1933 a, pp. 163-64). Il nuovo regime, dunque, è definibile non già come un *Rechtsstaat*, ma come un *Führerstaat*.

Se questa tesi è sottoscritta da tutti i giuristi nazionalsocialisti, l'espressione *Rechtsstaat* deve essere ormai messa al bando? Per Koellreutter, la risposta è negativa perché due aspetti dello Stato di diritto permangono anche nel Terzo Reich: la necessità di disporre di leggi generali e l'indipendenza dei giudici (Koellreutter, 1933 a, pp. 108-109; pp. 255-56). Al contempo, tuttavia, occorre sottolineare il carattere 'provvisorio' e 'relativo' di questi elementi, che sussistono finché lo 'stato di necessità' – quella logica dell'eccezione che trova nel *Gesetz* del 24 marzo 1933 la sua consacrazione – non ne imponga la sospensione (Koellreutter, 1933 b). Per Carl Schmitt, al contrario, è proprio il concetto di *Rechtsstaat*, in ogni suo aspetto, ad appartenere a un'epoca ormai trascorsa: se il nuovo regime è un *Führerstaat*, il suo elemento caratterizzante non è la dimensione formalistica e oggettiva della legge generale (ancora evocata dal concetto di *Rechtsstaat*), ma il contenuto sostanziale della 'giustizia': quella giustizia che trova nella comunità razzialmente omogenea il suo fondamento e fa del *Führer* il supremo giudice e il tramite ultimo della realizzazione del diritto (Schmitt, 1934 b; Schmitt, 1935).

Il dibattito può esser letto come un'espressione del permanente conflitto interno alle molteplici componenti del regime e presentato come un'effimera logomachia destinata a spengersi con il prosieguo dell'avventura nazionalsocialista (Stolleis, 1998). È però anche vero che il tema della discussione corrisponde alla domanda che sta al centro dell'analisi di Fraenkel: quali siano le sorti del sistema normativo (e delle pratiche interpretative e applicative con esso collegate) entro un regime la cui 'costituzione materiale' (per usare il termine mortatiano) è dominata dalla 'logica dell'eccezione'.

L'analisi di Fraenkel è in sostanza collimante con quanto poteva essere evinto dal dibattito svoltosi fra le fila dei giuristi di regime intorno allo Stato di diritto. Come affermava Koellreutter, restano le leggi generali, resiste un sistema di norme, che però è, per così dire, interamente risucchiato nel vortice dell'eccezione. Il regime nazionalsocialista è appunto, come vuole Fraenkel, un *Dual State*: lo è nel senso che la partita viene giocata su due tavoli, ma le regole applicate in uno di essi dipendono interamente da quanto venga deciso nell'altro.

Perché, allora, nel nuovo *Führerstaat* si sente il bisogno (soprattutto nel primo quinquennio, che coincide con l'ultimo periodo di permanenza di Fraenkel in Germania prima dell'esilio) di ricorrere a leggi generali? La risposta di Fraenkel è lineare: è l'economia a volerlo. Il sistema economico della nuova Germania, per Fraenkel, ha ancora un carattere schiettamente capitalistico: la libertà di impresa non è stata abolita, le principali regole contrattuali sono conservate, come dimostrato dalla giurisprudenza delle corti (sempre tenuta presente da Fraenkel) (Fraenkel, 1941, pp. 71-77).

«The property system of Germany has not been transformed by the National-Socialist catchwords. Private property still enjoys the protection of the courts from official interference, except where political considerations are involved» (Fraenkel, 1941, p. 78).

La logica capitalistica dell'appropriazione privata ha bisogno di leggi generali e di giudici indipendenti per godere dell'autonomia funzionale al suo svolgimento, ma questa esigenza non può non entrare in rotta di collisione con un regime che trova nella purezza razziale del *Volk* la propria decisiva legittimazione. Ne è consapevole Fraenkel che indica il punto di crisi del *Dual State* nel '38, quando la politica di annientamento portata avanti contro gli ebrei tedeschi colpisce la già fragile autonomia del sistema normativo anche nella sua dimensione 'privatistica', funzionale alla logica economico-capitalistica: è quando un intero gruppo di soggetti viene escluso da qualsiasi garanzia giuridica che la sopravvivenza del *Normative State* diviene problematica (Fraenkel, 1941, pp. 94-95). Se nel 1920 il partito nazionalsocialista si limitava a chiedere che gli ebrei tedeschi fossero sottoposti alle leggi vigenti per gli stranieri, nel 1938 il regime nazionalsocialista espelle gli ebrei dall'ordine giuridico come tale: «They are outlawed, *hors la loi*» (Fraenkel, 1941, p. 96).

Nella nostra prospettiva, la cancellazione di un insieme di soggetti dalla condizione di 'persone titolari di diritti' sembra essere uno dei tratti decisivi (o forse il principale fra essi) del regime nazionalsocialista e ci aspetteremmo una più forte enfattizzazione da parte di Fraenkel, che invece affida la sua strategia di comprensione del regime e delle sue specifiche novità (in ipotesi, 'totalitarie') alla messa a fuoco del 'dualismo' e della peculiare torsione cui esso va incontro nel Terzo Reich.

È coerente con questa impostazione, ma altrettanto singolare, l'analisi che Fraenkel dedica al rifiuto nazionalsocialista della tradizione giusnaturalistica (Morris, 2015). È stato Radbruch – scrive Fraenkel – a richiamare l'attenzione sul nesso genetico che l'idea moderna di 'legge'

(con i suoi caratteri di generalità e inderogabilità) intrattiene con la sei-settecentesca filosofia del diritto naturale. Di contro, il nazionalsocialismo attacca frontalmente il diritto naturale e le sue pretese universalistiche finendo per ripetere, con Rosenberg, che la giustizia coincide con ciò che il popolo ariano ritiene giusto (Fraenkel, 1941, pp. 107-109). È con questa impostazione che è coerente la svalutazione nazionalsocialista del sistema normativo a vantaggio della logica dell'eccezione ed è quindi comprensibile che Fraenkel valorizzi il tentativo giusnaturalistico di enunciare prescrizioni 'oggettivamente', universalmente valide. È tuttavia singolare che Fraenkel guardi alla tradizione giusnaturalistica per trarre da essa un richiamo diretto alla 'santità' della norma e solo un riferimento indiretto alle aspettative dei soggetti, privilegiando tematicamente più la torsione cui viene sottoposto, nella Germania nazionalsocialista, il diritto (in senso oggettivo), che non la sistematica erosione dei diritti.

3. Franz Neumann: l'eclissi del Leviatano

Fraenkel tematizza il dualismo fra il *Normative State* e il *Prerogative State*, fra il diritto e il potere, fra la norma e l'eccezione e lo assume come la principale cifra esplicativa del regime nazionalsocialista. Egli sembra fare un passo indietro rispetto alla tendenza (che si sta sviluppando proprio in quegli anni) a far leva sul concetto di 'totalitarismo', ma, nella sostanza, fa un passo avanti, individuando un tratto essenziale del 'modello' totalitario: il rapido assorbimento del tradizionale 'dualismo' in una configurazione radicalmente nuova, ovvero l'ossimorica trasformazione dell'eccezione in una sorta di soggiacente e permanente struttura. Se dunque il contributo di Fraenkel alla messa a punto del carattere 'totalitario' del regime nazionalsocialista è tanto importante quanto indiretto, il libro pubblicato da Franz Neumann nel 1942 – *Behemoth* – (Neumann, 1942) va direttamente al punto ed enumera una serie di 'indicatori' destinati a essere presi in attenta considerazione dalla cultura politologica che negli anni Cinquanta porterà a compimento la costruzione del modello 'totalitario' (Meierhenrich, 2018, p. 216).

Franz Neumann ripara precocemente in Inghilterra, nel 1933, mentre Fraenkel, come ricordiamo, sarà costretto all'espatrio cinque anni più tardi, nel 1938. A differenza di Fraenkel, Neumann deve quindi guardare alla Germania nazionalsocialista dal di fuori, di contro a quella sorta di 'ricerca sul campo' cui Fraenkel si era dedicato. Al contempo, è la stessa distanza dall'oggetto dell'indagine a stimolare il tentativo di una visione complessiva, di una definizione globale del fenomeno analizzato. È quanto il folto gruppo di intellettuali espatriati, vicini a Neumann (da Otto Kirchheimer a Herbert Marcuse) (Salvati, 2000 a), si attendono dall'opera cui Neumann sta lavorando intensamente e pubblicherà nel 1943 con il titolo di *Behemoth* (Neumann, 1942). Il libro riceve un'accoglienza trionfale ed esercita un notevole influsso sull'immagine del regime nazionalsocialista condivisa dai servizi segreti americani fra il '42 e il '45 e poi dai giudici del processo di Norimberga (Salvati 2000 b, p. 529; Meierhenrich, 2018, p. 29).

Nella caratterizzazione del regime nazionalsocialista il 'dualismo' fraenkeliano è esplicitamente rifiutato da Neumann:

«It has been maintained that National Socialism is a dual state, that is, in fact, one state within which two systems are operating, one under normative law, the other under individual measures, one rational, the other the real of prerogative. We do not share this view because we believe that there is no realm of law in Germany, although there are thousands of technical rules that are calculable» (Neumann, 1942, p. 468).

Certo, Neumann aggiunge una considerazione apparentemente contraddittoria con il rifiuto del 'dualismo' fraenkeliano:

« [...] hundreds of thousands, perhaps millions, of transactions in Germany are handled according to calculable and predictable rules. [...] These and thousands of other questions are dealt with rationally, even in the so called 'prerogative' state [...] » (Neumann, 1942, p. 468).

Neumann ammette dunque l'esistenza e l'effettiva rilevanza di norme 'calcolabili'. Perché allora rifiutare il 'dualismo' fraenkeliano e una qualche sopravvivenza del *Normative State* (pur se tenuto in ostaggio dal *Prerogative State*)? Perché, per Neumann, lo Stato di diritto (così come il carattere generale e astratto delle norme, l'eguaglianza giuridica, il principio di irretroattività della legge) erano strettamente connessi con (e funzionali a) un capitalismo caratterizzato dalla libera competizione degli attori economici. Già negli anni della repubblica weimariana però il ruolo crescente delle imprese monopolistiche influiva sulla legislazione favorendo la logica del provvedimento 'singolare' ed 'eccezionale' (Neumann, 1931). E questo processo raggiunge la sua acme nella Germania nazionalsocialista: in essa è il capitalismo monopolistico a improntare di sé l'intera economia. Per Neumann, dunque, è l'ormai compiuta trasformazione monopolistica dell'economia capitalistica a rendere irrilevante la sopravvivenza del *Normative State* e a richiedere la 'totalitarizzazione' del potere politico.

Non è più il mercato, per Neumann, il centro della scena economico-produttiva, essendo stato soppiantato da un capitalismo che trova nel potere dei monopoli e nell'interventismo dello Stato il suo epicentro. È una lettura rigidamente 'funzionalistica' del *Rechtsstaat* (assunto come l'espressione di un ormai tramontato capitalismo concorrenziale) che induce Neumann a svalutare il fraenkeliano *Normative State*: le norme che lo compongono sono per Neumann regole meramente 'tecniche' (come, ad esempio, le regole che disciplinano il traffico stradale) e come tali non possono essere presentate come un elemento caratterizzante del regime.

Per Neumann, dunque, il totalitarismo deve essere pensato come la forma propria di un capitalismo monopolistico dominante nella Germania nazionalsocialista e non riconducibile, come vorrebbe Friedrich Pollock (Pollock, 1941), a un capitalismo di Stato controllato da una onnipervasiva burocrazia (Kelly, 2002, p. 489). Al contempo, però, Neumann è consapevole che la constatazione del legame funzionale del totalitarismo con il capitalismo monopolistico è un elemento necessario, ma non sufficiente per intendere le caratteristiche di una forma di potere di cui Neumann sottolinea la dirompente novità.

Su che cosa far leva, dunque, per intendere la specificità del totalitarismo? Non sullo Stato, secondo Neumann. Per cogliere l'originalità del nazionalsocialismo non dobbiamo pensare a fenomeni già ampiamente sperimentati nel corso della storia, quali l'incremento della forza coattiva dello Stato e una drastica accentuazione della sua componente autoritaria e repressiva (Neumann, 1942, p. 48). A svalutare il ruolo dello Stato sono gli stessi ideologi del nazionalsocialismo (che Neumann, come Fraenkel, studia attentamente), da Rosenberg a Schmitt, a Höhn (per non parlare dello stesso Hitler). Reinhard Höhn (che Neumann presenta come «the most advanced National Socialist's lawyers») rifiuta come sostanzialmente compromesso con l'individualismo liberale il concetto stesso dello Stato e sottolinea il ruolo nuovo e determinante del leader, che non è un organo dello Stato, ma esprime l'essenza della comunità razziale, di cui è una vera e propria personificazione (Neumann, 1942, p. 469).

Prima che allo Stato come organismo giuridicamente strutturato conviene quindi guardare all'estrema personalizzazione del potere, all'immagine del *Führer* come espressione della comunità razziale e incarnazione di un potere non riconducibile allo strutturato, tradizionale assetto dello Stato: è il leader carismatico – scrive Neumann – «the unifying link that joins state, party, and people» (Neumann, 1942, p. 83). Certo, la dimensione carismatica del potere ha una lunga storia, di cui Neumann è (weberianamente) consapevole. Egli è tuttavia convinto che, anche da questo punto di vista, il nazionalsocialismo introduca importanti discontinuità, legate al nesso che la 'personalizzazione' del potere intrattiene con altre componenti essenziali del nuovo regime: a partire dall'idea di una comunità razzialmente omogenea di cui il *Führer* è espressione.

Neumann dedica un intero capitolo (il capitolo IV) al concetto, centrale nella nuova Germania, del «racial people»: un concetto di 'popolo' che non ha più niente a che fare con l'idea ottocentesca di 'nazione' (l'immagine di una comunità forgiata da una storia immemorabile e assunta come il fondamento e la condizione di legittimità dello Stato) e raccoglie l'eredità di un 'discorso della razza' ampiamente diffuso nell'Europa tardo-ottocentesca. Neumann non manca di ricordare alcuni momenti dello sviluppo del discorso della razza in Germania: dalla *Gobineau renaissance*, favorita dal circolo antisemita stretto intorno a Richard Wagner, alla popolarissima opera di Houston Stewart Chamberlain (cui Neumann riserva il graffiante epiteto di «dilettante concoction») (Neumann, 1942, p. 107). È entro il 'discorso della razza' che l'antisemitismo (endemico, nella forma di antiebraismo di matrice teologica e religiosa, nell'Europa cristiana) trova nuove argomentazioni pseudo-scientifiche e una potente cassa di risonanza, fino a divenire una componente essenziale del nazionalsocialismo. Assunto come proprio elemento caratterizzante, il nazionalsocialismo imprime all'antisemitismo un vero e proprio salto di qualità, che Neumann indica con precisione: «National Socialism is the first Anti-Semitic movement to advocate the complete destruction of the Jews» (Neumann, 1942, p. 111).

Sembra dunque difficile imputare a Neumann la sottovalutazione dell'antisemitismo, la presentazione di esso come un mero strumento di 'propaganda' e non già di un elemento costitutivo del totalitarismo nazionalsocialista (Traverso, 2000, p. 527). Neumann offre uno spaccato (pur se inevitabilmente sintetico, come egli stesso riconosce) dell'«arianizzazione» della Germania, della progressiva esclusione degli ebrei dalla società civile, dalla loro cancellazione come 'soggetti di diritti' e coglie il nesso fra ideologia razziale, purificazione del 'sangue' e totalitarismo nazionalsocialista. Ed è a questo nesso che Neumann correttamente riconduce anche la politica eugenetica del nazionalsocialismo. Certo, l'ebreo è anche il nemico su cui il regime può scaricare la responsabilità di ogni difficoltà o fallimento: un capro espiatorio ideale, che andrebbe perduto se si arrivasse a un completo sterminio degli ebrei (Neumann, 1942, p. 125). Con questa affermazione, però, Neumann non sta dimenticando le intenzioni genocidarie del nazionalsocialismo, ma sta indicando una possibile difficoltà (la perdita del nemico per eccellenza) cui il nazionalsocialismo sarebbe esposto qualora il suo obiettivo dichiarato – «the complete destruction of the Jews» (Neumann, 1942, p. 111) – fosse effettivamente raggiunto.

Lungi dal sottovalutare l'importanza determinante dell'ideologia razziale (e, al suo interno, dell'antisemitismo), Neumann coglie, con notevole lucidità, l'«intreccio tra razzismo e imperialismo» (Salvati, 2000 b, p. 533), diffondendosi, fra l'altro, sul contributo che la teoria geopolitica del *Lebensraum* (elaborata da Friedrich Ratzel) offre (con la mediazione di Rudolf Kjellen e Karl Haushofer) alla causa dell'imperialismo nazionalsocialista.

È una comunità razzialmente purificata e quindi omogenea il fondamento di un *Führerprinzip* assunto come punto di equilibrio e motore del regime. Come descrivere le caratteristiche ‘reali’ dell’immaginario soggetto collettivo costruito dall’ideologia nazionalsocialista? Neumann ha di fronte a sé una risposta, recente e importante, con la quale egli si confronta: la risposta offerta dall’ultima (incompleta e postuma) opera di Emil Lederer (una «sorta di testamento spirituale») (Salvati, 2004, p. xxvii): *State of the Masses*, pubblicata nel 1940 (Lederer, 1940).

Lederer (uno dei più brillanti e autorevoli membri della schiera di economisti e sociologi costretti all’esilio dall’avvento del nazionalsocialismo) affida al libro del ’40 un’originale analisi del ‘totalitarismo’ facendo leva sul concetto di ‘massa’. Come osserva Mariuccia Salvati nella sua convincente ed esaustiva analisi di *State of the Masses*, il sociologo tedesco individua come tipici del ‘totalitarismo’ alcuni tratti che la riflessione politologica e filosofico-politica degli anni Cinquanta (a partire da Hannah Arendt) avrebbe concordemente attribuito al ‘modello totalitario’: da un lato, la radicale innovatività del regime nazionalsocialista (e anche del regime sovietico), non riducibile a una semplice ‘dittatura’ o a una mera intensificazione (quantitativa) della violenza repressiva, e, dall’altro lato, il legame essenziale che il nuovo potere ‘totalitario’ intrattiene con una società che trova nella ‘massa’ la sua peculiare forma di esistenza (Salvati, 2004, pp. xlvi-xlix).

La ‘massa’, per Lederer, non è la ‘folla’ occasionale di Sighele o di Le Bon, ma è una nuova forma che la società assume in connessione con alcune caratteristiche (strettamente interconnesse) dei regimi ‘totalitari’: in essi, in primo luogo, viene sistematicamente cancellata quella straordinaria pluralità di gruppi sociali e formazioni politiche che era stata un tratto essenziale e costante delle società europee; in secondo luogo, e di conseguenza, gli individui perdono ogni legame ‘orizzontale’ e vengono ridotti ad ‘atomi’, a ‘uomini-massa’ privi di qualsiasi punto di appoggio intersoggettivo. Sono questi individui ‘atomizzati’ e ‘massificati’ che si prestano a essere presentati come cellule di un immaginario organismo da parte di una martellante propaganda che fa ricorso ai più recenti strumenti di comunicazione (dalla radio al cinema) per fare dei soggetti una docile massa di manovra nelle mani del leader.

L’estrema personalizzazione del potere ha come indispensabile controparte l’azzeramento della pluralità sociale e politica e la meccanica eguaglianza degli individui-massa. La massa cessa di essere un fenomeno occasionale, un momentaneo assembramento provocato da un determinato evento, per divenire una dimensione strutturale dei regimi totalitari: i loro leader

«hanno istituzionalizzato le masse facendone un rullo compressore politico e sociale, schiacciando i gruppi sociali di ogni tipo. In questa epoca le masse sono la base permanente di un sistema politico la cui natura è determinata da questo dato di fatto essenziale» (Lederer, 2004 a, p. 20).

Come reagisce Neumann alla tesi di Lederer? La reazione di Neumann sembra includere un doppio contenuto che potremmo dire (se volessimo giocare con il lessico psicanalitico) ‘manifesto’ e ‘latente’. Manifesto è il suo rifiuto della tesi di Lederer: lungi dall’essere dissolta o risolta nelle ‘masse’, la società tedesca continua a essere organizzata intorno alla dicotomia fra classi dominanti e classi subalterne. Se così non fosse, aggiunge Neumann, il capitalismo avrebbe cessato di esistere e l’analisi fin qui condotta sarebbe erranea. È però vero il contrario: resta in piedi la struttura di classe, anche se essa non deve essere fatta coincidere con la differenziazione sociale. «A society may be divided into classes and yet not be socially differentiated in any other way» (Neumann, 1942, p. 366).

Indubbiamente, Neumann, a differenza di Lederer, non intende rinunciare al concetto di 'classe sociale' e alla sua efficacia esplicativa. È però anche vero che egli, ammettendo il carattere 'indifferenziato' della società tedesca, reintroduce dalla finestra non poche suggestioni che aveva gettato fuori dalla porta: dall'importanza – per la caratterizzazione della Germania nazional-socialista – della cancellazione della pluralità dei gruppi politici e sociali e dell'esautoramento dell'autonomia del singolo, ridotto a 'uomo-massa', alla diffusione delle «prescribed totalitarian organizations» deputate alla capillare organizzazione della vita dei soggetti, al ruolo della propaganda e degli strumenti di comunicazione sociale (Neumann, 1942, p. 400, pp. 436-39).

Che cosa dunque, conclusivamente, caratterizza per Neumann il regime nazionalsocialista? Nella sua brillante e originale analisi Neumann raccoglie molteplici indicatori sottolineandone la stretta complementarità: l'azzeramento violento delle formazioni sociali e politiche e il cancellamento dell'autonomia individuale, una massa di soggetti 'atomizzati' stretti intorno a un leader 'carismatico', molteplici apparati burocratici capaci di un'azione capillare e pervasiva, un'ideologia razziale e antisemita imposta dalla propaganda e assunta come volano di una politica aggressiva tesa all'espansione del *Lebensraum* della razza dominante.

Tutti questi elementi, indicati da Neumann come tratti caratteristici della nuova Germania, saranno messi a frutto nella costruzione del 'modello totalitario' portata avanti nel decennio successivo alla pubblicazione di *Behemoth*. È però al contempo singolare che quest'opera, che dà un contributo sostanziale al concetto di 'totalitarismo', da un lato, non si impegni in una sua complessiva tematizzazione e, dall'altro lato, contesti l'opportunità di impiegare il concetto di 'Stato' per cogliere la peculiare struttura del regime nazionalsocialista.

Certo, Neumann (come Fraenkel) non omette di ricordare il concetto schmittiano di Stato totale in senso qualitativo – uno Stato che aspira al controllo completo della società, ma lascia impregiudicata la sfera dei rapporti privatistico-proprietari – e addirittura intitola un intero capitolo a «The Totalitarian State» (Neumann, 1942, p. 41), dando accuratamente conto del progressivo accentramento dei poteri, a partire dal decreto del 24 marzo 1933, assunto come atto di fondazione del nuovo ordine. Al contempo, tuttavia, la torsione 'totalitaria' dello Stato in Germania appare a Neumann situata in un rapporto di continuità o almeno di compatibilità con una tradizione politico-costituzionale europea che non esclude affatto una forte concentrazione di poteri nello Stato.

In realtà, né l'ideologia del nazionalsocialismo né la sua prassi di governo possono essere ricondotte allo stereotipo dello 'Stato forte'. Dallo Stato i teorici del nazionalsocialismo cominciano assai presto a prendere le distanze, spostando l'accento dallo Stato al partito e dal partito alla comunità razzialmente omogenea e al movimento, come mostra, con la consueta tempestività e lucidità, Carl Schmitt, nel 1933, in un'opera dedicata a *Staat, Bewegung, Volk* (Schmitt, 1933 a). Schmitt stesso, peraltro, ha difficoltà a indicare un momento di sintesi e di stabilizzazione di un processo che, secondo Neumann, si regge su un perpetuo conflitto fra diverse componenti del regime trovando semmai nel *Führerprinzip* l'unico possibile punto di mediazione e di provvisorio equilibrio.

L'esito ultimo dell'analisi neumanniana ha un carattere in qualche modo paradossale: siamo di fronte a un regime che mostra una capacità di controllo e di assoggettamento della società senza precedenti e tuttavia appare sprovvisto di un unico centro propulsore. *L'arcanum imperii* nasconde non già la volontà irresistibile di un potere unitario, ma la conflittualità permanente dispiegata in uno spazio 'anarchico':

«Under National Socialism, however, the whole of the society is organized in four solid, centralized groups, each operating under the leadership principle, each with a legislative, administrative, and judicial power of its own. [...] There is no need of a state standing above all groups [...]. It is thus impossible to detect in in the framework of the National Socialist political system any one organ which monopolizes political power» (Neumann 1942, pp. 468-69).

Il nazionalsocialismo è dunque una poliarchia, uno spazio conflittuale dove l'esercito, le élites economiche, il partito e la burocrazia statale lottano senza quartiere senza dar luogo a una stabile configurazione. «German constitutional life is characterised by its utter shapelessness» (Kelly, 2002, p. 493). In Germania il potente Leviatano è scomparso, sostituito da un altro mostro biblico anch'esso reso celebre da Hobbes: Behemoth. Se il Leviatano era il simbolo e il tramite dell'ordine indispensabile, Behemoth è la figura della distruttiva guerra civile. Assumere Behemoth come il simbolo del regime nazionalsocialista sottolinea il radicale rovesciamento della tradizione europea che Neumann riscontra in esso: se l'ordine 'tradizionale' si stringeva intorno al potere unificante dello Stato, il nazionalsocialismo trova il suo baricentro in una conflittuale poliarchia.

Neumann aveva respinto il 'dualismo' fraenkeliano e aveva percorso strade diverse da quelle inaugurate dal suo antico amico e collega. È però forse possibile cogliere, nelle loro analisi, un punto di convergenza nella denuncia dell'intrinseca paradossalità del regime nazionalsocialista: se per Fraenkel esso procedeva verso un'ossimorica 'normalizzazione' dell'eccezione, per Neumann esso trovava il suo precario equilibrio in una altrettanto ossimorica 'stabilizzazione' del disordine.

4. Hannah Arendt: l'ordine del terrore

Il momento politico-giuridico (le trasformazioni cui le istituzioni di governo e il complessivo sistema normativo erano andati incontro con l'avvento del nazionalsocialismo) era importante sia per Fraenkel che per Neumann: entrambi sensibili (se non altro per la loro rigorosa formazione giuridica) a cogliere nella dimensione giuridico-statuale un indicatore delle specificità del nuovo regime, anche quando, di quella dimensione, si denunci (è il caso di Neumann) non già la presenza ma l'assenza, sostenendo che un tratto caratteristico della Germania nazionalsocialista è non la creazione di una qualche nuova forma politico-giuridica, ma la radicale assenza di qualsiasi forma ordinante.

A influenzare la cultura degli anni Cinquanta e l'elaborazione del 'modello' totalitario non sarà tanto il fraenkeliano *Dual State* (che resta ai margini del dibattito negli anni del secondo dopoguerra), quanto l'opera di Neumann, che gode subito di un notevole successo e continua a incidere sulla pubblicistica del decennio successivo: a partire dall'opera di Hannah Arendt, la cui importanza nella messa a punto e nella diffusione del concetto di 'totalitarismo' è a tutti nota. Non sarà possibile una ricostruzione ravvicinata della sua opera capitale – *The Origins of Totalitarianism* – che vede la luce nel 1951 e sarà integrata da un importante capitolo nella seconda edizione del 1958 (Arendt, 1958). Mi limiterò a sottolineare, da un lato, la ripresa di temi 'neumanniani' e, dall'altro lato, la rilevanza del momento giuridico nell'orchestrazione del suo *magnum opus*.

Che il diritto sia importante per la visione arendtiana del totalitarismo (e in generale per la sua riflessione filosofico-politica) è un dato tanto innegabile, quanto curiosamente sottovalutato per lungo tempo dalla storiografia, che solo in anni relativamente recenti lo ha messo debitamente in luce (Goldoni, McCorkindale 2012), giungendo ad affermare che «[Arendt's] discussion of law pervades *The Origins of Totalitarianism* (Goldoni, McCorkindale 2012, p. 6): e la pervade a partire dal confronto (implicito ed esplicito) che l'autrice instaura fra la tradizione costituzionale ottocentesca (con il suo forse più ambizioso prodotto: l'idea di uno Stato sottoposto al diritto e limitato nella sua potenza sovrana) e la svolta 'totalitaria'.

Pur con sensibilità e analisi nettamente diverse, resta centrale (nella riflessione di Arendt, come di Fraenkel e di Neumann) il tema della rottura che il regime nazionalsocialista (e, più in generale, il 'modello' totalitario) impone alla tradizionale visione e pratica della sovranità: tanto Arendt quanto Fraenkel e Neumann sono convinti della necessità di situare il nuovo regime all'interno di una storia europea di cui esso non può non essere espressione e al contempo sono concordi nel sottolineare la sua radicale novità. Arendt in particolare (nelle prime parti dell'opera) dedica una pionieristica indagine al 'discorso della razza' e all'imperialismo coloniale otto-novecenteschi, consapevole della loro seminale rilevanza. È tuttavia al contempo singolare che Arendt, che pure ricorda il fraenkeliano 'dualismo' fra norma ed eccezione (Arendt, 1958, p. 395), non veda come proprio quel dualismo potrebbe mettere a fuoco una caratteristica essenziale del *Rechtsstaat* otto-novecentesco, se osservato nell'orizzonte della colonizzazione: uno Stato di diritto rispettoso dei vincoli normativi e dei diritti dei soggetti, nella metropoli, ma pronto a recuperare, nel governo delle colonie, la 'logica dell'eccezione' e l'assolutezza del potere (Costa, 2007; Nuzzo, 2010). In una siffatta prospettiva, il totalitarismo apparirebbe non tanto come un potere che colpisce lo Stato (lo Stato della tradizione ottocentesca) dall'esterno, quanto come l'assolutizzazione di un «executive State power» che diviene esso stesso «'antipolitical', and hence destroys the State from *within*» (Brunkhorst, 2012, p. 221).

Resta ferma comunque, per Arendt, l'esistenza di tendenze, che, profondamente radicate nella storia europea e tuttavia per lungo tempo relegate, per così dire, nella sua periferia, improvvisamente (ma non inspiegabilmente) prendono il sopravvento e dominano la scena: «the subterranean stream of Western history has finally come to the surface and usurped the dignity of our tradition» (Arendt, 1958, p. xi). Emerge il fenomeno 'totalitario' che, se, da un lato, appare come un momento della storia europea, dall'altro lato esprime una valenza radicalmente innovativa.

Anche per Arendt il substrato del 'totalitarismo' è non tanto la struttura 'classista' della società, la sua differenziazione e stratificazione, quanto l'esistenza di una massa socialmente disgregata. È la massa che Lederer aveva indicato come il terreno d'incubazione del 'totalitarismo'. Di Lederer *The origins of totalitarianism* non fa mai menzione, ma le considerazioni di Arendt sono 'oggettivamente' vicine alle considerazioni svolte in *State of the masses*. D'altronde Neumann (ampiamente citato da Arendt) aveva, sì, criticato, *apertis verbis*, la posizione di Lederer, ma nella sostanza (come ricordiamo) aveva anche accolto e in parte utilizzato le sue suggestioni. Il risultato è che tanto Neumann quanto Arendt assumono come un primo, essenziale tratto di un regime 'totalitario' l'esistenza di una massa indifferenziata, composta da individui strappati alle loro appartenenze plurali, 'atomizzati', privi di legami e di sostegni (non dimentichiamo che proprio nel 1950, pur guardando agli Stati Uniti e non all'Europa, David Riesman aveva scritto *The Lonely Crowd*, insistendo sul carattere 'eterodiretto' dei suoi componenti) (Riesman, 1950).

«What prepares men for totalitarian domination in the non-totalitarian world is the fact that loneliness, once a borderline experience usually suffered in certain marginal social conditions like old age, has become an everyday experience of the evergrowing masses of our century» (Arendt, 1958, p.478).

Priva di specifiche e condizionanti connotazioni di classe, incapace di individuare e di perseguire un obiettivo determinato, refrattaria a qualsiasi organizzazione partitica o professionale, la massa è pronta a riconoscersi in un leader («carismatico», come diceva Neumann) cui essere fedele senza riserve. «Totalitarian movements are mass organizations of atomized, isolated individuals» e proprio per questo sono capaci di un lealismo assoluto e illimitato perché indipendente da specifici e vincolanti contenuti. La «total loyalty» è la base indispensabile per una «total domination».

«Such loyalty can be expected only from the completely isolated human being who, without any other social ties to family, friends, comrades, or even mere acquaintance derives his sense of having a place in the world only from his belonging to a movement [...]» (Arendt, 1958, pp. 323-24).

A una massa leale e disponibile ad assumere qualsiasi credenza come contenuto della propria 'fede' il leader offre quei punti di riferimento che la strappano alla sua intollerabile 'solitudine': non tanto perché la indirizzano verso obiettivi politicamente apprezzabili e 'realistici', quanto perché la inducono a muoversi secondo le coordinate di un mondo puramente immaginario. Per numerose ed efficienti che siano le organizzazioni totalitarie, la loro assoluta novità consiste infatti non già nel facilitare la 'gerarchizzazione' della società e la trasmissione dei comandi dal vertice alla base, ma nel trasformare le menzogne propagandistiche (quali la cospirazione degli ebrei o dei trotskisti) «into a functioning reality» in modo da costruire una società i cui membri «act and react according to the rules of a fictitious world» (Arendt, 1958, p. 364).

Il totalitarismo non si limita a organizzare gerarchicamente la realtà esistente, ma si proietta verso un mondo radicalmente 'altro'. Proprio per questo Arendt sottolinea (con una forza anche maggiore di Fraenkel e di Neumann) il carattere eversivo dei regimi totalitari e la necessità di distinguerli rigorosamente dalle tante varianti storicamente assunte da una mera organizzazione politica 'autoritaria' o 'dispotica'. In particolare, occorre evitare di accreditare come 'totalitario' il regime fascista, spesso indebitamente accostato al nazionalsocialismo e presentato come 'totalitario' non solo da una nutrita serie di giuristi, ma anche da Mussolini, «who was so fond of the term "totalitarian state"» (Arendt, 1958, p. 308).

Per Arendt, 'totalitari' possono dirsi soltanto il regime nazionalsocialista e il regime sovietico staliniano. La tendenza a connotare come 'totalitario' il regime fascista nasce dalla constatazione che in ciascuno di questi regimi la pluralità dei partiti politici è stata cancellata a vantaggio di un partito unico, che, guidato da un leader 'carismatico', ha conquistato il potere e ha imposto la sua ideologia. Queste analogie però, se pure innegabili, restano alla superficie dei fenomeni e perdono di vista le differenze essenziali che separano il fascismo (e i regimi con esso apparentabili) dal 'totalitarismo' (nazionalsocialista e staliniano). Di queste differenze era orgogliosamente consapevole la stessa pubblicistica nazionalsocialista, che denunciava in più occasioni i difetti del fascismo, mentre non nascondeva la sua «genuine admiration for the Bolshevik regime in Russia» (Arendt, 1958, p. 309).

L'obiettivo della 'rivoluzione' fascista è, per Arendt, limitato e trasparente: la conquista del potere e l'instaurazione di un governo capace di realizzare un controllo capillare del territorio impiegando a questo scopo la macchina repressiva dello Stato. Al di là del frasario altisonante, il fascismo non si distacca essenzialmente da un tradizionale governo 'dispotico'. Al contrario, tanto il nazionalsocialismo quanto il bolscevismo hanno, sì, impiegato la violenza per la conquista dello Stato, ma la presa del potere, lungi dall'essere il fine, è stato soltanto un mezzo, sia pure indispensabile, in vista di uno scopo che trascendeva la semplice 'occupazione' delle istituzioni di governo e coincideva con la perpetua 'movimentazione' della massa: la loro idea di dominio è legata a un «movement that is constantly kept in motion» e rende possibile «the permanent domination of each single individual in each and every sphere of life» (Arendt, 1958, p. 326).

Non lo 'Stato', per quanto autoritario o 'dispotico', ma il 'movimento' è il contrassegno di un regime totalitario (Canovan, 2004). Questa differenza (uno dei luoghi più frequentati della pubblicistica fascista e nazionalsocialista degli anni Trenta) diviene, per Arendt, il fossato che divide il totalitarismo (sovietico e nazionalsocialista) dal mero autoritarismo fascista e permette di indicare nel 'movimento' la direzione di senso dell'esperimento totalitario: un movimento che la stessa retorica nazionalsocialista privilegia come il vero motore del regime.

Per intendere la specificità del 'totalitarismo' occorre quindi entrare in una logica diversa da quella che tradizionalmente regola l'azione politica e rendersi conto che in esso «is hidden an entirely new and unprecedented concept of power, just as behind their Realpolitik lies an entirely new and unprecedented concept of reality»: operano nel totalitarismo non la *libido dominandi* o il calcolo utilitario, ma la fede «in an ideological fictitious world (Arendt, 1958, p. 416). Cambia di conseguenza il concetto stesso di nemico: che soltanto in prima approssimazione è l'avversario politico, ma in realtà assume un'identità fluida e cangiante, che cambia a seconda delle circostanze e, lungi dall'essere determinata dalla posizione che egli assume nei confronti del governo, è definita unilateralmente sulla base delle mutevoli esigenze del movimento, «whose advance constantly meets with new obstacles that have to be eliminated» (Arendt, 1958, p. 425).

Se il 'movimento' è tutto, lo Stato, con la sua complessa e strutturata organizzazione, è, più che una risorsa, un problema: conquistarlo è indispensabile, ma al contempo genera il rischio che il movimento si sclerotizzi, si arresti, «“ossified” by taking over the state machine and frozen into a form of absolute government» (Arendt, 1958, p. 389). Siamo di fronte a una tensione caratteristica dei regimi totalitari: che, dominati dalla loro «perpetual-motion mania», non possono restare in vita se non in quanto «they keep moving and set everything around them in motion» (Arendt, 1958, p. 305), venendosi fatalmente a scontrare con ogni velleità di stabilizzazione e di 'confinamento'.

È una dialettica che, di nuovo, evoca lo schmittiano *Staat, Bewegung, Volk*, del 1933 (già tenuto presente, come ricordiamo, da Franz Neumann): un'opera che, se pure aspira alla quadratura del cerchio tentando di dimostrare la connessione dialettica fra la comunità, il movimento (che trova nel partito la sua punta di diamante) e lo Stato (come insieme di apparati e di poteri gerarchicamente strutturati), al contempo non può non assumere il partito come *primum movens* e ridimensionare di conseguenza il ruolo dello Stato-apparato. Siamo di fronte, anche in questo caso, a un tema ricorrente nel non facile dialogo fra la cultura fascista e la cultura nazionalsocialista: il tema del rapporto fra il 'partito' (e il 'movimento') e lo Stato. In questo vero e proprio *locus classicus* nel dibattito degli anni Trenta è ricorrente l'indicazione di una differenza speculare fra il nazionalsocialismo e il fascismo, in ragione al ruolo primario

attribuito, rispettivamente, al partito o allo Stato. In questo contesto, è plausibile ipotizzare che sia proprio la schmittiana 'relativizzazione' dello Stato il principale ostacolo alla recezione del giurista di Plettenberg nell'Italia fascista (Stolzi, 2021).

Se il movimento è decisivo, se la sopravvivenza del modello totalitario sta e cade con il continuo fluire delle forme, è proprio lo Stato (con l'inevitabile fissità e astrattezza dei ruoli, delle procedure, degli apparati istituzionali e normativi) a essere un elemento di contraddizione:

«One should not forget that only a building can have a structure, but that a movement [...] can have only a direction, and that any form of legal or governmental structure can be only a handicap to a movement which is being propelled with increasing speed in a certain direction» (Arendt, 1958, p. 398).

È la struttura giuridico-istituzionale e giuridico-normativa che il totalitarismo, in quanto movimento inarrestabile, deve tenere sotto controllo e tendenzialmente azzerare. Anche Neumann era giunto a indicare, come caratteristica del regime nazionalsocialista, non tanto un 'pieno' quanto un 'vuoto': il cuore del regime era uno spazio giuridicamente non regolato, un non-diritto (non Leviathan, ma Behemoth). Anche per Arendt è il non-diritto un tratto del totalitarismo: il diritto infatti è il polo opposizionale del 'movimento', che vede nel momento giuridico-statuale la pietra d'inciampo, lo *skàndalon* che occorre trascendere e tendenzialmente travolgere.

«At this point the fundamental difference between the totalitarian and all other concepts of law comes to light. Totalitarian policy does not replace one set of laws with another, does not establish its own *consensus iuris*, does not create, by one revolution, a new form of legality. Its defiance of all, even its own positive laws implies that it believes it can do without any *consensus iuris* whatever, and still not resign itself to the tyrannical state of lawlessness, arbitrariness and fear» (Arendt, 1958, p. 462).

Non è una semplice trasformazione dei contenuti del diritto che il nazionalsocialismo persegue: se così fosse, sarebbero stati sufficienti un mero adeguamento delle strutture politico-giuridiche e del sistema normativo, una loro utilizzazione a sostegno del nuovo regime (come avviene, per Arendt, nei coevi regimi dispotici o dittatoriali, ma non genuinamente totalitari, come il fascismo). Nelle semplici 'dittature' mutano lo Stato e il diritto, ma non viene cancellato il senso profondo, la caratteristica essenziale degli apparati giuridici, che cambiano adattandosi alle nuove finalità, ma mantengono «a relative permanence as compared with the much more rapidly changing actions of men» e operano quindi come «stabilizing factors for the ever changing movements of men» (Arendt, 1958, p. 463).

È il diritto come tale a essere incompatibile con un 'movimento' insofferente di limiti e confini. Certo, anche il 'movimento' ha le sue leggi – le leggi della natura o della storia di cui esso pretende di essere espressione – ma le regole cui obbedisce non hanno a che fare con le leggi positive, nemmeno con le norme create dal regime totalitario: che diffida di tutte le norme positive, anche di quelle da esso stesso varate («as in the case of the Soviet Constitution of 1936, to quote only the most outstanding example» (Arendt, 1958, p. 461). Anche il totalitarismo ha una sua «lawfulness»: essa però non ha niente da spartire con le norme vigenti e anzi trae senso dalla sua contrapposizione alla «legality» e dalla pretesa che la sorregge; la pretesa «to establish the direct reign of justice on earth» (Arendt, 1958, p. 462).

Ancora una volta, Carl Schmitt aveva tempestivamente colto il punto già nel '32, contrapponendo, nel momento conclusivo dell'esperienza weimariana, la 'legalità' alla 'legittimità': la prima rinvia al formalismo del *Gesetzgebungsstaat* e al gioco parlamentaristico della maggioranza e della minoranza; la seconda, lungi dall'essere assorbita e realizzata nella prima, come vorrebbe la cultura giuridica liberale, emerge, nel momento della crisi, in tutta la sua urgenza, evoca un nuovo soggetto 'plebiscitario', un popolo unitario, capace di dire compattamente di sì o di no e di scegliere, contro il formalismo parlamentaristico, un nuovo, «substanzihaften Ordnung» (Schmitt 1932, p. 97). Ed è appunto nel nuovo ordine nazionalsocialista che Schmitt saluta l'avvento di un *Führerstaat* che cancella il vecchio 'Stato legislativo', cessa di far coincidere il rispetto formalistico della norma con la 'legittimità' e trasforma lo 'Stato di diritto' in uno 'Stato di giustizia' che trova nel *Führer* (che realizza il diritto inteso come "ordine concreto" del popolo) la sua suprema espressione (Schmitt, 1934 b, pp. 200-201).

Il 'movimento' cancella la 'legalità' e realizza la 'giustizia': la rappresentazione del nazionalsocialismo dal suo interno coincide con l'interpretazione di chi, dall'esterno, indica proprio nella destrutturazione non di *un* assetto giuridico, ma del diritto come tale un tratto decisivo del modello 'totalitario'. È l'azzeramento del diritto che rende possibile, congiuntamente, la 'stabilizzazione' dell'incertezza (come già rilevato da Fraenkel e da Neumann), la dilatazione del terrore (anch'esso un momento essenziale del dominio totalitario) (Arendt, 1958, p. 464) e l'illimitatezza del dominio.

L'estensione del dominio al di là di ogni vincolo e regola è una diretta conseguenza, per Arendt, della cancellazione del diritto come tale: a venir meno non è solo la certezza del *diritto* (la prevedibilità del comportamento dell'autorità di fronte alla trasgressione), ma è anche e soprattutto la certezza dei *diritti*: «the first essential step on the road to total domination is to kill the juridical person in man» (Arendt, 1958, 447). Prima ancora dell'attacco al patrimonio dei diritti faticosamente riconosciuti nel corso della storia moderna, il nazionalsocialismo si segnala per la sua campagna contro il concetto stesso di 'diritto soggettivo': occorre respingere l'idea di una persona cui riconoscere, in virtù della sua semplice esistenza, la capacità giuridica, il 'diritto ad avere diritti' – per usare l'efficace e fortunata espressione impiegata da Arendt (Arendt, 1958, p. 296, p. 298) – e dedurre lo status giuridico del soggetto dalla sua identità razziale. Per Karl Larenz (un importante esponente della cultura giuridica nazionalsocialista) esiste non già il 'soggetto di diritti' come tale, ma soltanto il *Volksgenosse*, il membro di una comunità razzialmente omogenea, che dall'appartenenza al popolo tedesco trae il suo *status* giuridico (Larenz, 1935, pp. 238-40).

Arendt è lucidamente consapevole che il progetto genocidario del nazionalsocialismo è inseparabile dalla decisione di disconoscere il diritto di ciascuno ad avere diritti: se i tempi e le modalità di attuazione di quel progetto potevano essere influenzati (ritardati o accelerati) dal gioco degli eventi e dall'affollarsi di circostanze non sempre prevedibili, la sua condizione di possibilità, anzi di pensabilità, coincideva con l'azzeramento della proiezione giuridica della persona come tale.

«The aim of an arbitrary system is to destroy the civil rights of the whole population, who ultimately become just as outlawed in their own country as the stateless and homeless. The destruction of a man's rights, the killing of the juridical person in him, is a prerequisite for dominating him entirely» (Arendt, 1958, p. 451).

La distruzione della dimensione giuridica e morale dell'individuo e l'illimitatezza del dominio trovano la loro compiuta realizzazione nell'universo concentrazionario, che quindi, per Arendt, è la realizzazione e la rivelazione del progetto totalitario: «the concentration and extermination camps of totalitarian regimes serve as the laboratories in which the fundamental belief of totalitarianism that everything is possible is being verified» (Arendt, 1958, p. 437).

Il *Lager* è il presente e il futuro del progetto totalitario. Si ripete e si esaspera nel microcosmo concentrazionario un fenomeno caratteristico del macrocosmo politico-sociale: le norme, sprovviste di qualsiasi autonoma legittimità, vengono attratte nel vortice dell'eccezione e, lungi dal garantire la certezza rendendo prevedibile il comportamento delle autorità, producono l'effetto contrario esponendo i soggetti a decisioni imprevedibili e incontrollabili. Nell'ordine del terrore, come scrive Wolfgang Sofsky, il potere libera la violenza «da tutti gli impedimenti» e realizza «un universo di incertezza assoluta» rompendo «il nesso tra infrazione della norma e sanzione» (Sofsky, 1995, pp. 27-28).

Se il diritto riusciva a offrire una qualche stabilità all'esistenza politico-sociale garantendo «la pre-existence of a common world», fissando limiti che trascendono la vita di una singola generazione (Arendt, 1958, p. 465), la sua sospensione è congruente con lo scopo ultimo del progetto totalitario: che non è semplicemente «the revolutionizing transmutation of society, but the transformation of human nature itself. The concentration camps are the laboratories where changes in human nature are tested [...]» (Arendt, 1958, p. 458).

5. Cenni conclusivi

Per Fraenkel, conviene intendere il regime nazionalsocialista facendo leva su una tensione – la tensione fra potere e diritto, fra eccezione e norma – che, ricorrente nella traiettoria della sovranità, subisce una peculiare evoluzione nella Germania nazionalsocialista: è lungo la faglia della crescente contrazione del *Normative State* e della corrispettiva dilatazione del *Prerogative State* che per Fraenkel ha luogo il terremoto che trasforma alla radice la società tedesca. La coppia opposizionale dei 'due Stati' sta a indicare non tanto una 'struttura', quanto la direzione di un processo che sta traumaticamente separando la Germania dalla tradizione costituzionale europea.

Se Fraenkel studia un processo che, una volta compiuto, condurrà a un tipo di regime radicalmente nuovo, Neumann individua un complesso di elementi, che, se pure tipici della Germania nazionalsocialista, al contempo si prestano a essere assunti come contrassegni di un 'modello' – il modello 'totalitario' – di portata più generale. Gli indicatori di questo modello sono molteplici, ma forse il principale (tanto da suggerire il titolo dell'opera) è l'inesistenza di un unitario apparato potestativo giuridicamente organizzato. La Germania nazionalsocialista è 'totalitaria' non perché ha rafforzato il vecchio Leviatano, ma perché lo ha abbattuto a vantaggio del suo contrario: il Behemoth, che Hobbes aveva assunto a simbolo della distruttiva guerra civile. Il cuore dell'esperimento totalitario è uno spazio giuridicamente vuoto, occupato da una conflittuale poliarchia che trova un contingente punto di equilibrio nella figura del *Führer*.

Che al centro del modello totalitario vi sia uno spazio giuridicamente vuoto non è un evento contingente, ma è, per Arendt, una conseguenza obbligata: il totalitarismo è un fenomeno radicalmente nuovo e qualitativamente distinto dalle dittature del passato e del presente proprio perché, lungi dal far leva sul 'vecchio' Stato e sulla sua macchina repressiva,

lo relativizza, lo destruttura, lo travolge presentandosi come l'espressione di un 'movimento' che non si limita a 'disciplinare' i soggetti, ma persegue il dominio assoluto e la trasformazione della stessa natura umana.

Le vie battute dai tre esuli per capire i tratti caratteristici della nuova Germania sono diverse e tuttavia convergono nel fare della dimensione giuridico-statuale un indicatore decisivo: per tutti, la prima vittima del nazionalsocialismo è lo Stato, che, nel corso dell'Otto-Novecento, era stato pensato e in parte realizzato nella forma dello 'Stato di diritto'. La tesi della radicale discontinuità che i tre autori ravvisano nel regime nazionalsocialista (e, per estensione, nel regime bolscevico), pur sostenuta (soprattutto in Neumann e ancor più in Arendt) da un'analisi complessiva dei nuovi regimi, trova un'eloquente conferma nell'illustrazione dell'affossamento della tradizione giuridico-costituzionale europea realizzato da entrambi i regimi.

Certo, non mancano le divergenze. Mentre Neumann non ammette alcuna 'gradazione' intermedia fra 'Stato' e 'non Stato' e denuncia il 'vuoto giuridico' come essenza del regime nazionalsocialista, Fraenkel descrive un processo dove norma ed eccezione, 'Stato' e 'non Stato', non si elidono, ma coesistono in una continua e sempre mobile tensione (che sfocia in una crescente e drammatica contrazione dell'autonomia della sfera giuridico-normativa): «where Neumann [...] saw only black and white – law or lawlessness – Fraenkel noticed shades of gray» (Meierhenrich, 2018, p. 35).

Ancora diversa è la posizione di Arendt. In *The Origins of Totalitarianism* non soltanto è ormai maturo il tentativo di costruire il 'totalitarismo' come modello applicabile a regimi ideologicamente e storicamente diversi (la Germania nazionalsocialista, la Russia bolscevica), ma è anche più ricca e complessa l'analisi degli elementi che rendono il modello 'totalitario' radicalmente nuovo e diverso dai tradizionali 'dispotismi'. Anche per Arendt è lo 'Stato di diritto' l'ostacolo che il totalitarismo nazionalsocialista deve travolgere in modo che il 'movimento' di cui esso si vuole espressione domini e plasmi i soggetti senza alcun limite e vincolo. L'idea di 'Stato di diritto' cui Arendt si riferisce è però più articolata e complessa di quanto suggerito dalla semplice immagine di uno Stato *sub lege*, disposto ad agire nei limiti di un sistema normativo vincolante anche per i suoi organi. Potremmo dire (facendo un uso, in qualche misura anacronistico, di una distinzione oggi corrente) che Arendt ha in mente non tanto o non soltanto un'idea 'formalistica', quanto piuttosto un'idea 'sostanzialistica' e 'funzionalistica' di Stato di diritto (Craig, 1995): un'idea che non soltanto guarda alla 'formale' corrispondenza dell'operato del governo alle prescrizioni normative, ma sottolinea anche il ruolo protettivo del diritto nei confronti dei soggetti e traduce questa 'protezione' nell'attribuzione ai soggetti di precisi e inderogabili diritti.

Per questa via, nell'analisi arendtiana del modello 'totalitario' acquisisce un risalto assai maggiore che non nei lavori di Fraenkel e di Neumann la figura del soggetto in quanto titolare di diritti. Sono i diritti una componente essenziale di quella tradizione costituzionale europea dalla quale il 'totalitarismo' si distacca traumaticamente. E il futuro distopico che esso annuncia e persegue, l'estensione illimitata del dominio, presuppone proprio l'azzeramento dei diritti (e del 'diritto ad avere diritti') che, in quanto tramite del riconoscimento dei soggetti, è la fragile (ma simbolicamente decisiva) barriera che separa un mondo ancora 'umano' dal distopico ordine del terrore.

Riferimenti bibliografici

- Arendt, H. (1958). *The Origins of Totalitarianism* (1951), The World Publishing Company.
- Brunkhorst, H. (2012). Power and the Rule of Law in Arendt's Thought. In M. Goldoni, Ch. McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (pp. 215-228). Hart.
- Canovan, M. (2004). The Leader and the Masses. Hannah Arendt on Totalitarianism and Dictatorship. In P. Baehr, M. Richter (eds.), *Dictatorship in History and Theory* (pp. 241-60). Cambridge University Press.
- Cattaneo, M.A. (1998). *Terrorismo e arbitrio: il problema giuridico nel totalitarismo*. Cedam.
- Costa, P. (1999). Lo 'Stato totalitario': un campo semantico nella giuspubblicistica del fascismo. *Quaderni fiorentini*, 18, 285-399.
- Costa, P. (2006). Estado de Direito: uma introdução histórica. In P. Costa e D. Zolo (orgs.), *O Estado de Direito. História, teoria, crítica* (pp. 95-198). Martins Fontes.
- Costa, P. (2007). Classi pericolose' e 'razze inferiori': la sovranità e le sue strategie di assoggettamento. In F. Benigno, L. Scuccimarra (a cura di), *Il governo dell'emergenza. Poteri straordinari in Europa tra XVI e XX secolo* (pp. 239-257). Viella.
- Craig, P. (1995). Formal and substantive conceptions of the rule of law. *Diritto pubblico*, 8, 35-55.
- Forti, S. (2001). *Il totalitarismo*. Laterza.
- Forti, S. (2004). *La filosofia di fronte all'estremo. Totalitarismo e riflessione filosofica*. Einaudi.
- Fraenkel, E. (1941). *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Oxford University Press.
- Goldoni, M., McCorkindale (2012). Introduction. In M. Goldoni, Ch. McCorkindale (eds.), *Hannah Arendt and the Law* (pp. 1-11). Hart.
- Kelly, D. (2002). Rethinking Franz Neumann's Route to Behemoth. *History of Political Thought*, 23 (3), 458-96.
- Koellreutter, O. (1933 a). *Grundriss der allgemeinen Staatslehre*. Mohr (Paul Siebeck).
- Koellreutter, O. (1933 b). Der nationale Rechtsstaat. *Deutsche Juristen-Zeitung*, 38, 517-24
- La Torre, M. (2013). Hannah Arendt and the Concept of Law. Against the Tradition. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 99 (3), 400-416.
- Larenz, K. (1935). Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. In K. Larenz (ed.), *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (pp. 225-60). Junker und Dünnhaupt Verlag.
- Lederer, E. (1940). *State of the Masses. The Threat of the Classless Society*. W.W. Norton.

- Lederer, E. (2004 a). *Lo Stato delle masse. La minaccia della società di massa*. Bruno Mondadori.
- Lederer, E. (2004 b). Zur Soziologie des Weltkrieges (1915). In E. Lederer, *Kapitalismus, Klassenstruktur und Probleme der Demokratie in Deutschland 1910-1945* (pp. 119-144). Vandenhoeck & Ruprecht.
- Locke, J. (2003). The second Treatise of government. In J. Locke, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration* (pp. 100-209). Yale University Press.
- Lustig, D. (2011). The Nature of the Nazi State and the Question of International Criminal Responsibility of Corporate Officials at Nuremberg: Revisiting Franz Neumann's Concept of Behemoth at the Industrialist Trials. *IILJ Working Paper (History and Theory of International Law Series)*, 2, 966-1040.
- Meierhenrich, J. (2018). *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*. Oxford University Press.
- Morris, D. G. (2013). The Dual State Reframed: Ernst Fraenkel's Political Clients and his Theory of the Nazi Legal System. *Leo Baeck Institute Year Book*, 58, 5-21.
- Morris, D. G. (2015). Write and Resist: Ernst Fraenkel and Franz Neumann on the Role of Natural Law in Fighting Nazi Tyranny. *New German Critique*, 42 (3), 297-230.
- Neumann, F. (1931). On the Preconditions and the Legal Concept of an Economic Constitution. In K. Tribe (ed.), *Social Democracy and the Rule of Law: Otto Kirchheimer and Franz L. Neumann* (pp. 44-65). Allen & Unwin.
- Neumann, F. (1942). *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*. Victor Gollancs.
- Nuzzo, L. (2010). La colonia come eccezione. *Rechtsgeschichte*, 16, 259-273.
- Pasquino, P. (1998). Locke on King's Prerogative. *Political Theory*, 26 (2), 198-208.
- Petersen, J. (1975). La nascita del concetto di "Stato totalitario" in Italia. *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 1, 143-68.
- Pollock, F. (1941). Is National Socialism a New Order?. *Studies in Philosophy and Social Science*, 9, 440-55.
- Ramas San Miguel, Cl. (2019). El Estado total en Carl Schmitt: desbordamiento de lo político y decisión totalitaria: una reconstrucción teórico-doctrinal. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 22 (1), 141-56.
- Ramos, D. (2012). Franz Neumann e o nazismo como a destruição do estado. *Ethic@ - An international Journal for Moral Philosophy*, 11 (3), 299-327.
- Riesman, D. (1959). *The Lonely Crowd. A Study of the Changing American Character*. Yale University Press.
- Salvati, M. (2000 a). *Da Berlino a New York. Crisi della classe media e futuro della democrazia nelle scienze sociali degli anni trenta*. Bruno Mondadori.

- Salvati, M. (2000 b). La generazione di Franz Neumann nell'esilio degli Stati Uniti. Discussione su "Behemoth" di F. Neumann. *Contemporanea*, 3, 528-536.
- Salvati, M. (2004). Emil Lederer (1882-1939). Un intellettuale europeo tra socialismo e totalitarismo. In E. Lederer, *Lo Stato delle masse. La minaccia della società di massa* (pp. ix-lx). Bruno Mondadori.
- Schmitt, C. (1931). Die Wendung zum totalen Staat. In C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939* (pp. 166-178). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1932). *Legalität und Legitimität*. Duncker und Humblot.
- Schmitt, C. (1933 a). *Staat, Bewegung, Volk*. Hanseatische Verlagsanstalt.
- Schmitt, C. (1933 b). Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland. In C. Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954* (pp. 359-365). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1934 a). Nationalsozialismus und Rechtsstaat. *Juristische Wochenschrift*, 63, 716-18.
- Schmitt, C. (1934 b). Der Führer schützt das Recht. In C. Schmitt, *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar- Genf Versailles 1923-1939* (pp. 199-203) Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (1935). Was bedeutet der Streit um den 'Rechtsstaat'? *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 95 (2), 189-20
- Sofsky, W. (1995). *L'ordine del terrore. Il campo di concentramento*. Laterza.
- Stolleis, M. (1998), *The Law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany*. University of Chicago Press.
- Stolzi, I. (2021). Schmitt e il fascismo italiano. Di prossima pubblicazione.
- Suntrup, J.Ch. (2020). Between prerogative power and legality – reading Ernst Fraenkel's The Dual State as an analytical tool for present authoritarian rule. *Jurisprudence. An International Journal of Legal and Political Thought*, 11 (3), 335-359.
- Traverso, E. (2000). Behemoth. Note sulla rilettura di un classico. Discussione su "Behemoth" di F. Neumann. *Contemporanea*, 3, 523-28.
- Traverso, E. (2002). *Il totalitarismo. Storia di un dibattito*. Bruno Mondadori.
- Tsao, R.T. (2002). The Three Phases of Arendt's Theory of Totalitarianism. *Social Research*, 69 (2), 579-619.
- Volk, Ch. (2010). From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Politics, and Order. *Leiden Journal of International Law*, 23, 759-779.

Data de Recebimento: 28/9/2021

Data de Aprovação: 29/10/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

La Costituzione Invisibile

Costituzione e democrazia alla prova dell'emergenza: riflessioni di un melanconico

A Constituição Invisível

Constituição e democracia na prova da emergência: reflexões de um melancólico

The Invisible Constitution

Constitution and democracy under the test of emergency: thoughts from a melancholic mind

Paolo Cappellini¹

¹ Università degli Studi di Firenze. ORCID: 0000-0001-9720-5659

RIASSUNTO

L'articolo prende le mosse da una risalente analisi di Pier Paolo Pasolini sul pericolo che incombe non ravvisato sulle democrazie occidentali e, a partire dal problema della gestione costituzionale e giuridica dell'emergenza covid-19 e dalle prospettive di considerarla una 'occasione' per l'attivazione della quarta rivoluzione industriale digitale, si interroga sul rapporto storico intercorrente tra democrazie e dittatura, e sull'eclisse che sembra colpire lo stesso rapporto costituzione (libertà) – democrazia in nome di una torsione biopolitica della nozione di vita.

Parole-chiave: Covid-19, Democracias, Ditadura, Biopolítica.

RESUMO

O artigo recupera o movimento de uma análise antiga de Pier Paolo Pasolini sobre o perigo invisível que paira sobre as democracias ocidentais e, partindo do problema da gestão constitucional e legal da emergência covid-19 e das perspectivas de se considerá-la uma “ocasião” para a ativação da quarta revolução industrial digital, questiona a relação histórica entre democracias e ditadura, e o eclipse que parece estar afetando a relação constituição (liberdade) – democracia em nome de uma reviravolta biopolítica da noção de vida.

Palavras-chave: Covid-19, Democracies, Dittatura, Biopolitica.

ABSTRACT

The article takes an old analysis by Pier Paolo Pasolini on the danger that looms over Western democracies and, starting from the problem of the constitutional and legal management of the covid-19 emergency and from the prospects of considering it an 'occasion' for the activation of the fourth digital industrial revolution, it questions the historical relationship between democracies and dictatorship, and the eclipse that seems to affect the same relationship constitution (freedom) – democracy in the name of a biopolitical twist of the notion of life.

Keywords: Covid-19, Democracies, Dictatorship, Biopolitics.

Et propter vitam, vivendi perdere causas (Giovenale).

Eccezione. Dite che conferma la regola, ma non azzardatevi a spiegare come
(Gustav Flaubert).

...quella paura di morire, errore materialista del mondo Occidentale,
per cui, forse, perirà (Paul Morand).

Vorrei soltanto che Dio, o chi ne fa le veci, tenga lontano da questo paese un
sistema politico che ci costringa daccapo a credere, a obbedire e a combattere, o
a essere “migliori” di quello che siamo; che in altre parole ci conservi la libertà,
anche se questa è una parola che fa ridere (Ennio Flaiano).

1. Storia e malinconia

Di questi tempi la malinconia ci è spesso compagna, senza che siano necessarie grandi ricerche sulle cause². Ma il riferimento del sottotitolo ha a che fare più direttamente con il mestiere di storico, che l'autore di queste riflessioni cerca di praticare in una contemporaneità che, però, sembra essere sempre più lontana dal riconoscere come rilevante³. Forse anche perché talvolta, se non spesso, produce – o meglio produrrebbe, se ascoltato – effetti perturbanti.

Lo storico spesso ricorda testi e avvenimenti che meglio vorrebbero essere dimenticati. E che spesso, irreversibilmente, lo sono. Almeno nella loro complessità.

Così ho iniziato – o meglio, proseguito⁴ – questa riflessione ricordando, e cercando di far ricordare, un testo che sembra provenirci da un lontano passato; ma che forse, in altre e ben più sottili forme, poi così lontano non è. Un testo che sceglie di usare quell'espressione come un'invettiva, come la sintesi di ciò che non bisogna essere se si vuole corrispondere allo spirito del tempo, se si vuole far parte di una collettività, della società in cui si vive.

Allo scopo ci vuole naturalmente qualcuno che “vi illumini”, che indichi il retto sentiero:

Non certamente per ripetervi e refriggervi quello che i giornali e le riviste hanno pubblicato in questi ultimi tempi, ma soltanto per chiarire certi nostri atteggiamenti, soprattutto in confronto di quella categoria di melanconici⁵ che hanno bisogno di conturbarsi ogni qual volta il regime rivoluzionario affronta e risolve i problemi che devono dare all'Italia generazioni sempre migliori. A questa categoria di melanconici diciamo, che noi siamo decisi a non risparmiarle altri dolori. E a chi ci domanda quando si potrà avere un'era di quieto vivere, un periodo di sosta, rispondiamo: mai.⁶

2 Vedi in ogni caso almeno Minois (2005), Lippi, Cabras e Lovito (2005). La storia dell'incremento dei fenomeni depressivi, specialmente fra i giovani e i giovanissimi, a seguito dell'epidemia e delle misure contenitive utilizzate (c.d. 'distanziamento sociale', DAD, Lockdown etc.) è tutta ancora da scrivere (qualche riferimento in Marco Delmastro e Giordana Zamariola, 2020). Per una prima, lucida, analisi vedi Biffarini (2021).

3 Cfr. Prospero (2021), e vedi anche Cappellini (2016).

4 Questo testo prosegue una riflessione già da tempo avviata; cfr. Cappellini (2011, 2013, 2014, 2016). Ma vedi soprattutto Cappellini (2014 e 2020).

5 Certamente oggi si usano altre definizioni (complottilisti, etc.), ma la finalità di espunzione, dal dibattito, e poi, magari, anche *tout court*, non cambia sostanzialmente. Piuttosto sorprende che una di esse, tratta, forse per caso, proprio da un dibattito storiografico su quell'epoca, 'negazionista' appunto, sia 'passata' senza sollevare sdegno: quello sdegno che ben avrebbe meritato visto il parallelismo assolutamente indebito, per non dire atroce, che istituisce.

6 Il testo, assumendo la sua patina di tempo 'passato', così prosegue: “Il Fascismo, per il suo domani, per l'avvenire della Patria, terrà gli italiani, ogni giorno, ogni ora, spiritualmente in movimento, sempre svegli e operosi, e non sentirà il rimorso di rubare ad essi anche qualche ora di sonno. Non abbiamo noi accettato di vivere pericolosamente? E allora diciamo a coloro che sono affetti da podagra, a coloro che soffrono di cardiopalma, a coloro che portano il distintivo all'occhiello per partecipare ad un concorso o per soddisfare la propria ambizione, di mettersi in disparte, se non hanno il cuore di seguirci, e di rendere più agevole la nostra marcia ardimentosa che ha segnato il nostro cammino di vittorie, di grandi soddisfazioni e di grandi successi. Il fiume giunge più limpido al suo delta, se i detriti si fermano a riva o vanno a finire negli stagni pestilenziali.” (Farinacci, 1939, p. 83-84). Più icasticamente, o icasticamente in modo diverso, Lev Trotsky parlava di “spazzatura della storia” come luogo di destinazione di ‘dissenzienti’ e avversari.

2. Siamo tutti in pericolo

Forse a questa categoria di melanconici apparteneva anche Pier Paolo Pasolini. Non molti ormai ricorderanno la sua ultima intervista, rilasciata a Furio Colombo (“Tuttolibri”, I, 2, 8 novembre 1975, ora in Pasolini, 1999), nella quale Pasolini, con un presentimento che non si saprebbe dire solo personale, ma che anzi riguardava prima tutta la vicenda di trasformazione antropologica e sociale che si sforzava di decifrare, arriva a formulare l’affermazione che poi sarà posta a titolo dell’intervento. Dopo aver replicato, a chi gli rimproverava di voler concepire una società adatta a salvare solo gente “primitiva”, che anche a voler usare per costoro invece l’espressione “più avanzata”, essa lo avrebbe fatto “rabbrivire”, risponde alla domanda dell’intervistatore, che lo incalza: “Se non vogliamo usare frasi fatte, una indicazione ci deve pur essere. Per esempio, nella fantascienza, come nel nazismo, si bruciano sempre i libri come gesto iniziale di sterminio. Chiuse le scuole, chiusa la televisione, come animi il tuo presepio?”. E la risposta sottolinea in modo veramente malinconico la difficoltà, anche con le persone vicine, a far passare una ‘visione’, un messaggio che gli sembrava cogliere la radice dei problemi, ma che invece resta inascoltato per assenza di una ‘vista’ comune:

Credo di essermi già spiegato con Moravia. Chiudere, nel mio linguaggio, vuol dire cambiare. Cambiare però in modo tanto drastico e disperato quanto drastica e disperata è la situazione. Quello che impedisce un vero dibattito con Moravia ma soprattutto con Firpo, per esempio, è che sembriamo persone che non vedono la stessa scena, che non conoscono la stessa gente, che non ascoltano le stesse voci. Per voi una cosa accade quando è cronaca, bella, fatta, impaginata, tagliata e intitolata. Ma cosa c’è sotto? Qui manca il chirurgo che ha il coraggio di esaminare il tessuto e dire: signori, questo è cancro, non è un fatterello benigno. Cos’è il cancro? E’ una cosa che cambia *tutte* le cellule, che le fa crescere *tutte* in modo pazzesco, fuori da qualsiasi logica precedente. E’ un nostalgico il malato che sogna la salute che aveva prima, anche se prima era uno stupido e un disgraziato? Prima del cancro, dico. Ecco prima di tutto bisognerà fare non so quale sforzo per avere la stessa immagine. Io ascolto i politici con le loro formulette, tutti i politici e divento pazzo. Non sanno di che Paese stanno parlando, sono lontani come la Luna. E i letterati. E i sociologi. E gli esperti di tutti i generi.

A questo punto Furio Colombo gli chiede ragione del suo porsi come ‘eccezione’: “Perché pensi che per te certe cose siano talmente più chiare?”.

E la risposta suona oggettiva, di una oggettività ‘profeticamente impersonale’: “Non vorrei parlare più di me, forse ho detto fin troppo. Lo sanno tutti che io le mie esperienze le pago di persona. Ma ci sono anche i miei libri e i miei film. Forse sono io che sbaglio. *Ma io continuo a dire che siamo tutti in pericolo*” (Pasolini, 1999, p. 1729-1730 – ultima sottolineatura mia).

Il testo, che Pasolini voleva comunque rivedere entro la mattina successiva, si chiude con le parole, secche e addolorate, di Furio Colombo: “Il giorno dopo, domenica, il corpo senza vita di Pier Paolo Pasolini era all’obitorio della polizia di Roma”.

Si stava alzando quell’onda lunga che, trovando, di lì a poco, una data decisiva nel sequestro e nell’omicidio di Aldo Moro, sarebbe poi sfociata, negli anni ’90, nel definitivo tramonto del sistema dei partiti che avevano ‘fatto’ la Costituzione – anche se, con qualche ragione, si fosse segnalato, in un libro che Sciascia affermava “bisognerebbe che tutti gli italiani leggessero” (D’Antonio, 1978) come, nel suo primo trentennio di vita, essa fosse

stata già in parte disattesa – e, quindi, benché questo tema non ci sembri molto presente nelle ricostruzioni dei costituzionalisti, nella prima, ma relevantissima, mutazione della ‘costituzione materiale’ del paese⁷.

Sarebbe presunzione sintetizzare con un solo riferimento quello che Pasolini intendeva additare come radice sottostante della malattia. Ma forse è possibile cogliere una linea di senso, ricordando quanto, appena un anno prima, lo stesso Pasolini affermava in uno scritto poi ricompreso negli *Scritti corsari* ed intitolato “Il genocidio” (1999, pp. 511-517). Il tema conduttore, che si traduceva appunto, forse non per caso, in una critica alle tesi espresse nell’occasione, la Festa dell’Unità di Milano (estate del 1974), da Napolitano, era quello del genocidio: “ritengo cioè che la distruzione e sostituzione di valori nella società italiana di oggi porti, anche senza carneficine e fucilazioni di massa, alla soppressione di larghe zone della società stessa”. Uno degli strumenti usati dal potere per ottenere questo scopo era, a suo avviso, lo “sviluppo senza progresso”. E a questo punto emerge un riferimento al contempo realistico e simbolico ad una figura che già all’epoca aveva lucidamente preconizzato anche la dimensione ‘globale’ di tale prospettiva: “Qual è invece lo sviluppo che questo potere vuole? Se volete capirlo meglio, leggete quel discorso di Cefis agli allievi [ufficiali dell’Accademia] di Modena che citavo prima, e vi troverete una nozione di sviluppo come potere multinazionale – o transnazionale come dicono i sociologi – fondato fra l’altro su un esercito non più nazionale, tecnologicamente avanzato, ma estraneo alla realtà del proprio paese” (Pasolini, 1999, pp. 511 e 514-515).

Con tutta evidenza Pasolini era, per così dire, intellettualmente ‘coevo’ all’Eisenhower, 34^o Presidente degli Stati Uniti, quando denunciava la pericolosità per la democrazia del ‘complesso militare-industriale’ (discorso di commiato del 17 gennaio 1961). E, senza potersene rendere completamente conto, forse anche data la mancanza di diffusione anche al livello della cultura ‘alta’ degli strumenti di analisi storico-giuridica, toccava, con il richiamo al genocidio, un’ombra (cupissima) che, a partire dalla dichiarazione rivoluzionaria dei diritti dell’uomo e del cittadino del 1789, con le “*exécutions nationicides*”, descritte da Gracchus Babeuf (1760-1797) nell’opera del 1794 dal titolo *Du Système de Dépopulation*, in relazione alla ‘guerra’ di Vandea – che rappresentano non per caso il precedente linguistico più immediato rispetto alla coniazione del termine “genocide” da parte di Raphael Lemkin (1944)⁸ – accompagna l’evolversi della modernità.

Fino a giungere, sulla base delle riflessioni weberiane sul potere carismatico, rilette alla luce delle analisi sul nazismo di Talcott Parsons degli anni ’40 del Novecento, alla conclusione che, qualora quest’ultima forma di potere rinunciasse alla sua proiezione religiosa “ultraterrena”, che lo avrebbe fatto sfociare in una forma di associazione politica comunitaria di tipo ‘tradizionalistico’, per incamminarsi, come tipico della modernità, verso una forma meramente “terrena” di potere, allora avrebbe dovuto, per la necessità di trasformazione del carisma in pratica quotidiana, altrettanto necessariamente fondarsi sulla violenza, e finalmente istituire un legame indissolubile col terrore e il genocidio.⁹

7 Andrebbe approfondita la suggestione, presente nell’intervista al senatore Pellegrino, che ciò sia avvenuto anche sulla base di un “disegno tecnocratico”; cfr. Fasanella e Pellegrino (2005, pp. 116 ss.). Una lucida messa a punto del tema in Lanchester (2011, pp. 52 ss.), che colloca appunto la cesura negli anni 1991/1992 con “la scomparsa delle forze che si sono poste alla base della stessa costituzione” e con la conseguente mutazione di fonte di legittimazione dei valori a suo fondamento: “Per ancorare i valori costituzionali si è, quindi, dovuto fare riferimento ad elementi fondanti esterni. Di qui da un lato l’esternalizzazione dei valori costituzionali sia nello spazio che nel tempo con l’affermazione del loro radicamento in un movimento mondiale e nel loro attecchimento a livello europeo”.

8 Cfr. Leotta (2013, pp. 73-76) e Secher (1989).

9 Vedi il fondamentale Uta Gerhardt (2004).

E la “comunità fittizia”, costruita a partire dall’ideologia (di igienizzazione biopolitica, mediante esclusione della parte ‘malata’ di essa, della popolazione ‘purificata’ che ne avrebbe dovuto, sola, far parte) come ‘religione civile’, si sarebbe mantenuta grazie a degli “stati di emergenza permanenti” (Gerhardt, 2004, p. 90).

Potrà forse apparire troppo estrema la conclusione che, pasolinianamente,¹⁰ a proposito della razionalità moderna in generale e delle democrazie post-belliche in particolare, ne ricavano autori come Bauman e Dahrendorf:

Ma la razionalità, che regna incontrastata nel mondo moderno, è solo una variante più ingenua dell’elemento irrazionale (anzi, da ultimo, dell’elemento razionale strumentale) del Nazionalsocialismo, o meglio, della dittatura del *Führer*. La società regolata sull’efficienza – sostengono i due autori analizzando il problema della razionalità – non ne è immune, essendo piuttosto la legittima erede del regno del terrore nel quale il sistema, appunto, del terrore si estese (Gerhardt, 2004, p. 87).

Tuttavia qualche riflessione in proposito merita ancora di essere fatta, specialmente con riferimento a certe rinnovate prospettive di intervento biopolitico che la situazione epidemico-emergenziale ha reso nuovamente attuali (e realizzabili).

Gli attori (ma non la provenienza dai ruoli) certo oggi sono cambiati; e forse bisognerebbe adesso parlare di ‘complesso medico-(militare)industriale’.

Eppure l’analisi pasoliniana troverebbe di sicuro nuovo alimento alla lettura delle tesi di un Klaus Schwab (2020), *Founder and Executive Chairman* del *World Economic Forum* (Davos) sull’epidemia Covid-19 come “opportunità” per un, anzi per il “Great Reset” (più ‘inoffensivamente’ definita anche come “quarta rivoluzione industriale”)¹¹; laddove non si esitava, ancora

10 Pasolini (1999, pp.516-517): “Ecco l’angoscia di un uomo della mia generazione, che ha visto la guerra, i nazisti, le SS, che ne ha subito un trauma mai totalmente vinto. Quando vedo intorno a me i giovani che stanno perdendo gli antichi valori popolari e assorbono i nuovi modelli imposti dal capitalismo, rischiando così una forma di disumanità, una forma di atroce afasia, una brutale assenza di capacità critiche, una faziosa passività, ricordo che queste erano appunto le forme tipiche delle SS e vedo così stendersi sulle nostre città l’ombra orrenda della croce uncinata. Una visione apocalittica, certamente, la mia. Ma se accanto ad essa e all’angoscia che la produce, non vi fosse in me anche un elemento di ottimismo, il pensiero cioè che esiste la possibilità di lottare contro tutto questo, semplicemente non stare qui, tra voi, a parlare”.

11 Naturalmente, nel quadro delineato, con riferimento al Macro-Reset necessario in ogni ambito della vita, si osserva anzitutto “the return of “big” government” (pp.89 ss.), che presuppone necessariamente una “Enlightened leadership” particolarmente per il “buon uso” della pandemia in relazione ai cambi climatici, in una ottica depopolazionista e transumanista di gatesiana memoria. Una ottica di rivalutazione del ‘dispotismo illuminato’ che stava compiendo grandi passi, seppur non avvertiti a livello di consapevolezza collettiva, negli ambiti più diversi. Si ricordino, a mo’ d’esempio, alcune parole che mostrano in definitiva che è proprio *nell’apparenza* e nell’esplicito che si ‘cela’ – come ben sapevano Poe e Chesterton, il posto migliore per nascondere una cosa è collocarla sotto gli occhi di tutti – il ‘senso’. Non ci si deve ingannare: il ‘progetto’ non è nascosto, ma bensì, in tempi diversi e reiterati, chiaramente esplicitato: solo, come ben vedeva Pasolini, resta invisibile ai più. Un cultore del diritto commerciale tra i più celebri, non solo in Italia – e del diritto commerciale globale, altresì: alludiamo, naturalmente, a Francesco Galgano – ce lo ha indicato con tutta chiarezza in un paragrafo – non per caso subito successivo a quello sulla “rinascita della *lex mercatoria*” – dedicato ad un tema introdotto con apparente disinvoltura: *L’avvento della tecnodemocrazia* (Galgano, 2001, p. 240-242).

Il passaggio rappresenta l’apice di un percorso che ben si armonizza, con quanto sopra indicato: e lo lasciamo, di conseguenza *sine glossa*, salvo a ricordare il titolo di un libro di Romano Guardini, che meriterebbe di essere letto e riletto: *La fine dell’epoca moderna*. Ascoltiamo Galgano: “La cultura *liberal* americana protesta per lo smisurato potere del presidente della Federal Reserve, le cui decisioni sono attese con ansia da imprese e governi di tutto il mondo. Denuncia la contraddizione con i principi della democrazia, che ricerca nella investitura popolare la legittimazione di ogni potere, secondo la ben nota formula di Rousseau. *Ma è lecito domandarsi che senso avrebbe mai, per chi governa il mondo intero, essere eletto dai cittadini degli Stati Uniti*. In una società che tende, *come l’odierna società, a organizzarsi su basi planetarie, oltre la frammentazione dei singoli Stati nazionali*, la legittimazione del potere si sposta su basi diverse da quelle tradizionali. *Democrazia significa pur sempre governo basato sul consenso dei governati; tecnodemocrazia è un concetto nuovo, che però sembra fare a meno della ricerca del consenso*. Dobbiamo ripensare Rousseau e, soprattutto, Montesquieu. Aveva scritto quest’ultimo: “fra il *dispotismo illuminato* e la democrazia preferisco la democrazia; ma solo perché non c’è garanzia che il *dispotismo sia illuminato*”. Ora, con l’avvento della società globale, altro non ci resta se non pensare ai modi ed alle forme atte a far sì che il *dispotismo sia davvero illuminato*. Solo una *filosofia pessimistica* potrebbe tradurre questa valutazione in termini di pura e semplice speranza, e concludere che altro non ci resta se non sperare che il *dispotismo sia illuminato*. I giuristi, dal canto loro, si sono già accinti ad un simile compito.” Il realismo di questa ultima conclusione lo stiamo toccando con mano, per quanto riguarda i giuristi, in questi mesi. Per parte nostra, se osiamo ancora dirci tali, resta ancora una parola da dire – posto che accanto al “falso pessimismo [...] esiste anche un giusto pessimismo, senza del quale non si fa nulla di grande. Esso è la forza amara che rende il cuore coraggioso e lo spirito operoso capace di opere durevoli” (R. Guardini) – e forse la dovrebbe dire un Barthleby questa volta ‘giurista’: “I would prefer not to” – **Avrei preferenza di no**”.

prima del verificarsi degli eventi accelerativi della malattia, a proclamare la necessità transumanistica¹², attraverso gli strumenti della tecnologia digitale e della genetica, di una “ridefinizione della natura umana”, che, tra l’altro, sta già consentendo di ‘brevettare’ parti del corpo umano unite simbioticamente a ‘protesi’ tecnologiche:

Modificare l’essere umano. *La distinzione tra tecnologie ed esseri umani è sempre meno netta. Ma ciò non riguarda solo la capacità di creare robot che sembrano avere una vita propria o organismi sintetici, bensì il fatto che le nuove tecnologie possono letteralmente diventare una parte di noi.* Le innovazioni tecnologiche già influenzano il modo in cui comprendiamo noi stessi, pensiamo agli altri e definiamo la realtà circostante. Con le tecnologie discusse in questa sezione, che offrono un maggiore accesso ad alcune parti dell’organismo, è possibile inserire innovazioni digitali all’interno del nostro corpo. La figura del cyborg potrebbe non essere più così sorprendente, *in quanto gli anni a venire saranno testimoni di una curiosa combinazione tra vita digitale e analogica che ridefinirà la nostra vera natura.* I capitoli di questa sezione esaminano quindi le biotecnologie, le neurotecnologie, le neuroscienze e gli strumenti della realtà virtuale e aumentata. Sono queste innovazioni che più di altre determinano una sfida in termini etici, *in quanto incidono sulle nostre caratteristiche biologiche, cambiando il modo con cui ci interfacciamo con il mondo. Esse sono in grado di varcare il confine fra corpo e mente, potenziando le nostre abilità fisiche e avendo un effetto duraturo sulla vita stessa. Sono più che strumenti e richiedono una riflessione importante soprattutto in merito alla loro capacità di aumentare o interferire con le qualità, i comportamenti e i diritti degli esseri umani* (Schwab, 2019, p. 113 – corsivi nostri).

Ma il sogno della vita ‘aumentata’ dalle modificazioni biotecnologiche¹³ – vita che non potrà essere, con tutta evidenza, per ‘troppi’ (e qui si leggano le dichiarazioni gatesiane del 2010 in commento alla sua formula $CO^2 = P \times S \times E \times C$, secondo le quali, poiché “ora siamo 6,8 miliardi, ma ci dirigiamo verso i 9 miliardi di abitanti del pianeta, se facciamo un buon lavoro, con i nuovi vaccini, la sanità, la salute riproduttiva [parola della neolingua che sta, secondo le formulazioni della recente ‘Relazione Matic’ (Relazione sulla situazione della salute sessuale e riproduttiva e relativi diritti nell’UE, nel quadro della salute delle donne, presentata da Pedrag Fred Matic, Gruppo dell’Alleanza progressista di Socialisti e Democratici al Parlamento Europeo il 10/06/2021) e discussa e votata dal parlamento europeo il 23 e 24 giugno scorso, per l’aborto inteso come “un servizio sanitario essenziale che dovrebbe essere sostenibile per tutti”, quindi con l’affermazione che “l’aborto è un diritto e l’obiezione di coscienza è negazione di assistenza

12 Per una prima presa di contatto con questa ideologia, che sta permeando largamente tutta una serie di tematiche, scientifiche e non, legate alla versione soft del Grande Reset (altrimenti detto al suo sinonimo più ‘accettabile’), ovvero la necessità di governare (globalmente) la “quarta rivoluzione industriale” si veda almeno Lafontaine (2009), Vatinno (2010), Barcellona (2007), Mannoni (2016), Galván (2016). Qualche indicazione anche in Cappellini (2014).

Uno dei principali esponenti di tale ideologia è senza dubbio Ray Kurzweil, pioniere del riconoscimento ottico dei caratteri, corifeo della singolarità tecnologica, e della I.A, dal 2012 “director of engineering” presso Google, che a seguito del dibattito sulla ‘democrazia algoritmica’ è ormai entrato (senza peraltro una specifica identificazione delle sue radici culturali) nel discorso dei giuristi, e dei costituzionalisti in particolare; cfr. l’importante Cardone (2021, p. 158).

13 Nella precedente edizione del testo (2016) si trovava, rubricato sotto *Cambiamento 22*, il tema *La creazione di esseri umani*, il cui punto di discontinuità sarà (dovrà essere) “la nascita del primo essere umano il cui menoma è stato editato”. Si riportava, è vero, la richiesta del marzo 2015 di “alcuni scienziati di rilievo [che] hanno pubblicato un articolo su *Nature* sottolineando la necessità di una moratoria sulla creazione di embrioni umani, sottolineando “gravi preoccupazioni in merito alle implicazioni etiche e sociali di questo ambito di ricerca”. Ma, quasi a segnalare ormai uno spostamento anche geopolitico, e ideale, della questione fuori dell’Occidente ‘cristiano’, che ancora ci tocca, subito si aggiungeva “Solo un mese dopo, nell’aprile del 2015, un gruppo di ricercatori coordinati da Junjiu Huang della Yat-sen University di Guangzhou ha pubblicato il primo articolo scientifico sull’alterazione del DNA degli embrioni umani” (Schwab, 2016, pp. 203-204).

Naturalmente la discontinuità che le neurotecnologie si propongono di raggiungere ha il suo punto focale “il primo essere umano... nel cui cervello è stata impiantata una memoria artificiale” (Schwab, 2016, p.205).

medica”], possiamo ridurli forse del 10/15%” – si unisce indissolubilmente a una biopolitica e a un biodiritto che vengono a riconfigurare la democrazia essenzialmente come espressione politica del “capitalismo della sorveglianza” (Zuboff, 2020).

E infatti – e qui sono interpellati *in primis* i giuristi, ed in particolare i costituzionalisti – Olivier Oullier, uno dei collaboratori di Schwab nel delineare le nuove caratteristiche della *governance* della quarta rivoluzione industriale con riferimento alle neurotecnologie, chiama direttamente in causa una ridefinizione radicale (quasi una rivincita postuma di Lombroso su altri fondamenti) dei concetti base su cui si fondano le “istituzioni normative”, quali ad esempio la responsabilità individuale:

Con la correlazione tra stato cerebrale e comportamento umano che diventa sempre più evidente, anche le istituzioni normative sono chiamate a rivedere concetti basilari, quali ad esempio la responsabilità individuale. In molti Paesi, i tribunali sono restii a fare uso di strumenti attraverso cui si dice si possa interpretare il pensiero umano, come le “macchine della verità” o i poligrafi. Tuttavia, i miglioramenti in questo settore aumentano la possibilità che giudici e organi di giustizia ricorrano a tecniche per determinare la veridicità di certe dichiarazioni, *per giudicare la colpevolezza degli imputati o addirittura per avere accesso ai ricordi direttamente dal loro cervello. Forse un giorno potrebbe essere necessario sottoporsi a scansione cerebrale dettagliata per entrare all’interno di un Paese* (Oullier, 2019, p. 251 – corsivi nostri)¹⁴.

Certo anche oggi, posto che il pericolo continua in nuove forme a rendersi presente, una voce come quella di Pasolini sarebbe oltremodo necessaria. Tanto più che si profilano all’orizzonte nuove e ulteriori forme di ‘spegnimento’ del libero dibattito – come hanno sperimentato quei pochi autori che vi si sono cimentati¹⁵ –, forme di vera e propria ‘censura’, per di più da parte di soggetti privati, gestori di piattaforme digitali rivolte al pubblico o di media anche tradizionali, che adducono motivazioni tecniche e regole di policy solo da essi gestite¹⁶.

Nel silenzio delle “istituzioni normative”?

3. Democrazia e dittatura

In realtà qui si aprirebbe un vasto campo di intervento per i giuristi, e certamente almeno per quei costituzionalisti che hanno avvertito come da tempo la Costituzione sia “sotto sforzo” (Lanchester, 2020). A patto però, ci permettiamo sommessamente di aggiungere, che recuperino una compattezza di visione e di ceto, che sembrarono avere negli anni dei Comitati per la difesa della Costituzione di dossettiana ispirazione (Alegretti, 2007), ma che, forse, a nostro avviso, proprio in alcuni elementi di quella difesa iniziarono ad indebolirsi.

¹⁴ Per le dinamiche e i gravi rischi che già attualmente tecnologie praticate producono per l’ordine costituzionale democratico cfr. almeno Mobilio (2021).

¹⁵ Come mostra il testo che dà poi il titolo alla raccolta di saggi di Giorgio Agamben, *A che punto siamo? L’epidemia come politica* (2020, p. 31): “(Testo richiesto e poi rifiutato dal Corriere della sera)”. Ma vicende analoghe, anche sotto forma di esplicite ‘devalorizzazioni’ personali, hanno riguardato ad es. Diego Fusaro, Massimo Cacciari, radio non allineate e numerosi post anche in apparenza ‘innocui’ (per es. un cartoon forse del 1921, o forse un apocrifo odierno in stile), ma sgraditi per il richiamo a prospettive orwelliane o huxleyane.

¹⁶ Fino ad arrivare, esse società private, a censurare, senza reazioni istituzionali, l’intervento di una deputata (Sara Cunial) in una seduta del Parlamento italiano, perchè considerato evidentemente sgradito rispetto alla narrazione *main stream*, cfr. Della Riva (2021, pp. 373-374).

Come ha osservato Alessandro Pajno, al di là dell' "inganno" della postdemocrazia, dei populismi e della democrazia deliberativa, "nonostante l'impegno di molti, la democrazia continua, pertanto a non godere di buona salute, mentre si accumulano i problemi non risolti" (Pajno, 2021, p. 35).

Da qui a ritenere, allora, "che con la pandemia è piombata sul paese – e quindi anche sulla nostra democrazia – l'emergenza, con tutte le sue ansie ma anche con qualche possibilità", il passo è breve. Perciò si potrebbe accedere ad una prospettiva, di nuovo alla Schwab, ma giuridica stavolta, che consideri l'epidemia ancora come "opportunità", addirittura di soluzione dei problemi sinora irrisolti della democrazia medesima, e quindi l'emergenza "come inizio di soluzione" di problemi 'normali':

L'emergenza, infatti, pur sospendendo, per dir così il tempo della vita ordinaria per far fronte a quanto di imprevisto si è verificato sopraggiunge carica di tutte le questioni e i problemi del passato rimasti privi di soluzione; essa, pertanto, si proietta oltre se stessa e si interroga sul futuro, chiedendosi se le misure utilizzate per far fronte al tempo straordinario potranno essere utilizzate in quello ordinario; più in generale, si chiede se quel momento straordinario non sia un'occasione da non perdere per dare una soluzione a molti problemi non risolti e consentire, così, un autentico nuovo inizio. Nell'emergenza, pertanto, ciò che è straordinario ed occasionale, dettato dalle speciali condizioni sopravvenute, deve tener conto delle difficoltà che il passato non ha saputo superare e tende a porsi come un inizio di soluzione di problemi da tempo divenuti, per così dire, ordinari; correlativamente il suo non è un tempo che si è fermato nel suo scorrere, ma, se è sospeso, lo è fra un passato carico di certezze ma anche di questioni irrisolte ed un futuro che non c'è ancora e che, tuttavia, aspira ad essere migliore di ciò che è stato (Schwab, 2019, p. 36).¹⁷

Ma proprio la 'personificazione' dell'emergenza in una sorta di dea 'benevola', in una prefigurazione di una nuova 'normalità' tecnocratico-competitiva – che è appunto la negazione stessa della natura dell'eccezione¹⁸ – rappresenta una tentazione per il giurista. Tentazione strettamente correlata ad un sostanziale accantonamento (sospensivo) della dimensione costituzionale, per portare in primo piano la logica 'efficiente' dell'amministrazione che, per certi aspetti, paradossalmente (ma non tanto, come diremo) sembra evocare certe prospettive marxiane, dopo il compimento della rivoluzione, di amministrazione, di governo delle 'cose':

Si tratta non tanto di esplorare profili costituzionali, legati alla presenza, o meno, di disposizioni costituzionali sull'emergenza o riferibili al quadro costituzionale riguardanti il rapporto fra Stato e regioni, quanto, piuttosto, di scegliere quello dell'amministrazione come profilo per esaminare la risposta del nostro paese ai problemi legati alla pandemia e all'emergenza che ne è derivata. Si tratta, in altri termini, di verificare a quale strumentazione amministrativa, oltre che a quella legislativa, si sia fatto ricorso per cercare di dare risposte ai problemi dei cittadini legati alla pandemia. Si tratta di un approccio che può consentire anche una analisi significativa dello stato della democrazia nel nostro paese, e ciò sia perché l'amministrazione è la Costituzione del quotidiano, quella nella quale i diritti dei cittadini e delle imprese possono divenire realtà concrete, sia perché il sistema amministrativo e la sua qualità costituiscono uno dei più significativi elementi di

¹⁷ Per una analisi puntuale di alcuni elementi dell' "anomalia italiana" vedi Lanchester (2011).

¹⁸ "Nel carattere dello stato d'eccezione c'è che esso è limitato: ed è propriamente nel fatto che deve essere eliminato e restare un'eccezione"; la citazione che Schmitt introduce nello svilupparsi della sua argomentazione è centrale, e lo vedremo nel prosieguo; ma estremamente significativa è anche la nota che l'accompagna e che riproduciamo perciò integralmente: "Il cancelliere del Reich nella 392ª seduta del Reichstag il 22 novembre 1923 (Relazioni, p.12191); egualmente il ministro degli interni del Reich il 5 marzo 1924 (405ª seduta, Relazioni, p.12595); «E' ovvio che lo stato di eccezione in modo corrispondente al suo nome deve restare un'eccezione e deve essere eliminato, appena le circostanze lo consentano» – La questione è ovviamente anche qui, chi decide su ciò che le circostanze consentono." Cfr. Schmitt (1928).

competitività di un paese, facente parte, come il nostro, dell'Unione Europea. Certamente la qualità delle disposizioni costituzionali è importante per la qualità della democrazia; tuttavia, questa rischia, in qualche modo, di entrare in sofferenza senza una capacità di attuazione del quadro costituzionale che è legata alla presenza di una adeguata capacità amministrativa (Pajno, 2021, p. 40).

Tuttavia, a nostro modesto avviso, forse, per delineare un quadro attendibile di quanto sta accadendo, alle persone e alle 'istituzioni normative', e di quante delle questioni irrisolte della democrazia potranno trovare o non trovare soluzioni nel prossimo futuro, anzi di interrogarci più radicalmente se questo futuro si inserirà ancora in un orizzonte di democrazia 'liberale', si tratta invece proprio di "*esplorare i profili costituzionali, legati alla presenza, o meno, di disposizioni costituzionali sull'emergenza*"¹⁹ e di richiamare con forza, certamente, che "la qualità delle disposizioni costituzionali è importante per la qualità della democrazia", ma che questa, tuttavia, "rischia, in qualche modo, di entrare in sofferenza" soprattutto se la costituzionalistica non riassume a pieno titolo, e proprio in tempi di emergenza ed eccezione, il suo ruolo costitutivo di argine e indirizzo, in una parola, di rinnovata 'difesa' della medesima.

Ma per fare ciò, intanto, sarà necessario, oltre alla consapevolezza che la nostra Costituzione non sarà definibile 'di carta', ma appaia attualmente collocata, da un'emergenza troppo prolungata, in una sorta di 'limbo', un recupero di una dimensione e profondità storica, atte a farci comprendere i pericoli (per certi aspetti , se si vuole, in parte *in nuce*, ma tutt'altro che irreali , come vorrebbero invece alcuni, non di certo melanconici, ma piuttosto definibili 'quietisti') che le nostre istituzioni corrono e potranno correre in futuro.

Certo un richiamo alla profondità storica del dettato normativo costituzionale e della riflessione costituzionalistica che ebbe a prenderlo ad oggetto in epoche antecedenti a questa nostra così procellosa e confusa, sarebbe stato auspicabile sin dal momento iniziale della vicenda emergenziale, nella quale il cittadino sotto l'incubo incombente della "paura di morire" – quella paura che Hobbes aveva collocato all'origine dello stato moderno²⁰, ma che l'ottimismo delle magnifiche sorti e progressive aveva fatto in fretta dimenticare nel settantennio successivo alla seconda guerra mondiale – si è trovato, per lo più inconsapevole o disorientato, sottoposto a tutta una serie di DPCM limitativi o sospensivi delle libertà individuali, quasi sulla base della riattualizzazione del principio "salus rei publicae suprema lex esto", o meglio, da ultimo, dello 'Stato Etico-Terapeutico' (che sostituisce il diritto alla salute con una sorta di generalizzato e civico "dovere di essere sani")²¹.

Allora avrebbe potuto assumere un senso ricordare la posizione della migliore dottrina costituzionalistica italiana che si fece implicitamente od esplicitamente carico del fondamento liberal-garantistico scaturente dalla Costituzione, sia che negasse in via di principio la sussistenza dei poteri di eccezione o di emergenza, sia che, pur ammettendoli, tendesse a limitarli il più possibile, reintegrando il prima possibile l'ordine violato.

19 Abbiamo cercato per grandi linee di ricostruire storicamente quel percorso e quel dibattito in Cappellini (2020).

20 E andrà ricordato che Hobbes, traduttore delle pagine di Tucidee sugli effetti della peste ad Atene durante la guerra del Peloponneso (430 a.C.), aveva fatto inserire nel celebre frontespizio del *Leviatano* del 1651, forse di Abraham Bosse, sia pure appena visibili fra le strade della città dominata dalla gigantesca figura del Sovrano-Leviatano, due figure di medici della peste, colla loro caratteristica, e inquietante, maschera protettiva a forma di becco di uccello, mantenendo il doppio riferimento epidemia/guerra civile. Cfr. Ginzburg (2015, pp. 53 ss.).

21 Andrà ricordato che spetta ad uno scrittore italiano, Lino Aldani, di aver preconizzato già nel lontano 1963, l'avvento di un simile Stato Terapeutico, una società del controllo, basata sul rischio sanitario, nella quale era necessario poter in ogni momento dimostrare di avere una "temperatura normale" e si era costretti ad essere dotati di termometri a tal fine, nel suo racconto, praticamente introvabile in italiano, *Trentasette centigradi*. Lo si può ancora leggere nella traduzione francese (Aldani, 2020).

Ragioni dello Stato e ragioni della Persona, tensione fra l'idea di concentrazione del potere di decisione e quella di un suo necessario esercizio democratico, tra libertà e sicurezza, si confrontarono allora – e sarebbe stato bene riudire un forte e chiaro unisono sul punto – su di un crinale certo sottile ed estremamente rischioso, soprattutto per la dimensione personalistica e garantistica (Carlassare, 1990, pp. 479-480), cosicché non stupisce che, per esempio, Paolo Barile, caposcuola dei costituzionalisti fiorentini, allievo di Calamandrei, partigiano combattente e 'Partigiano della Costituzione' (Cannone, 2020), arrivasse, quasi a coronamento della sua riflessione sulle libertà fondamentali, "a ritenere inammissibili deroghe o sospensioni della Costituzione, se non mediante legge costituzionale" (Barile, 1984)²².

O ancora le posizioni di un Carlo Esposito, di un Costantino Mortati, di un Giuseppe Ugo Rescigno e di molti altri.²³

Ed oggi, quando si discute di obbligo vaccinale e green pass in relazione all'art. 32 della Costituzione²⁴, arrivando spesso, anche da parte di giuristi di vaglia, che non paiono però coinvolgere nella riflessione, ad esempio, le recenti pronunce dei tribunali spagnoli, o la presa di posizione del ministro dell'istruzione francese Jean-Michel Blanquer che ribadendo che le istituzioni di insegnamento, scuola e università devono "essere accessibili a tutti" e che il green pass "non sarebbe né legittimo, né auspicabile" (e così Inghilterra, Olanda e Danimarca e Svezia, tra le altre), per tacere dell'esplicito contrasto con la formulazione del regolamento europeo in materia, a conclusioni legittimatrici, sembra prevalere una lettura meramente positivista – e per di più, come diremo subito, riduttiva dell'articolo – ancora una volta non valutando appieno il contesto storico e dinamico.

Il secondo comma che comincia con "Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario [se non per disposizione di legge²⁵]" è evidentemente intanto correlato ad un'epoca nella quale non si era ancora affermato quel processo di sostituzione della scienza alla religione che, col favore dell'evento epidemico, sembra compiersi oggi²⁶.

²² Cfr. Carlassare (1990, p. 480). Vedi anche Galizia (2001).

²³ Sul punto rimando al mio *Lipotesi Tocqueville* (Cappellini, 2020).

²⁴ Lasciapassare verde, tessera verde estesa addirittura, in "una Repubblica fondata sul lavoro", a tutti i lavoratori del pubblico e del privato a partire dal 15 ottobre 2021, i quali quindi si troveranno per poter esercitare il loro diritto e non essere sanzionati con sospensioni dal mese e dallo stipendio (ciò che nel privato, configurandosi appunto tale assenza come assenza ingiustificata dal posto di lavoro, potrebbe preludere in prima istanza, oltre che alla sospensione dallo stipendio, ad un demansionamento, ed in prospettiva anche ad un licenziamento, magari motivato non con riferimento al fatto originario, ma alla nuova situazione venutasi a creare sul luogo di lavoro) dinnanzi, o ad un obbligo surrettizio di vaccinazione, o a dover 'pagare' per lavorare, posto che tale tessera si può ottenere anche sottoponendosi a tamponi non gratuiti, anch'essi peraltro da rubricare come 'trattamento sanitario', della durata di validità di 48 o 72 ore (il costituzionalista Michele Ainis ha definito tale seconda possibilità una sorta di "tortura", tuttavia 'curiosamente' senza trarne alcuna conseguenza sul piano giuridico-costituzionale).

²⁵ E' da ritenersi esclusa, in presenza di riserva rafforzata, quindi la possibilità del ricorso non dicasi a DPCM, ma anche agli stessi decreti legge (cfr. Carlassare, 2008, pp. 536 ss.).

²⁶ "Che la scienza sia la religione del nostro tempo non è una tesi nuova, di recente è stata ribadita anche da Giorgio Agamben. Del resto religione e scienza operano secondo uno stesso paradigma 'terapeutico' e la cosa diventa del tutto evidente quando si tratta della medicina. Quello però che è veramente è che per diventare la religione del nostro tempo la scienza abbia avuto bisogno di umiliare una particolare religione. Quella cristiana e per farlo ha recuperato – probabilmente senza neppure saperlo – un'eresia a suo tempo sconfitta dal cristianesimo. La gnosi. Perché il cosiddetto assembramento è stato vietato non solo nelle piazze, ma anche nelle chiese? Perché anche la libertà religiosa ha dovuto subire l'oppressione da virus. Perché impedire preghiere, messe e funerali pur nel rispetto della distanza fisica fra le persone? Non è facile rispondere a queste domande. Il contagio qui non c'entra o c'entra poco. Poco più di una metafora. Contro il dispotismo dei virologi e ancor più del techno-scientismo dominante, la Chiesa, con la dottrina paolina del "corpo di Cristo" (I Corinzi 10,16 ss.) era l'ultimo ostacolo, il *katéchon*, "ciò che trattiene" e mette un freno all'Apocalisse. Ma lo gnosticismo ha finito con il prendersi la sua rivincita". Così Becchi (2020, pp. 84 ss.).

In sottofondo, molto più, si avverte la presenza del Codice di Norimberga, ovvero dell'insieme di principi normativi enunciati in occasione della sentenza del tribunale militare americano che il 19 agosto del 1947 condannò 23 medici nazisti per le sperimentazioni effettuate nei campi di concentramento. Di tali principi – elaborati da due medici consulenti del tribunale Andrei C. Ivy e Leo Alexander (e già proposti da Ivy in sei punti il 1 agosto del 1946 All'International Scientific Commission on Medical War Crimes, in particolare per confutare la tesi difensiva secondo cui le sperimentazioni tedesche non si sarebbero differenziate da quelle condotte nello stesso periodo nei penitenziari statunitensi) – il primo è senz'altro il più importante e merita di essere testualmente riportato: “la persona coinvolta dovrebbe avere la capacità legale di dare il consenso, e dovrebbe quindi esercitare il libero potere di scelta, senza l'intervento di qualsiasi elemento di forzatura, frode, inganno, costrizione, esagerazione o altra ulteriore forma di obbligo o coercizione; dovrebbe avere, inoltre, sufficiente conoscenza e comprensione dell'argomento in questione tale da metterlo in condizione di prendere una decisione consapevole e saggia” (Corbellino, 2008).

Ma tali aberranti percorsi avevano avuto precisamente origine da interventi di 'insigni' scienziati di varia provenienza – tutti evidentemente convinti che le loro tesi 'avanzate' corrispondessero ad una indiscutibilità scientifica, di una scienza, come oggi si ama dire da molti esponenti mediatici di essa, “non democratica” –, che avevano trovato il loro culmine nel saggio che nel 1920 esce a Lipsia scritto a quattro mani da uno dei più importanti penalisti tedeschi dell'epoca, Karl Binding e da un professore di medicina, Albert Hoche, che si era anche interessato a questioni etico deontologiche relative alla sua professione.

Il titolo dell'opera ha oggi, è inutile nasconderselo, un suono sinistro, che ruota attorno ai due espressioni: “*Vernichtung*” – “annientamento” – e “*lebensunwerten Lebens*” – “vita indegna di essere vissuta”.

Tale tono sinistro non era certo avvertito dall'editore che, annunciando all'ultimo momento con un inserto incollato nella seconda di copertina la morte dell'autore, celebre giurista, durante la stampa, definiva il suo intervento “il suo ultimo atto per il bene dell'umanità”; il titolo completo suona dunque:

“*L'autorizzazione all'annientamento della vita indegna di essere vissuta*” (*Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens*).

Laddove *Freigabe* vuol dire certo “autorizzazione” – e ciò rende bene il carattere burocratico delle conseguenze –, ma anche letteralmente “liberazione” dalle remore, dai vincoli morali e religiosi, “patente di libertà”, appunto all'annientamento. Testuale (e profetico), da parte di un giurista e da uno scienziato della medicina.²⁷

Siamo, come si vede, ben all'interno di quel campo di sapere che ormai era divenuto patrimonio comune europeo. Un campo – evolucionistico (Galton e Chamberlein erano letture diffuse, e si potrà ricordare che Enrico Ferri, deputato socialista e direttore dell'Avanti dal 1904 al 1908, parlava della *triunità* Darwin, Spencer e Marx), materialistico, biologistico, sociologico, eugenetico – dove i saperi si incontrano e si intrecciano, sempre più aventi ad oggetto la vita delle persone. Quel campo cioè della biopolitica che, come ci ricorda Giorgio Agamben, è stato lo studioso e filosofo tedesco Karl Löwith, allievo tra l'altro di Heidegger e attento conoscitore delle tesi del giurista Carl Schmitt, il primo ad individuare, definendo la “*politicizzazione della vita*” come il *carattere fondamentale della politica degli stati totalitari* (Agamben, 2005).

²⁷ Il testo, accessibile in tedesco anche in rete, è stato di nuovo reso meritoriamente reso disponibile, tradotto in italiano, in Binding e Hoche (2012, pp. 42 ss.). La traduzione del titolo suona leggermente diversa dalla nostra: “La liberalizzazione della soppressione della vita senza valore”.

Come che sia, il contesto storico della formulazione dell'art. 32 andrebbe approfondito in ordine a *tutte* le sue formulazioni.

Ma sinora, quanto ci consta, solo Alessandro Mangia, nel quadro di una lucida analisi complessiva, ha richiamato questa esigenza.

Sottolineando anzitutto “che è dal 2002 che, secondo la Corte costituzionale, il legislatore, in materia sanitaria, è vincolato dalle risultanze degli accertamenti tecnici. E cioè dai risultati delle sperimentazioni. Sentenza Onida e sentenza Cartabia del 2018. Sperimentazioni che in questo caso forniscono un' accertamento sommario e comunque non definitivo. Accertamenti sommari e provvisori, condotti in nome dell'emergenza, non sono una base per l'introduzione di un obbligo vaccinale²⁸, nemmeno per categorie limitate; l'autore sottolinea con forza che c'è una seconda cosa da ricordare: “*E' quel pezzo di art.32 che tutti si dimenticano di citare. E cioè quello che dice che , anche se opera con legge, il legislatore “non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana”. Strano che nessuno lo citi più.*”

L'ordinario di costituzionale dell'Università Cattolica si riferisce precisamente alla seduta plenaria della Commissione per la Costituzione del 28 gennaio 1947, nella quale, inizialmente, il Presidente Ruini aveva avvertito che il Comitato di redazione aveva respinto un emendamento aggiuntivo, presentato dagli onorevoli Rossi Paolo e Moro, così concepito: “Nessun trattamento sanitario può essere obbligatorio se non per legge. Non sono ammesse pratiche sanitarie lesive della dignità umana”. Moro però ribadisce, anche in forza del fatto che esso era stato “ricavato dai tre articoli proposti dal gruppo parlamentare dei medici”, l'importanza della sua formulazione; ed in particolare della sua seconda parte: “Importante è anche l'altra parte dell'emendamento. Non soltanto ci si riferisce alla legge per determinare che i cittadini non possono essere assoggettati altrimenti a pratiche sanitarie, ma si pone anche un limite al legislatore, impedendo pratiche sanitarie lesive della dignità umana. Si tratta, prevalentemente, del problema della sterilizzazione e di altri problemi accessori. *L'esperienza storica recente* dimostra l'opportunità che nella Costituzione italiana sia sancito un simile principio, ed egli insiste pertanto perché gli emendamenti proposti siano accettati, salvo ad apportarvi modificazioni formali”.

Nonostante l'allusione storica abbastanza univoca, l'accettazione di quella seconda parte sarà tutt'altro che scontata. Già in quella stessa seduta l'on. Umberto Nobile, autore delle imprese polari con il *Norge* e l'*Italia*, ed eroe della *Tenda rossa*, in un primo tempo sollecitato a rappresentare la DC in Assemblea Costituente, ma poi , in seguito a una diversa riflessione legata anche al suo soggiorno in Unione Sovietica, entrato, sostanzialmente come indipendente, nelle file del Partito Comunista²⁹, dichiarava, pur comprendendone lo spirito, di essere molto perplesso, considerando “che si tratti di una formula troppo restrittiva, e che vi possano essere dei casi speciali in cui, *per ragioni superiori riguardanti l'interesse stesso della sanità collettiva*, la

28 “Dunque, in estrema sintesi: probabilmente lo Stato non si sente di rendere obbligatorio per tutti un vaccino che non ha terminato la sua sperimentazione e che può causare, come egli stesso ammette con l'art. 3 del Dl 44/2021, che espressamente richiama gli art.589 e 590 c. p., la lesione o la morte del vaccinato; però, al tempo stesso, vuole che tutti si vaccinino” (Giuliano Scarselli; argomento ripreso con riferimento anche al decreto legge 2394 che estende il 'certificato verde' o green pass a tutti i lavoratori da Giorgio Agamben nell'audizione alla Commissione Affari Costituzionali del 7 ottobre 2021, nella quale sono stati sentiti tra gli altri anche Alessandro Mangia e Ugo Mattei). Si veda anche il documento dell'Osservatorio permanente per la legalità costituzionale (collegato a Generazioni Future Società Cooperativa di Mutuo Soccorso Stefano Rodotà, ma organismo di studio indipendente istituito nel 2020) dal titolo *Sul Dovere Costituzionale e Comunitario di Disapplicazione del CD Decreto Green Pass* (tra i componenti dell'organismo di studio i costituzionalisti Alberto Lucarelli, Marina Calamo Specchia, Fiammetta Salmoni e Michele della Morte, e i civilisti Ugo Mattei, Piergiuseppe Monateri, Luca Nivarra, l'internazionalista Pasquale De Sena e l'amministrativista Sergio Foa), <https://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-dovere-costituzionale-e-comunitario-di-disapplicazione-delcd-decreto-green-pass>.

29 La vicenda è ripercorsa in Nobile (1969, pp. 412-426).

legge possa essere costretta ad imporre determinate pratiche sanitarie che con l'emendamento si vorrebbero escludere in ogni caso". E portava – certo inconsapevole dell'"uovo del serpente" di Binding e Hoche – l'esempio delle gravi forme di pazzia ereditaria nei quali la legge avrebbe "il dovere di prevedere misure sanitarie atte ad impedire che siano messi al mondo degli infelici destinati con certezza al terribile male". Nella seduta dell'Assemblea costituente del 17 aprile del 1947 poi l'on. Michele Giua, chimico e rappresentante del Partito socialista, interpretando la norma come dettata da intenti 'clericali', nel senso che essa volesse in primo luogo vietare le pratiche abortive, si dichiarava nettamente contrario, in nome della scienza, e sempre "per il bene dell'umanità", al testo di Moro e Paolo Rossi e, tutto preso da un ottimismo politico di stampo 'progressivo', ma forse un po' stonato coi tempi, soggiungeva:

Da notare anche che, se lo sviluppo della genetica ci permetterà, dal punto di vista chimico, di stabilire quali sono le sostanze che influiscono su determinati caratteri – e questo non è da escludere – non bisogna impedire, per il bene dell'umanità, anche per combattere determinate malattie, questi interventi sanitari. Invece, in base alla formulazione del progetto, noi vieteremo l'intervento del medico per il miglioramento dell'organismo e della razza [testuale]. Qui si tratta di applicazione dei trovati scientifici. I razzisti usavano della scienza e della tecnica dopo che esse erano state prostitute. Si tratta di applicare per lo sviluppo della civiltà, i principi della scienza e della tecnica, che devono essere applicati, perché progresso significa applicazione e sviluppo di questi principi. Qualsiasi divieto si faccia per l'applicazione delle scienze è un divieto che si pone al progresso, è un arresto di civiltà.

Anche nella seduta dell'Assemblea costituente del 24 aprile 1947 si leva un'altra richiesta di "soppressione della norma con la quale vengono vietate le pratiche sanitarie lesive della dignità umana"; questa volta la richiesta proviene dalla fila liberali per la voce autorevole di Gaetano Martino, originariamente medico di professione, anche lui a partire da una supposta interpretazione 'cattolicizzante' della norma:

Ora, chi domani volesse interpretare questa legge e tenesse presente che col suo brillante discorso introduttivo l'onorevole Tupini ebbe ad elencare tale norma fra quelle che rappresentano conquiste della democrazia cristiana in sede costituzionale, potrebbe pensare che qui si tratti della sterilizzazione profilattica ed altri problemi accessori, ai quali non può restare indifferente un partito cattolico... Mi direte: ma i proponenti di questa norma non intendevano di considerare tutti questi casi; essi intendevano piuttosto riferirsi alla sterilizzazione eugenica. Ma allora bisogna dirlo chiaramente: Bisogna dire "E'vietata la sterilizzazione eugenica"... Badate, onorevoli colleghi, che una norma simile non esiste in nessuna Costituzione del mondo, nemmeno in quella più permeata di spirito cattolico, cioè nella Costituzione irlandese, la quale comincia con l'invocazione alla SS.Trinità, "da cui discende ogni potere ed a cui sono da ricondurre, come al fine supremo, tutte le azioni degli uomini e degli Stati".

Tuttavia per Martino, anche se la sua stessa conclusione mostra che l'argomento 'prova troppo', in profondità, è in realtà la motivazione storica (e non il presunto carattere democristiano) della norma che fa problema, implicitamente, ma neanche tanto, venendo a toccare il punto focale anche del nostro discorso complessivo: ovvero il rapporto (qui non risolto) democrazia/dittatura.

E infatti.

E se pure voleste, modificando il testo proposto dalla Commissione, vietare esplicitamente la sterilizzazione eugenica, ugualmente vi pregherei di sopprimere questa norma. La sterilizzazione eugenica è infatti contraria alla nostra morale, non è ammessa dalla nostra coscienza [ma vedi *supra* Nobile e Giua].

E' vero che essa è stata praticata in altri paesi in determinate condizioni. Ma allora, se noi dovessimo proibire quello che Hitler fece in Germania, perché non inserire pure nella Costituzione la proibizione dei campi di concentramento, delle camere a gas, dei plotoni di esecuzione per gli avversari del regime?

Credetemi, questa norma non ha senso. Se pure si voglia prevedere il caso di un dittatore che si impadronisca del potere e pensi di ricorrere, per un sogno razziale, alla sterilizzazione o ad altri crimini riprovati dalla nostra coscienza, questa norma non ha senso... Niente di quello che noi ora facciamo, nessuna nostra norma costituzionale avrebbe valore qualora un pazzo criminale diventasse il dittatore della Repubblica italiana.

Ma a tutte queste critiche Moro aveva già pacatamente risposto, mettendo bene in chiaro il carattere 'laico' e soprattutto, aggiungeremmo, autenticamente personalistico e liberale della formulazione, volta in realtà a 'decostruire' le *ragioni superiori* di 'entità' collettive prevaricanti sulla persona "per il suo bene"³⁰: "Quanto alla seconda parte, non si vuole escludere il consenso del singolo a determinate pratiche sanitarie che si rendessero necessarie a seguito delle sue condizioni di salute; *si vuol soltanto vietare che la legge, per considerazioni di carattere generale e di male intesa tutela degli interessi collettivi*, disponga un trattamento del genere. I casi invece di carattere generale da applicarsi a tutti i cittadini devono essere disposti per legge entro quei determinati limiti di rispetto della dignità umana.

Per essere più chiaro, è disposto a modificare il suo emendamento, onde evitare che il divieto sia esteso anche ai singoli, dicendo invece: "La legge non può imporre pratiche sanitarie lesive della dignità umana".

Per ridare la parola ad Alessandro Mangia³¹, siamo quindi dinnanzi non – anche nella sua formulazione ultima votata dall'Assemblea Costituente ("La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana") – a una norma generica, ma "a una norma di sbarramento". Che tocca appieno anche i problemi attuali; infatti, come osserva ancora il nostro costituzionalista, a chi volesse assumere che fra il punto di partenza di Moro (la sterilizzazione) e l'attuale questione vaccinale vi sia una radicale sproporzione, va osservato come un elemento comune invece debba essere rinvenuto:

Sa cos'hanno in comune i vaccini con la sterilizzazione e altri problemi accessori? E sappiamo a cosa si riferiva Moro nel 1947, parlando di "problemi accessori" che non venivano descritti per decenza...L'irreversibilità degli effetti di determinati trattamenti sanitari disposti con legge. Sa a parole io mi posso sbattezzare. Ma non mi posso svaccinare, neanche ritirando il consenso.

30 Cfr. tra le altre la sentenza 307/1990 (14-22 giugno 1990 Presidente Saja, redattore Corasaniti) che con riferimento al trattamento vaccinale obbligatorio afferma "che un trattamento sanitario può essere imposto solo nella previsione che esso non incida negativamente sullo stato di salute di colui che vi è assoggettato, salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiono normali di ogni intervento sanitario, e, pertanto tollerabili." E invece, "con riferimento all'ipotesi di ulteriore danno alla salute del soggetto sottoposto al trattamento obbligatorio – ivi compresa la malattia contratta per contagio causato da vaccinazione profilattica – il rilievo costituzionale della salute come interesse della collettività non è da solo sufficiente a giustificare la misura sanitaria. Tale rilievo esige che in nome di esso, e quindi della solidarietà verso gli altri, ciascuno possa essere obbligato, restando così legittimamente limitata la sua autodeterminazione, a un dato trattamento sanitario, anche se questo importi un rischio specifico, *ma non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri*". La solidarietà fra individuo e collettività è "da ritenere ovviamente reciproca". Cfr. inoltre la sentenza 118/1996 sulle vaccinazioni antipolio, laddove la Consulta sottolinea che "nessuno può essere semplicemente chiamato a sacrificare la propria salute a quella degli altri, fossero pure tutti gli altri"; e vedi anche Negroni (2020).

31 Vedi anche Mangia (2021).

In conclusione il perimetro nel quale il legislatore dovrebbe muoversi mostra due confini ben precisi:

Le risultanze tecniche e la norma di sbarramento voluta da Moro in Costituzione. Che per fortuna viene ancora ricordata dalla Corte nel 2002 nella sentenza sull'elettroshock. Che si sa essere una pratica sanitaria quantomeno controversa. In questo caso non c'è niente da bilanciare. Nonostante le apparenze è una norma chiarissima, se letta bene. Come nel 1947 si voleva sarebbe stata.

In questa ottica quindi il Dl. 105/2021 (e quello che lo ha seguito il Dl. 111/2021), oltre a non essere "compatibile" coi regolamenti UE 2021/953 e 2021/954 (che escludono esplicitamente possano darsi discriminazioni tra cittadini vaccinati e non vaccinati, anche nel caso essi abbiano scelto di non farlo), oltre ad introdurre un'abnorme sanzione (che tocca i diritti costituzionali al lavoro e alla retribuzione) appunto "per comportamento lecito", è interessante ai fini del nostro discorso per il suo carattere di 'elusione' del percorso indicato dalla Costituzione, volto più o meno dichiaratamente ad introdurre un obbligo al trattamento sanitario *indiretto*.

Così una parola chiave per intendere storicamente, e collocare concettualmente la vicenda che stiamo vivendo, è pronunciata. Un potere cioè che decide di non assumersi la responsabilità politica di imporre direttamente un obbligo, ma demanda l'assunzione di tale responsabilità ad altre istanze.

Ma prima di approfondire questo aspetto strutturale decisivo, ci sembra necessario collocare al suo posto qualche ulteriore tassello. Nell'intento di muoverci in questa direzione sarà allora utile sottolineare alcuni aspetti dell'evoluzione storica dei secoli immediatamente antecedenti al nostro, che convergono tutti, se ben riflettuti, nel mettere in guardia, con un motto dal sapore molto tocquevilliano, le democrazie parlamentari (e il corrispettivo ceto dei giuristi) della loro "eccessiva fiducia nelle conquiste della libertà di cui niente è più fragile nell'Europa moderna": né si dimentichi che il premio Nobel per la letteratura Czeslaw Milosz ebbe a definire il XX di quei secoli " Eccezionalmente infame"³².

Per farlo vorremmo ridare la parola ad un testo che sembrerebbe collocarsi in un'epoca, gli anni '60, lontanissima ormai dal nostro presente, ma che invece conserva, a nostro avviso, un tasso di lucidità e lungimiranza più che sorprendenti. E la cui diagnosi provocatoria, che nell'oggi sembra trovare più di una conferma, merita la massima attenzione, anche solo per controverterla. Si tratta della riflessione di Gianfranco Miglio sulla trasformazioni dei regimi politici della modernità (Miglio, 1965), che, contemplandole dall'angolo visuale dello storico e del politologo³³, coglie un aspetto che spesso sfugge invece alla analisi politico costituzionalistica.

Parlando, già allora, della crisi del nostro sistema istituzionale, innanzitutto Miglio, fedele alla sua divisa secondo la quale lo scienziato, e tanto più lo storico, deve individuare 'regolarità', le regolarità essenziali che reggono i percorsi vitali, procede sviluppando una tassonomia interessante la 'durata' dei regimi politici:

³² La prima affermazione è di Curzio Malaparte, ricordata da Bruno Tellia, che richiama anche la seconda, nella sua *Presentazione a Curzio Malaparte* (1994, 7-8).

³³ Nell'ambito costituzionalistico la diffidenza a mettere in valore le ricostruzioni provenienti da questi ambiti disciplinari sembra, quasi orlandianamente, riemergere proprio con più forza in questo momento 'emergenziale'. Un buon esempio in De Siervo (2021, pp. 65-66), con ricadute significative, a nostro avviso, sulla valutazione complessiva del momento storico.

Certo può sembrare a tutta prima strano riscontrare i segni di senescenza in un regime il quale sfiora appena il ventennio di durata. Ma se soltanto si guardano le cose attentamente e con il dovuto distacco, bisogna riconoscere che il ciclo vitale medio dei più recenti sistemi politici non supera di molto un tale lasso di tempo. Se infatti si considerano i regimi politici succedutisi nell'Italia contemporanea, si nota che la Restaurazione durò trentaquattro anni (dal 1814 al 1848), la Monarchia costituzionale ventotto anni (dal 1848 al 1876), la Monarchia parlamentare a suffragio limitato trentacinque anni (dal 1876 al 1911) la Monarchia parlamentare a suffragio universale undici anni (dal 1911 al 1922), la dittatura infine ventitrè anni (dal 1922 al 1945). Il che comporta una durata media di ventisei anni.

Se poi si spinge lo sguardo al paese più vicino ed affine, cioè alla Francia, si constata che il regime rivoluzionario durò undici anni (dal 1789 al 1800), la prima dittatura militare quindici anni (dal 1800 al 1815), la Monarchia della Restaurazione (pur con notevoli variazioni costituzionali) trentatré anni (dal 1815 al 1848), la Seconda repubblica 4 anni (dal 1848 al 1852), la seconda dittatura militare diciotto anni (dal 1852 al 1870), la Terza repubblica settant'anni (dal 1870 al 1940), la Quarta repubblica (ivi compreso il Governo provvisorio) quattordici anni (dal 1944 al 1958). Con una durata media di ventiquattro anni (Miglio, 1965, p. 6).

Una volta stabilita l'impermanenza sostanziale dei regimi politici e richiamando qualcosa che ha in questi tempi toccato anche alcuni di noi – “quella sensibilità ancestrale che rende consapevoli le creature animali dell'avvicinarsi di una tempesta o del pericolo delle ‘rapide’ sul corso di un fiume” e che fa avvertire “nell'atmosfera gradualmente più inquieta, i presagi di un mutamento sempre meno lontano” – emerge la questione decisiva (che era presente *in nuce* nell'alternanza cronologica dei regimi sopra sviluppata): quella del rapporto fra ‘regime rappresentativo’ e dittatura.

Ebbene, per Miglio, i fautori dei due assetti istituzionali ‘credono’ di stare ben saldi su sponde opposte: ma non è così.

In un punto gli uni e gli altri sono generalmente concordi come su di una verità fuori discussione: nel ritenere che fra il regime ‘rappresentativo’ – specialmente fra il regime rappresentativo ‘puro’ quale è quello vigente oggi in questo paese – e la dittatura, non esista, nè per le idee ispiratrici nè per le strutture, alcun tratto in comune, ma soltanto radicale antitesi. E proprio qui invece – almeno agli occhi dello storico – gli uni e gli altri si ingannano, e si ingannano di molto (Miglio, 1965, p. 7).

La tesi è chiara. Posto che il regime rappresentativo è un ‘consumatore’ di autorità, e la dittatura, invece ‘produttrice di autorità’, l'alternanza avrebbe un ruolo preciso:

Che è quello di ‘ricaricare’ l'autorità logorata e quindi alla fine di rimettere in tensione ed in vita lo stesso sistema rappresentativo. Tant'è vero che le dittature dell'età contemporanea non solo sono tutte ‘carismatiche’ nel senso stretto del termine – cioè non durano oltre la vita del protagonista, e molto spesso l'accorciano sensibilmente – ma sono subito generalmente seguite da restaurazioni rappresentative. Si può dire perciò, senza tema di sbagliare, che l'uno e l'altro regime sono soltanto due momenti di uno stesso sistema: il ricorso alla dittatura comporta certo una modificazione qualche volta drammatica della costituzione rappresentativa e di alcuni suoi istituti: ma non rappresenta affatto l'abbandono del sistema storico di cui la costituzione rappresentativa fa parte (Miglio, 1965, p. 10).

Si tratterebbe insomma di una sostanziale *complementarietà* dei due ordinamenti considerati:

Il regime ‘rappresentativo’ e la dittatura carismatica, così come oggi li conosciamo sono fenomeni tipici dell’età contemporanea: cronologicamente sorgono insieme e strettamente poi si alternano da un secolo e mezzo in qua. Se guardiamo al paese in cui la costituzione rappresentativa moderna ‘pura’ prese le sue forme definitive, cioè alla Francia, vediamo che al governo rivoluzionario, fondato su di una assemblea rappresentativa, succedette dopo pochissimi anni la dittatura giacobina, così come al regime rappresentativo del Direttorio seguì subito la dittatura napoleonica; che alla Monarchia rappresentativa della Restaurazione e alla Repubblica del ‘48 succedette la seconda dittatura bonapartista, che la Terza e la quarta repubblica rappresentative cedettero il posto a due dittature militari. E se guardiamo più addietro nel tempo, all’Inghilterra, vediamo che la prima radicale attuazione del regime rappresentativo, nell’età del parlamento puritano, fu immediatamente seguita dalla ferrea dittatura cromwelliana. *Se poi alle dittature esplicitamente consacrate in un peculiare ordinamento, si aggiungono le ‘quasi-dittature’ esercitate da personaggi che governarono formalmente nel quadro del regime rappresentativo, ma di fatto a questo sottraendo il potere decisivo, l’intreccio cronologico fra i due ordinamenti diventa ancora più stretto* (Miglio, 1965, pp. 7-8 – corsivo nostro).³⁴

Ciò sarebbe dovuto, secondo il nostro autore, alla stessa genesi storica del regime rappresentativo, nato per opporsi all’assolutismo, e, quindi, recante con sé un carattere intrinsecamente ‘polemico’:

Il regime rappresentativo, dunque – se si ha riguardo all’esperienza storica – è, per origine e natura, un ordinamento di *opposizione*. Derivato dalla metamorfosi di antichi strumenti consultivi della pubblica amministrazione, quel regime nacque e si affermò come apparato di lotta contro il principato assoluto, cioè contro una forte (o creduta forte) autorità, e nella azione di resistenza a questa autorità palesò la misura esatta ma anche i limiti della sua efficienza. Tutto nella sua struttura presuppone l’esistenza di un potere *esterno ed autonomo* da combattere, ostacolare e condizionare: esso non è una forma compiuta di organizzazione del potere: esiste e sta in piedi finché gli forniscono ragione di vita un’autorità sufficientemente minacciosa da contenere, o almeno – come nella situazione che talvolta sembra riguardare questo paese – le vestigia organizzative e normative di un assolutismo già tramontato (Miglio, 1965, p. 8).³⁵

Il rischio – o la certezza, se si acceda *in toto* alla ricostruzione di Miglio – allora qual è? Il fenomeno dell’emergere di poteri ‘esterni’ alla forma costituzionale rappresentativo -democratica.³⁶

Il regime rappresentativo – lo si è visto – è per sua natura un gran ‘consumatore’ di autorità: non un ‘produttore di autorità’; quando esso ha logorato anche gli ultimi resti del potere per combattere il quale è nato, nella comunità si produce un vuoto di autorità: un vuoto che non può essere riempito da un ‘esecutivo’ espresso dalla stessa Rappresentanza per le ragioni ora rilevate, e che pertanto tende ad essere colmato da poteri di fatto formati *al di fuori* del sistema rappresentativo (Miglio, 1965, p. 10).

34 “E questo spiega anche come mai le classi politiche dei regimi rappresentativi contemporanei – più o meno puri – abbiano trovato unità di spirito e di azione all’ombra delle semi-dittature – esercitate talvolta entro, e quindi per il tramite, di un partito di larga maggioranza – di un Bismarck, di un Cavour, di un Giolitti, e perfino di un De Gasperi” (Miglio, 1965, p. 11).

35 Il riferimento finale concerne palesemente il carattere e il fondamento antifascista della nostra Costituzione, che a seguito del mutamento di costituzione materiale (cfr. supra nota 9) ha avuto bisogno, specialmente a partire dal 1994, nella fase cioè della ‘difesa della Costituzione’ aperta da Dossetti e dai suoi ‘comitati’, di un ripensamento e di una rilegittimazione su basi più ampie. Problema che, come accenneremo, si riproporrebbe oggi in modo rinnovato.

36 Si noti che Miglio non usa mai questa espressione perché, secondo lui, inesatta scientificamente: “Io uso sempre e soltanto il termine ‘regime rappresentativo’ perché tecnicamente è il solo corretto: le altre espressioni infatti – o, come quella di ‘Stato costituzionale’ – indicano caratteri comuni già ad altri ordinamenti (per esempio all’Antico Regime), oppure – come ‘democrazia’, ‘Stato popolare’, ‘Stato liberale’ – fanno riferimento a concezioni ideologiche e non a concrete strutture istituzionali” (Miglio, 1965, p. 8).

L'analisi di Miglio è, come abbiamo detto e visto, risalente: ma anche se, a nostro avviso, priva di alcuni riferimenti importanti, anche per l'oggi, relativi in particolare alla specificità novecentesca (il rapporto fra carisma e sterminio, la nozione, che forse anch'essa sminuirebbe come 'ideologica', di totalitarismo), per la via della 'complementarità' tra regime rappresentativo e 'dittatura' e 'semi-dittatura', fornisce un quadro interpretativo inusitato rispetto alle letture sinora invalse da parte di una buona maggioranza della costituzionalistica, rispetto al fenomeno emergenza *versus* stato di eccezione.

O, perlomeno, una sfida ad ulteriori approfondimenti, anche discordanti.

Anche perché una ulteriore, e ancor più decisiva sfida, era la logica conclusione di tutto l'argomentare migliano, che già allora (certo inascoltato dai molti), più che profetizzare, diagnosticava *la fine dello Stato di diritto*.

Quella a cui assistiamo non è dunque una crisi transitoria dello 'Stato di diritto': è il principio della sua fine, o meglio della sua trasformazione in un regime del tutto diverso. In fondo non era scritto in cielo che esso fosse l'ultimo o il più perfetto degli ordinamenti: così come non v'è nulla di paradossale nel fatto che un'età, la quale è nata sotto il segno della libertà e dell'eguaglianza, proprio inseguendo tali costellazioni abbia finito per ritrovare le strutture dell'Antico Regime (Miglio, 1965, p. 19).³⁷

Una chiosa, col senno dell'oggi, è però indispensabile: i poteri non sono più quelli di un particolarismo legato alla 'terra', locale, nazionale, o quant'altro, ma sempre radicato in una visione classico-cristiana del vivere. I poteri sono quelli di un 'antico/nuovissimo regime post-moderno', della tecnoscienza, del neo-feudalesimo delle grandi e grandissime multinazionali, delle organizzazioni sopra nazionali e mondiali. Sono in una parola i poteri che intendono al *Weltstaat* di cui discorreva Ernst Jünger (2019).³⁸

³⁷ Una descrizione plausibile di ciò che verrebbe a significare, anche sul piano dell'abbandono dello Stato costituzionale, una tale transizione, da ultimo in Venanzoni (2020).

³⁸ Idee analoghe (lo Stato universale omogeneo) sviluppava anche Alexandre Kojève, per un inquadramento cfr. Tedesco (2006). Del resto Jacques Attali, Banchiere, economista, consigliere di Mitterrand e poi di Sarkozy e tra gli 'scopritori' di Macron, già nel 2009, laddove ovviamente non si riferiva, né avrebbe potuto, a questo tipo di 'pandemia', nella sua rubrica su *L'Express* auspicava un governo mondiale, così argomentando: "La storia ci insegna che l'umanità evolve significativamente soltanto quando ha realmente paura: allora essa inizialmente sviluppa meccanismi di difesa; a volte intollerabili (dei capri espiatori e dei totalitarismi); a volte inutili (della distrazione); a volte efficaci (delle terapeutiche, che allontanano se necessario tutti i principi morali precedenti). Poi, una volta passata la crisi, trasforma questi meccanismi per renderli compatibili con la libertà individuale e iscriverli in una politica di salute democratica. La pandemia che sta iniziando potrebbe dare il via ad una di queste paure strutturanti. Se essa non si rivelerà più grave che le due precedenti paure degli ultimi quindici anni legate a un rischio di pandemia (la crisi della mucca pazza in Inghilterra e quella dell'influenza aviaria in Cina), essa avrà comunque delle conseguenze economiche significative (caduta dell'attività del trasporto aereo, crollo o diminuzione del turismo e del prezzo del petrolio)... e avrà conseguenze in materia di organizzazione (sempre nel 2003 delle misure di polizia molto rigorose sono state prese in tutta l'Asia; l'OMS a messo in azione delle procedure d'allerta su scala planetaria; e certi paesi, in particolare la Francia e il Giappone, hanno costituito delle riserve considerevoli di medicinali e mascherine protettive). Se l'epidemia è un po' più grave, cosa che è possibile, poiché è trasmissibile da parte dell'uomo, essa avrà delle conseguenze veramente planetarie... E, anche se, come bisogna ovviamente sperare, questa crisi non sarà molto grave, non bisogna dimenticare, come per la crisi economica, di impararne la lezione, affinché prima della prossima crisi – *inevitabile* – si mettano in atto meccanismi di prevenzione e di controllo, come anche processi logistici di un'equa distribuzione di medicine e di vaccini. *Si dovrà per questo organizzare una polizia mondiale, un sistema mondiale di stoccaggio (delle riserve) e quindi una fiscalità mondiale. Si arriverebbe allora, molto più rapidamente di quanto avrebbe permesso la sola ragione economica, a mettere le basi di un vero governo mondiale. E' del resto con la creazione dell'ospedale che è cominciata in Francia, nel XVII secolo, la realizzazione di un vero e proprio Stato*" (Attali, 2009 – sottolineature nostre).

In relazione alla curvatura tecno-scientifica e di controllo totale a cui sembra alludere la prospettiva evocata, potrebbe essere ancora interessante riprendere lo spunto avanzato da Duverger a proposito delle "dittature tecniche" come più dure delle "dittature sociologiche", perché "estraneie alla società che le subisce" (Duverger, 1961, pp. 112 ss.).

4. Silete virologi in munere alieno o dei poteri indiretti

All'inizio dell'età moderna un celebre giurista italiano, almeno perché annoverato tra i padri del diritto internazionale, Alberico Gentili (1552-1608), emigrato in Germania e poi in Inghilterra a motivo delle controversie religiose, e capace di assurgere alla prestigiosa cattedra di *Regius professor of Civil Law* ad Oxford, cogliendo lucidamente la necessità di esercitare una *actio finium regundorum*, una azione di regolamento dei confini tra discipline, la teologia e il diritto, con riferimento alle necessità e alle competenze del nascente stato moderno, fece echeggiare dalla pagine del suo *De iure belli libri tres* (1598) il suo celebre grido "Silete Theologi in munere alieno" (Minnucci, 2016, p. 181 ss.).

Anologo grido si sarebbe potuto ipotizzare oggi a fronte dell'invadenza quasi irrefrenabile del nuovo ceto di 'teologi' della postmodernità sanitaria: appunto virologi, medici di ogni specializzazione, tecnoscienziati.

Ma tale grido non si è levato.

Ed anzi alcune proposte 'giuridiche' liberticide da loro avanzate – citiamo, per tutte, solo la proposta di sanzionare i non vaccinati escludendoli dalle prestazioni del servizio sanitario nazionale (sino a 'ravvedimento', naturalmente) – sono state seriamente riprese da talun costituzionalista.

Anche a questo proposito in assenza di una più ampia analisi contestuale.

In realtà ci troviamo di fronte – non da ora, beninteso, ma con un 'cambio di passo' dettato dalla 'pandemia' colta come occasione di 'apertura' di una nuova epoca, o meglio di una nuova 'era' – ad un moltiplicarsi e ad un intensificarsi dell'attività 'politica' di agenzie, che spesso costituiscono, agli occhi del profano, una nebulosa difficilmente identificabile nei suoi contorni e, tantomeno, nelle sue finalità, modalità di azione e capacità d'incidenza.

Gli scienziati (spesso meglio definibili, data la loro impostazione scienziata, come tecnoscienziati), a questa altezza in larga parte medici, ma non solo, consulenti di Governi, Ministeri della Salute e Organismi di contrasto all'epidemia, da Antony Fauci, giù per li rami; OMS (o WHO), FDA, EMA, AIFA, ISS, CTS; ma poi OMC o ancora BCE, l'ERT, l'UNICE, l'ESF, le TABD; il WEF, l'FMI, l'UNESCO, l'UNICEF, WTO, OECD, e si potrebbero moltiplicare le sigle e i riferimenti.³⁹

Non bisogna ingannarsi però sulla natura del processo in corso, che è per certi versi perfettamente paradossale. Come mostra l'analisi semantica del linguaggio utilizzato dalla Banca Mondiale – ma gli esempi potrebbero essere molteplici – a proposito di un termine 'centrale' e parola d'ordine come *governance* (che appare per la prima volta nel 1990), si può notare che esso viene strettamente legato innanzitutto a tre aggettivi che lo accompagnano "nella sua irresistibile avanzata: *globale* (la portata di azione della Banca nel perseguimento del bene comune), *ambientale* (è in gioco il futuro di "Gaia") e *civile* (la Banca è aperta alla società *civile*). Il quadro viene poi completato, accentuando il suo intrinseco legame con il comportamento morale ('umanitario'), da sostantivi come *dialogo*, *partecipazione*, *comunità locali* e *popolazioni indigene* (infine specificazioni come *clima*, *natura*, *naturale*, *foreste*, *inquinamento* e persino *salute ed educazione*). "Infine, il gruppo semantico di *governance* comprende una serie di vocaboli che esprimono un senso di compassione, generosità, rettitudine, empatia verso i problemi del mondo" (Moretti, Pestre, 2015).

³⁹ Per ERT, UNICE, ESF, TABD vedi l'analisi puntuale, che prende le mosse da Pierre Bourdieu di Raul Marc Jennar (2004, pp. 17-45). Nell'ottica del testo interessanti notazioni in Franco Moretti, Dominique Pestre (2015).

Si tratterebbe allora, per il giurista, ed in particolare per il costituzionalista interessato alla tenuta di un sistema democratico basato sulla libertà, di ‘qualificare’ il fenomeno che è senz’altro legato anche allo sviluppo delle nuove tecnologie ‘verdi’ o ‘ecologiche’ e allo sviluppo sempre maggiore della caratterizzazione ‘biopolitica’ dei poteri.

Alcuni elementi atti ad indirizzare quella qualificazione sono stati certamente individuati anche in ambiti diversi da quello del pensiero giuridico; dato tuttavia che è interessante osservare con sempre più ravvicinata attenzione ad intersezioni specifiche con quest’ultimo.

Così, ad esempio, in contrasto, probabilmente solo apparente a ben leggere (e anzi forse con più radicalità e pessimismo⁴⁰), con l’amico Giorgio Agamben, Jean-Luc Nancy, il filosofo francese recentemente scomparso, ha puntualizzato, ma non restando certo da solo⁴¹:

Giorgio ci assicura che i governi colgono pretesti per instaurare tutti gli stati d’eccezione possibili. Non si accorge che **l’eccezione sta diventando la regola** in un mondo in cui le interconnessioni tecniche di ogni tipo (movimenti, trasferimenti di ogni genere, esposizione o diffusione di sostanze, ecc.) raggiungono un’intensità fin qui sconosciuta e che cresce di pari passo alla popolazione. Nei paesi ricchi, l’aumento della popolazione comprende anche l’allungamento della vita e la crescita del numero di anziani e, in generale, delle persone a rischio. Non bisogna sbagliare la mira del bersaglio: non c’è dubbio che **è in gioco un’intera civiltà**. C’è una specie di eccezione virale – biologica, informatica, culturale – che ci sta pandemizzando. I governi sono solo i tristi esecutori e attaccarli sembra più una manovra diversiva che una riflessione politica.⁴²

Per avviare quella riflessione politica, tornano allora alla mente le parole, sempre legate alla constatazione (e alla promozione) dell’avvento delle nuove tecnologie della quarta rivoluzione industriale, pronunciate sul tema da Klaus Schwab, parole che suonano, nelle loro medesime intenzioni, come un monito di ineluttabilità: “I governi devono altresì acquisire consapevolezza che è in atto una transizione del potere decisionale da attori pubblici a soggetti privati⁴³ e da istituzioni consolidate a network spesso non ben definiti” (Schwab, 2019, p. 89).

Manca ancora però un riferimento pregnante nell’ambito del giuridico.

La nebulosa delle agenzie, dei network spesso neppure ben definiti o volutamente tali rappresenta ormai – è l’ipotesi ‘qualificativa’ che come storici del diritto ci sentiamo di formulare – non già una mera messa in questione del dogma moderno del rapporto di necessaria distinzione tra diritto e morale (una sorta di ‘moralizzazione’ del diritto e/o del potere), ma piuttosto la riemersione in forma certo nuova e lontanissima nei contenuti e nei fondamenti di un *potere spirituale indiretto*.

Una nuova *potestas indirecta in temporalibus* scaturente dall’auspicato dominio totale della tecnica, che pur sempre *ratione peccati* (ma qui i peccati sono contro l’umanitarismo malthusiano, l’ecologia, la riduzione di emissioni, l’etica arcobaleno, etc.: contro appunto “Gaia”, in una parola), pone in discussione il dualismo dei poteri; in nome di un potere superiore a

40 E con qualche accento di malthusianesimo che potrebbe accomunare in parte le sue riflessioni a quelle dei ‘depopolazionisti’, sostenitori della quarta rivoluzione industriale.

41 Si confronti, per esempio, Bercovici (2004); e ancora Paye (2004).

42 Citazione in Contarini (2021).

43 Sul tema del superamento della “Grande Dicotomia pubblico/privato” e sull’emergere all’orizzonte di poteri privati che per le loro dimensioni esercitano ‘funzioni’ pubbliche vedi da ultimo gli importanti studi di Sordi (2020) e di Zoppini (2020).

quello mondano (statale/democratico), che però non assume la responsabilità politica delle decisioni (legittimate solo dalla moralità della competenza tecnica autoproclamata), servendosi del 'braccio secolare': con J.-L. Nancy "I governi sono solo i tristi esecutori..."

'Indiretto' significa qui che non agisce a proprio rischio, ma che anzi – per citare la felice espressione di Jacob Burckhardt – agisce "per mezzo di autorità secolari che [aveva] precedentemente maltrattato e umiliato". Appartiene all'essenza di un potere indiretto offuscare la inequivoca convergenza di comando statale e rischio politico, di potere e responsabilità, di protezione e obbedienza: così, grazie all'irresponsabilità di un dominio soltanto indiretto – ma non per questo meno intenso – si ottengono tutti i vantaggi del potere politico e se ne evitano i rischi. Questo tipico metodo indiretto à *deux mains* permise [e permette] ai poteri indiretti di presentare la propria azione come qualcosa di diverso dalla politica, cioè come religione, cultura, economia o come una faccenda privata, e tuttavia di sfruttare a proprio tornaconto tutti i vantaggi della statualità (Schmitt, 2011, p. 116-117).

Come si vede dalla lista manca la tutela della salute. Se la aggiungiamo, abbiamo una raffigurazione puntuale dei meccanismi della *governance* della 'pandemia'.

Non è un caso poi se uno dei padri della statualità moderna e del nesso sovranità/libertà (Galli, 2019, p. 84), Hobbes, sia

il grande teorico della *potestas directa*, il *promachos* contro la dottrina romana della *potestas indirecta* della Chiesa, il grande avversario del cardinale Bellarmino... Il significato epocale di Thomas Hobbes sta nell'aver riconosciuto, in forma concettualmente chiara, il valore puramente politico della pretesa dell'autorità spirituale alla decisione. Con incomparabile sicurezza egli ha posto la questione da un punto di vista formale, e non ha permesso che il semplice aut-aut della decisione sovrana andasse perduto in discussioni. Tutti i generi misti e tutti i metodi indiretti sono stati da lui riconosciuti come mascheramenti o come semplicemente dilatori. In questo modo Hobbes comprese quella pretesa indiretta alla decisione, e all'implicito monopolio della decisione, che in tutto il Medioevo non aveva raggiunto chiarezza concettuale (Schmitt, 2011, p. 141; 156-157).

Varrebbe allora ancora la pena di ricordare quanto scritto dal medesimo Thomas Hobbes, leviatanico sostenitore dell'assolutismo, secondo molti, eppure ben attento a cogliere i – se si vuole pochi – limiti della legislazione civile "la quale consiste solo nel comando del sovrano", in relazione ai suoi due 'fini' imprescindibili: il diritto alla salvaguardia della propria vita (la protezione e la pacificazione rispetto al rischio della guerra civile) e la salvezza dell'anima (ancora: non va dimenticato che la Parte Terza del Leviatano è dedicata al tema "Di uno Stato Cristiano") (Hobbes, 2011, p. 392 ss.).

Diamogli la parola:

Come è necessario a tutti gli uomini, che cercano la pace, abbandonare alcuni diritti di natura, cioè a dire non avere la libertà di fare, tutto quello che si vuole, così è necessario alla vita umana ritenerne qualcuno, come quello di regolare il proprio corpo, godere dell'aria, dell'acqua, del moto e delle vie, per andare da un luogo all'altro, e di tutte quelle cose, senza le quali un uomo non può vivere, e non può vivere bene.⁴⁴

⁴⁴ Cfr. per la citazione dal I libro del Leviatano, Warrender (1974, p. 194).

5. Prendersi cura della Costituzione

Anche al termine del nostro percorso sentiamo echeggiare un ‘mai’, dello stesso genere minaccioso di quello che aveva aperto le considerazioni che stiamo svolgendo, e anch’esso rivolto al ‘popolo’, alla gente comune che si interroga, anch’esso inteso a spegnere ogni dissenso, a chiudere ogni alternativa: “Molti di noi si stanno chiedendo quando le cose torneranno alla normalità. La risposta in breve è: mai” (Schwab).⁴⁵

Perché anche questo ‘mai’ possa subire, come ci auguriamo, la sorte del precedente, bisognerà allora riprendere – a tutti i livelli – il tema sollevato da Alessandro Pajno e procedere ad una “analisi significativa dello stato della democrazia”, e dei suoi problemi irrisolti, e non solo forse “nel nostro paese”.

Anche qui, per limitare la prospettiva a quest’ultimo, ma in una ottica in certo senso generalizzabile, bisognerebbe riprendere – di nuovo la dimensione storica – le troppo dimenticate analisi di un Giacomo Noventa relative alla ‘transizione’ da fascismo a democrazia e la sua netta e precisa individuazione di una tra le cause fondamentali della incompienza e inazione nell’errore *della* cultura. Tutto ciò che avvenne (e forse avviene) non può cioè essere attribuito, sottraendoci alla responsabilità, distinguendo la nostra ‘innocenza’ dalla responsabilità altrui, ad un errore *contro* la cultura, ma invece ad un errore *della* cultura (anche giuridica):

Il pericolo a cui gli uomini colti di oggi, teorici o pratici che siano, cercherebbero disperatamente di reagire, sarebbe il pericolo di non partecipare alla lotta: di essere sempre ricacciati ai margini della lotta: o di parteciparvi come elementi decorativi: come fiori all’occhiello dei contendenti: pericolo che si aggraverebbe sempre più. Pallidi eredi della cultura ufficiale di ieri, i miei amici, e gli amici dei miei amici, vivrebbero sempre più esclusivamente di rendita sulla loro eredità: e la rendita, e la eredità stessa, si assottiglierebbero sempre più: sarebbero già troppo sottili, nonché per lottare, per esistere (Noventa, 1972, pp. 30-31 – corsivi nel testo noventiano).

Fra i tanti errori e vizi generati dall’adagiarsi sulla cultura di ieri e sulle conquiste di libertà date per scontate, Noventa ci ricordava “*il nostro stucchevole concetto di democrazia, in cui non ci sarebbe posto per nessuna aristocrazia di nessuna specie*”, concezione che poi trovava la sua scaturigine non solo ne “*la nostra informata o non informata ignoranza sul cattolicesimo moderno, sul cattolicesimo dei Maritain, dei Chesterton, dei Belloc, dei Bernareggi, dei Papafava, dei Berdiaeff e dello stesso Bergson*” (Noventa, 1972, pp. 36-37)⁴⁶, ma “in questo scetticismo, in questa boria antipatriottica, in questo complesso di superiorità verso il popolo italiano, [che] è l’origine dei nostri errori e dei nostri rischi”. E, proseguiva:

ne scopriamo l’origine in un vizio che sarà nostro di più, che è nostro di più, senza dubbio, ma che abbiamo in comune con tutti gli italiani. Anche con i meno degni. Gobetti si chiedeva, sul frontespizio di ogni suo libro di editore, che cosa egli avesse, che cosa avessimo, in comune con i servi. Ecco: abbiamo in comune questo vizio: di cui bisognerà cercare le cause e la spiegazione più in là del periodo in cui molti cercano le cause e la spiegazione – e la giustificazione – dei propri vizi e di se stessi: più in là del periodo fascista: nel periodo del positivismo o nel Risorgimento: o nell’Italia prerisorgimentale:

⁴⁵ Citazione posta in esergo al suo volume da Ilaria Biffarini (Schwab, 2019).

⁴⁶ Per una prospettiva ulteriore, ma connessa, vedi l’opera di uno dei maggiori storici inglesi Dawson (2012).

o forse ancora più in là: *nelle nostre anime di mezzi aristocratici. Noi non abbiamo fiducia nel popolo. Non lo stimiamo. Non lo amiamo. Ci sentiamo troppo superiori al popolo. E ne abbiamo paura* (Noventa, 1972, pp. 36-40).⁴⁷

C'è stato però un momento, nella storia costituzionale italiana recente in cui questo vizio si è potuto superare: e lo si è potuto superare perché si è trovata una persona (cristianamente ritiratasi dal mondo) che ha avuto però l'autorevolezza di chiamare a raccolta il ceto dei giuristi, come appunto fece nel dicembre 1994 Giuseppe Dossetti, già costituente e allora monaco, restituito per un momento all'agone politico, nella sua celebre relazione "Salviamo la Costituzione", svolta per l'insediamento di un nuovo Comitato per la Costituzione, promosso dal professor Paolo Barile e dal dottor Ivan Nicoletti (Dossetti, 1996, pp.33-38).

Forse alla fine, posto che, questa volta, e proprio nella situazione di emergenza, non si è trovato nessuno – almeno tra i giuristi, che altro discorso andrebbe fatto per filosofi come Agamben e Cacciari, per altri intellettuali e per molti cittadini comuni – che avesse l'autorevolezza di allora, per assumersi analogo compito, potremmo dire sommessamente – con il tono evocato dal poeta tedesco dell'allora DDR Reiner Kunze: *Zimmerlautstärke*, appunto – che in realtà sarebbe sufficiente il richiamo del titolo di un recente ricordo di due costituzionalisti marchigiani, Leopoldo Elia e Piero Alberto Capotosti: *Prendersi cura della Costituzione* (2018).

Ma per farlo con la necessaria consapevolezza della posta che è di nuovo in gioco sarà importante risalire alle origini di essa e meditare, ma non una volta soltanto, perché non si debba ripetere una terza volta – e lì si era solo alla prima – quanto in esse inizialmente descritto, sulle accorate parole che nel 1925 echeggiavano dalle pagine di un volumetto stampato dal coraggioso editore Piero Gobetti, 'ispirato' da Sturzo e dovuto alla lucida penna di un troppo dimenticato protagonista di quegli anni Iginio Giordani, che fu poi anche deputato alla Costituente. Esse suonavano e suonano così:

Oggi si ghigna sulla libertà, cadavere putrescente, sul Parlamento, svalutato ad Assemblea d'Agustiani⁴⁸, e sulla Costituzione manomessa. Ma per queste tre carcasse lottarono, penarono, morirono i migliori di nostra gente; generazioni di giovani si offerse al massacro; uomini maturi meditarono, credettero e le vollero sotto la pressione militaresca, gelosa, inesorabile della tirannide. Altri è stanco di libertà: sugli omeri gracili non ne sopporta più il grave peso; e invoca puntelli esterni... Noi, coi pensatori del Risorgimento, la crediamo, questa libertà dono divino; essenziale al cristianesimo, che è tutto sforzo di liberazione. E non abbiamo perduto la fede nel Parlamento... E così pure crediamo che sinora la Costituzione sia la migliore garanzia per sbarrare il passo a velleità dittatoriali... (Giordani, 2016, pp. 110).

Perché non si può certo più sfuggire all'interrogativo – e tanto meno lo possono i giuristi, che dovrebbero anzi essere tra i primi a sentirsi interpellati e a rispondere – che, come ha osservato Olivier Rey, ormai ci si impone come definitivo: "A quali servitù ci stiamo preparando e andiamo incontro, se noi accordiamo alla "vita" il rango e la posizione di principio supremo?" (Rey, 2020).⁴⁹

⁴⁷ E vedi ancora Noventa (1965).

⁴⁸ Corpo di cavalieri istituito da Nerone in cambio del loro sostegno a teatro.

⁴⁹ Vedi anche Kleine-Hartlage (2012) e Camuso (2021). Più che utili elementi di riflessione per una rivalutazione complessiva della vicenda, anche sotto il profilo giuridico, staremmo per dire, in Doerfler (2021). Già nel 1946, in un testo che non esiteremmo a definire profetico, Romano Guardini, l'autore che tra i primi aveva sottolineato la "fine dell'età moderna", aveva individuato le ragioni profonde della debolezza delle radici democratiche europee al momento dell'ingresso nell'era della tecnica (e della connessa ascesa delle élite tecnocratiche) a fronte del 'modello asiatico'. Ma tutto il saggio meriterebbe di essere passo passo rimeditato; cfr. Guardini (2005, pp. 357-364). Significative anche le riflessioni di Belloc (2008).

Bibliografia

Agamben, Giorgio (2005). *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino: Einaudi.

Agamben, Giorgio (2020). *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata: Quodlibet.

Aldani, Lino (2020). *37° Centigrades*. Paris: Éditions le Passeger Clandestin.

Allegretti, Umberto (2007). *Dossetti, difesa e sviluppo della Costituzione*, in *Giuseppe Dossetti: la Fede e la Storia Studi nel decennale della morte*, a cura di Alberto Melloni. Bologna: Il Mulino.

Attali, Jacques (2009). *Avancer par peur. Une pandémie majeure ferait surgir la prise de conscience de la nécessité d'un altruisme, au moins intéressé*, in *L'Express*, 06/05/2009, https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/avancer-par-peur_758721.html

Barcellona, P. (et alii) (2007). *Apocalisse e Post-umano. Il crepuscolo della modernità*. Bari: Edizioni Dedalo.

Becchi, Paolo (2020). *L'incubo di Foucault. La costruzione di una emergenza sanitaria*. Roma: Lastaria Edizioni,.

Belloc, Hilaire (2008). *Lo Stato Servile*. Macerata: Liberilibri.

Bercovici, Gilberto (2004). *Constituição e Estado de Exceção Permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azouge Editorial.

Biffarini, Ilaria (2021). *Il Grande Reset. Dalla pandemia alla nuova normalità*. Milano: Edizioni FAG, pp.41-80.

Binding, Karl; Hoche, Albert (2012). *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine dell' "eutanasia" dei malati di mente in Germania*, a cura di Ernesto De Cristofaro e Carlo Saletti. Verona: ombre corte.

Camuso, Angela (2021). *La vita che ci state rubando*. Roma: Castelvecchi editore.

Cannone, Marco (2020). *Paolo Barile: il giurista delle libertà*, in *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie, 3/2020 (anno XI, fascicolo 139), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, pp. 23-104.

Cappellini, Paolo (2011). *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell' "Inverted Totalitarianism"*, in Meccarelli, M.; Palchetti, P.; Sotis, C. (2011). *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata: Eum edizioni pp. 41-101.

Cappellini, Paolo (2013). *La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale'*. *GLOSSAE*, vol. 10, pp. 137-159.

- Cappellini, Paolo (2014). Pensare l'eccezione, in Smorti, A. (a cura di). *L'eccezione e la regola. Opposizioni, convergenze, paradossi*. Firenze: S.E.I.D. Editori, pp. 237-254.
- Cappellini, Paolo (2014). Società postmortale e derive biogiuridiche, in *La Memoria e le Memorie. Atti delle giornate interdisciplinari di bioetica, Centro di ricerca "Bios & Law"*, 18-19 maggio 2012, a cura di Salvo Randazzo, Catania, pp. 97-114.
- Cappellini, Paolo; Cardone, Andrea (2016). Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri, I*. Torino: Giappichelli, pp. 399-411.
- Cappellini, Paolo (2016). La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della 'mondializzazione', in Birocchi, Italo e Brutti, Massimo (a cura di). *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*. Torino: Giappichelli, pp. 285-294.
- Cappellini, Paolo (2020). L'ipotesi Tocqueville . Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico', in *História do Direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, v. 1, n. 1. Curitiba: UFPR, pp. 291-316.
- Cardone, Andrea (2021). *"Decisione algoritmica" VS Decisione politica? A.I. Legge Democrazia*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Carlassare, Lorenza (1990). Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Milano: Giuffrè.
- Carlassare, Lorenza (2008). Fonti del diritto(diritto costituzionale) in *Enciclopedia del diritto, Annali*, II. Milano: Giuffrè editore.
- Citro Della Riva, Massimo (2021). *Eresia. Riflessioni politicamente scorrette sulla pandemia di Covid-19*. Milano: Byoblu Edizioni.
- Contarini, Nicola (2021). E' morto il filosofo Jean-Luc Nancy, in *Il Foglio*, 24 agosto 2021, consultabile in <https://www.ilfoglio.it/cultura/2021/08/24/news/è-morto-il-filosofo-jean-luc-nancy-2810886/>
- Corbellino, Gilberto (2008). Codice di Norimberga, in *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, https://www.treccani.it/enciclopedia/codice-di-norimberga_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/
- D'Antonio, Mario (1978). *La Costituzione di carta*. Arnoldo Mondadori Editore.
- Dawson, Christopher H. (2012). *Il Dilemma moderno. Senza il cristianesimo l'Europa ha un futuro?* Torino: Lindau.
- De Siervo, Ugo (2021). *Il contenimento di Covid-19: Interpretazioni e Costituzione*. Modena: Mucchi Editore.

- Delmastro, Marco; Zamariola, Giorgina (2020). Depressive symptoms in response to COVID-19 and lockdown: a cross-sectional study on the Italian population. *Scientific Reports*, 10, article number 22457, <https://doi.org/10.1038/s41598-020-79850-6>.
- Doerfler, Walter (2021). Adenoviral Vector DNA- and SARS-CoV-2mRNA- Based Covid-19 Vaccines: Possibile Integration into the Human Genome – Are Adenoviral Genes Expressed in Vector-based Vaccines?, in *Science*, 302, September 2021, 198466, <https://doi.org/10.1016/j.virusres.2021.198466>.
- Dossetti, Giuseppe (1996). Salviamo la Costituzione, in *La Costituzione. Le radici I Valori Le Riforme*. Introduzione di Guglielmo Simoneschi. Roma: Edizioni Lavoro.
- Duverger, Maurice (1961). *La dittatura*. Milano: Edizioni di Comunità.
- Elia, Leopoldo; Capotosti, Piero Alberto (2018). *Prendersi cura della Costituzione. Leopoldo Elia e Piero Alberto Capotosti due costituzionalisti marchigiani. 70° Della Costituzione Della Repubblica Italiana*, a cura di Giancarlo Galeazzi e Daniele Salvi. Ancona: Centro Stampa Digitale del Consiglio Regionale delle Marche.
- Farinacci, R. (1939). *Realtà storiche*. Cremona: Stab. Tip. Soc. Ed. Cremona Nuova.
- Fasanella, Giovanni; Pellegrino, Giovanni (2005). *La guerra civile*. Rizzoli: BUR.
- Galgano, F. (2001). *Lex mercatoria*. Bologna: Il Mulino.
- Galizia, Mario (2001). Paolo Barile. Il Liberal-socialismo e il Costituzionalismo, in *Il Politico*, Maggio-Agosto 2001, vol 66, No.2 (197), pp.193-228.
- Galli, Carlo (2019). *Sovranità*. Bologna: Il Mulino.
- Galván, José M. (2016). Transumanesimo e human enhancement, in *Bollettino di dottrina sociale della Chiesa*, aprile-giugno 2016, n. 21, anno XII, pp.47-52.
- Gerhardt, Uta (2004). *Genocidio e carisma. Analisi sociologica del potere nazionalsocialista*. Sant'Oreste: APEIRON.
- Ginzburg, Carlo (2015). *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*. Milano: Adelphi.
- Giordani, Igino (2016). *La Rivolta Cattolica*. Postfazione di Pietro Coda. Roma: Edizioni di Storia e Letteratura.
- Guardini, Romano (1946). Sul Problema della Democrazia. Un tentativo di chiarimento, in *Opera Omnia VI. Scritti Politici*. Brescia: Morcelliana, pp. 357-364.
- Hobbes, Thomas (2011). *Leviatano*. Saggio introduttivo di Carlo Galli, Bur Rizzoli, 2011.
- Jennar, Raul Marc (2004). *Europe, La trahison des élites*. Paris: Fayard.
- Jünger, Ernst (2019). *Gespräche im Weltstaat. Interviews und Dialoge:1929-1997*, Hrsg. Von Reiner Barbey und Thomas Petraschka. Stuttgart: Klett-Cotta.

- Kleine-Hartlage, Manfred (2012). *“Neue Weltordnung”. Zukunftsplan oder Verschwörungstheorie?.* Schnellroda: Verlag Antaios.
- Lafontaine, Céline (2009). *Il sogno dell'immortalità. La società postmortale. Morte individuo e legame sociale nell'epoca delle tecnoscienze.* Milano: Medusa.
- Lanchester, Fulco (2011). *La Costituzione tra elasticità e rottura.* Milano: Giuffrè Editore.
- Lanchester, Fulco (2020). *La Costituzione sotto sforzo. Tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia.* Wolters Kluwer CEDAM.
- Leotta, Carmelo Domenico (1989). *Il genocidio nel Diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma.* Torino: G.Giappichelli Editore.
- Lippi, Donatella; Cabras, P. Luigi; Lovito, Francesca (2005). *Due millenni di “melancholia”. Una storia della depressione.* Bologna: Clueb.
- Mangia, Alessandro (2021). *Obbligo vaccinale e green pass/ “Moro contro Draghi, L'Europa sta con l'ex Dc”*(titolo redazionale), in *il Sussidiario.net*, <https://www.ilsussidiario.net/news/obbligo-vaccinale-e-green-pass-moro-contro-draghi-leuropa-sta-con -lex-dc/2205455>
- Mangia, Alessandro (2021). *Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali*, in *Rivista AIC*, n.3/2021, pp.431-454.
- Mannoni, Stefano (2016). *Millenarismo 2.0: il diritto al cospetto della nuova era digitale.* Napoli: Editoriale Scientifica.
- Miglio, Gianfranco (1965). *Le trasformazioni dell'attuale regime politico*, in *Jus*, Anno XVI, Fasc. I.
- Minois, Georges (2005). *Storia del male di vivere. Dalla malinconia alla depressione.* Bari: Edizioni Dedalo.
- Minnucci, Giovanni (2016). *“SILETE THEOLOGI IN MUNERE ALIENO”. Alberico Gentili tra diritto, teologia e religione.* Milano: Momduzzi Editoriale.
- Mobilio, Giuseppe (2021). *Tecnologie di riconoscimento faciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative.* Napoli: Editoriale Scientifica.
- Moretti, Franco; Pestre, Dominique (2015). *La Neolingua della Banca Mondiale. Analisi semantica e grammaticale dei rapporti della World Bank dal 1946 al 2012*, in *MicroMega, almanacco di filosofia*, 2/2015, pp.181-211.
- Negrone, Alessandro Attilio (2020). *Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.
- Nobile, Umberto (1969). *La Tenda Rossa. Memorie di neve e di fuoco.* Milano: Arnoldo Mondadori editore.
- Noventa, Giacomo (1965). *Tre parole sulla Resistenza. All'insegna del pesce d'oro.* Milano: Vanni Scheiviller.

- Noventa, Giacomo (1972). *Hyde Park (L'unificazione socialista o L'innocenza della cultura)* All'Insegna Del Pesce D'Oro. Milano: Vanni Scheiwiller.
- Oullier, Olivier (2019). Le Neurotecnologie, in Schwab, Klaus. *Governare la Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano: Franco Angeli.
- Pajno, Alessandro (2021). Democrazia e governo della pandemia, in *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale, Vol.I. Problemi di governo*, a cura di Alessandro Pajno, Luciano Violante. Bologna: Il Mulino.
- Pasolini, Pier Paolo (1999). *Saggi sulla Politica e sulla Società*, a cura di Walter Siti e Silvia de Laude con un saggio di Piergiorgio Bellocchio. Cronologia a cura di Nico Naldini. Milano: Arnoldo Mondadori Editore, pp.1723-1730.
- Paye, Jean-Claude (2004). *La fin de l'Etat de droit: La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*. Paris: La Dispute.
- Prosperi, Adriano (2021). *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*. Torino: Einaudi.
- Rey, Olivier (2020). *L'Idolâtrie de la vie*. Paris: Tracts Gallimard.
- Schmitt, Carl (1928). *La dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo. Roma: Edizioni Settimo Sigillo.
- Schmitt, Carl (1965). *Sul Leviatano*. Bologna: Il Mulino, Bologna.
- Schwab, Klaus (2016). *La Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano: Franco Angeli.
- Schwab, Klaus (2019). *Governare la Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano: Franco Angeli.
- Schwab, Klaus; Malleret, Thierry (2020). *COVID-19: The Great RESET*. Forum Publishing, Amazon Italia.
- Secher, Reynald (1989). *Il genocidio vandeano*, Prefazione di Jean Meyer. Presentazione di Pierre Chaunu, Milano: effedieffe.
- Sordi, Bernardo (2020). *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*. Bologna: Il Mulino.
- Tedesco, Francescomaria (2006). L'impero latino e l'idea di Europa. Riflessioni a partire da un testo (parzialmente) inedito di Alexandre Kojève, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXV.
- Tellia, Bruno (1994). *Tecnica del colpo di stato*. Introduzione di Giorgio Luti. Con un saggio di Bruno Tellia. Vallecchi Editore.
- Vatinno, Giuseppe (2010). *Il Transumanesimo. Una nuova filosofia per l'uomo del XXI secolo*. Armando Editore.
- Venanzoni, Andrea (2020). *Ipotesi Neofeudale. Libertà, proprietà e comunità nell'eclissi globale degli Stati nazionali*. Firenze: Passaggio al Bosco.

Warrender, Howard (1974). *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*. Roma-Bari: Gius. Laterza & Figli Editore.

Zoppini, Andrea (2020). *Il diritto privato e i suoi confini*. Bologna: Il Mulino.

Zuboff, Shoshana (2020). *Il Capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*. Bologna: LUISS University Press.

Data de Recebimento: 28/10/2021

Data de Aprovação: 08/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Entre o judicialismo e o autoritarismo: O espectro do *poder moderador* no debate político republicano (1890-1945)

*Between judicialism and authoritarianism:
The specter of moderating power in Brazilian republican debate
(1890-1945)*

Christian Edward Cyril Lynch¹

¹ Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Fundação Casa de Rui Barbosa. Universidade Veiga de Almeida.
ORCID: 0000-0001-5709-9388

RESUMO

O presente artigo investiga os diferentes sentidos atribuídos na República ao conceito de “poder moderador”. Argumenta-se que, embora a crise do regime na década de 1910 tenha levado à revalorização da herança do Império, transmitida pela historiografia do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), cada corrente política se agarrou a uma interpretação diferente do Poder Moderador para interpretá-lo e justificar reformas distintas: a autoritária, que fortaleceria o presidente da República; a judicialista, que favoreceria o Supremo Tribunal Federal; e a moderada, que recriaria um quarto poder na forma de um conselho de Estado. A proposta de restabelecimento de um quarto poder pelo governo, articulada no processo constituinte de 1932-1934, fracassaria diante da preferência dos judicialistas, que defendiam a autoridade do Supremo Tribunal, e dos militaristas, que preferiam um Conselho de Segurança Nacional. A ditadura do Estado Novo aparece como um resultado da impossibilidade de compatibilizar as exigências contraditórias de norma e exceção, liberalismo e nacionalismo, pluralidade e unidade, direitos fundamentais e segurança nacional.

Palavras-chave: Poder moderador, República, Militarismo, Judicialismo, IHGB, STF.

ABSTRACT

This article investigates the different meanings attributed to the concept of “moderating power” in the Republic. It is argued that, although the crisis of the regime in the 1910s led to the reevaluation of the Empire’s heritage, transmitted by the Brazilian Historical and Geographical Institute (IHGB) historiography, each ideological trend of politics held to a different interpretation of the Moderating Power to justify distinct reforms: the authoritarian one, which would strengthen the president of Republic; the judicial one, which would favor the Supreme Court; and the moderate one, which would recreate a fourth power in the form of a State Council. The proposal of reestablishment of a fourth power, articulated during the constituent process of 1932-1934, would fail before the preference of judicialists, who defended the authority of the Supreme Court, and of militarists, who preferred a National Security Council. The Estado Novo dictatorship appears therefore as a result of the impossibility of reconciling the contradictory demands of norm and exception, liberalism and nationalism, plurality and unity, fundamental rights and national security.

Keywords: Moderating power, Republic, Militarism, Judicialism, Brazilian Historical and Geographical Institute, Brazilian Supreme Court.

Introdução

Deflagrada a partir do controverso *impeachment* da Dilma Rousseff (2016), a crise constitucional do regime democrático brasileiro atingiu seu ápice quatro anos depois, quando o presidente Jair Bolsonaro e seu gabinete militar confrontaram o Supremo Tribunal Federal. Ameaçando descumprir decisões judiciais a pretexto de que seriam expressivas de um “ativismo judiciário”, declararam que as Forças Armadas deteriam um “poder moderador” que os autorizaria a intervir politicamente para preservar a divisão e a harmonia entre os poderes. A nota assinada pela presidência da República e pelo ministro da Defesa declarava que “as FFAA [Forças Armadas] do Brasil não aceitam tentativas de tomada de Poder por outro Poder da República, ao arrepio das Leis, ou por conta de julgamentos políticos” (In: Barbosa, 2020). De acordo com o jurista conservador Ives Gandra Martins, essa doutrina *militarista ou excepcionalista* das Forças Armadas como “poder moderador” encontraria respaldo no art. 142 da Constituição de 1988. Martins alegava que, caso “um Poder sentir-se atropelado por outro, poderá solicitar às Forças Armadas que ajam como Poder Moderador para repor [...] a lei e a ordem”; que, “se o conflito se colocasse entre o Poder Executivo Federal e qualquer dos dois outros Poderes, não ao Presidente, parte do conflito, mas aos Comandantes das Forças Armadas caberia o exercício do Poder Moderador” (Martins, 2020). Na ocasião, o ministro Dias Toffoli, então presidente do Supremo Tribunal Federal, rechaçou semelhante doutrina opondo-lhe outra, de teor *judiciarista ou normativista*, de acordo com a qual o art. 102 da Constituição determinaria que “o guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal. Não é mais possível Forças Armadas como poder moderador” (In: Pontes, 2020). No ano seguinte o Executivo reiteraria a tese do “poder moderador” das Forças Armadas (Gullino & Dantas, 2021), para ser novamente contrariado pelo Supremo: “Não temos quarto Poder hoje”, declarou a ministra Carmen Lúcia (In: Borges, 2021). Entretanto, Toffoli reafirmaria alguns meses depois que o sistema político brasileiro contaria “com um poder moderador que hoje é exercido pelo Supremo Tribunal Federal” (Mello, 2021).

Este artigo investiga as origens da disputa entre magistrados e militares em torno da herança jacente do antigo poder imperial. Ele trata de compreender os imaginários do extinto poder moderador da monarquia constitucional na República como força estabilizadora do Estado, ora interpretada por uma perspectiva liberal, judiciarista e normativista, ora por outra, autoritária, militarista e excepcionalista. Seu fio condutor é a história não contada do “espectro do Poder Moderador” depois de sua extinção. A incapacidade da República em gerar uma ordem vista globalmente como legítima, porque estável e pluralista, levou parte significativa dos políticos sob a influência da historiografia do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), a partir de 1910, a imaginarem equivalentes daquele quarto poder ou mesmo a propor sua recriação. Levado a sério depois da Revolução de 1930, o projeto de restabelecimento de um “poder moderador” fracassou no processo constituinte de 1933-1934, esvaziado de um lado por um judiciarismo que reivindicava para o Supremo a condição de “moderador”, e de outro, pelo autoritarismo que a pleiteava para o Presidente e para o Exército. Fracasso que desaguou no golpe do Estado Novo (1937). Do ponto analítico, essa história se faz em três níveis. O primeiro, jurídico, recorre a uma grade simbólica dos três institutos que na teoria constitucional reivindicam para suas titulares a condição de “moderadores”: o *estado de exceção*, o *poder moderador stricto sensu* e a *jurisdição constitucional*. O segundo nível, teórico, examina as lógicas de cada um deles: a *excepcionalidade*, a *arbitragem institucional* e a *normatividade*, respectivamente. O terceiro nível, ideológico, considera, suas doutrinas: o *conservadorismo*, *moderantismo* e *liberalismo*. Do ponto de vista metodológico, me valerei de diretrizes gerais da história dos con-

ceitos de Reinhart Koselleck, apreendendo os diversos significados diacrônicos e sincrônicos do conceito de Poder Moderador no período assinalado (Koselleck, 2006; 2014; 2020). Para a análise das ideologias, seguirei as orientações deixadas por Michael Freedon, que desenvolve sua metodologia justamente a partir de Koselleck (Freedon, 1997). Trata-se, em suma, de uma história das instituições que revela suas funcionalidades e tendências, mas também as dificuldades de organização da democracia liberal no Brasil.

1. A experiência monárquica e a ruptura republicana: expectativas liberais e práticas conservadoras (1868-1914)

1.1. Entre o uno e o múltiplo: as doutrinas do poder moderador entre a excepcionalidade e a normatividade

O problema da estabilidade, que sempre foi um dos temas centrais da teoria política, adquiriu mais delicadeza no quadro da democracia. Ao descrever a busca infrutífera dos revolucionários franceses por uma instituição capaz de estabilizar o Estado de Direito nascido da ruptura com o Antigo Regime, Marcel Gauchet demonstrou em *A Revolução dos Poderes* (1995) que a história da engenharia constitucional em busca de um “poder moderador”, ainda que fracassada, pode iluminar a dificuldade de combinar os dois princípios fundantes mas algo contraditórios da democracia moderna: o da unidade e do poder supremo da comunidade política, expresso pela noção de soberania popular, e aquele da pluralidade do Estado de direito, encarregado de proteger os direitos fundamentais. O poder neutro ou moderador simultaneamente simbolizaria a unidade da vontade soberana e manteria o Estado de direito, na medida em que vigiava os demais poderes para que se mantivessem em seus devidos limites constitucionais e não rompessem o equilíbrio que preservava uma ordem de indivíduos livres e iguais: “O poder de vigilância dos outros poderes é uma peça mestra nesse processo de instituição simbólica do povo soberano” (Gauchet, 1995:280). Depois que o “poder moderador” foi teorizado no século 19 pelo liberalismo moderado de Benjamin Constant, outras interpretações, à direita e à esquerda, estenderam aquela qualidade aos detentores da faculdade de decretar o estado de exceção ou de inconstitucionalidade das leis. Há assim hoje na teoria política e constitucional, pelo menos três institutos que podem ser teoricamente reivindicados como “moderadores” no sentido apontado por Gauchet, ou seja, de conciliação – em diferentes graus – do princípio da unidade do poder soberano no povo, de um lado, com aquele dos direitos fundamentais, de outro.

O primeiro – o *estado de exceção*, cujo teórico maior foi Carl Schmitt - é gênero de que são espécies os estados de *guerra*, de *sítio*, de *emergência*, de *defesa* e, nas federações, a *intervenção federal*, durante os quais se faculta ao chefe do Estado governar por decretos ou decretos-lei. Ele faculta a suspensão de parte do Estado de direito e a concentração do poder nas mãos de uma única autoridade em situações excepcionais de ameaça à existência do povo, como invasão, guerra civil ou subversão da ordem interna. O constitucionalismo excepcionalista que o justifica se orienta pela lógica da razão de Estado, que prioriza a “salvação pública” sobre quaisquer outras considerações jurídicas. A característica desse tipo de legislação é a integração de uma legalidade de períodos excepcionais, na conjugação de três características singulares fundamentais: finalidade superior, circunstâncias e derrogação da legislação de “normalidade”. Entretanto, os poderes extraordinários conferidos ao chefe são delimitados pelas condições estabelecidas pela

Constituição, que determina como e por quanto tempo algumas de suas disposições poderão ser suspensas. Esse instituto orientado pela lógica autoritária de razão de Estado, e por isso restrita a ocasiões raras de grande gravidade, costuma ser exercido pelo Chefe de Estado ou de governo, sob aprovação prévia ou ratificação posterior do Parlamento. Entende-se que, acima dos partidos, o chefe de Estado seria um poder neutro, intermediário, regulador, guardião de uma Constituição entendida como símbolo da unidade do povo em uma democracia e, portanto, “aquele que decide sobre o estado de exceção” (Schmitt, 1994). Privilegia-se assim excepcionalmente o primado do princípio da soberania sobre aquele do Estado de direito.

O segundo instituto – a *jurisdição constitucional*, cujo teórico maior foi Hans Kelsen - visa à resolução de conflitos políticos no plano jurídico por meio do controle de constitucionalidade. O constitucionalismo judiciarista que o explica se opõe ao excepcionalismo para atribuir aos tribunais o poder de garantir a integridade da Constituição contra dispositivos normativos incompatíveis emitidos pelos demais poderes, seja na modalidade norte-americana (difusa, incidental e concreta) ou europeia (concentrada, direta e abstrata). No modelo americano, a Suprema Corte é órgão de cúpula de um Poder Judiciário supostamente equivalente aos outros dois em termos de força e dignidade, sendo a jurisdição constitucional tradicionalmente considerada mais um dos mecanismos de freios e contrapesos entre aqueles poderes. No modelo europeu, o Tribunal Constitucional paira sobre os três poderes como um quarto, de caráter arbitral. Entende-se que o juiz constitucional se faz intérprete da vontade do soberano e, com base na sua interpretação e em seu nome, toma a decisão que expurgar a norma incompatível do ordenamento jurídico. A jurisdição constitucional é considerada assim um modo de expressão da vontade geral, e portanto da unidade da soberania identificada com a Constituição. Se a lei votada não exprime a vontade geral senão na medida de sua conformidade à Carta, tal controle aparece necessário à expressão da vontade do soberano. A decisão judicial seria também dotada de margem discricionária – ainda que muito reduzida pela observância de procedimentos mais rígidos de tomada de decisão e menor urgência e potencial de dano na questão a ser enfrentada (Kelsen, 2003). Assim, o juiz constitucional é considerado intérprete da vontade do soberano na medida em que enuncia, pelo seu ato de jurisdição, os princípios contidos na Constituição: “O juiz constitucional se apresenta, portanto, como representante encarregado de exprimir a vontade do soberano inscrita nos textos constitucionais” (Blachèr, 2003).

O terceiro instituto – o *poder neutro ou moderador* propriamente dito, teorizado por Benjamin Constant -, é exercido pelo chefe do Estado nos países parlamentares, onde lhe cabe arbitrar crises entre o governo e o legislativo. Ele seria uma “autoridade ao mesmo tempo superior e intermediária, sem interesse em perturbar o equilíbrio, tendo ao contrário todo interesse em mantê-lo” (Constant, 1997 :335). A estabilidade política garantida pelo poder moderador opera no plano da defesa das *estruturas institucionais* da Constituição, preservando-a de crises políticas que resultem em golpes de Estado ou revoluções. Do ponto de vista do poder discricionário, ele se acharia num ponto médio entre estado de exceção e a jurisdição constitucional. Entendido como uma função de controle do plano político-estrutural da Constituição, o poder moderador faculta maior poder em relação à jurisdição constitucional, porque se supõe que as crises políticas são mais raras do que as edições de leis ou decretos contrários à Constituição. Por outro lado, a natureza do conflito político com que o poder moderador é chamado a resolver também é diversa. A mais das vezes, um conflito entre os poderes pode resultar em grave impasse político, sem que incorram em falta solúvel por provocação de um tribunal. Essa carência de conteúdo jurídico não torna menor a necessidade de desarmar a crise em benefício do equilíbrio do sistema constitucional. Pode-se dizer mesmo, baseado na recente experiência brasileira, que o excesso

de judicialização dos conflitos políticos compromete a legitimidade da jurisdição constitucional aos olhos dos poderes Executivo e Legislativo. Explica-se assim a conveniência de um quarto poder político, mas apartidário, nas mãos do chefe de Estado, monárquico ou republicano, representativo da unidade e da tradição nacionais, encarregado de preservar a harmonia e a independência entre os poderes, como condição de preservação do Estado de direito.

1.2. A herança imperial: visões do poder moderador sob a monarquia

Tendo em vista a grade dos três institutos referidos na seção anterior, que reivindicam para suas titulares a condição de “moderadores”, se torna possível examinar as diferentes lógicas teóricas e doutrinárias do poder moderador na história constitucional brasileira. No que diz respeito ao ângulo da excepcionalidade, a Constituição do Império do Brasil de 25 de março de 1824 previa, em seu artigo 179 XXXV, a possibilidade de suspensão das garantias constitucionais pelo Poder Legislativo em casos de rebelião ou invasão estrangeira e, em sua ausência, em caso de perigo iminente, pelo Executivo. Era definido pelo principal constitucionalista do Império, o marquês de São Vicente, como “um ato anormal, que atesta que a sociedade se acha em posição extraordinária, e tal que demanda meios fora do comum ou regulares” (São Vicente, 2002:522). Foi o ministro da Justiça de 1842, Paulino José Soares de Sousa, futuro visconde do Uruguai, que explicou a racionalidade do estado de exceção no período imperial: “O poder, quando suspende as garantias, exerce uma ditadura” (ACD, 7/2/1843). Mas ela justificava-se por seus fins constitucionais. Era porque amava a liberdade que o governo deveria “empregar todos os meios para salvar o país do espírito revolucionário, porque este produz a anarquia e a anarquia destrói, mata a liberdade, a qual somente pode prosperar com a ordem” (In: Sousa, 1944:163). Ao contrário do que ocorria em repúblicas hispânicas como o Chile e a Argentina, a suspensão das garantias constitucionais cessou no Brasil monárquico depois dos primeiros 25 anos de vida independente. Não voltou a ser decretado nem mesmo durante a Guerra do Paraguai (Costa, 2020).

Se não se deveu ao estado de exceção, a responsabilidade institucional pela estabilidade do regime também não se deveu à jurisdição constitucional. A Constituição de 1824 não a previa – até porque ela apenas existia então, e de modo ainda muito embrionário, nos Estados Unidos, só chegando ao conhecimento do público estrangeiro depois da publicação de *A democracia na América* de Tocqueville (1835). Inspirado pelo modelo francês de organização judiciária, o Judiciário imperial brasileiro era considerado um departamento do Executivo. O Supremo Tribunal previsto no art. 163 era uma corte de cassação que, competente para rever julgados, não podia declarar a inconstitucionalidade das leis ou decretos, nem sumular o direito ordinário (Continentino 2015:314-315). As veleidades de lhe atribuir jurisdição constitucional ao tempo do Regresso (1837-1844) foram brecadas pelo chefe do movimento, o senador Bernardo Pereira de Vasconcelos. Para ele, o órgão de cúpula do regime seria o Conselho de Estado, que aconselharia politicamente o Poder Moderador e orientaria o Executivo em matéria de administração, propondo leis e regulamentos. Ele resguardaria a eficiência e o interesse do Executivo contra o Judiciário, “vizinho inquieto, perturbador e turbulento” (ASF, 25/07/1841). O Supremo não passava de “um ramo do Poder Executivo destacado da Coroa” (ASF, 25/06/1841). Também o Marquês de São Vicente o definiria depois, em *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império* (1857), como “uma espécie de dependência do poder legislativo e

do poder conservador” (São Vicente, 2002:422). Somente depois de 1871 começariam a ser desmontadas as leis do Regresso que amordaçavam o Judiciário; e o Supremo passou a poder uniformizar a legislação ordinária. Entretanto, habituado à vassalagem, ele jamais a exerceria até o fim do regime imperial (Sato, 2018:51-55).

A estabilidade do reinado de dom Pedro II foi assim garantida, do ponto de vista institucional, pelo Poder Moderador inspirado na doutrina liberal de Benjamin Constant previsto no art. 98 da Constituição: “O Poder Moderador é a *chave de toda a organização política* e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante, *para que incessantemente vele* sobre a manutenção da Independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Políticos”. Na forma de um quarto poder de caráter arbitral, de competência privativa do chefe do Estado, ele tinha por principais funções dissolver a Câmara dos Deputados, nomear e demitir ministros e escolher senadores provinciais a partir das listas dos mais votados. O exercício do Poder Moderador dependia da oitiva do Conselho de Estado que, além de aconselhá-lo politicamente, auxiliava os gabinetes no âmbito administrativo dando pareceres em matéria de relações exteriores, justiça, guerra, fazenda etc. – e preparando projetos de leis, na qualidade de “cérebro da monarquia” (Guandalini Jr., 2016). Para São Vicente, como Poder Moderador, a Coroa exercia por delegação suprema da nação o papel de *guardião da Constituição* e era “*superior a todas as paixões, a todos os interesses, a toda rivalidade*”. O quarto poder era definido como “*a suprema inspeção da nação, o alto direito que ela tem, e que não pode exercer por si mesma, de examinar como os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou aos seus mandatários, são exercidos*”. Tratava-se do “*órgão político mais ativo, mais influente de todas as instituições fundamentais da nação*” (São Vicente, 2002: 280).

Liberais e conservadores interpretavam de modo diverso a forma por que o Poder Moderador deveria ser exercido. Para conservadores como o visconde de Uruguai, em um país atrasado e destituído de sociedade civil estruturada, o Imperador deveria “reinar, governar e administrar” como poder apartidário, para dar direção ao país conforme o interesse nacional identificado com o Estado. Em outras palavras, segundo a doutrina exposta em *Ensaio sobre o Direito Administrativo* (1862) o príncipe deveria exercer seu “poder pessoal” para impedir as demasias da “politicagem” partidária e provincial representada pela Câmara. Tratava-se de um sistema no qual “um monarca inteligente, mais interessado do que ninguém na boa gestão os negócios, o qual presidindo conselhos de ministros, ouvindo a todos, acompanhando no centro da administração, adquire profunda experiência dos homens e das coisas” (Uruguai, 1960:340/341). O Poder Moderador não poderia ser dissociado do Conselho de Estado, “corporação composta de homens eminentes colocados junto ao governo, para o aconselhamento e cujas atribuições têm variado segundo os tempos e as circunstâncias políticas” (Uruguai, 1960:134). Liberais como Zacarias de Góis e Vasconcelos, por suas vezes, interpretavam em *Da Natureza e dos Limites do Poder Moderador* (1862) o Poder Moderador como um poder arbitral encarregado de “reinar sem governar”. Ele deveria ser o judiciário dos outros poderes, intervindo quando provocado para resolver crises. O governo deveria ficar nas mãos do primeiro-ministro, representante da Câmara, que exprimia a vontade da Nação: “No regime representativo há quem vale sobre o poder real ou moderador, como sobre todos os poderes: é a opinião nacional, por meio das câmaras e pela imprensa” (Vasconcelos, 1978:45).

1.3. Crítica liberal do poder pessoal e emergência do judicialismo como alternativa ao Poder Moderador

Em um quadro de centralização marcado pela fraude e pela compressão eleitoral, o Poder Moderador resolvia de cima para baixo os conflitos relativos à organização da competição política. Ele garantia a estabilidade por um esquema de rotação partidária em nível nacional, atribuindo o monopólio do poder a uma ou outra facção periodicamente. Mas o exercício do Poder Moderador, assessorado pelo Conselho de Estado, passou a ser questionado no final da década de 1860. Repetiam os liberais que ele facultava o exercício de um *poder pessoal*, entendido em chave negativa para designar uma força ilegítima que violava as regras do sistema representativo. Para o senador Nabuco de Araújo, um moderado, tratava-se de um poder na prática absoluto: “O Poder Moderador pode chamar a quem quiser para organizar ministérios; esta pessoa faz a eleição, porque há de fazê-la; esta eleição faz a maioria. Eis aí o sistema representativo do nosso país” (In: Nabuco, 1997:766). Os partidos deveriam subir e descer do poder conforme o desejo da opinião pública. Também radicais como Tito Franco criticavam o Poder Moderador por inverter pelo alto as situações políticas por meio de um “poder pessoal” que exprimia “a aspiração ao poder absoluto em um país livre [...], desprezando a constituição e nulificando a nação representada em seu parlamento” (Almeida, 1944 [1867]:13). O Conselho de Estado entrava na roda como reminiscência do absolutismo bonapartista. Enquanto os moderados queriam reduzi-lo a uma função meramente administrativa, os radicais queriam suprimi-lo com o quarto poder (Lynch, 2018). Para os republicanos, por fim, o Poder Moderador consagrava pura e simplesmente o “absolutismo prático” do monarca (Marinho, 1885:35).

Enquanto criticavam o “poder pessoal” do Poder Moderador, os liberais insistiam no Judiciário como árbitro das contendas individuais e políticas. Era corrente a ideia de que uma Suprema Corte dotada de jurisdição constitucional fazia as vezes do Poder Moderador nas repúblicas presidenciais. O deputado Teófilo Otoni aludia em seus discursos a um “supremo Poder Moderador” daquela corte, que teria o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis nos Estados Unidos e o reivindicava para o Judiciário brasileiro (Otoni, 1979:140). Também o deputado e intelectual Tavares Bastos definia o Judiciário americano em *A Província* (1870) como “o grande Poder Moderador da sociedade, preservando a arca da aliança de agressões, ou venham do governo federal ou dos governos particulares” (Bastos, 1997:151). O manifesto de refundação do Partido Liberal (1869) exigiu a efetiva independência do Judiciário. Acusado de antidemocrático, o Conselho deveria se converter em mero “auxiliar da administração e não político” (Nabuco de Araújo, 1979:104). Também o senador Lafaiete Rodrigues Pereira lembrava, na qualidade de Presidente do Conselho, que o Judiciário deveria ser fortalecido pela “idoneidade intelectual e moral do magistrado e sua perfeita independência pessoal” (ACD, 24/05/1883). Há quem diga que o próprio Imperador Dom Pedro II teria cogitado em 1889 de criar um tribunal semelhante à Suprema Corte norte-americana para lhe transferir as competências do Poder Moderador (Mendonça, 1960).

Na Constituição de 1891, os constituintes adotaram o modelo republicano presidencialista federativo norte-americano. Não apenas suprimiram o Poder Moderador e o Conselho de Estado, que equilibravam os poderes pela alternância das facções e garantiam a continuidade administrativa, como desconectaram a escolha dos governos estaduais da dependência do federal. Acreditavam, como os liberais do Império, que o equivalente de um “poder moderador” de uma república presidencial federativa era exercido por um supremo tribunal dotado de

jurisdição constitucional. Substituía-se assim uma instituição que se corrompera pelo exercício de um “poder pessoal” político, caprichoso e irresponsável, por outra, cuja imparcialidade seria garantida por uma “jurisdição” impessoal porque jurídica, limitada a aplicar a lei. Abundavam as metáforas do Poder Moderador para designar o novo Supremo Tribunal. Ministro da Justiça, o paulista Campos Sales declarava que ele seria “a *pedra angular* do edifício federal e o único capaz de defender com eficácia a liberdade e a autonomia individual” (In: Leite, 1981:70). Também o deputado Francisco Glicério enaltecia o novo Supremo como “o *poder mais alto* da República”, que ocuparia “o mais prestigioso, o mais elevado posto da liberdade política”. Seu colega Gonçalves Chaves deu logo nome aos bois: “É o Poder Moderador da República” (In: Leite, 1981:75 e 76). Anos mais tarde, Rui Barbosa explicaria de forma detida o papel arbitral do novo Supremo Tribunal:

No sistema de governo americano há um *poder que vela pela observância das divisas constitucionais entre os três poderes políticos* do Estado – é o Poder Judiciário. As sentenças deste poder, quando proferidas regularmente, pelo seu órgão supremo, constituem a suprema aspiração do direito constitucional e formam a verdadeira lei, a lei indubitável, a lei irrecorrível do país. A nossa Constituição, tomando aos Estados Unidos esta instituição, incomparavelmente benfazeja, lhe deu, nos nossos textos constitucionais, uma consagração explícita e categórica, convertendo em texto de lei aquilo que nos Estados Unidos era a expressão da jurisprudência estabelecida pelos tribunais. Ficou desde então estabelecido, por um modo absolutamente dogmático, a impossibilidade de se alterar, por parte do Executivo, ou do Legislativo, uma decisão final do órgão supremo do nosso poder judiciário (Rui Barbosa, 1955: 268) [1915].

1.4. O judicialismo frustrado: estado de sítio e “poder pessoal” do presidente na Primeira República

Os republicanos históricos cedo recuaram da ideia de fazer do Supremo Tribunal o novo poder moderador da República. Depois da renúncia de Deodoro, Floriano derrubou todos os governadores que haviam apoiado seu antecessor em benefício das oligarquias dominantes no Legislativo, que passaram a dominar também os estados. Seu desejo de ali se perpetuarem pela manipulação dos resultados eleitorais só seria eficaz, porém, assegurando que o presidente se eximisse de qualquer intervenção federal. A interpretação maximizadora do estado de sítio e aquela outra, minimalista, da intervenção federal, se tornaram a pedra de toque do conservadorismo republicano. Os novos “conservadores” da República – notadamente os paulistas e os gaúchos – passaram então a defender, como pivô tutelar do novo sistema, um presidente da República apoiado pelas bancadas estaduais no Congresso – e não um Supremo que julgasse com resultados imprevisíveis temas cruciais como intervenção federal, estado de sítio e eleições. O protagonista dessa virada conservadora foi o próprio Campos Sales, para quem a política interna dos estados jamais deveria ser objeto de intervenção federal: ali residia o coração do federalismo brasileiro, porque os estados seriam tão soberanos quanto a União (Lessa, 2016). Para reprimir os inconformados com o congelamento das situações estaduais, em compensação, o Presidente deveria dispor “de um poder bastante forte para sufocar as revoluções” (ASF, 30/05/1892). Tratava-se da decretação do estado de sítio, entendido como um ato mais ou menos corriqueiro de governabilidade. Aos que temiam sua exegese autoritária do sítio, o senador paulista respondia que a possibilidade de eventuais abusos não poderiam privar o governo “dos meios de reprimir a desordem” (ASF, 15/06/1892). Era “o princípio da autoridade” que,

ameaçado de destruição, deveria ser prioritariamente salvo no Brasil (ASF, 9/7/1894). Vozes se levantaram contrárias. Foi inútil. Ao examinar os atos praticados por Floriano, o Congresso Nacional chancelou em nome da *razão de Estado* assassinatos, fuzilamentos, roubos, prisões arbitrárias e expropriações. Quintino Bocaiúva justificou no Senado aqueles atos “em nome da razão de Estado para a salvação da República” (ASF, 7/7/1894). Por ocasião do sítio decretado por Prudente de Moraes em 1898, Rui Barbosa já se confessaria descrente do próprio instituto:

A experiência dos estados de sítio entre nós está feita. É uma arma temerosa e fatal, que pode ser útil em contingências extremas, para os governos educados nos deveres da vida pública, mas que, nas raças apaixonadas e ardentes como a nossa, entregue a mãos inexperientes e ocasionada à prudência, ao excesso de nossas lutas políticas, não serve senão para criar dificuldades ao governo e perigos às instituições (ASF, 22/09/1898).

A jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal teve assim vedada pela interpretação conservadora da Constituição a possibilidade de exercer as funções de um poder arbitral para o qual o haviam originalmente concebido. Embora aperfeiçoasse sua jurisprudência depois de 1897, cerceado por um conservadorismo oligárquico antijudiciário, o Supremo ficou longe de assegurar ao regime o papel político arbitral dele esperado pelas minorias. Órfãs do Poder Moderador, as oposições buscaram em vão por um substituto daquele poder para disputarem legitimamente ao poder. Ainda no governo Floriano, o deputado Espírito Santo se dizia partidário de um “poder interventor que se destina unicamente a ser *um medianeiro imparcial*” (ACD, 26/05/1893). Já no governo Prudente de Moraes, o baiano César Zama também clamava por “um poder que, *sem estar sob a impressão das paixões e interesses* que agitam a todos os interessados, possa resolver com justiça e circunspeção a quem cabe o direito” (ACD, 21/09/1895). Leovigildo Filgueiras só conhecia dois remédios para o despotismo oligárquico: “Intervenção de um *poder estranho às paixões políticas* locais, ou a explosão do desespero popular pelas armas” (ACD, 1/07/1895).

Em busca de um novo poder moderador, as minorias tentaram regulamentar a intervenção para que a União salvaguardasse a “forma republicana federativa”. Para o deputado Martins Jr., a regulamentação seria o “*fecho, cúpula, chave de abóbada* do nosso edifício político” (ACD, 27/96/1894). O próprio presidente Prudente de Moraes pedia ao Congresso a regulamentação, indispensável “para o funcionamento regular do regime federativo; ela é tão mais necessária quanto é certo que ficaram sem solução as colisões de assembleias legislativas e de governadores que se deram em alguns estados, sendo possível que ocorram novos fatos da mesma espécie” (Brasil, 1978:136). Ele e seu ministro da Justiça, Amaro Cavalcanti, defendiam um federalismo unionista, de que o presidente fosse o eventual árbitro. Em *Regime Federativo e República Brasileira* (1990), Cavalcanti negava a tese de Campos Sales, de que os estados fossem soberanos, resguardando tal qualidade apenas para a União, e defendia a autonomia dos três poderes: “Poderes harmônicos, quer dizer, por sua vez, - poderes que se entendem, se auxiliam, que colaboram para um mesmo fim” (Cavalcanti, 1983 [1900]:189). Outro expediente das minorias foi tentar transferir para o Supremo a resolução dos impasses eleitorais. Para Aristides Milton, o Congresso era “uma assembleia política, em que muitas vezes a justiça poderá ser sacrificada aos interesses partidários”, ao passo que o Supremo era “um *órgão político idôneo para dirimir os pleitos*, mesmo de caráter político, ainda que se verifiquem no terreno dos interesses domésticos de um estado da União” (ACD, 31/10/1894). Prudente de Moraes e Amaro Cavalcanti também reconheciam ao Judiciário o “direito máximo de interpretar e decidir da própria validade dos atos dos demais poderes da Federação” (Cavalcanti, 1983 [1900]:200).

As oligarquias instaladas por Floriano reagiram contra a pretensão de fazer do presidente um árbitro das situações estaduais por meio da regulamentação da intervenção federal. Para o gaúcho Ramiro Barcelos, regulamentar a intervenção representaria “um violento atentado contra a Constituição da República” (ASF, 17/08/1895). Enquanto Campos Sales alegava que a regulamentação pretendida por Prudente e Cavalcanti visava a “anular a soberania dos estados” (ACD, 8/8/1895), Felisbelo Freire advertia que a medida provocaria “abalos e atritos, comoções e alterações da ordem, aquilo justamente que o legislador quis privar com a intervenção do governo federal” (ACD, 4/1/1892). Contra a pretensão adicional dos grupos aliçados de fazer do Supremo Tribunal um “poder moderador” para aquele mesmo fim de garantir o pluralismo político, as oligarquias afirmaram a *doutrina das questões políticas*, que impediria o Judiciário de servir de árbitro nas questões cruciais do regime: estado de sítio, intervenção federal e verificação de poderes eleitorais². Diante do risco de que a *judicialização da política* levasse à *politização do judiciário*, deputados conservadores como Manuel de Queirós preferiam deixar tudo nas mãos do Presidente da República: “Prefiro sujeitar-me às violências de um poder individual, responsável, a sujeitar a autonomia dos estados à irresponsabilidade de um poder sujeito às instigações da politicagem” (ACD, 7/8/1895).

Na prática, a política acabou ordenada pela *Política dos Governadores*, modelo de governabilidade forjado por Campos Sales quando presidente da República (1898-1902). Voltado para a cristalização de uma interpretação quase confederativa do arranjo de 1891, o modelo incumbia o presidente de ser a sentinela do *status quo* estadualista, assegurando pelo poder pessoal de decretação do estado de sítio a intangibilidade das situações estaduais, contra as oposições insatisfeitas. A política nacional seria conduzida pelo Presidente diretamente com os governadores – e não com os chefes do Congresso, “caudilhos políticos, todos igualmente soberanos, e cioso, cada um, da sua influência pessoal” (Sales, 1908:229). Aos liberais que protestavam que a República se fizera contra o “poder pessoal” do imperador, Campos Sales redarguia em *Da Propaganda à Presidência* (1908): “Existe, é certo, no regime presidencial, um poder pessoal; mas – é nisso que se diferencia do poder pessoal dos soberanos – um poder constitucionalmente organizado, sujeito a um tribunal político de julgamento” (Sales, 1908:208)³. Era o retorno da hermenêutica formulada pelo conservadorismo estatista do visconde de Uru-guai para assegurar a centralização imperial, adaptada, porém, ao objetivo oposto do neoliberalismo de Campos Sales: assegurar seu projeto republicano de Estado mínimo (Lynch, 2021). O modelo que combinava hiperpresidencialismo e federalismo estadualista foi continuada pelos presidentes Rodrigues Alves (1902-1906) e Afonso Pena (1906-1909), época em que o regime oligárquico atingiu seu apogeu com a reforma urbana do Rio de Janeiro (1903-1906) e a exposição do centenário da abertura dos portos (1908).

2 Embora ao Judiciário coubesse o papel de intérprete máximo da Constituição, ele ficava proibido de julgar o mérito de “questões políticas”, cuja característica estava no exercício, por parte dos congressistas e do presidente, de competência discricionária. Assim, “sobre questões políticas, os tribunais não têm qualquer autoridade, devendo aceitar a determinação dos órgãos políticos do governo como conclusivas” (Cooley, 1898:156). Mas, como a doutrina não elencava de forma exaustiva que questões eram essas, ela fornecia argumentos para que o Legislativo e Executivo desobedecessem a decisões do Judiciário a pretexto de que este se metera em “questão política”.

3 A estabilização da República em torno do hiperpresidencialismo de Campos Sales desagradou a liberais como Joaquim Nabuco, cotado para o Ministério das Relações Exteriores da presidência Rodrigues Alves. Ele manifestava o inconformismo em carta ao barão do Rio Branco, que foi afinal o escolhido: “O atual sistema é conservador. Não serve para um liberal como eu o presidencialismo; serviria talvez para um conservador como você” (Nabuco, 1949:125).

A crise oligárquica que marcou as eleições presidenciais de 1910 levou à suspensão da Política dos Governadores durante o quadriênio governamental de Hermes da Fonseca (1910-1914). O período foi de intensa instabilidade, com revoltas na Marinha e no Exército, decretação de estados de sítio e intervenções federais nos estados. Ressurgiram no Congresso os partidos nacionais: o conservador, liderado por Pinheiro Machado, e o liberal, liderado por Rui Barbosa. Os liberais desejavam que “a nossa Constituição e as nossas leis recebam a interpretação que mais restrinja os abusos do poder; mais favoreça a liberdade civil e política, no indivíduo e na associação; mais estimule a vida local nos municípios; mais assegure a autonomia constitucional nos Estados” (In: Chacon, 1981:289). Já os conservadores faziam a “defesa da Constituição de 24 de fevereiro de 1891, reconhecida como prematura e inoportuna qualquer revisão dos seus textos, cuja fiel execução basta para assegurar à República a realização de todas as suas aspirações de ordem, de progresso, de liberdade e de justiça” (Idem, *ibidem*: 275). E elogiavam o presidencialismo de Campos Sales, sistema no qual o poder pessoal do chefe de governo, segundo o deputado Carlos Peixoto, impedia que a liberdade civil “degenerasse na demagogia inconsciente, que conduz à anarquia e abre assim caminho fácil a perigosas aventuras de violência, fonte e matriz do cesarismo e da tirania” (Peixoto Filho, 1978:239). Também o futuro deputado Manuel Duarte entendia que o presidencialismo era “o regime em que maior apelo se faz às qualidades individuais e mais dilatada amplitude se dá à ação desembaraçada do homem” (Duarte, 1918:39). A força do presidencialismo radicava no *poder pessoal* do chefe do Executivo – aquela “soma de força arbitrária que é o seu poder discricionário e o indispensável instrumento de sua atuação individual no movimento público do país” (Duarte, 1918:84). Era nessa posição que Gilberto Amado defendia os estados de sítio decretados por Hermes:

O estado de sítio não é um pavor, cuja única presença suspende o respirar às nações e determina as clássicas sínopes constitucionais que tanto espantam os encantadores estilistas do jornalismo patriótico. O estado de sítio entre nós perdeu o caráter de medida excepcional; não é a enfermidade horrível que há tempos mestre Rui temia com eloquência se tornasse crônica no Brasil, com toda a sua gravidade substancial. É, ao contrário, um incômodo leve, cuja intermitência não assombra (Amado, 1963:71-72).

2. A assimilação da historiografia monárquica no debate político durante a crise da República (1910-1930)

2.1. A reabilitação da política imperial: a historiografia monárquica do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB)

As instituições republicanas de 1891 pareciam não ter remédio para a crise. Foi por esse tempo, justamente, que os republicanos começaram a assimilar as críticas efetuadas pelos monarquistas desde a instauração do novo regime. A maioria era sócia do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), principal *think tank* do regime decaído. O IHGB desenvolvia intensa atividade no sentido de reabilitar a memória do Império. Além de enaltecerem as virtudes “republicanas” do imperador e a superioridade do parlamentarismo em matéria de liberalismo, os monarquistas elogiavam o Conselho do Estado e a alternância partidária promovida pelo Poder Moderador. À sombra de caótica, autoritária e violenta primeira década da República, eles louvavam a tolerância da monarquia à propaganda republicana, a liberdade de

imprensa, o respeito aos direitos das minorias – enfim, apresentavam o reinado de dom Pedro II como melhor expressão de liberalismo e republicanismo no Brasil. Da coletânea *A Década Republicana* (1899), destacava-se a defesa do Judiciário unitário pelo último ministro da Justiça da monarquia, Cândido de Oliveira: “Deixou o Poder Central de nomear os magistrados nas províncias. Em contraposição assentou suas tendas a magistratura política, movida e organizada *ad nutum* das legislaturas e governadores, títeres eles próprios, das oligarquias estaduais” (Oliveira, 1986:87). O conde de Afonso Celso elogiava o parlamentarismo imperial em *Oito Anos de Parlamento* (1900) como superior ao presidencialismo republicano: “O sistema parlamentar não é perfeito, mas é menos arbitrário, menos compressor, menos abusivo do que qualquer ditadura” (Celso, 1929:174).

Entretanto, o principal responsável pela difusão de uma visão positiva do período monárquico na década de 1890 foi Joaquim Nabuco, deputado liberal e líder abolicionista que abandonara a política depois do golpe republicano. Em uma interpretação moderada da experiência monárquica, ele apresentava o Poder Moderador como a instituição que garantiria do alto, auxiliada pelo Conselho de Estado, os valores liberais republicanos e o predomínio dos interesses nacionais em uma sociedade civil desestruturada como a brasileira. Na ausência de uma opinião pública livre, na qual oligarquias destituídas de qualquer interesse público dominavam a política, impunha-se alguma força soberana no topo das instituições, sem a qual o Brasil cairia no autoritarismo. O Poder Moderador não somente preservava o Estado de direito contra as investidas facciosas, mas ajudava a promover as reformas exigidas pelo interesse nacional obstadas por interesses subalternos. Este teria sido o caso da abolição da escravatura, que não teria sido possível sem a contribuição que lhe deram Dom Pedro II e Dona Isabel. Nabuco advogaria em *Balmaceda* (1895) um poder moderador em todos os países da América Latina para assegurar governos plurais, republicanos e tolerantes na região: “Não há mais bela ficção no direito constitucional do que a que imaginou Benjamin Constant com o seu poder moderador. O que a América do Sul precisa é um extenso poder moderador, *um poder que exerça a função arbitral* entre partidos intransigentes” (Nabuco, 1949a:135). Se o Poder Moderador assessorado pelo Conselho de Estado era apresentado em *Um Estadista do Império* (1897) como a garantia institucional do bom governo, Dom Pedro II era o exemplo de governante tolerante, esclarecido e desinteressado a ser seguido pelos presidentes da República:

[O Conselho de Estado] foi com efeito uma grande concepção política, que mesmo a Inglaterra nos podia invejar, esse Conselho de Estado, ouvido sobre todas as grandes questões, conservador das tradições políticas do Império, para a qual os partidos contrários eram chamados a colaborar no bom governo do país, onde a oposição tinha que revelar os seus planos, suas alternativas, seu modo diverso de encarar as grandes questões, cuja solução pertencia ao ministério. Essa admirável criação do espírito brasileiro, que completava a outra, não menos admirável, de Benjamin Constant, o Poder Moderador, reunia, assim, em torno do Imperador as sumidades políticas de um e outro lado, toda a sua consumada experiência, sempre que era preciso consultar sobre um grave interesse público, de modo que a oposição era, até certo ponto, partícipe da direção do país, fiscal dos seus interesses, depositária dos segredos do Estado (Nabuco, 1997:1093).

O impacto da historiografia e da propaganda monarquista pode ser avaliado pela reação do *establishment* à possibilidade de restauração da monarquia. Em 1912, amigo tanto do príncipe dom Luís de Orléans e Bragança, herdeiro do trono, quanto de Rui Barbosa, chefe do Partido Liberal, o diplomata e historiador Oliveira Lima, membro do IHGB, declarara em público ser favorável à restauração da monarquia. O vice-presidente do Senado e chefe do Partido Con-

servador, Pinheiro Machado, retaliou Lima vetando sua indicação para Ministro do Brasil em Londres (Malatian, 2010 e 2001). No ano seguinte, Dom Luís lançou do exílio um manifesto de grande repercussão – o *manifesto de Montreux*. Nele, o príncipe defendia que a chefia de Estado voltasse a ser exercida por uma autoridade arbitral: “Um soberano não é conservador, nem liberal, nem socialista. Será uma coisa ou outra, no exercício do seu poder moderador, segundo exigirem as circunstâncias e o bem do país” (In: Malatian, 2010:203). Ele demandava um federalismo unionista com unidade da Justiça; uma legislação trabalhista para o operariado e o reaparelhamento das Forças Armadas. Parecia-lhe imprescindível o restabelecimento do Conselho de Estado, cujo “caráter vitalício de seus membros, assegurando a permanência de representantes dos diversos partidos políticos, constitui uma garantia de imparcialidade, tão necessária; e as luzes aí reunidas são para a Coroa valiosas, na decisão das questões mais importantes” (In: Torres, 2017:325). Houve sessão na Câmara para debater o manifesto. Maurício de Lacerda, líder da oposição, manobrou para que ele fosse publicado nos anais do Congresso. Os republicanos reagiram. Francisco Glicério subiu à tribuna do Senado para defender a República e o mesmo fez o chefe do Apostolado Positivista, Teixeira Mendes, que emitiu circular (Mendes, 1913). Pinheiro Machado também obrigou militares de alta patente acusados de simpatias monárquicas a fazerem profissão de fé republicana (Malatian, 2010:201-208).

2.2. A assimilação da historiografia monárquica pela oposição liberal: o Supremo Tribunal Federal como o “poder moderador” da República

O desastre do governo Hermes gerou também entre republicanos um debate intenso sobre o modelo constitucional de 1891: “As formas do novo regime mataram a palavra”, escreveria Rui Barbosa em *Minas Vitoriosa* (1919). “Deixaram o mecanismo das instituições legislativas. Mas, acastelando o governo em um sistema cabal de irresponsabilidade, emancipando-o totalmente dos freios parlamentares, reduziram a tribuna a um simulacro de locutório, insulado no vazio” (Barbosa, 1960 [1919]:475). A história da Monarquia teria sido a de uma contínua ascensão do liberalismo rumo à democracia; uma expansão continuada dos valores de justiça e de liberdade pelas tribunas parlamentar, judiciária e da imprensa, que se interrompera quando os governos republicanos aproveitaram o fim do parlamentarismo para anular o equilíbrio dos poderes, subalternizar o Congresso e anular o Judiciário⁴. O chefe do Partido Liberal incorporou a historiografia monarquista que contrastava dom Pedro II como modelo de governante virtuoso a presidentes autoritários, patrimoniais e corrompidos, como Campos Sales, Hermes da Fonseca e Pinheiro Machado. Em 1911, Rui se referia à “atividade civilizadora do Império, a luminosa jurisprudência dos seus tribunais, os seus magníficos monumentos de codificação e educação liberal das classes cultas pela escola de suas assembleias, a conquista da emancipação pelos comícios populares, a organização da Monarquia e da República pelas nossas duas constituições” (Barbosa, 1960:551). Ao asseverar que a falta

⁴ A crítica de Rui Barbosa ao presidencialismo brasileiro nunca se converteu em defesa de retorno ao parlamentarismo, porque, mirando o modelo americano, não conseguia conciliar parlamentarismo e federação. Outros liberais, que abraçavam também a causa a revisão da Constituição, foram além e defenderam o retorno do parlamentarismo, como Medeiros e Albuquerque em *O regime presidencial no Brasil* (1914) e José Maria dos Santos em *A política geral do Brasil* (1930). Nenhum, porém, elogiava o poder moderador imperial. Inseriam-se na tradição liberal segundo a qual sua existência comprometera o bom desempenho daquele sistema de governo na forma de um “poder pessoal”, que se agravava nas mãos do presidente da República.

de justiça era o grande mal da República, Rui destacaria em discurso célebre de 1914 que essa decadência cívica era prevenida no Império pela ação “saneadora” de Pedro II, que assegurava as liberdades públicas e a probidade administrativa:

De tanto ver triunfar as nulidades, de tanto ver prosperar a desonra, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar da virtude, a rir-se da honra, a ter vergonha de ser honesto. Essa foi a obra da República nos últimos anos. No outro regime, o homem que tinha certa nódoa em sua vida era um homem perdido para todo o sempre, as carreiras políticas lhe estavam fechadas. Havia *uma sentinela vigilante*, de cuja severidade todos se temiam e *que, acesa no alto, guardava a redondeza*, como um farol que não se apaga, em proveito da honra, da justiça e da moralidade gerais (Barbosa, 1973[1914]:86).

Surgiu então uma miríade de propostas de reinterpretação ou revisão constitucional pretendendo liberalizar, elevar a qualidade dos quadros dirigentes e republicanizar de fato as instituições. A maioria recorria ao imaginário da monarquia, propugnando o restabelecimento do Poder Moderador, do Conselho de Estado, da unidade do Judiciário e do parlamentarismo, adaptados às novas circunstâncias. Em sua plataforma de candidato a presidente da República (1909-1910), Rui Barbosa dobrava a aposta no judicialismo. Alegando, como o monarquista Candido de Oliveira antes dele, que os magistrados estaduais eram dependentes dos governadores, Rui defendia o retorno à unidade do Judiciário ou pelo menos que se lhes estendesse as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de que gozavam os federais. Também queria uma regulamentação do estado de sítio, que garantisse as imunidades parlamentares e fixasse o prazo de vigência de seus efeitos (Barbosa, 1967:37-40). Já Pedro Lessa, ministro do Supremo, embora endossasse a sensação de decadência dos costumes de Rui, se opunha à revisão da Constituição. Diante do risco de uma reforma efetuada por políticos interesseiros e ignorantes, era preferível deixar as coisas como estavam. Os males que se atribuíam às instituições vigentes decorreriam, “não de sua observância, mas da falta de conhecimento e aplicação” (Lessa, 1915:11). A esperança de Pedro Lessa em *Reforma Constitucional* (1925) residia menos na reforma das instituições, do que na qualidade dos homens que a manuseavam:

O excepcional governo do Brasil sob Pedro II foi um produto de vivo, intenso e inamolgável sentimento de justiça, da incomparável honestidade e do entranhado amor à liberdade do imperante [...]. O principal fator do período de rara moralidade administrativa, e justiça e de liberdade política que fruímos sob o Império, foi a grande envergadura moral do chefe da nação. [...] Sigamos na república, o que não é absolutamente impossível, o exemplo da monarquia. Não há forma de governo, que tenha a eficácia de amparar uma nação e preservá-la dos males oriundos da incapacidade e da imoralidade dos homens que a governam (Lessa, 1925).

Seja pela via da revisão da Constituição ou da sua reinterpretação, como meio de regeneração da República, Rui Barbosa e Pedro Lessa defenderam posições judicialistas, que clamavam pela consagração institucional do Supremo Tribunal como poder moderador do regime, encarregado de fazer valer os princípios republicanos, liberais e democráticos da Constituição. A alegada divisão entre questões jurídicas e políticas, suscitada pelo antijudicialismo conservador como óbice à interferência do Supremo em matéria de estado de sítio, intervenção federal ou eleições, era um artificialismo. Rui sustentava em *O papel do Supremo Tribunal Federal na Constituição brasileira* (1914) que o Judiciário era “indubitavelmente, um poder, até certa altura, político, exercido, sob as formas judiciais” (Barbosa, 1960 [1914]:585). Os demais poderes não poderiam recusar obediência aos julgados do Supremo alegando matéria política, porque era o

própria Supremo que decidia em última análise o que era político e o que era o jurídico. Pedro Lessa iria mais longe em *Do Poder Judiciário* (1915): “Ao presidente da República nenhuma autoridade legal reconheço para fazer preleções ao juízes acerca da interpretações das leis e do modo como devem interpretar a Justiça” (Lessa, 1915:317). Embora a jurisdição constitucional fosse criação da República, os liberais judiciaristas continuavam a crer que o Supremo seria o poder moderador das repúblicas presidenciais e, portanto, o legítimo sucessor do imperial. Enquanto Lessa acreditava que o Brasil era o país “onde mais necessário se faz o exercício do poder moderador da Corte Suprema” (Lessa, 1915:377), Rui descrevia seu papel recorrendo às imagens e metáforas do período monárquico:

O Supremo Tribunal Federal *está de vela, na cúpula do Estado, a todo o edifício constitucional*, sendo [...] essa instituição, a todas as outras sobreeminente neste ponto de vista, *a instituição equilibradora, por excelência, do regime*, a que mantém a ordem jurídica nas relações entre a União e os seus membros, entre os direitos fundamentais e os direitos do poder; entre os poderes constitucionais uns com os outros, sendo esse o papel incomparável, - a sua *influência estabilizadora e reguladora* influi, de um modo nem sempre visível, mas constante e profundo, universal, na vida inteira do sistema (Barbosa, 1960 [1914]: 576).

2.3. A assimilação da historiografia monárquica pela situação conservadora: o “poder pessoal” do presidente como sucedâneo do “poder moderador” do imperador

A reedição da Política dos Governadores na presidência Venceslau Brás (1914-1918), levando à extinção dos partidos nacionais recriados no governo anterior, se fizera com dois aperfeiçoamentos. A primeira foi a introdução da Política do Café com Leite, destinada a suprimir o imponderável das sucessões presidenciais pela alternância dos estados de Minas Gerais e São Paulo na presidência. A segunda foi o reposicionamento do papel do Presidente da República, que deixaria de ser mera sentinela das oligarquias, como quisera Campos Sales, para se tornar um prudente árbitro dos conflitos entre elas, como desejava Venceslau Brás. Retornava-se assim à posição do chefe de Estado republicano, tal como havia sido defendida na década de 1890 por Prudente de Moraes e seu ministro da Justiça, Amaro Cavalcanti⁵. No contexto de uma nova “conciliação”, a geração que ocupava o vácuo deixado por aquela dos velhos “republicanos históricos” que desapareciam – como Campos Sales (1913), Pinheiro Machado (1915) e Francisco Glicério (1916) – não se pejava de recepcionar a historiografia monárquica. Não era a interpretação liberal de Nabuco, porém, que os novos conservadores incorporavam – e sim aquela formulada pelo visconde de Uruguai, que justificava o exercício do “poder pessoal” do imperador como indispensável a um país carente de progresso. Essa reabilitação foi feita pelo próprio conde de Afonso Celso, presidente do IHGB depois da morte do barão do Rio Branco.

5 A criação de uma jurisprudência mais unionista por parte do líder do governo Venceslau Brás na Câmara, Afrânio de Melo Franco, é indicativa dessa mudança. Não só o deputado se dizia “favorável às correntes que alargassem mais a interferências e supremacia da União nos negócios peculiares aos Estados, obedecendo assim às tradições de nossa historia, á educação adquirida na pratica de instituições que nos regeram durante longos decênios de governos pacíficos” (ACD, 23/09/1911). Também reconhecia que, “se não se derem ao Poder Judiciário atribuições especiais para se resolverem os conflitos, não poderá haver deles outra solução, que não a revolucionária” (In: Melo Franco, 1955:351). Daí ser “preciso, indispensável mesmo, dar ao Poder Judiciário a chave para estabelecer a harmonia entre todos, a fim de que a solução de qualquer espécie de conflito, seja pacífica, seja constitucional”. E citava, como exemplo negativo, a experiência do presidente Balmaceda no Chile, revelando influência da leitura de Joaquim Nabuco (In: Melo Franco, 1955:351).

Quinze anos antes, o conde preferira enaltecer em sua obra o parlamentarismo imperial sem mencionar o Poder Moderador, acusado pelos republicanos de ter desvirtuado o sistema sob a monarquia. Este já não era o caso em 1914, quando, visivelmente mais conservador, Afonso Celso se sentia suficientemente à vontade não somente para reconhecer o poder pessoal do Imperador, como fizera Nabuco para o caso da abolição da escravatura, como para estendê-lo a todas as esferas do governo e louvá-lo pelo progresso do país. Era o que escrevia em *Poder Pessoal de Dom Pedro II* (1914):

O que Joaquim Nabuco assevera a respeito da interferência de Dom Pedro II na abolição aplica-se a tudo quanto de bom se praticou durante o Império: melhoramentos materiais e espirituais, estradas de ferro, navegação a vapor, telégrafos, colonização, imigração [...]. Todos esses atos, leis, resoluções sobre esses assuntos receberam o salutar influxo do monarca. Se foi um crime – *felix culpa* (Celso, 1929 [1914]:205).

A tese de que o poder pessoal do Presidente deveria ser reconhecido como sucedâneo daquele do Imperador foi estabelecida por Aurelino Leal, jurista e político baiano membro do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), Chefe de Polícia do Distrito Federal no governo Venceslau, que admitia em suas conferências sobre história constitucional ter sido Dom Pedro II “o maior dos brasileiros” (Leal, 2012 [1915]: 135). A partir de um olhar “sociológico” que destacava o atraso da sociedade brasileira, combinado com a interpretação positiva de Afonso Celso sobre o regime monárquico, Leal manifestava em *História Constitucional do Brasil* (1914) prudência a respeito do movimento revisionista. Era preciso considerar o atraso do Brasil em matéria de desenvolvimento e de educação: “É a essa condição e conjuntura histórica que é preciso ligar o pouco que conseguimos e a irrealização do muito a que aspiramos” (Leal, 2012 [1915]:185). Não era possível retornar à grandeza do Império por decreto. Ela decorrera menos da essência do regime que da qualidade de Pedro II e das elites políticas por ele recrutadas – ou seja, à excelência e extensão do seu poder pessoal: “A carta constitucional conferiu ao príncipe brasileiro, em disposições claríssimas, um poder amplíssimo de participação imediata e atividade na obra do governo nacional. E Dom Pedro assim o compreendeu e assim o exerceu, crismando os políticos do tempo, desesperados com o supremo contraste do homem que tanto os conheceu de perto, esse poder visivelmente legal com o nome de *poder pessoal*” (Leal, 1984 [1914]:124). Em *Presidencialismo e Parlamentarismo no Brasil* (1914), Leal também desdenhava assim do parlamentarismo imperial como uma mera ficção porque via, no presidencialismo republicano, um sucedâneo do poder moderador monárquico:

Muito cedo o Imperador compreendeu que, num país sem gente, sem instrução, etnicamente cheio de defeitos, sociologicamente atrasado, ou um espírito diretor, uma vontade forte seria o *freio das paixões e sofreamentos* muito próprios do meio, tornando-se o *supremo contraste, o guia, o mediador, o agente plástico, das ambições, das tendências, dos exageros* dos homens, e a máquina da sociedade funcionaria regularmente, ou a força derivaria desse centro para uma delegação maior, e a confusão se operaria na razão direta da divisão da mesma força. [...] Dom Pedro II ou faria o que fez ou o seu reinado teria terminado há mais tempo (Leal, 1984 [1914]:125).

Também o sergipano Gilberto Amado se dizia impressionado com a elite imperial, composta por “homens, graves, honestos, imponentes, movendo-se em uma atmosfera elevada”. Dom Pedro II era “um príncipe que me aparece como um verdadeiro milagre da espécie humana. Senhor absoluto em um país em que o sistema constitucional era e não podia deixar de ser uma ficção; em uma sociedade sem existência moral porque era baseada sobre a escravidão, esse homem deve ser estudado, não só pelo bem que fez, mas, sobretudo, pelo mal que não fez”

(Amado, 1979: 69-70). Num país atrasado como o Brasil, a ação do chefe de Estado continuaria por muito tempo determinante na direção dos negócios públicos. Mais do que rever a Constituição, era seu poder pessoal que precisava ser empregado à maneira de Pedro II: de forma mais republicana, ativa e reformista, em prol do progresso e do bem-estar da nação. À luz de nossa tradição constitucional “puramente lírica”, o bom regime político entre nós, sul-americanos, seria aquele de um “ditador honesto” (Amado, 1963: 96 e 98). O que conservadores como Aurelino Leal e Gilberto Amado desejavam, portanto, não era a supressão do poder pessoal do presidente da República, mas que ele recaísse sobre homens liberais e republicanos como dom Pedro II. Apenas quando houvesse um presidente com as qualidades do Imperador, a reforma constitucional poderia ser realizada:

No dia em que tivermos um grande estadista à frente deste país, um varão rico de experiência e de saber, prestigiado largamente em toda a nação, que suba ao governo e nele se mantenha num período de paz, de ordem absoluta, homem sem prejuízo de seita, espírito moldado na tolerância, conservador de utilidades que não fizeram seu tempo e liberal modificador de instituições que envelheceram, nesse tempo, penso que cada patriota deve servir de eco ao grito de revisão. Antes é temerário fazê-la (Leal, 2012 [1915]:188)

2.4. Assimilação da historiografia monárquica pelos moderados: a tentativa de restauração de um conselho de Estado como “poder moderador” da República

Em torno de Venceslau Brás prevalecia, porém, a orientação de moderados que procuravam escapar da polarização entre os liberais liderados por Rui e os conservadores de Pinheiro Machado. Recepcionavam a historiografia monárquica e reconheciam a decadência cívica da República. Entretanto, ao invés de apelar para a revisão constitucional, preferiam aperfeiçoar o sistema. Queriam um judiciarismo moderado, a contenção do poder presidencial em justos limites e um federalismo mais unionista. A restauração por lei ordinária do antigo Conselho de Estado, entendido como um órgão consultivo do presidente da República, que recuperasse a qualidade e a continuidade administrativa, parecia solução conveniente para os problemas republicanos. Foi o deputado paulista Arnolfo de Azevedo que apresentou à Câmara em 1910 pela primeira vez um projeto neste sentido. O conselho teria por missão restaurar “a unidade e a tradição conservadora na vida política e administrativa da União, pela constante, capaz e experimentada colaboração dos antecessores do presidente da República em exercício”. Os atos do Executivo seriam “esclarecidos pelas luzes da experiência e do conhecimento dos negócios públicos [...], ministradas com a isenção, o patriotismo e a elevação de vistas dos que não devem mais sofrer, no seu critério e integridade, os embates e influências da ambição e dos interesses secundários” (In: Azevedo Filho, 1968:124). O projeto foi apoiado por Afrânio de Melo Franco, líder do governo, e mereceu referências elogiosas de Viveiros de Castro, magistrado nomeado para o Supremo Tribunal (Castro, 1914). O projeto foi reapresentado em 1920. Seus membros natos seriam os antigos Presidentes e Vice-Presidentes da República. Efetivos seriam cinco cidadãos de notável e comprovada capacidade administrativa, com mandato vitalício, escolhidos pelos próprios conselheiros e nomeados pelo Presidente sem audiência do Senado. A proposta foi defendida com entusiasmo por Pandiá Calógeras, ex-ministro de Venceslau Brás e de Eptácio Pessoa, que o desejava recriado na Constituição:

No Império, o chefe da Nação, o Senado e o Conselho de Estado eram institutos permanentes, criadores e mantenedores da tradição: senhores dos negócios públicos desde suas origens, e deles tratando com insuspeição, patriotismo e critério, cada qual à luz de suas convicções. Os legados que nos deixaram, nos pareceres, nas consultas do Conselho de Estado são monumentos de erudição, clarividência e senso político. Na República, onde tudo muda, é necessário [...] criar um corpo meramente consultivo, em que convirjam as melhores e mais altas capacidades de governo, capacidades no sentido técnico, no político, e no da experiência de conduzir os homens e de manejar os negócios públicos. Cercar este órgão de garantias de independência dos poderes oficiais, com membros vitalícios. Dele deveriam ser membros natos os antigos presidentes e vice-presidentes da República; os demais, seriam nomeados pelo Executivo, com aprovação do Senado. A República não pode dispensar um Conselho de Estado assim constituído (Calógeras, 1936 [1925]: 493-494).

Uma segunda proposta de Conselho de Estado era delineada por intelectuais nacionalistas como Alberto Torres e Oliveira Vianna, defensores de uma revisão constitucional que restituísse ao Estado nacional a centralidade perdida. Ministro aposentado do Supremo, o fluminense Torres preocupava-se com a vulnerabilidade do Brasil num período de imperialismo predatório. Desejava dotar o Estado de uma burocracia racionalizada e meritocrática e estender sua capilaridade pelo conjunto do território para derrotar o sistema oligárquico, cujo domínio não passava de “uma vegetação de caudilhagem e destruição, ramificada por todos os órgãos do poder público”. Impunha-se para *A Organização Nacional* (1914) uma revisão constitucional que, centralizando o poder, criasse um “governo fortíssimo” (Torres, 1914). O arcabouço institucional seria encimado por um quarto poder de caráter e atribuições especificamente políticas – o *Poder Coordenador*. Ele teria como órgão principal o *Conselho Nacional*, encarregado de planejar as diretrizes das políticas públicas e de decidir questões fundamentais como a autorização da intervenção federal, a jurisdição constitucional, a elaboração da legislação trabalhista e a verificação da lisura das eleições. O Poder Coordenador seria “um órgão, cuja função será concatenar todos os aparelhos do sistema político, como mandatário de toda a nação - da Nação de hoje, da Nação de amanhã - perante seus delegados. Não é uma criação arbitrária; é o complemento do regime democrático e federativo, sugerido pela observação da nossa vida e pela experiência das nossas instituições” (Torres, 1914:252).

Seria porém o historiador, sociólogo e jurista Oliveira Vianna quem combinaria a historiografia conservadora do Império, reproduzida no IHGB por Afonso Celso, com um projeto de reforma do Estado afim ao de Torres, que também atualizava o modelo governativo preconizado pelo visconde do Uruguai. Contrastado ao quadro centrífugo da República, marcado pelo idealismo utópico e pelo individualismo liberal, pelo predomínio dos interesses privados com as facções estaduais, o Império se destacava em *Populações Meridionais do Brasil* (1920) como a era de ouro do Brasil. Exercido por um chefe de Estado esclarecido e assessorado por uma elite de estadistas reunidos no Conselho de Estado, o Poder Moderador consolidara a unidade nacional brasileira. O quarto poder desempenhara “uma função equivalente à da realeza no continente europeu, quando se alia ao povo para desoprimi-lo da compressão da nobreza feudal” (Vianna, 2005:273). Na esteira de Uruguai e Afonso Celso, Vianna louvava o Imperador como aquele que mantivera, “na volubilidade das situações parlamentares e na instabilidade das situações ministeriais, a tradição e o prestígio da autoridade, ameaçada a todo instante pelas crises inevitáveis dos partidos e pelas eventuais coligações faccionárias, que se amatulam contra o governo para enfraquecê-lo e destruí-lo” (Vianna, 2005:365). O imperador era o modelo das virtudes de um governante republicano e esclarecido:

D. Pedro nos dá meio século de progresso moderado, disciplinado, sadio. Meio século de paz, de tranquilidade, de ordem. Meio século de legalidade, de justiça, de moralidade. Pela atração da majestade imperial, contém o centrifugismo das províncias. *Pela ascendência de seu poder pessoal, corrige a hostilidade, a intransigência, o exclusivismo das facções políticas.* [...] Durante o meio século de seu reinado, ele exerce, enfim, a mais nobre das ditaduras – aquela “ditadura da moralidade” de que fala um historiador, e que é, sem dúvida, a mais poderosa força de retificação moral, na ordem pública e privada, que jamais conheceu o nosso povo (Vianna, 2005:325).

Oliveira Vianna resolvia a questão do lugar do Império dentro da história republicana do Brasil, inscrevendo-o como paradigma de Estado nacional forte e respeitado a ser seguido na República. Ao comentar a proposta de revisão constitucional de Alberto Torres, Vianna afastava a ideia de que os problemas centrais do regime – intervenção federal, estado de sítio, lisura eleitoral - pudessem ser exercidas pelo Judiciário, como pretendiam os revisionistas liberais. Toda nossa tradição histórica justificava que fossem resolvidos por um quarto poder, “capaz de substituir, dentro do possível, o antigo poder moderador da Constituição imperial”. Ainda que fortalecido, como queria Rui Barbosa, Vianna acreditava que o Judiciário deveria ser mantido longe das injunções políticas, cumprindo um papel acima de tudo de garantidor das liberdades civis contra os ataques do Executivo. Mas ele não estava talhado, conforme argumentara Torres, para a arbitragem política. Cumpria restaurar, “no centro do regime, um órgão supremo de governo, independente e soberano” (Vianna, 1915). O Conselho de Estado deveria ser titular de um poder equivalente ao antigo Moderador, assegurando a qualidade e a continuidade administrativa, garantindo a preponderância do interesse nacional na resolução dos conflitos. Ele voltaria à carga ao republicar em 1930 uma versão revista daqueles artigos em *Problemas de Política Objetiva*:

*Esse centro de coordenação, de estabilização, de fixação, precisa vir, precisa ser inventado, precisa ser descoberto. Há quarenta anos seguros, a nossa vida política vem correndo descontínua, incoerente, instabilíssima, variando a todo o momento, conforme variam as ideias dos chefes [...]. Essa instabilidade administrativa e política da vida da República [...] deriva justamente da ausência de um *centro permanente de orientação e equilíbrio na cúpula do regime*. Em suma, da inexistência de um poder político vitalício entre os poderes temporários criados pela Constituição Republicana (Vianna, 1974:58).*

3. A Era Vargas: fracasso da moderação e triunfo autoritário (1930-1945)

3.1. A proposta de um “poder moderador” na formulação do anteprojeto constitucional da Comissão do Itamaraty (1932-1933)

A Revolução de 1930 pôs fim ao regime de 1891 e instalou Getúlio Vargas como chefe de uma ditadura provisória dominado por militares como Juarez Távora, que conquistara o Norte, e Góis Monteiro, que conquistara o Sul. A ditadura foi orientada pelo nacionalismo reformista e centralizador dos antigos tenentes, sustentado então pelo Clube 3 de Outubro e pela Sociedade de Amigos de Alberto Torres (Forjaz, 1988). Ocorre que a reação das elites estaduais em 1932, materializada na revolução paulista, obrigou o governo a proceder à reconstitucionalização. Vargas nomeou então uma comissão de notáveis (“Comissão do Itamaraty”) para elaborar o

anteprojeto de Constituição. Dela faziam parte grupos que refletiam a coalizão heterogênea que formara em 1929 a Aliança Liberal. O primeiro grande grupo era formado por moderados como Agenor de Roure, ministro do Tribunal de Contas da União (TCU); o deputado federal Prudente de Moraes Filho, e Afrânio de Melo Franco, ministro das Relações Exteriores, presidente da comissão. Eram próximos, mas mais progressistas do que liberais federalistas e antijudiciaristas, que desejavam poucos ajustes no modelo de 1891, como Antônio Carlos de Andrada Machado, ex-governador de Minas, e Artur Ribeiro, ministro do Supremo Tribunal. O segundo grupo era formado por nacionalistas ligados ao tenentismo, como Osvaldo Aranha, ministro da Fazenda; Temístocles Cavalcanti, secretário da comissão; e Oliveira Vianna, consultor do Ministério do Trabalho. À esquerda de todos estava o ex-deputado João Mangabeira, discípulo de Rui Barbosa e ícone do judiciarismo. À direita de todos, estava o general Góis Monteiro, ministro da Guerra e ícone do militarismo em ascensão.

Um conselho de Estado que garantisse a ascendência do projeto revolucionário, formado por grandes personalidades, era prioridade do governo. Sua institucionalização garantiria que o retorno à constitucionalidade não restabeleceria o *status quo* contra o qual se fizera a revolução. Mas não havia consenso sobre seu perfil. Os moderados liderados por Melo Franco aspiravam a um conselho consultivo ou comissão técnica que freasse o poder pessoal do Presidente da República e garantisse pelas boas práticas governamentais a continuidade e a qualidade administrativa. Já os nacionalistas identificados com Oliveira Vianna queriam um quarto poder político que assegurasse o interesse nacional contra as oligarquias. Ora o projeto era chamado pelos primeiros de “Supremo Conselho”, conforme a antiga proposta de Arnolfo Azevedo encampada por Prudente e por Melo Franco; ora de “Conselho Nacional”, conforme constava da proposta de Alberto Torres e Oliveira Vianna. Para piorar, inconformados com a abolição do Senado, federalistas como Antônio Carlos e Artur Ribeiro pressionavam por outro órgão equivalente que garantisse a representação paritária dos estados (as “oligarquias”). Era “a esperança de que o Senado volte”, como dizia Ribeiro (In: Azevedo, 1993:236). Daí que vissem na nova instituição um organismo análogo ao Conselho Federal da Áustria, criado por Kelsen na Constituição de 1920. Ele seria, nas palavras do jurista Carlos Maximiliano, ex-ministro da Justiça do governo Venceslau, “um elemento de colaboração e de organização muito mais eficiente, porque essencialmente técnico e composto de homens superiores e competentes” (In: Azevedo, 1993:67-68). O encaminhamento dos debates também prejudicou o projeto, que foi o último a ser discutido – quando o mais lógico seria que tivesse sido um dos primeiros. Diversas atribuições lhe foram sendo conferidas ao longo das sessões, sem uma houvesse de parte a parte ideia clara de seu papel institucional ou modo de composição (Hochheim, 2017:167). Membros da comissão manifestaram dúvidas sobre como votar devido a tais incertezas⁶.

A proposta do conselho também enfrentou as críticas do judiciarista João Mangabeira, que se opunha a todas as tentativas de outorgar ao conselho atribuições que lhes pareciam próprias do Legislativo ou do Judiciário. Como os liberais do Império – o próprio Rui, para ser mais exato –, Mangabeira alegava que o conselho proposto não dispunha de legitimidade democrática: “Não é um poder eletivo” (In: Azevedo, 1993:253). Se funções da Câmara passassem ao Conselho, o

⁶ Osvaldo Aranha por isso pedia a certa altura que se discutisse logo “a organização do Supremo Conselho Nacional, porque no curso dos debates lhe estão sendo conferidas atribuições e no entanto essa instituição ainda não teve seus fundamentos e organização votados pela comissão. [...] Confessa que, pelas ideias que já tem do conselho, não sabe ainda se lhe devem ser conferidas determinadas atribuições. [...] Sente-se, assim, em dificuldades para votar” (In: Azevedo, 1993:255). Góis Monteiro também se queixaria de como Ribeiro e Roure, da dificuldade de votar sem saber como o conselho estaria organizado (Azevedo, 1993:267 e 285).

regime deixaria de ser democrático para ser aristocrático ou absolutista. Em sua arquitetura constitucional, o deputado só admitia o conselho como auxiliar do governo – nunca como um moderador: “O grande papel do Conselho nacional, no governo, deve ser o de contrastar o Executivo nas funções administrativas, e não o de intermediário entre dois poderes” (In: Azevedo, 1993:265). Suas preferências recaíam sobre o Supremo Tribunal, descrito como “*um grande poder político, zelando pela guarda da Constituição; e decidindo sem apelo e não raro num conflito entre os poderes*” (In: Azevedo, 1993:449). Amparado em Hans Kelsen – “o máximo jurista universal dentre os vivos” – e Rui Barbosa – “o máximo dos juristas brasileiros dentre os vivos e os mortos” –, Mangabeira defendia a unidade do Judiciário e a concessão ao Supremo do controle abstrato da constitucionalidade, ainda que com a colaboração dos outros poderes (In: Azevedo, 1993:396). A Constituição deveria reconhecer sua missão primária de “manter a unidade do direito e ser o intérprete máximo da Constituição” (In: Azevedo, 1993:431).

O conflito entre as diferentes concepções acerca do novo “poder moderador” da República, somado à reticência de judiciaristas e federalistas, resultou na previsão do Conselho Supremo do anteprojeto dirigido pelo governo à Constituinte (art. 67 e 68). Como o antigo Conselho de Estado, o novo seria um “órgão técnico consultivo e deliberativo, com funções políticas e administrativas”, destinado a manter “a continuidade administrativa nacional; auxiliará, com o seu saber e experiência, os órgãos do governo e os poderes públicos, por meio de pareceres, mediante consulta; deliberará e resolverá sobre os assuntos de sua competência, fixada nesta Constituição” (In: Azevedo, 1993:843). Ao invés de doze, haveria trinta e cinco conselheiros efetivos, além de ex-presidentes da República. Sua forma de composição revelava a tendência da época de representação oriunda não só da classe política, mas como das entidades representativas da sociedade, da educação e do trabalho. Esse Conselho trabalharia em pleno e em seções, devendo, no primeiro caso, ser presidido pelo Presidente da República. As consultas poderiam ser solicitadas pelo Presidente, pelo Legislativo, pelos Governadores, Assembleias Legislativas e Câmaras de Vereadores. Entre suas atribuições, destacavam-se autorizar intervenção federal, opinar sobre a legislação administrativa oriunda do Executivo, aprovar nomeações de ministros de Estado e do Prefeito do Distrito Federal, impedir a bitributação, deliberar sobre a liberação de presos políticos depois de um mês de detenção nos casos de estado de sítio, decidir sobre recursos, propor projetos de lei ao Legislativo e convocá-lo extraordinariamente.

3.2. Fracasso da moderação: a proposta do “poder moderador” esvaziada pelo liberalismo judiciarista e federalista (1932-1934)

A ideia de um quarto poder estava no ar. Naquele mesmo ano (1933), o ex-governador do Rio Grande do Sul, Antonio Augusto Borges de Medeiros, publicou um livro no qual incumbia o próprio presidente da República daquele poder. Cruzando as doutrinas de Benjamin Constant e de Hans Kelsen, Borges propunha em *O poder moderador na República Presidencial* (1933) um sistema de governo próximo ao semipresidencialismo, apresentado como uma síntese entre o parlamentarismo imperial e o presidencialismo republicano (Lynch, 2005). O poder moderador atribuído ao presidente lhe parecia consequência lógica dessa síntese que faria dele o primeiro magistrado da Nação: “Cérebro do Estado, competir-lhe-á *regular, coordenar e moderar* a ação dos outros poderes públicos, assegurando-lhes a harmonia, entre si, e o livre exercício de cada um, dentro dos limites institucionais” (Medeiros, 2002:113). A proposta de Borges era a que mais se aproximava do antigo poder moderador imperial, inclusive na redação de

seu anteprojeto, inspirado no art. 98 da Constituição de 1824: “O Poder Moderador é delegado privativamente ao presidente da República. O Presidente é o supremo magistrado da Nação, e o seu primeiro representante, a quem incumbe incessantemente *velar sobre os destinos da República e sobre a conservação, equilíbrio e independência dos demais poderes* políticos, assim como a inviolabilidade dos direitos fundamentais” (Medeiros, 2002:141-142). Embora o livro tenha sido bem acolhido pela opinião pública, a proposta não foi levada a sério pelo Congresso Constituinte. Os membros da Comissão Constitucional – os deputados Assis Brasil, Maurício Cardoso e Adroaldo Costa – limitaram-se a assinalar suas divergências e a recomendar a leitura (AANC, v. XX:13).

O anteprojeto contendo a proposta de um Conselho Nacional elaborado pela Comissão foi endereçado pelo governo à Constituinte. Seu principal defensor na Assembleia foi o antigo chefe tenentista, Juarez Távora, ministro da Agricultura e admirador do nacionalismo estatista de Alberto Torres, conforme já admitia em suas memórias do cárcere: *À Guisa de Depoimento* (1927). Embora tenha advogado inicialmente o judicialismo ao defender “libertar, efetivamente, o poder judiciário da tutela dos outros dois, ampliando-lhe as funções, de forma a poder reparar quaisquer abusos cometidos por aqueles” (Távora, 1927:159), sua conversão ao nacionalismo de Alberto Torres fê-lo render-se à ideia do Poder Coordenador. Depois da Revolução, Távora encomendara a Oliveira Vianna o programa do Clube 3 de Outubro, empenhado em impedir que a futura Constituição restabelecesse com retoques o projeto federativo da “República Velha”. No programa oferecido por Vianna, constava a criação de “um novo órgão da soberania nacional: o Conselho Nacional como *instituição de controle e coordenação dos outros poderes* e dos interesses gerais, dotado de funções deliberativas, consultivas e judiciárias, que serão especificadas na Constituição” (Vianna, 1974:183). Entre as suas atribuições e faculdades deste conselho, que teria no máximo 21 membros, estariam a intervenção nos Estados, o prazo e a extensão dos poderes desta intervenção; o direito de veto a decretos dos outros poderes políticos; competência para resolver os conflitos entre União e Estados e opinar sobre projetos de lei, partidos, ou da Câmara ou do Executivo. Embora o projeto de Oliveira Vianna tivesse sido um tanto modificado pela Comissão do Itamaraty, Távora empenhara-se pessoalmente na sua aprovação:

O Conselho Federal, cuja criação proponho, não é poder executivo, não é poder legislativo, não é poder judiciário. É poder de supervisão, uma *verdadeira cúpula do regime*, podendo ter, cumulativamente, atribuições legislativas, executivas e até judiciárias, para o fim de *coordenar, de controlar os demais poderes* [...]. É de fato e rigorosamente *um poder moderador*. [...] Esse poder moderador seria um *instrumento ideal de equilíbrio*, porque ao contrário do poder moderador, estritamente pessoal, proposto pelo eminente Sr. Borges de Medeiros - seria exercido impessoalmente através do Conselho, que representaria uma soma, ou, pelo menos, uma média da opinião nele representada, igualmente, de todos os Estados, dispondo, portanto, de autoridade para estabelecer restrições merecedoras da acatamento (AANC, v. XI, 491)

Com enfraquecimento do Clube 3 de Outubro, os tenentes representados por Távora não conseguiram emplacar o projeto de Conselho Nacional. Os federalistas da Constituinte o transformaram num sucedâneo do antigo Senado, inclusive no nome, composto de forma paritária por representantes dos Estados, com imunidades, subsídio e ajuda de custo idênticos aos dos deputados, e sujeitos aos mesmos impedimentos e incompatibilidades. O projeto do conselho foi desidratado também pelos judicialistas, que fixaram a competência dos tribunais para processar os novos conflitos trabalhistas (Justiça do Trabalho) e relativos à lisura das eleições (Justiça Eleitoral). O que restou do projeto na Constituição de 1934 foi um simulacro. Formalmente, havia

um capítulo (V) intitulado “Da coordenação dos poderes”, incumbindo o Senado de “promover a *coordenação dos poderes federais* entre si, manter a continuidade administrativa, velar pela Constituição, colaborar na feitura de leis e praticar os demais atos da sua competência” (art. 88). Na prática, o Senado continuou a “colaborar” no exercício do Poder Legislativo (art. 22). Das atribuições coordenadoras, restara autorizar a intervenção federal em certos casos (art. 90 “b”) e conferir efeito vinculante a decisões do Supremo declarando a inconstitucionalidade das leis (art. 91 IV). Conforme reconhecia com satisfação o deputado judiciarista Levi Carneiro, a montanha parira um rato: “Não se compreende órgão de coordenação que não seja superior, de dominação, que possa resolver os conflitos, e esse Conselho é apenas próprio para criar conflitos, sem capacidade para resolvê-los” (AANC, XXI:239). E concluía: “O Conselho Federal, naturalmente, vai ser alguma coisa, ou tremendamente perturbadora da vida política e administrativa do Brasil, ou uma inutilidade ridícula” (AANC, XXI:238). Prevaleceu a última hipótese.

3.3. A ascensão da doutrina militarista e a proposta de um Conselho de Segurança Nacional (1932-1934)

Entre o liberalismo federativo e judiciarista daqueles que queriam apenas regenerar a velha República e o autoritarismo discricionário de ímpeto reformista e nacionalista da ditadura revolucionária, a proposta de um Conselho como novo poder moderador representava do ponto de vista institucional um possível meio termo capaz de compatibilizar a reconstitucionalização desejada pelos primeiros com a hegemonia do Estado nacional pretendida pelos segundos. Seu fracasso no processo constituinte de 1933-1934 empurrou os nacionalistas para uma solução de força que viria menos das fórmulas liberais oitocentistas do estado de sítio ou do poder moderador do que da literatura autoritária em voga na Europa depois da Primeira Guerra Mundial. Embora a historiografia monárquica tivesse sido fundamental na conformação de um repertório crítico ao modelo oligárquico da Primeira República, ela perdera parte da força depois da revogação do banimento da Família Imperial (1920), do repatriamento dos restos mortais dos imperadores (1922) e da celebração do centenário de nascimento de Dom Pedro II (1925). Em outras palavras, o campo de experiência monárquica já não bastava para a reorganização do regime. Refletindo o ambiente Internacional posterior à Grande Guerra (1914-1918), o modernismo ideológico orbitava em torno de um conservadorismo nacionalista e antiliberal, que combinava catolicismo, corporativismo e fascismo. A memória do Império sofria agora a concorrência de utopias futuristas radicais e de novos modelos institucionais estrangeiros.

Do caldo de cultura autoritária no qual foi gestada a reorganização do Exército, emergiu a doutrina que sucederia e exorbitaria a do estado de sítio: a *da segurança nacional*. Ela se materializaria institucionalmente na demanda, por parte do general Góis Monteiro, ministro da Guerra e membro da Comissão do Itamaraty, de criação de um novo conselho: o de Segurança Nacional. Ela deveria ser seguida pela promulgação de uma lei homônima que outorgasse ao Executivo poderes excepcionais mais amplos do que ele fruía durante a Primeira República. Na Comissão do Itamaraty, Góis não fizera segredo de suas preferências. Declarava não ser “partidário da democracia liberal; instituição do século passado, que surgiu com a Revolução Francesa, donde a copiamos, desde o Império. Ela evoluiu e, hoje, já está no rumo descendente. E o Brasil precisa caminhar para o futuro, fazendo obra nova” (In: Azevedo, 1993:869). Elogiava Plínio Salgado, chefe do integralismo cuja “obra notável de psicologia coletiva” denunciava “o confucionismo revolucionário e essa obra de dissociação sistemática, que se tem produzido

no meio brasileiro” (In: Azevedo, 1993: 630). A Constituição só daria paz e tranquilidade ao Brasil se conferisse ao governo “os meios de que precise para vencer quem atente contra a integridade nacional” (In: Azevedo, 1993:656). Góis queria um Conselho de Defesa Nacional, bem como uma lei de segurança nacional, que regulasse o estado de guerra. O de sítio já não bastava, porque só permitia “ao governo prender, desterrar e tomar outras providências, como censura à imprensa” e vedava a prisão de governadores, deputados, senadores e juízes. Só assim se poderia enfrentar a “técnica revolucionária moderna” de infiltração do comunismo: “O pior inimigo é o interno, não podendo existir uma nação, uma pátria minada pelo inimigo interno, e o Estado deve defender-se dele mais do que dos externos” (In: Azevedo, 1993:273). Para a razão de Estado que impunha salvar uma nacionalidade enfraquecida pela desorganização, pelo inimigo interno e pelo imperialismo, o Estado de Direito era um trambolho a ser removido.

Daí a oposição de Góis à concessão ao Supremo do exercício da jurisdição constitucional pela via abstrata. O modelo criado por Kelsen era rejeitado “porque seria a ditadura do Judiciário e [ele] prefere a do Executivo” (In: Azevedo, 1993: 897). A lógica judiciarista da normatividade afrontava a lógica militarista da excepcionalidade: “Uma constituição não deve prever somente a normalidade da vida dos povos. Há casos, como o da guerra, mesmo de revolução, em que são necessárias leis de exceção e pode acontecer a inconstitucionalidade de medidas que o governo tenha necessidade de tomar para sua salvação”, explicava o general. Essas leis eram indispensáveis contra o inimigo interno (o separatista ou impatriota, conspirador etc.) e o externo (o estrangeiro, agente do imperialismo). Assim como as decisões da justiça militar precisavam ficar fora da jurisdição do Supremo, a proibição dos tribunais de exceção devia ser flexibilizada: “Certas circunstâncias exigem, às vezes, a criação de tribunais especiais, com processos mais rápidos, e restringindo, em favor da coletividade, o direito de defesa” (In: Azevedo, 1993:478). A nova Constituição atendeu o ministro no título (o VI) denominado “Da Segurança Nacional” e, enquanto desidratava o Conselho Nacional de Távora, criou tanto o Conselho de Segurança Nacional (art. 159) como o *estado de guerra* que permitia “a suspensão das garantias constitucionais que possam prejudicar direta ou indiretamente a segurança nacional” (art. 161). Góis não se deu por satisfeito: “Mais tarde, os responsáveis pelos destinos do Brasil hão de se convencer de que ainda é cedo para entrarmos nesse regime [democrático], tal como foi instituído em 1889 e que nos, de certa maneira, mantivemos” (In: Azevedo, 1993:1024). Todas essas posições autoritárias ou protofascistas seriam reiteradas por Góis em livro denominado *A Revolução de 30 e a finalidade política do Exército (esboço histórico)* (1933).

Foi por essa porta que o militarismo desenvolveu a tese de que as Forças Armadas seriam um poder moderador do novo regime. O movimento tenentista já resgatara a doutrina do soldado-cidadão que justificara o golpe de 1889 para legitimar sua própria rebelião. Távora interpretava o artigo 14 da Constituição de 1891 como se ele autorizasse a resistência dos militares face a ordens ilegais do governo na forma de uma “revolução constitucional”, que livrasse o povo da tirania ⁷. As Forças Armadas seriam herdeiras aparentes do antigo Poder Moderador porque aquele artigo lhes conferira “a *função regulatória de volante da ordem social* – capaz de compensar os colapsos de funcionamento da máquina pública, provocados pelos excessos do povo e pelos arbítrios dos governos” (Távora, 1927:90). A doutrina do Exército como “poder moderador”, agora em chave extraconstitucional ou sociológica, seria reiterada

⁷ “Art. 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior. A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais”.

depois da Revolução para advertir a classe política de que não se admitiria o restabelecimento do *statu quo ante*. José Américo de Almeida, ministro da Viação e Obras Públicas, alegava em discurso de saudação a Góis Monteiro que, em países mal organizados como o Brasil, era o Exército que assegurava “a integridade política e moral da pátria” contra “uma falsa legalidade aviltante e oprobriosa” (Almeida, 1933:20). Sua intervenção seria sempre idônea, “onde falece uma opinião pública organizada com a necessária cultura política para o discernimento dessas situações periclitantes e se tornam imponentes as reações inermes”. Era um argumento típico de razão de Estado: “Se o Brasil estiver ainda a pique de regressar à desordem política, à corrupção pública, à inutilidade administrativa, o Exército saberá cumprir o seu dever de patriotismo, subtraindo-o de um mal maior, que é a sangria prolongada, a infecção mortal da nacionalidade. Mas para restitui-lo, depois de saneado, à ordem civil” (Almeida, 1933:23).

3.4. Triunfo autoritário: o Estado Novo e a apologia do Poder Moderador como “poder pessoal” (1935-1945)

Diante do desmantelamento do projeto de poder moderador, a aposta no “poder pessoal” do presidente se tornara para muitos a única alternativa para salvar o projeto revolucionário. Do cruzamento da doutrina militarista da segurança nacional com a deformação da antiga interpretação conservadora do poder moderador como um “poder pessoal”, nasceu a versão específica da tese autoritária de que, na qualidade de comandante-em-chefe das Forças Armadas, o presidente seria o “poder moderador” da República. A Intentona Comunista de 1935 serviu para a reativação dos mecanismos excepcionais em nome da segurança nacional. O Decreto nº 457 declarou o estado de sítio, permitindo serem “detidas ou conservadas em custódia todas as pessoas que [tivessem] coparticipado na insurreição extremista ou a respeito das quais [tivessem] as autoridades fundados motivos para crer que [viessessem] a participar nela, em qualquer ponto do território nacional”. A Emenda nº 1 de 1935 à Constituição facultou o Congresso a autorizar o presidente da República “a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra em qualquer parte do território nacional”⁸. O Decreto nº 702 de 1936 instaurou o estado de guerra; em setembro, foi criado o Tribunal de Segurança Nacional. Jornais foram empastelados, e opositores do governo, presos – entre eles, o deputado João Mangabeira que, privado de suas imunidades, amargaria quinze meses na cadeia (Mangabeira, 1980:27-29). Para justificar outro estado de guerra, o Conselho de Segurança Nacional forjou uma nova ameaça comunista. O autogolpe que instaurou a ditadura veio a 10 de novembro: a nova Constituição outorgada por Vargas revogou a de 1934; fechou o Congresso Nacional, as assembleias estaduais e as câmaras municipais (art. 178); e substituiu os governadores por interventores (art. 176). O art. 186 declarou um estado de emergência que duraria quase oito anos.

8 “Emenda 1: A Câmara dos Deputados, com a colaboração do Senado Federal, poderá autorizar o Presidente da República a declarar a comoção intestina grave, com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, equiparada ao estado de guerra, em qualquer parte do território nacional, observando-se o disposto no artigo 175, n. 1, §§ 7o, 12 e 13, e devendo o decreto de declaração de equiparação indicar as garantias constitucionais que não ficarão suspensas”. As emendas 2 e 3 permitiam ainda demitir servidores militares e civis que praticassem atos ou participassem de movimentos subversivos (Marques, 2013:364).

A Constituição de 1937 consagrou a hegemonia do Presidente que, na qualidade de “autoridade suprema do Estado”, ficava por ela encarregado de “*coordenar a atividade dos órgãos representativos de grau superior*”, dirigir a política interna e externa, promover e orientar legislação e superintender a administração (art. 73). O judiciarismo havia sido neutralizado: o presidente podia sustar uma declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo se julgasse a medida “necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta” (art. 96 § único). As Forças Armadas eram baseadas na disciplina hierárquica e na fiel obediência à autoridade do Presidente (art. 161). Todas as questões relativas à segurança nacional eram da competência do Conselho homônimo (art. 162). O Presidente poderia declarar estado de emergência “em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos” (art. 166). Se fossem necessários militares, o Presidente poderia declarar o estado de guerra. Na segunda edição de *O Idealismo da Constituição* (1939), Oliveira Vianna justificava o golpe pela necessidade de “salvar a soberania da Nação, o prestígio do poder central, os interesses fundamentais da ordem pública e da integridade nacional” (Vianna, 1938:124). O “primado do Poder Executivo” apenas consagrava na República o modelo governativo do Império, descrito pelo visconde do Uruguai: “O ideal de um chefe de Estado é, em tal regime, o de uma autoridade que se coloque justamente a uma dos partidos e grupos de qualquer natureza, de modo a poder dirigir a Nação do alto, num sentido totalitário, agindo como uma força de agregação é unificação – e não como uma força de desagregação e de luta” (Vianna, 1938:208). Mas Vargas se tornou também na prática o único legislador, por não convocar o plebiscito de que dependiam as eleições parlamentares. Nesse meio tempo, o Presidente teria “o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União” (art. 180).

Como Vargas *presidia, governava, administrava e legislava*, os ideólogos do Estado Novo abandonaram os argumentos legais e passaram a defender a tese de que, do ponto de vista sociológico, o poder pessoal era o único compatível com a cultura política brasileira. Para o ministro Alexandre Marcondes, o poder pessoal de Getúlio Vargas era herdeiro de Campos Sales, com a vantagem de estar livre do entulho do liberalismo (Marcondes Filho, 1941). Azevedo Amaral seguia o mesmo caminho ao declarar que “o poder pessoal, que as ficções do liberalismo democrático depreciaram, desfigurando-o e fazendo-o perder a sua significação fundamental e permanente, ressurgiu como elemento básico e insubstituível na direção das atividades do Estado e no encaminhamento da marcha progressiva da Nação” (Amaral, 1943:35). Mas a narrativa que prevaleceu foi a de intelectuais como Monte Arrais e Almir de Andrade. Eles hipertrofiaram a historiografia monárquica de Afonso Celso e as interpretações sociológicas de Oliveira Vianna para apresentar o poder pessoal como o autêntico estilo brasileiro de governação. Arrais argumentava em *O Brasil e os Regimes Ocidentais* (1943) que a colonização portuguesa determinara “a tendência histórica das instituições nacionais para a instituição do poder pessoal do titular executivo, que predominou através de três regimes sucessivos: monárquico, republicano e Estado Novo” (Arrais, 1943: 62). Era com base na mesma perspectiva que Andrade sustentava em *Força, Cultura e Liberdade* (1940) que o Poder Moderador de Dom Pedro II teria sido “um perfeito símbolo desse espírito de realismo, de força e tolerância, que orientava o governo imperial e que radicava às mais genuínas tradições brasileiras” (Andrade, 1940:107). O Estado Novo simplesmente restaurava a tradição monárquica do poder pessoal, perdida com o desvio liberal da Primeira República. Presidida pelo Cardeal Arcebispo do Rio, a cerimônia de inumação dos restos mortais do Imperador a 5 de dezembro de 1939 na Catedral

de Petrópolis, com a presença do Presidente Getúlio Vargas ao lado do Príncipe do Grão-Pará, confirmava a transmissão mística do poder monárquico, que fazia do ditador um Dom Pedro III, e do Estado Novo, um Terceiro Reinado republicano ⁹.



Conclusão

Um regime democrático é estável quando atende expectativas mínimas de autoridade, liberdade e igualdade dos atores que nele atuam, disputando recursos para favorecer as políticas que creem justas à luz de suas ideologias. Quando esse regime se deslegitima por não atender àquelas expectativas, abre-se o horizonte para alternativas. A imaginação política se alimenta de três fontes básicas: utopias futuristas elaboradas por teóricos; modelos estrangeiros divulgados por juristas; e regimes passados descritos por historiadores. No presente artigo, nos detivemos no último caso: a investigação apurou o impacto da historiografia monárquica no debate republicano para compreender os diferentes sentidos atribuídos ao conceito de “poder moderador” e suas transformações ao longo do tempo. A incapacidade de gerar ordem com pluralismo na década de 1910 levou ao questionamento do regime pelas novas gerações, que revalorizaram o tempo do Império por meio da produção de sócios do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB) simpáticos à experiência monárquica, como Joaquim Nabuco, Afonso Celso, Oliveira Lima, Aurelino Leal, Viveiros de Castro, Pandiá Calógeras e Oliveira Vianna.

⁹ Um observador imparcial como o jurista e politólogo Karl Loewenstein deixaria extensas notas sobre o impacto da “tradição imperial” na ideologia do Estado Novo. Nem por isso deixaria de estranhar como um regime personalista como o Estado Novo poderia se considerar herdeiro de um regime monárquico parlamentar como o Império de dom Pedro II. Na sua opinião, o caráter aparentemente mitigado da ditadura de Vargas se devia justamente ao caráter liberal da monarquia (Loewenstein, 1942:309).

Mas as historiografias oferecem diferentes visões do passado, conforme as preferências ideológicas de quem, em uma ponta, escreve a história, e na outra, de quem a lê atrás de subsídios para ação. Em busca do fortalecimento da autoridade presidencial, conservadores como Aureliano Leal e Gilberto Amado recepcionaram a historiografia do visconde do Uruguai e do conde de Afonso Celso. Viram o Poder Moderador como um antepassado do *poder pessoal* do Presidente, fato que legitimava sua continuação na República. Aspirando a maior liberdade política, liberais como Pedro Lessa e João Mangabeira recepcionaram a historiografia judiciarista de Rui Barbosa. Enxergaram no quarto poder imperial um garantidor dos direitos civis e políticos, cuja versão aperfeiçoada na República, a *jurisdição constitucional* do Supremo Tribunal, deveria ser fortalecida contra o arbítrio do autoritarismo e do patrimonialismo. Desejando aperfeiçoar as práticas do regime, moderados como Melo Franco e Pandiá Calógeras recepcionaram a historiografia de Joaquim Nabuco. Percebiam o Poder Moderador como um força arbitral cujo desaparecimento levaria à instabilidade e à queda da qualidade administrativa. Também nacionalistas como Alberto Torres e Oliveira Vianna, críticos do modelo de 1891, desejavam a volta de um quarto poder que assegurasse o triunfo da razão nacional. Vianna confeccionaria sua própria historiografia para justificá-lo em *O ocaso do Império* (1925). Embora todas elogiassem o Poder Moderador de Dom Pedro como chave do modelo de bom governo, cada uma das correntes se agarrou a uma vertente historiográfica afim para interpretá-lo e justificar reformas distintas: a autoritária, que fortaleceria o poder pessoal do Presidente; a judiciarista, que favoreceria a Justiça; e a moderada, que recriaria um quarto poder de caráter político.

A procura por este quarto poder encontrou hora e vez no processo constituinte de 1932-1934. Mas a tentativa articulada pelo governo na Comissão do Itamaraty fracassou, desidratada na Assembleia pelos liberais, federalistas e judiciaristas, que não rompiam com o modelo de tripartição de poderes, nem renunciavam a um senado federal, tampouco a um tribunal que desse a última palavra em matéria de constitucionalidade. Mas a proposta de um Conselho de Estado perdeu também para os novos autoritários que queriam um Conselho de Segurança Nacional. Diante de um judiciarismo que pretendia tutelar a política pela lógica da normatividade e fortalecer os magistrados em nome do Estado de direito, levantou-se um militarismo com pretensão idêntica pela lógica da excepcionalidade, fortalecendo o Presidente em nome da razão de Estado. Prevaleceu o militarismo, embora em chave diversa de 1889 ou 1930. Até então, era dever do soldado agir para salvar a pátria, independentemente ou até contra a organização militar. A doutrina da segurança nacional impunha agora a intervenção do Exército como corporação sob as ordens de um alto comando, encarregado de pensar a guerra como ameaça permanente e de organizar a vida nacional pela lógica da exceção (Carvalho, 2019:57). A ditadura do Estado Novo aparece assim como uma consequência do fracasso de um meio-termo entre o judiciarismo e o militarismo, estampado na forma de um poder moderador capaz de compatibilizar exigências contrárias de norma e exceção, liberalismo e nacionalismo, pluralidade e unidade, direitos fundamentais e segurança nacional.

O fracasso da restauração de um quarto poder de caráter arbitral perenizou na República a oposição entre judiciarismo e militarismo, que disputariam dali em diante a herança jacente do Poder Moderador, entendido como um poder tutelar legitimado a intervir quando houvesse crise do sistema representativo. Uma vez que a Constituição de 1891 entregou ao Supremo o exercício da jurisdição constitucional, sempre haveria liberais que lhe atribuísem a condição de sucedâneo do Poder Moderador. Seria baseado nessa doutrina judiciarista que se ancoraria a pretensão dos atores judiciários de tutelar a República contra sua classe política corrompida na década de 2010 (Lynch, 2017). E seria em nome da doutrina militarista do

“poder moderador” que as Forças Armadas interviriam em nome da segurança nacional até a década de 1980, ameaçando fazê-lo novamente trinta anos depois. Essa querela reflete ideologicamente uma disputa em torno de quem deve articular a visibilidade da unidade soberana em uma ordem pluralista. Os militaristas favorecem uma versão autoritária dessa articulação, enquanto os judiciaristas se inclinam por uma versão liberal.

A verdade, porém, é que, por não escaparem à configuração tradicional da tripartição de poderes iguais e independentes, nem o Supremo, nem o Presidente – e muito menos as Forças Armadas – podem ser objetivamente qualificados como poderes moderadores à luz da Constituição de 1988. A criação de um poder moderador político, identificado com o chefe de Estado e capaz de arbitrar crises políticas, assessorado pelo Conselho da República, dependeria da separação entre chefias de Estado e de governo e, portanto, do abandono do sistema presidencial por outro, parlamentar ou semipresidencial. Também a existência de um poder moderador jurídico exigiria que o Supremo deixasse de ser um órgão de cúpula do Judiciário para se tornar formalmente um tribunal constitucional de estilo europeu, acima dos três poderes. Mas essas possibilidades permanecem remotas, seja porque o país parece avesso à engenharia institucional fora de períodos constituintes, seja pela cristalização de uma cultura política avessa ao imaginário da “moderação”. Até que aquelas reformas aconteçam, as pretensões “moderadoras” de militaristas e judiciaristas continuarão onde estiveram desde 1891: no plano da pura retórica e da ideologia.

Referências

AANC – Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1933-1934.

ACD – Anais da Câmara dos Deputados.

ASF – Anais do Senado Federal.

ALMEIDA, José Américo de (1933). Prefácio. In: Gois Monteiro, *A Revolução de 30 e a finalidade política do Exército (esboço histórico)*. Rio, Andersen Editores.

ALMEIDA, Tito Franco de (1944) [1867]. *O conselheiro Francisco José Furtado: biografia e estudo de história política contemporânea*. Rio de Janeiro, Companhia Editora Nacional.

AMARAL, Antônio José Azevedo do (1943). Realismo político e democracia. In: *O pensamento político do presidente. Separata de artigos e editoriais dos primeiros 25 números da Revista « Cultura Política », comemorativa do 60o. Aniversário do presidente Getúlio Vargas*. Rio de Janeiro, Imprensa nacional.

AMADO, Gilberto (1963). *Três livros: A chave de Salomão e outros escritos; Grão de areia e estudos brasileiros; A dança sobre o abismo*. Rio de Janeiro, José Olímpio.

AMADO, Gilberto (1979). *Discursos parlamentares*. Brasília, Câmara dos Deputados.

ANDRADE, Almir de (1940). *Força, cultura e liberdade: origens históricas e tendências atuais da evolução política do Brasil*. Rio de Janeiro, José Olímpio.

- ARRAES, Monte (1943). *O Brasil e os regimes ocidentais*. Rio de Janeiro, Tipografia do Patronato.
- AZEVEDO, Aroldo de (1968). *Arnolfo de Azevedo – parlamentar da Primeira República*. São Paulo, Companhia Editora Nacional.
- AZEVEDO, José Afonso de (1993) [1933]. *Elaborando a Constituição Nacional*. Edição fac-similar, Brasília, Senado Federal.
- BARBOSA, Bernardo (2020). *Bolsonaro: Forças Armadas não aceitam tomada de poder por julgamentos políticos*. São Paulo, CNN Brasil. In: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/forcas-armadas-nao-aceitam-tomada-de-poder-por-outro-poder-diz-bolsonaro/>
- BARBOSA, Rui (1960). *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro, Nova Aguilar.
- BARBOSA, Rui (1967). *Excursão Eleitoral*. Obras completas de Rui Barbosa, volume XXX-VII. 1910. tomo I. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura.
- BARBOSA, Rui (1973). *Discursos Parlamentares*. Obras completas de Rui Barbosa, volume XLI. 1914. tomo I. Rio de Janeiro, Ministério da Educação e Cultura.
- BARBOSA, Rui (1975). *O Art. 6º. da Constituição e a Intervenção de 1920 na Bahia*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura.
- BASTOS, Aureliano Cândido Tavares (1997). *A província: estudo sobre a descentralização no Brasil*. Brasília, Senado Federal.
- BLACHÈR, Philippe (2001). *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*. Préface de Dominique Rousseau. Paris, PUF.
- BORGES, Rebeca (2021). *'Brasil não tem poder moderador', diz Carmen [Lúcia] sobre Forças Armadas'*. São Paulo, Metrôpoles. In: <https://www.metropoles.com/brasil/brasil-nao-tem-poder-moderador-diz-carmen-sobre-forcas-armadas>.
- BRASIL. Presidente (1978). *Mensagens presidenciais, 1890-1910*. Brasília: Câmara dos Deputados.
- BRASIL (1917). *Documentos parlamentares: estado de sítio. Acontecimentos de março. 1914*. Rio de Janeiro: Tipografia do Jornal do Comércio, 1917. vol. 7.
- CALÓGERAS, Pandiá (1936). *Estudos históricos e políticos (res nostrae)*. São Paulo, Companhia Editora Nacional.
- CARNEIRO, Levi (1936). *Pela nova Constituição*. Rio de Janeiro, A. Coelho Branco.
- CARVALHO, José Murilo de (2019). *Forças armadas e política no Brasil*. São Paulo, Todavia.
- CASTRO, Augusto Olímpio Viveiros de (1914). *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro, Jacinto Ribeiro dos Santos.
- CAVALCANTI, Amaro (1983) [1900]. *Regime Federativo e República Brasileira*. Brasília, UnB.

- CELSO, Afonso Celso de Assis e Figueiredo, Conde de Afonso (1929). *Oito anos de parlamento & Poder pessoal de D. Pedro II – reminiscências e notas*. Nova edição aumentada. São Paulo, Melhoramentos.
- CHACON, Vamireh (1981). *História dos partidos brasileiros : discurso e praxis dos seus programas*. Brasília, UnB.
- CONSTANT de Rebecque, Benjamin (1997). *Écrits politiques*. Textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet. Paris, Gallimard.
- CONTINENTINO, Marcelo Casseb (2015). *História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil: percursos do pensamento constitucional no Século XIX (1824-1891)*. São Paulo, Almedina.
- COOLEY, Thomas M. (1898) [1880]. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. Boston, Little, Brown and Company.
- COSTA, Vívian Chierigati (2020). *Suspensão de direitos em um Estado monárquico constitucional representativo: Parlamento, práticas políticas e contestações à ordem no Brasil oitocentista*. Tese (Doutorado em História Social) - Programa de Pós-Graduação em História Social FFLCH/ USP.
- FORJAZ, Maria Cecília Spina (1988). *Tenentismo e forças armadas na Revolução de 30*. Rio de Janeiro, Forense.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo (1955). *Um estadista da república – Afrânio de Melo Franco e seu tempo*. Rio de Janeiro, José Olímpio.
- FREEDEN, Michael (1996). *Ideologies and political theory: a conceptual approach*. Oxford, Clarendon Press.
- GAUCHET, Marcel (1995). *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation*. Paris, Gallimard.
- GUANDALINI JR, Walter (2016). *O poder moderador: ensaio sobre o debate jurídico-constitucional no século XIX*. Curitiba, Prismas.
- GULLINO, Daniel & DANTAS, Diminuir (2021). *Bolsonaro diz que Forças Armadas são ‘poder moderador’ e que lhe dão ‘apoio total’*. Rio de Janeiro, O GLOBO, edição de 12 de agosto de 2021. In: <https://oglobo.globo.com/politica/bolsonaro-diz-que-forcas-armadas-sao-poder-moderador-que-lhe-dao-apoio-total-1-25152878>
- HOCHHEIM, Bruno Arthur (2017). *Federalismo, Centralização e Intervenção Estatal: Os debates na Comissão do Itamaraty (1932-1933)*. Dissertação de mestrado. Brasília, UnB.
- IGREJA E APOSTOLADO POSITIVISTA DO BRASIL (1913). *O Império Brasileiro e a República Brasileira perante a Regeneração Social*. Rio de Janeiro.
- KELSEN, Hans (2003). *Jurisdição constitucional*. Traduções de Alexandre Krug, Eduardo Brandão e Maria Ermantina Galvão. São Paulo, Martins Fontes.
- KOSELLECK, Reinhart (2006). *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Rio, Contraponto.

- KOSELLECK, Reinhart (2014). *Estratos do tempo: estudos sobre história*. Rio, Contraponto.
- KOSELLECK, Reinhart (2020). *Histórias de conceitos: estudos sobre a semântica e a pragmática da linguagem política e social*. Rio, Contraponto.
- LEAL, Aurelino (2012) [1915]. *História Constitucional do Brasil*. Brasília, Senado Federal.
- LEAL, Aurelino (1984) [1924] *O Parlamentarismo e o Presidencialismo no Brasil*. Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, 27(2): 116-31, maio/ago. 1984
- LEITE, Francisco Glicério Cerqueira (1981). Relações entre o Executivo e o Judiciário na Constituição de 1891. In: Witter, José Sebastião (org.). *Ideias políticas de Francisco Glicério*. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa.
- LESSA, Pedro (1915). *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Francisco Alves.
- LESSA, Pedro (1925). *Reforma constitucional*. Rio de Janeiro, Editora Brasileira Lux.
- LESSA, Renato (2016). *A invenção republicana: as bases e a decadência da cultura política*. 3ª. Edição. Rio de Janeiro, Topbooks.
- LOEWENSTEIN, Karl (1942). *Brazil under Vargas*. New York, The Macmillan Company.
- LYNCH, Christian Edward Cyril (2005). *A ideia de um Conselho de Estado Brasileiro. Uma abordagem histórico-constitucional*. Brasília, Revista de informação legislativa, v. 42, n. 168, p. 45-63, out./dez. 2005
- LYNCH, Christian Edward Cyril (2014). *Da monarquia à oligarquia: história institucional é pensamento político brasileiro*. São Paulo, Alameda.
- LYNCH, Christian Edward Cyril (2017). *Ascensão, fastígio e declínio da 'revolução judiciária'*. Revista Insight Inteligência. Ano XX, nº79, outubro/novembro/dezembro de 2017.
- LYNCH, Christian Edward Cyril (2018). *Necessidade, contingência e contrafactualidade: a queda do Império revistada*. Topoi (Rio J.), Rio de Janeiro, v. 19, n. 38, p. 190-216, maio/ago. 2018.
- LYNCH, Christian Edward Cyril (2021). *Nada de novo sob o Sol: teoria e prática do neoliberalismo brasileiro*. Rio de Janeiro: Insight inteligência, 91: 17-34.
- MALATIAN, Teresa (2001). *Oliveira Lima e a Construção da Nacionalidade*. Bauru, EDUSC.
- MALATIAN, Teresa (2010). *Dom Luís de Orléans e Bragança: peregrino de impérios*. São Paulo, Alameda.
- MANGABEIRA, João (1980). *Ideias Políticas de João Mangabeira*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa.
- MARCONDES FILHO, Alexandre (1941). *Vocações da unidade (conferências e discursos)*. Rio de Janeiro, José Olímpio.
- MARQUES, Raphael Peixoto de Paula (2013). *Estado de exceção e mudança (in)constitucional no Brasil (1935-1937)*. Historia Constitucional, n. 14, 2013, págs. 353-386.

- MARTINS, Ives Gandra (2020). *Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes*. CONJUR - Consultor Jurídico. In: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>.
- MEDEIROS, Antônio Augusto Borges de (2002). *O poder moderador na República Presidencial*. Caxias do Sul, EDUCS.
- MELLO, Monique (2021). *Toffoli diz que STF exerce um controle de poder moderador. Ministro saiu em defesa do semipresidencialismo*. Pleno News. In: <https://pleno.news/brasil/politica-nacional/toffoli-diz-que-stf-exerce-um-controle-de-poder-moderador.html>
- MENDONÇA, Carlos Sussekind (1960). *Salvador de Mendonça: democrata do Império e da República*. Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro.
- NABUCO, Joaquim (1949a). *Balmaceda*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira.
- NABUCO, Joaquim (1949b). *Cartas aos amigos*. Volume 2. São Paulo, Progresso Editorial.
- NABUCO, Joaquim (1997). *Um estadista do Império*. Rio de Janeiro, Top books.
- NABUCO de Araújo, José Tomás (1979). *O centro liberal*. Senado Federal, Brasília.
- OLIVEIRA, Cândido de (1986). *A justiça sob a República*. In: *A década republicana*. Brasília, UnB.
- OTONI, Teófilo Benedito (1979). *Discursos parlamentares*. Brasília, Senado Federal.
- PONTES, Felipe (2020). *Toffoli diz que Forças Armadas não podem ser poder moderador*. Brasília, Agência Brasil. In: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2020-06/toffoli-diz-que-forcas-armadas-nao-podem-ser-poder-moderador>
- SALES, Manuel Ferraz de Campos (1908). *Da propaganda à presidência*. São Paulo.
- SÃO VICENTE; José Antônio de Pimenta Bueno, Marquês de (2002). *Marquês de São Vicente*. Organização e introdução de Eduardo Kugelmas. São Paulo, Editora 34.
- SATO, Leonardo Seiichi Sasada (2018). *Um poder da moderação? Política e História no Supremo Tribunal Federal da Primeira República*. Tese de doutorado em Ciência Política. Rio de Janeiro, IESP-UERJ.
- SCHMITT, Carl (1998). *La defensa de la constitución*. Prólogo de Pedro de Vega. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Segunda edición. Madrid, Editorial Tecnos.
- SOUSA, José Antônio Soares de (1944). *A vida do visconde do Uruguai*. São Paulo, Companhia Editora Nacional.
- TÁVORA, Juarez (1927). *À guisa de depoimento sobre a revolução brasileira de 1924*. 1º. Volume. São Paulo, "O combate".
- TÁVORA, Juarez (1974). *Uma vida e muitas lutas. Memórias*. 1º. Volume. *Da planície à borda do altiplano*. Rio de Janeiro, José Olympio.
- TORRES, Alberto (1914). *A organização nacional*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional.

TORRES, João Camilo de Oliveira Torres (2017) [1968]. *Interpretação da realidade brasileira: introdução à história das ideias políticas no Brasil*. Brasília, Câmara dos Deputados.

URUGUAI; Paulino José Soares de Sousa, visconde do (1960). *Ensaio sobre direito administrativo*. 2ª. Edição. Rio de Janeiro, Ministério da Justiça.

VASCONCELOS, Zacarias de Góis e (1878). *Da Natureza e dos Limites do Poder Moderador*. 3ª. Edição. Introdução de Pedro Calmon. Senado Federal, 1978.

VIANNA, Francisco José de Oliveira (1915). *Projeto Alberto Torres*. In: O País, edição de terça feira, 13 de abril de 1915.

VIANNA, Francisco José de Oliveira (1947) [1930]. *Problemas de política objetiva*. 2ª. Edição. São Paulo, Companhia Editora Nacional.

VIANNA, Francisco José de Oliveira (2005) [1920]. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília, Senado Federal.

VIANNA, Francisco José de Oliveira (1938). *O idealismo da Constituição*. 2ª. Edição. São Paulo, Companhia Editora Nacional.

Data de Recebimento: 04/11/2021

Data de Aprovação: 22/11/2021

Experiências

HISTÓRIA DO DIREITO

A Revisão Constitucional de 1926 e a tutela dos direitos individuais:

Um ensaio sobre os efeitos da limitação do *habeas corpus* na prática jurisprudencial do STF

The Constitutional Amendment of 1926 and the protection of individual rights:

An essay on the effects of the limitation of habeas corpus in the jurisprudential practice of the STF

Tatiana de Souza Castro¹
Gabriel Faustino dos Santos²

¹ Università degli Studi di Macerata. ORCID: 0000-0003-0126-027X

² Università degli Studi di Macerata. ORCID: 0000-0002-5559-3830

RESUMO

Na história do direito brasileiro, a Revisão Constitucional de 1926 influenciou decisivamente sobre os rumos das tutelas jurídicas dos direitos individuais. Aprovada em meados da década de 1920, em um momento de aguda crise política, social e institucional, ela repercutiu profundamente sobre a ordem jurídico-institucional da Primeira República brasileira (1889-1930). Especificamente, a Revisão foi responsável por alterar o conteúdo do *habeas corpus*, impondo-lhe um sentido mais restrito do que uma parcela importante dos juristas da época lhe atribuíam até então. Ao longo das décadas anteriores, de fato, esta garantia constitucional esteve no centro de um importante debate doutrinário e jurisprudencial acerca de seus limites e significados. De acordo com certos autores e juízes da época, em função da redação mais ampla do art. 72, § 22, da Constituição de 1891, o *habeas corpus* assumira sentido bastante amplo, incluindo a tutela de todo o conjunto dos direitos individuais, para além da tradicional liberdade de locomoção. Porém, essa interpretação passou a ser denunciada como uma deformação do instituto e como um obstáculo para o funcionamento regular das instituições. Na década de 1920, seguindo um momento de aprofundamento das tensões sociais e de crescente autoritarismo do Estado, a controvérsia envolvendo o *habeas corpus* foi trazida para o centro das atenções. Enquanto boa parte do país vivia um contexto de exceção, com a decretação do estado de sítio pelo presidente Arthur Bernardes (1922-1926), a reforma da Constituição de 1891 foi discutida e aprovada, revertendo aquela interpretação mais ampla do remédio constitucional. Naquela ocasião, os debates travados pelos congressistas mostram como os políticos alinhados ao governo se esforçaram para reabilitar o sentido “original” do *habeas corpus* e, assim, conter o próprio Poder Judiciário. Logo, nosso objetivo é compreender como essa reforma constitucional foi debatida sob estado de sítio, durante um dos governos mais autoritários da Primeira República, bem como seus efeitos sobre o uso daquele instrumento de tutela jurídica dos direitos fundamentais. Para tanto, em um primeiro momento, examinaremos as discussões no Legislativo sobre a reforma, mediante a análise dos anais da Revisão Constitucional de 1926. Em sequência, diante da nova configuração que foi dada ao instituto, analisaremos alguns processos de *habeas corpus* solicitados nos três primeiros anos posteriores à reforma. Esses processos foram selecionados a partir da técnica da amostragem, sendo assim selecionamos 20% dos pedidos iniciais dos anos de 1927, 1928 e 1929. Acreditamos que aquele contexto autoritário contribuiu para a aprovação dessa limitação do uso do *habeas corpus*, e que a adequação jurisprudencial a esse novo sentido não ocorreu de modo automático.

Palavras-chave: Década de 1920, Crise democrática, Revisão Constitucional de 1926, Tutela dos direitos fundamentais, *Habeas corpus*.

ABSTRACT

In the history of Brazilian law, the Constitutional Amendment of 1926 had a decisive influence on the course of legal protection of individual rights. Approved in the mid-1920s, at a time of acute political, social and institutional crisis, it had a profound effect on the legal-institutional order of the First Brazilian Republic (1889-1930). Specifically, the Revision was responsible for changing the content of *habeas corpus*, imposing on it a more restricted meaning than what an important part of the jurists of the time attributed to it until then. Over the previous decades, in fact, this constitutional guarantee was at the center of an important doctrinal and jurisprudential debate about

its limits and meaning. According to certain authors and judges of the time, due to the broader wording of art. 72, § 22 of the Constitution of 1891, *habeas corpus* had assumed a very broad meaning, including the protection of all individual rights, in addition to the traditional freedom of movement. However, this interpretation came to be denounced as a deformation of the institute and an obstacle to the regular functioning of institutions. In the 1920s, following a moment of deepening social tensions and growing authoritarianism of the state, the controversy involving *habeas corpus* was brought to the center of attention. While much of the country was experiencing a context of exception, with the decree of a state of siege by President Arthur Bernardes (1922-1926), the reform of the 1891 Constitution was discussed and approved, reversing that broader interpretation of the constitutional remedy. On that occasion, the debates held by congressmen show how politicians aligned to the government argued to rehabilitate the “original” meaning of *habeas corpus* and, thus, to contain the Judiciary itself. Therefore, our goal is to understand how this constitutional reform was debated under a state of siege, during one of the most authoritarian governments of the First Republic, as well as its effects on the use of that instrument of legal protection of fundamental rights. To this end, we will first examine the legislative discussions about the reform by analyzing the annals of the Constitutional Revision of 1926. Then, in view of the new configuration that was given to the institute, we will analyze some *habeas corpus* cases requested in the first three years after the reform. These cases were selected by using the sampling, we selected 20% of the initial requests from the years 1927, 1928 and 1929. We believe that the authoritarian context contributed to the approval of this limitation on the use of *habeas corpus* and that the adaptation of the subsequent case law to this new sense did not occur automatically.

Keywords: The 1920', Democratic crisis, Constitutional Amendment of 1926, Protection of individual rights, *Habeas corpus*.

Introdução

Este artigo se propõe a analisar a Revisão Constitucional de 1926 e seus impactos sobre o significado e sobre a prática do *habeas corpus*, enquanto importante mecanismo de acesso à justiça e de proteção jurídica dos direitos fundamentais durante a Primeira República (1889-1930). Discutida e aprovada em um momento de grave crise democrática e institucional da história do Brasil, a primeira e única reforma da Constituição de 1891 oferece pistas importantes sobre como o direito e os institutos de tutela jurídica são afetados em um momento de exceção e de crescente autoritarismo.

Tendo em vista a complexidade e a amplitude dessa nossa proposta, optamos por enfrentar o tema a partir de duas frentes de abordagem. Em primeiro lugar, pretendemos estudar o processo de aprovação da reforma da Constituição de 1891, a partir dos documentos que reconstruam as intenções dos reformistas, as discussões travadas entre os congressistas e os resultados sobre o sentido do *habeas corpus*³. Em segundo lugar, vamos examinar o momento posterior à reforma, para entender como – ou se – o conteúdo e a prática daquele remédio constitucional foram transformados e readequados, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Nesse último sentido, utilizaremos processos originários de *habeas corpus*, propostos diretamente naquele tribunal, entre os anos de 1927, 1928 e 1929⁴.

Inicialmente, consideramos que a Revisão de 1926 só pode ser compreendida se a inserirmos devidamente em seu contexto histórico de exceção. Ao longo das quatro décadas da Primeira República, o Brasil atravessou diversos momentos de crise democrática e social. A década de 1920, em especial, refletiu os sinais de esgotamento do sistema político e o ápice da instabilidade no país, com sucessivas decretações de estado de sítio⁵.

Ao mesmo tempo, e como resposta aos grupos opositores e aos movimentos de contestação popular, as lideranças do Estado se aproximavam cada vez mais de princípios e práticas autoritárias⁶. Era um conjunto de ideias que reivindicava ao governo – ou, mais especificamente, ao Poder Executivo – um protagonismo maior na condução da sociedade e lhe reconhecia um espaço maior de controle sobre os indivíduos. Em função dessa ideologia mais intervencionista em ascensão, o próprio modelo de Administração Pública se transforma e adota um viés mais intervencionista e focado na defesa dos interesses públicos e coletivos.⁷

3 Com relação a este tema, as fontes utilizadas para abstrair os reais significados da Revisão Constitucional de 1926 sobre o *habeas corpus* serão os anais das discussões parlamentares travadas ao longo da sua tramitação. Ao todo, são oito volumes, que partem da mensagem de Arthur Bernardes ao Congresso Nacional, em 1924, e terminam com a aprovação da alteração da Constituição de 1891, em 3 de setembro de 1926. Esses documentos podem ser encontrados no site da Câmara dos Deputados: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/32522> Acessado em 10 de setembro de 2021.

4 No tópico 3, é apresentado o elenco de processos analisados.

5 Sobre a Primeira República ver Delgado e Ferreira (2013), em específico sobre a década de 20, v. *Revista Estudos Históricos*, v. 6, n. 11 (1993) Sobre estado de sítio na Primeira República ver, Gasparetto (2018) e Privatto (2006)

6 A historiografia brasileira já explorou, em momentos e sob perspectivas diferentes, os fatores da crise de 1920, seus significados e suas relações com a ascensão autoritária e a consequente centralização institucional das estruturas do Estado. Para uma visão mais tradicional, v. Faoro (1975). Para uma perspectiva mais atualizada, crítica e problematizadora, que tende a sublinhar aspectos muitas vezes ignorados sobre as dinâmicas oligárquicas do período e suas repercussões sobre alguns dos principais movimentos de contestação ao governo, v. Ferreira e Conde de Sá Pinto (2006).

7 Em texto publicado recentemente, Airton Cerqueira-Leite Seelaender procura justamente investigar a matriz do intervencionismo administrativo brasileiro, desafiando leituras que tendem a associá-lo originalmente ao regime ditatorial de Getúlio Vargas. O autor argumenta que aquele é um fenômeno mais antigo e que já era uma realidade durante a Primeira República, especialmente com relação a políticas de saúde pública. Já na virada para o século XX, esse conjunto de princípios foi usado para combater epidemias que pudessem afetar as elites e também para promover reformas na infraestrutura das cidades brasileiras. Seelaender (2020) 230-231.

Nesse contexto de exacerbação das pretensões autoritárias e sob a perspectiva dos defensores do fortalecimento do Estado, o quadro institucional e ideológico da Constituição de 1891, com sua aposta no liberalismo clássico de matriz norte-americana⁸, tornou-se um obstáculo para o progresso do país. A própria doutrina jurídica, antes refratária à ideia da reforma constitucional, não só passou a defender a sua possibilidade, como também a sua conveniência, diante dos novos desafios que o governo se via obrigado a enfrentar⁹.

Sob o ponto de vista político, a eleição e, principalmente, o governo do presidente Arthur Bernardes (1922-1926) foram fatores que reforçaram consideravelmente a pressão pela revisão do pacto constitucional, a fim de concentrar o poder nas mãos do Executivo e frear o Judiciário¹⁰. Marcado pela perseguição a seus opositores e pela forte repressão aos movimentos populares de contestação, o quadriênio Arthur Bernardes aprofundou a crise democrática.

Manifestação clara desse autoritarismo, o presidente recorreu, durante praticamente todo o seu mandato, à figura do estado de sítio, que o permitiu governar o país num cenário de exceção e de profunda restrição dos direitos e liberdades individuais¹¹. É verdade que não foi a primeira vez que o instrumento foi colocado em prática durante a Primeira República. Ele foi um recurso usado e explorado em diversos outros momentos e por diversos outros governos daquele período. Mas, durante a presidência de Bernardes, o estado de sítio tornou-se praticamente uma regra, quando foi usado para reprimir importantes movimentos sociais de contestação ao regime político, como o Tenentismo. Ademais, foi sob estado de sítio, decretado repetidamente em diversas regiões do Brasil, que a proposta de alteração do texto constitucional foi praticamente toda discutida e aprovada, depois de ter sido alavancada e empurrada pelo próprio presidente da República.

Embora tocasse em diversos outros pontos fundamentais da Constituição – como a competência e os poderes da União, a intervenção federal nos estados e o funcionamento do Poder Judiciário – decidimos nos concentrar sobre o debate travado a respeito do *habeas corpus*. Isso porque o instituto, enquanto único remédio constitucional previsto pelo Texto de 1891, assumiu um papel fundamental na prática do direito da Primeira República. Ele foi, afinal, um importante instrumento jurídico mobilizado pela população para garantir a proteção dos seus direitos no Judiciário¹².

Muito do espaço que o *habeas corpus* assumiu durante aqueles anos estava associado a uma interpretação doutrinária e jurisprudencial que ampliou suas possibilidades de uso, estendendo-o à proteção, em tese, de toda a esfera de liberdades individuais. A chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, ainda que não tenha sido uma unanimidade entre os juristas da época, traduziu-se na possibilidade de aplicação do instituto contra todo tipo de ação do Poder

8 Sobre a influência da matriz do constitucionalismo norte-americano no Brasil, ressaltando uma perspectiva mais crítica, que tende a relativizá-la e a problematizá-la à luz de elementos econômicos, culturais e políticos, v. Lynch (2012); Castagna Machado (2019); e Feloniuk (2019).

9 De fato, juristas como Castro Nunes (1924), Raimundo de Araújo Castro (1924) e Pontes de Miranda (1981 [1924]) passaram a escrever textos favoráveis à alteração da Constituição de 1891. Ainda que com opiniões diferentes sobre a extensão da reforma e seus resultados sobre a organização do Estado, todos concordavam que o liberalismo clássico de 1891 havia falhado e, por isso, deveria ser atualizado às novas exigências sociais. O novo contexto econômico e a emergência dos direitos sociais impunham novos desafios que a Constituição claramente não conseguia resolver.

10 O próprio Arthur Bernardes não fazia questão de ocultar que o projeto de alteração da Constituição de 1891 era parte importante de seus planos de governo. Na mensagem de abertura da sessão legislativa de 1924 do Congresso Nacional, ele afirmava que essa sempre fora “uma questão aberta” que já antecipara ao eleitorado, em 1922. (Brasil, 1927, 3).

11 Sobre o conceito e a prática do estado de sítio durante a Primeira República, v. Pivatto (2006); Lynch (2012); e Lynch e Souza Neto (2012).

12 No entanto, destacamos que estudos recentes apontam que a grande mobilização do *habeas corpus* não implicava numa efetiva proteção aos direitos solicitados naqueles pedidos. (Castro, 2018; Conde Sá Pinto e Castro, 2019)

Público que violasse um direito fundamental. Consequentemente, também houve um alargamento, em potencial, do controle judicial sobre a Administração Pública, cujos atos passaram a ser contestados em juízo mediante o processo rápido do *habeas corpus*.

Em função dessa interpretação mais alargada, muitos juristas e políticos favoráveis ao aumento do Estado ensaiaram uma contrarreação para conter o uso do *habeas corpus*. A restrição da garantia, sob essa perspectiva, era vista como uma medida necessária para resguardar a atuação e o funcionamento das instituições administrativas e judiciárias. Havia a impressão de que o STF estava “abarroto”, em função da quantidade de pedidos de *habeas corpus* que começaram a chegar ao tribunal em meados da década de 1920.

De fato, é preciso reconhecer que, talvez como reflexo do agravamento do quadro político da época, esse número cresceu bastante nos anos do governo de Arthur Bernardes¹³. Diante dessa circunstância, muitos denunciavam que a própria atuação do STF estava ameaçada. Para preservar o *habeas corpus* e reverter esse quadro de “banalização” do seu uso, os reformistas argumentavam, no âmbito da Revisão Constitucional, pela necessidade de limitá-lo.

Acreditamos, portanto, que todo aquele contexto autoritário que se manifestava na década de 1920 contribuiu para a aprovação da reforma constitucional e para a limitação do uso do *habeas corpus*. Por outro lado, também sustentamos a hipótese de que, sob o ponto de vista da prática do instituto, a adequação jurisprudencial ao novo sentido que lhe foi dado não ocorreu de modo automático.

Não pretendemos, de modo algum, esgotar a questão, que ainda permanece aberta para novas abordagens e outras perspectivas inovadoras sobre as fontes disponíveis. Mas queremos dar um primeiro passo, retomando o estudo daquele momento tão complexo do direito brasileiro.

1. A “doutrina brasileira do *habeas corpus*”: alargando os sentidos do remédio constitucional

Como já sublinhamos, o *habeas corpus* foi uma das figuras jurídicas mais decisivas e polêmicas no direito da Primeira República. Ele já era contemplado pelo ordenamento jurídico muito antes da Proclamação da República em 1889, tendo sido introduzido ainda no Império pelo primeiro Código de Processo Criminal do Brasil independente, de 1832¹⁴. Porém, foi somente em 1891, com a promulgação da Constituição republicana, que o remédio assumiu status de garantia constitucional¹⁵ e passou a ocupar um espaço mais privilegiado na doutrina e na prática do direito. A partir de então, inserido na lógica do controle judicial de constitucionalidade dos

13 De acordo com os números apresentados por Tatiana de Souza Castro (2018, p. 117, tabela: “*Habeas corpus* 1920-1929”), a quantidade de pedidos de *habeas corpus* julgados pelo STF saltou consideravelmente, entre os anos de 1923 e 1925. Em 1923, do total de 2.297 processos julgados, 1.355 eram ações de *habeas corpus*. Já em 1924, foram julgados 4.827 processos, sendo 4.293 pedidos de *habeas corpus*. Em 1925, enfim, dos 3.441 procedimentos resolvidos pelo STF, 2.552 eram *habeas corpus*.

14 Naquele momento, expressamente reservado aos casos de prisão arbitrária e de ameaça ao direito de liberdade de locomoção. Sobre o *habeas corpus* na lógica do sistema jurídico e político do Império, Andrei Koerner (1999, p. 60) argumenta que o instituto acabou desempenhando uma importante função de controle social, servindo como instrumento para manter as camadas mais populares sob o controle das elites. Além disso, também teria funcionado, no âmbito judicial, como uma plataforma muito utilizada de enfretoamento entre grupos políticos rivais – notadamente, liberais e conservadores. Para maiores detalhes sobre o funcionamento do *habeas corpus* no regime imperial, v. também Flory (1986) e Nequete (1973).

15 Art. 72, §22, da Constituição de 1891: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder.” A redação mais geral e imprecisa da Constituição, que não precisava os direitos que o remédio, em tese, protegeria, foi usada como um importante argumento pelos defensores da visão ampliada do instituto. Brasil (1891).

atos da Administração Pública, o *habeas corpus* tornou-se um dos principais instrumentos de acesso ao Judiciário a disposição dos cidadãos¹⁶.

Ao mesmo tempo, a constitucionalização da garantia abriu espaço para um interessante debate doutrinário e jurisprudencial a respeito de seus sentidos e possibilidades, com repercussões profundas e duradouras para o direito brasileiro. Conhecida como a “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, esta corrente do pensamento jurídico acabou sendo adotada por juristas importantes da época – como Rui Barbosa, Pedro Lessa e Pontes de Miranda – e teve certo impacto sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal¹⁷.

Mas no que se baseava, mais especificamente, essa tentativa de alargamento do *habeas corpus* e quais eram os seus significados para a tutela jurídica das liberdades individuais?

Em termos simples, a “doutrina brasileira do *habeas corpus*” se referia ao esforço discursivo de imaginar o instituto como o recurso destinado à garantia de todas as espécies de direitos individuais reconhecidos pela ordem constitucional. Ele não estaria mais restrito, portanto, àquela sua fórmula tradicional do direito anglo-saxão, que se limitava aos casos de detenção ilegal e de tutela da liberdade de locomoção¹⁸. De acordo com os defensores da teoria, o *habeas corpus* poderia ser invocado como meio de proteção judicial sumária diante de qualquer tipo de ameaça, violência ou abuso de poder por parte das autoridades públicas, independentemente do tipo de direito violado¹⁹.

Poucos anos depois da promulgação do novo texto constitucional, em 1891, Rui Barbosa – um dos protagonistas do momento constituinte²⁰ – lançou as bases da teoria alargada do *habeas corpus*. O jurista inaugurou essa concepção no célebre HC n. 300 de 1892, em que se opunha aos atos praticados pelo governo de Floriano Peixoto durante a vigência do estado de sítio de abril daquele ano²¹. Na oportunidade, ele argumentava que “onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça”. Na ausência de outro remédio específico, o *habeas corpus*, enquanto mecanismo de proteção da liberdade previsto pela Constituição, assumiria a garantia de todos os direitos fundamentais (Barbosa, 1956 [1892], p. 42).

16 Para uma certa vertente historiográfica, o *habeas corpus* teria desempenhado uma importante função durante a Primeira República, quando fora utilizado como mecanismo de promoção e construção da cidadania por segmentos mais excluídos da sociedade (Ribeiro, 2006). Contudo, essa é uma visão muito criticada por estudos mais recentes, que buscam desmistificar o papel efetivamente assumido por aquele remédio constitucional na realidade das primeiras décadas do século XX. De acordo com esses últimos historiadores, o *habeas corpus* teve um impacto muito limitado na proteção dos direitos das pessoas e não traduziu mudanças efetivas na dinâmica entre os cidadãos e o Estado. Nesse sentido, v. Koerner (2014), Castro (2018) e Conde Sá Pinto e Castro (2019).

17 Sobre a repercussão da doutrina do *habeas corpus* na jurisprudência do STF, buscando recuperar a forma como ela teria sido adotada e replicada pelo tribunal ao longo das primeiras décadas do regime republicano, v. Nequete (1973) e Rodrigues (1991). Para uma visão contrária, que busca sublinhar a fragilidade da doutrina no âmbito da prática jurisprudencial e a impossibilidade de se identificar um corpo homogêneo de decisões que a tenha sustentado, v. Koerner (2014, p. 78).

18 A “origem” do *habeas corpus* é identificada pelos juristas na Magna Carta de 1215 do rei João Sem Terra, que reconhecia que nenhum homem livre poderia ser preso ou detido sem que fosse condenado por seus pares ou pelas leis de seu país (Siqueira, 1924, 374). Em 1679, a Inglaterra aprovou o chamado “*Habeas corpus Act*”, que deu maior efetividade ao instituto. Posteriormente, por influência da colonização inglesa, o *habeas corpus* chegou até os Estados Unidos, onde foi adotado em sentido muito semelhante àquele da tradição inglesa. De acordo com a enciclopédia Britannica: “*Habeas corpus, an ancient common-law writ, issued by a court or judge directing one who holds another in custody to produce the person before the court for some specified purpose. Although there have been and are many varieties of the writ, the most important is that used to correct violations of personal liberty by directing judicial inquiry into the legality of a detention*”. Britannica (2019).

19 “Para que fosse o caso legítimo de *habeas corpus*, bastaria existir a coação ou a violência e a ilegalidade ou o abuso de poder. (...) A violência ou a coação poderiam ser exercidas tanto contra o exercício de direitos de caráter privado, como de direitos políticos. Em todas essas situações seria o caso de *habeas corpus*, por se tratar de atentados à liberdade constitucional”. (Koerner, 1999, p. 179).

20 Para uma visão um pouco mais crítica sobre a participação de Rui Barbosa no processo constituinte de 1890-1891, relativizando a importância de sua intervenção na criação da nova Constituição, v. Feloniuk (2019).

21 Para um estudo mais completo sobre o caso do HC n. 300, v. Petersen (2020, pp. 47 ss).

Anos depois, já como senador da República, o jurista explorou mais uma vez essa sua tese e expôs, em discurso no Senado, quais seriam os seus fundamentos argumentativos. Ele se baseava nos termos mais gerais do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 para sustentar a ideia de que o constituinte optara expressamente pela interpretação extensiva do remédio jurídico. Em sua visão, de modo contrário à lógica mais restrita do Império, a fórmula republicana teria operado uma verdadeira transformação semântica do instituto para atribuí-lo um sentido mais amplo, que o reconhecia como mecanismo de tutela de todas as espécies de direitos individuais.

Assim, se “o constrangimento corporal era, sob o Império, condição *sine qua non* da concessão do *habeas corpus*”, a Constituição de 1891 teria rompido “abertamente (...) com a estreiteza da concepção”. Afinal:

(...) não se fala [no art. 72, § 22] em prisões, não se fala em constrangimentos corporais. Fala-se amplamente, indeterminadamente, absolutamente, em coação e violência; de modo que, onde quer que surja, onde quer que se manifeste a violência ou a coação, aí está estabelecido o caso constitucional do *habeas corpus* (Brasil, 1915, p. 178).

Ao lado de Rui Barbosa, o ministro Pedro Lessa, do STF, também ofereceu uma contribuição relevante para os termos da doutrina do *habeas corpus*, ainda que partisse de algumas premissas diversas. Isso porque, ao contrário de Rui Barbosa, Pedro Lessa reafirmava que o *habeas corpus*, em função das suas origens e sentidos históricos, era reservado exclusivamente à tutela do direito de liberdade dos indivíduos.

Não que isso constituísse algum obstáculo para a concessão da garantia nos casos em que o direito invocado não fosse a liberdade, em sentido estrito. Para o jurista, bastava comprovar um nexo de causalidade entre um e outro. Em outras palavras, se o direito de liberdade fosse a condição para o exercício do direito supostamente violentado pela autoridade pública, então o *habeas corpus* era válido, independentemente da natureza ou da espécie desse outro direito invocado²² (Lessa, 2003 [1915], p. 351).

Uma das características da teoria defendida por Pedro Lessa foram as condições muito específicas que o autor impôs para o reconhecimento da esfera maior de proteção oferecida pelo *habeas corpus*. De acordo com o seu entendimento – que se manifestava também nos casos que julgava no STF –, o paciente deveria necessariamente comprovar a certeza e a liquidez do direito supostamente violado. Pedro Lessa impunha esse ônus obrigatório, porque acreditava que a natureza sumária e excepcional da ação do *habeas corpus* o exigia. Em suas palavras:

Se se requer *habeas corpus* para prevenir ou remover a coação, que se traduz, não em prisão ou detenção, mas na impossibilidade de exercer um direito qualquer, de praticar um ato legal, ao juiz, que não pode envolver no processo do *habeas corpus* qualquer questão que deva ser processada e julgada em ação própria, incumbe verificar se o direito que o paciente quer exercer, é incontestável, líquido, não é objeto de controvérsia, não está sujeito a um litígio. Somente no caso de concluir que manifestamente legal é a posição do paciente, que a este foi vedada a prática de um ato que tinha inquestionavelmente o direito de praticar, deve o juiz conceder a ordem impetrada (Lessa, 2003 [1915], p. 286).

²² Essa ressalva específica feita por Pedro Lessa ficou conhecida como a doutrina do “direito escopo”, que traduzia aquela ideia de que o direito só era protegido “contanto que vinculado no seu exercício à liberdade de locomoção”. (Nunes, 1961 [1937], p. 37).

A despeito dessas particularidades, porém, devemos admitir que tanto Rui Barbosa quanto Pedro Lessa chegaram a conclusões muito parecidas e, nesse sentido, ajudaram a consolidar a visão mais ampla sobre o *habeas corpus*²³. Cada um, a seu modo, reforçou a ideia de que esse remédio constitucional, em função da sua excepcionalidade no texto da Constituição de 1891, era cabível para proteger outros tipos de direitos fundamentais.

É verdade, ao mesmo tempo, que eles não foram os únicos que escreveram sobre o tema. Outros autores importantes também replicaram aquela doutrina em construção²⁴. De todo modo, o conteúdo central da doutrina foi aquele estabelecido por Rui Barbosa e Pedro Lessa, que fez do *habeas corpus* um mecanismo poderoso de controle da Administração Pública. Apesar de todas as suas limitações, incongruências e contradições, foi uma teoria que abriu um espaço maior para a intervenção do Poder Judiciário sobre os atos do governo. De fato, em função dessa interpretação, muitas questões que envolviam as prerrogativas do Poder Público e o exercício da autoridade administrativa sobre os interesses dos indivíduos acabaram chegando aos tribunais mediante pedidos de *habeas corpus*²⁵.

Por isso que, no final, esse novo significado atribuído ao *habeas corpus* e adotado por parcela importante dos juristas da época acabou atraindo as mais severas críticas dos setores mais conservadores e autoritários da política e do direito. E, nesse contexto, o clima de instabilidade da década de 1920 intensificou o sentimento de oposição à prática liberal que se manifestava na jurisprudência do STF e fez dela um dos temas centrais de uma possível reforma da Constituição de 1891. A partir do momento em que o movimento reformista começou a ganhar corpo entre os juristas e políticos da época, a restrição do *habeas corpus* passou a ser defendida como uma medida urgente e inadiável.

Foi em meio a esse quadro preliminar que as discussões sobre a primeira revisão constitucional da era republicana se desenvolveram. Um quadro que favorecia o viés centralizador e autoritário do Estado brasileiro e que via a atuação do Poder Judiciário como uma ameaça ao funcionamento da Administração Pública. No âmbito dos debates parlamentares que preparavam a reforma de 1926, essas premissas se manifestaram com força e acabaram determinando o novo formato do *habeas corpus*.

Cumprido, agora, explorar a primeira frente dessa nossa pesquisa, isto é, devemos entender quais eram os argumentos e as estratégias que foram colocadas em prática para garantir e justificar os propósitos reformistas. Para além disso, também poderemos observar como a limitação do *habeas corpus* esteve intimamente ligada a todo aquele contexto de instabilidade e de exceção da ordem constitucional que caracterizava aquele período.

23 “Pedro Lessa e Rui Barbosa, entretanto, se completam na influência incomparável que ambos exerceram na construção jurisprudencial responsável pela chamada teoria brasileira do *habeas corpus*”. (Nogueira, 1968, p. 15).

24 Além deles, autores como Galdino Siqueira (1924) e Pontes de Miranda (1979 [1916]) também defendiam o sentido amplo do *habeas corpus*. De modo bastante semelhante, argumentavam que os termos mais genéricos do art. 72, § 22, da Constituição de 1891 deveriam ser respeitados, pois simbolizavam a vontade expressa do constituinte originário.

25 Hoje existem estudos mais recentes que identificam pedidos de *habeas corpus* que foram impetrados para a proteção de outros tipos de direitos como o direito de propriedade, ver Cantisano, 2018.

2. O *habeas corpus* na Revisão Constitucional de 1926: em busca do sentido “original”

Neste tópico, queremos, principalmente, destacar as intenções por trás da reforma constitucional e as suas consequências sobre o dispositivo do *habeas corpus*. Só assim será possível, posteriormente, contrapor as expectativas dos governistas e a prática jurisprudencial relacionada ao instituto que se seguiu à aprovação das mudanças na Constituição de 1891.

Ao revisitarmos os preparativos para a Revisão de 1926, deparamo-nos com uma circunstância especial. Ainda que a Constituição de 1891 não reservasse ao presidente da República a iniciativa dos projetos de alteração constitucional²⁶, foi Arthur Bernardes quem efetivamente deu início aos trabalhos reformistas, com sua mensagem ao Congresso Nacional para a abertura da sessão legislativa de 1924.

Em seu texto, Arthur Bernardes insistia em um antigo projeto seu, que via a reforma da Constituição como um requisito para o progresso do país²⁷. Com ele, o presidente também acabou forçando o Congresso Nacional a analisar a sua própria ideia de alteração do texto constitucional, porque Bernardes fez questão de especificar os temas e os dispositivos cuja revisão ele considerava mais urgente²⁸. De fato, o presidente antecipava, em termos muito diretos, quais deveriam ser os objetos da análise do Parlamento.

Embora tocasse em diversos outros pontos, interessa-nos a forma como Arthur Bernardes tratou do *habeas corpus* em sua proposta. Ali, naquele texto preliminar, já ficava bastante claro como ele não necessariamente se opunha à previsão do remédio na Constituição, mas muito mais àquele significado mais amplo que lhe fora atribuído por parte da doutrina e da jurisprudência²⁹.

O presidente, assim, colocava-se em busca do sentido “original” do *habeas corpus*, que deveria ser necessariamente resgatado pelo texto constitucional. Qualquer sentido mais amplo ou extensivo não caberia na fórmula clássica do dispositivo e, eventualmente, só poderia aparecer em novas ações ou dispositivos ainda inéditos no direito brasileiro.

Esse raciocínio foi seguido de perto pelos congressistas alinhados ao governo na discussão do projeto de reforma constitucional. Na Câmara dos Deputados, quando foi analisada a emenda n. 64 – alterando, justamente, a disposição do art. 72, § 22, da Constituição sobre o *habeas corpus* –, a justificativa apresentada pelos seus autores explorava amplamente esse argumento “originalista”. Eles afirmavam que a emenda “[dava] ao *habeas corpus* o seu verdadeiro sentido, tal como o consideram os ingleses e americanos”. Era preciso, na opinião desses deputados,

26 O art. 90 da Constituição de 1891 reservava a iniciativa de reforma constitucional ao Congresso Nacional e às Assembleias dos Estados, exclusivamente. (Brasil, 1891).

27 Como já mencionamos na nota n. 6, Arthur Bernardes já antecipava a ideia da reforma constitucional durante sua campanha eleitoral. Uma ideia, de todo modo, retomada com bastante força durante os primeiros anos de seu governo, a ponto de o presidente se afirmar plenamente convencido “da alta conveniência, senão da necessidade de alguns retoques e modificações [da Constituição], que suprimam obstáculos opostos ao progresso do Brasil”. Para ele, existiam “males cuja remoção urgentíssima só se pode conseguir com esse remédio” da reforma constitucional. (Brasil, 1927, p. 3).

28 Eram nove os tópicos individuados pelo presidente da República, que iam desde questões orçamentárias até a revisão do tratamento dos estrangeiros, passando por ajustes no pacto federativo e controle maior sobre o comércio. (Brasil, 1927, pp. 4-6).

29 Nas palavras de Arthur Bernardes, a garantia do *habeas corpus* havia sido “desviado do seu conceito clássico”, o que prejudicava o funcionamento das instituições nacionais. Por isso, “[era] tempo de fixar os limites do instituto, criando-se ações rápidas e seguras, que o substituam nos casos que não sejam de ilegal constrangimento ao direito de locomoção e à liberdade física do indivíduo”. (Brasil, 1927, pp. 5-6).

rejeitar todo tipo de interpretação extensiva, pois “estendê-lo, da proteção à liberdade física, à defesa de outros direitos, é desnaturá-lo”, o que possibilitava verdadeira “balbúrdia judiciária” com o uso indiscriminado do instituto³⁰.

Por outro lado, a proposta de reforma constitucional e de limitação do *habeas corpus* não foi uma unanimidade entre os parlamentares e enfrentou a oposição de um grupo organizado de juristas e políticos.

As contribuições dessa oposição ao debate travado no Poder Legislativo, para além de mostrar um outro lado do problema que estamos analisando, são importantes porque revelam alguns elementos implícitos e denunciam as verdadeiras estratégias dos reformistas. É mediante o discurso ensaiado por aquele grupo, enfim, que observamos como o contexto de arbitrariedade e de exceção do governo Arthur Bernardes foi um elemento decisivo para o encaminhamento e a aprovação da reforma. Afinal, para os parlamentares contrários ao governo, o projeto era a própria materialização do arbítrio que tomava conta do país.

Nesse sentido, desde o início dos trabalhos revisionistas, Adolpho Bergamini, que era um dos principais nomes da oposição, já denunciava a tramitação da proposta durante a vigência do estado de sítio, que fora decretado em várias regiões do país³¹. Para ele, aliás, era muito sintomático que a reforma fosse empurrada naquele momento, “em que a pouca liberdade que resta aos brasileiros tanto incomoda aos poderosos” (Brasil, 1927, p. 515). A única e verdadeira intenção do governo, portanto, era aproveitar-se da circunstância para promover aquela medida de restrição das liberdades individuais e de fortalecimento dos poderes do Executivo.

Seguindo os passos de Adolpho Bergamini, Wenceslau Escobar era mais um exemplo de oposição à alteração do *habeas corpus*. Nesse caso, em particular, vocalizada por um advogado, que enxergava a interpretação mais ampla do instituto como uma importante ferramenta de trabalho.

Conseqüentemente, o jurista refutava a premissa básica dos reformistas de que a jurisprudência mais ampla daquela garantia constitucional era um obstáculo para o funcionamento regular do Judiciário e da Administração Pública. Pelo contrário, aquela interpretação seria “a soma de benefícios em favor das vítimas por perseguição, abusos e violências”. A alteração que se pretendia forçar sobre o conteúdo do *habeas corpus*, para Wenceslau Escobar, era um sinal indiscutível do “espírito” da Revisão Constitucional. Parecia muito claro, para ele, como o governo se esforçava para concentrar o poder em suas mãos, “pondo-lhe em franco caminho da ditadura” e “acumulando elementos reacionários incompatíveis com os progressos da civilização”. Desse modo, o parlamentar considerava essencial se opor à proposta, porque ela não passava de uma manifestação dos “rigores do absolutismo do Executivo”. (Brasil, 1927, p. 472-473).

30 Assim, a fim de corrigir esse defeito, “a emenda lhe dá [ao *habeas corpus*] o sentido integral que teve no nosso direito e que tem no direito inglês e no direito americano”. (Brasil, 1927, pp. 327-328). Demonstrando o apoio que a ideia de resgate do sentido original do *habeas corpus* recebeu entre os demais parlamentares, o deputado Gudesteu Pires também insistia fortemente na necessidade da alteração constitucional com base naquele argumento. Para ele, o remédio constitucional havia se banalizado, o que prejudicava e ameaçava a própria atuação do STF. Em suas palavras, “o que não pode continuar é o *habeas corpus* panaceia que, além de tudo, começa por perturbar a ação normal do Supremo Tribunal”. Brasil (1928) 338.

31 “Creio que não é possível fazê-la [a reforma à Constituição] debaixo do estado de sítio, sem que a nação se possa manifestar, pelas suas associações científicas, jurídicas, por juriconsultos, pela imprensa, enfim, pelas camadas de elite”. (Brasil, 1927, p. 146). Nesse sentido, Bergamini já adiantava muito do posicionamento que a oposição assumiu ao longo dos vários meses de discussão sobre a revisão constitucional. Em seu trabalho monográfico sobre a reforma, Matheus Rocha de Moraes (2018, p. 51) traçou o perfil da estratégia oposicionista no parlamento e identificou “três críticas frequentes: a revisão em um momento de Estado de sítio, a interferência direta de Arthur Bernardes no projeto e a celeridade imposta ao projeto”.

Tal raciocínio foi ainda retomado pelo deputado Baptista Luzardo, para quem o projeto de reforma constitucional era “exemplo magnífico do espírito reacionário que tem caracterizado os partidários do Governo”. Aliás, em sua opinião, a vigência continuada do estado de sítio era a maior demonstração do “programa reacionário” traçado pelos governistas, cujo interesse principal seria “contrariar as aspirações de liberdade”. Em suas próprias palavras:

(...) e foi com esse objetivo que, de prorrogação em prorrogação, fez com que chegasse até os nossos dias o estado de sítio, a fim de que, valendo-se dele, esse atentado pudesse ser consumado sob o domínio da mais ferrenha das censuras da imprensa, e sob a mais violenta coação das liberdades públicas (Brasil, 1927, p. 703).

Com relação ao propósito de limitação do *habeas corpus* à tutela exclusiva do direito de locomoção, Baptista Luzardo também ecoava aquele sentimento que via na interpretação larga da garantia uma das grandes conquistas do regime republicano. Ressaltando “o legado precioso” da “doutrina brasileira do *habeas corpus*”, que era “fonte de orgulho cívico e motivo de reverenciamentos dos estrangeiros ao Brasil”, o deputado via o projeto reformista como um grande retrocesso (Brasil, 1927, p. 705).

Embora não seja possível, neste trabalho, esgotar toda a participação da oposição nos debates sobre a Revisão de 1926, essas breves falas já nos mostram como o trabalho crítico daquele grupo trouxe elementos importantes. Ele foi capaz de explorar o lado oculto da estratégia da maioria reformista, ao mesmo tempo em que apontava para o clima de forte autoritarismo que permeava e forçava os trabalhos parlamentares. Foram esses políticos que, em última medida, denunciaram o espírito arbitrário da alteração constitucional e seu impacto sobre o espaço de tutela dos direitos fundamentais.

De todo modo, apesar da reação oposicionista, foi aquela visão “originalista” ensaiada pela maioria reformista que acabou prevalecendo, o que resultou numa redação bem mais restrita sobre o *habeas corpus*. A fim de recuperar o sentido clássico da garantia, os governistas inseriram ao texto constitucional requisitos que a vinculavam exclusivamente à tutela do direito de locomoção, excluindo, conseqüentemente, qualquer possibilidade de seu uso em favor de outras liberdades:

Art. 72, § 22, passou a dispor: “Dar-se-á o *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção” (Brasil, 1891).

Mas, a despeito dessa limitação severa dos sentidos do *habeas corpus* da Primeira República, resta a dúvida a respeito de seus impactos sobre a jurisprudência do STF e sobre a própria forma como o remédio constitucional era invocado perante o tribunal. Tendo apresentado todas essas premissas que nos ajudam a entender o sentido da Revisão de 1926, passamos agora ao estudo dos processos submetidos à Corte Suprema após a sua aprovação, a fim de investigar e esclarecer aquela questão.

3. O pós reforma: os pedidos de habeas corpus e as decisões do STF

Neste tópico, trabalharemos com duas categorias interpretativas do *habeas corpus*. A definição admitida, em tese, antes da Reforma de 1926 será por nós considerada como o *uso amplo* do *habeas corpus*, enquanto a definição pós-Reforma como um *uso restrito*. Entendemos como *uso amplo* do *habeas corpus* a interpretação pela qual esse remédio jurídico era usado para proteger qualquer liberdade do indivíduo e, por *uso restrito*, a proteção apenas da liberdade de locomoção.

Em outras palavras, chamaremos de *habeas corpus de uso restrito* os pedidos solicitados por pessoas que se encontravam presas ou ameaçadas de sofrerem qualquer coação em sua liberdade de locomoção. Já por *habeas corpus de uso amplo* entendemos os pedidos que solicitavam a proteção para qualquer outra espécie de direito individual que sofresse ou fosse ameaçado de sofrer coação pelas autoridades públicas.

Para verificar a aplicação e/ou adequação da nova definição constitucional, optamos por analisar os processos de *habeas corpus* solicitados especificamente no então Distrito Federal – atual cidade do Rio de Janeiro –, nos anos de 1927, 1928 e 1929, que estão disponíveis no Arquivo do Supremo Tribunal Federal em Brasília. Devido à quantidade de processos encontrados naqueles anos, utilizamos a técnica da amostragem, selecionando 20% dos pedidos iniciais de cada ano. Desse universo, nos deparamos com a existência de pedidos que faziam o uso amplo do *habeas corpus*, ou seja, eram pedidos de *habeas corpus* que não condiziam com a nova definição daquele instrumento já em vigor quando foram protocolados e julgados.

Observamos assim que a presença desses pedidos demonstra, por si só, a continuidade do reconhecimento do *habeas corpus* como um protetor de qualquer direito individual. Apesar da alteração constitucional aprovada em setembro de 1926, os indivíduos ainda enxergavam aquela garantia como um instrumento apto à tutela do sentido mais amplo da liberdade e continuaram apelando para o instituto mesmo quando não sofriam ameaça de prisão. No entanto, se por um lado houve uma continuidade no uso mais liberal do *habeas corpus*, resta saber qual foi a postura adotada pelo STF. É preciso averiguar se esses pedidos foram negados pelo tribunal por não se adequarem ao uso estabelecido com a Revisão Constitucional ou se o STF continuou a conceder *habeas corpus* de uso amplo como era admitido antes dela.

Para tanto, analisaremos os *habeas corpus de uso amplo* encontrados no conjunto dos 20% dos *habeas corpus* originários, que foram solicitados no Distrito Federal nos três primeiros anos após a aprovação da emenda de 1926.

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIOS DISTRITO FEDERAL STF			
	TOTAL	20%	USO AMPLO
1927	282	56	6
1928	276	55	1
1929	231	46	2

FONTE: CASTRO, 2018

Notamos que dos 157 processos analisados, 9 correspondiam a casos de *habeas corpus de uso amplo*, isto é, não solicitavam a proteção da liberdade de locomoção. Também observamos que a maior concentração de pedidos de uso amplo se deu no primeiro ano após a aprovação, ao passo que nos anos seguintes o número se reduziu significativamente, o que pode indicar uma maior adaptação ao novo uso restrito. Diante disso, resta explorar esses pedidos para entender o posicionamento do STF diante do novo art. 72, § 22, da Constituição.

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIOS DF STF USO AMPLO	
1927	18.649
	18.655
	18.725
	18.789
	18.901
	19.295
1928	22.784
1929	23.255
	23.265

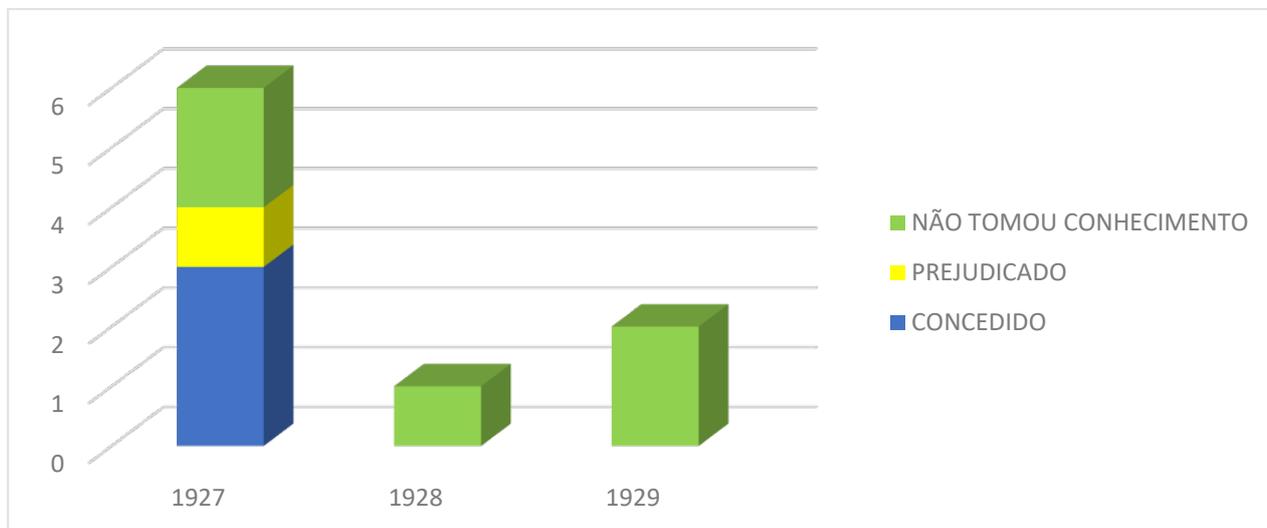
FONTE: CASTRO, 2018

A partir da análise dos acórdãos, podemos distribuir as sentenças em três classificações: “concedido”, “prejudicado” e “não tomou conhecimento”:

HABEAS CORPUS ORIGINÁRIOS DF USO AMPLO			
	CONCEDIDO	PREJUDICADO	NÃO TOMOU CONHECIMENTO
1927	3	1	2
1928	-	-	1
1929	-	-	2

FONTE: CASTRO, 2018

Observamos que a concessão de pedidos ocorreu apenas em 1927, enquanto a decisão de não tomar conhecimento se fez presente nos três anos e foi a mais adotada pela Suprema Corte.



FONTE: CASTRO,2018

“Não tomar conhecimento do pedido” é uma decisão de caráter preliminar, isto é, os pedidos não chegavam nem mesmo a serem julgados no mérito pelos magistrados. No momento pós-Revisão de 1926, o *habeas corpus*, teoricamente, tornara-se um meio processual inadequado para a proteção de qualquer outro tipo de direito que não fosse a liberdade em sentido estrito. Em função da nova definição do instituto, qualquer uso que se afastasse daquele sentido restrito não estaria enquadrado nas suas possibilidades.

Por isso, esperávamos encontrar esse tipo de conclusão nas decisões dos processos que não foram sequer conhecidos pelo STF. Em outras palavras, imaginávamos que o tribunal fosse explorar, justamente, a inadequação do meio processual escolhido pelas partes nos casos que não envolviam a liberdade de locomoção ou ameaça de prisão. Nos processos que analisamos, procuramos entender se o tribunal realmente invocava essa justificativa para sustentar o não conhecimento dos pedidos.

Além daquela categoria do “não conhecimento”, encontramos, nos demais processos, um pedido prejudicado e três concedidos. Todos os quatro foram solicitados em 1927 e requeriam a proteção do *habeas corpus* para dar baixa do Exército. O pedido prejudicado era do soldado Mario Baptista Garrido (HC 18.789,1927, ASTF) que demandava a baixa do serviço militar, pois já teria cumprido o período obrigatório. O processo foi convertido em diligência para solicitar maiores informações do Ministério da Guerra e o parecer do ministro informou que o paciente já teria sido excluído do Exército.

No mesmo sentido, o praça do Exército Benedicto Carvalho alegava sofrer uma coação, pois já teria concluído o tempo de serviço militar previsto em lei, mas ainda não fora liberado de suas obrigações funcionais. (HC 18.649, 1927, ASTF) No pedido, justificava-se a competência

originária do STF para julgar o *habeas corpus*, porque a coação seria proveniente de um ministro de Estado: no caso, o Ministério da Guerra (Art.59, Constituição de 1891). Também é destacado que o STF já vinha julgando casos semelhantes. De todo modo, como de praxe, o ministro relator converteu o pedido em diligência para solicitar maiores informações do ministério de Guerra. Nove meses após essa solicitação, o Ministério da Guerra não tinha ainda atendido à solicitação e o STF decidiu conceder o *habeas corpus*, alegando que se presumia verdadeira a alegação do paciente, uma vez que a informação requisitada àquele ministério não fora prestada³².

Os outros dois pedidos concedidos foram impetrados pelo advogado Dr. Luiz Gonzaga Castilho de Carvalho. Os dois casos tratavam de praças do 2º Batalhão Independente da Artilharia da Costa, no Forte de Vigia no Leme, Distrito Federal. (HC 18.901³³; 19.295³⁴, 1927, ASTF) O constrangimento ilegal seria proveniente das autoridades militares, pois eram conservados nas fileiras do Exército por um prazo maior que o previsto em lei. Ambos os pedidos foram convertidos em diligência e, após o parecer do Ministro de Guerra, o STF concordou em conceder a ordem.

Os dois acórdãos são compactos, não passando de um resumo das informações dos pedidos e seguidos da decisão dos ministros, que não se preocupavam em oferecer maiores justificativas ou fundamentá-la minimamente. Era como se tivessem recorrido a uma espécie de fórmula ou modelo de decisão, em que simplesmente conheciam do pedido – após reconhecerem a competência originária do tribunal – e o concediam sem nenhum tipo de argumentação mais específica. Ou seja, pelo menos naqueles casos, o STF reconhecia o uso do *habeas corpus* para proteger o direito daqueles indivíduos de deixarem o Exército após terem cumprido o tempo de serviço em lei. Os pacientes não sofriam ameaça de prisão, nem sequer estavam detidos. Eles queriam apenas retornar à vida civil e se livrar de suas obrigações e de seus vínculos militares.

Entendemos que esses pedidos representavam um uso amplo do *habeas corpus* e que o STF concordou em conceder a ordem ainda que ele não fosse mais admitido, em tese, após a Revisão de 1926. Esse tipo de sentença nos leva a ponderar sobre o(s) tempo(s) de adequação do STF à letra da Constituição recém-alterada. Vemos que, na prática judicial, a adequação não se deu de forma automática, pois, meses após a aprovação da revisão, os *habeas corpus* continuavam a ser concedidos para proteger liberdades não previstas na definição vigente.

No entanto, a concessão da ordem não se fez presente no outro conjunto de processos analisados. Observamos, nesses demais casos, que a Suprema Corte optou por não tomar conhecimento da maioria deles. Cabe-nos então analisar a justificativa de tal decisão para verificar como se deu a adequação – ou não – ao novo uso do *habeas corpus*.

32 “Accordam conceder a ordem, porque, não tendo o Ministro de Guerra prestado até hoje a informação que lhe foi requisitada, presume se verdadeira a alegação do paciente.” (HC 18.649, 1927, ASTF)

33 “Accordam conhecer do pedido feito originariamente, já na vigência do Decreto de 26 de fevereiro de 1926, uma vez que o constrangimento provem de Ministro e conceder a ordem requerida, por estar provada a alegação do impetrante.” (HC 18.901, 1927, ASTF)

34 “Accordam conhecer originariamente do pedido e conceder a ordem impetrada.” (HC 19.295, 1927, ASTF)

4. “Accordam não tomar conhecimento do pedido”: a posição adotada pelo STF

O tipo de acórdão mais adotado nos três anos analisados foi o de preliminarmente não tomar conhecimento do pedido. A deliberação preliminar sobre os *habeas corpus* requeridos se concentrava sobre os aspectos formais da solicitação que eram exigidos pela lei. Também englobava a análise sobre a instrução, ou não, do pedido e a competência da autoridade jurisdicional³⁵. Esse último aspecto, inclusive, era muito relevante porque, no nosso recorte, os processos analisados eram sempre pedidos originários, o que obrigava a parte a demonstrar a competência do STF³⁶.

Como vimos anteriormente, em 1927, o STF concedeu três *habeas corpus* (HC 18.649; 18.901; 19.295, 1927, ASTF) requeridos para assegurar a baixa do serviço militar, porque se considerou que o tempo de serviço previsto em lei já tinha sido concluído. Concluímos que esse era um uso amplo daquele remédio jurídico, que ainda seria possível, teoricamente, antes da Revisão de 1926. Além desses três pedidos concedidos, outros dois abordavam a mesma temática e continham o mesmo tipo de requerimento, mas um foi prejudicado (HC 18.789, 1927, ASTF) e outro não foi conhecido pelo STF (HC 18.655, 1927, ASTF). Nesse último caso, o STF alegou que o pedido não estava devidamente instruído³⁷. Percebemos que, dos pedidos concedidos, dois foram solicitados por um advogado e o outro não. Logo, podemos excluir essa variável e afirmar que não era a participação de um advogado no processo que garantiria, necessariamente, a concessão do pedido. O que realmente parecia pesar para o sucesso dos pedidos era se, para o STF, o pedido contivesse as informações mínimas necessárias para instruir o processo e julgá-lo em seu mérito³⁸. Em caso afirmativo, o tribunal se sentia livre para manter, mesmo após a reforma constitucional, a sua jurisprudência de sempre sobre o *habeas corpus*.

35 Os requisitos que deveriam ser apresentados no pedido de *habeas corpus* podem ser encontrados no Código de Processo Penal de 1832 e no Decreto n.848 de 1891. No primeiro destacamos o art.341: “Art. 341. A petição para uma tal ordem deve designar: § 1º O nome da pessoa, que sofre a violencia, e o de quem é della causa, ou autor. § 2º O conteúdo da ordem por que foi mettido na prisão, ou declaração explicita de que, sendo requerida, lhe foi denegada. § 3º As razões, em que funda a persuasão da illegalidade da prisão. § 4º Assignatura, e juramento sobre a verdade de tudo quanto allega.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm Acessado em: 20/05/2021. Já o segundo, o decreto n.848, do artigo 45 ao 49: “Art. 45. O cidadão ou estrangeiro que entender que elle ou outrem soffre prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade, ou se acha ameaçado de soffrer um ou outro, tem direito de solicitar uma ordem de habeas-corporis - em seu favor ou no de outrem. Art. 46. A petição para uma tal ordem deve designar: a) o nome da pessoa que soffre a violencia ou é ameaçada, e o de quem é della causa ou autor; b) o conteúdo da ordem por que foi mettido na prisão, ou declaração explicita de que, sendo requerida, lhe foi denegada, e, em caso de ameaça, simplesmente as razões fundadas para temer o protesto de lhe ser infligido o mal; c) os motivos da persuasão da illegalidade da prisão ou do arbitrio da ameaça. Art. 47. O Supremo Tribunal Federal e os juizes de secção farão, dentro dos limites de sua jurisdicção respectiva, passar de prompto a ordem de habeas-corporis solicitada, nos casos em que a lei o permitta, seja qual for a autoridade que haja decretado o constrangimento ou ameaça de o fazer, exceptuada, todavia, a autoridade militar, nos casos de jurisdicção restricta e quando o constrangimento ou ameaça for exercido contra individuos da mesma classe ou de classe differente, mas sujeitos a regimento militar. Art. 48. Independentemente de petição, qualquer juiz ou tribunal federal pôde fazer passar uma ordem de habeas-corporis ex-officio todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento, por prova instrumental ou ao menos deposição de uma testemunha maior de excepção, que algum cidadão, official de justiça ou autoridade publica tem illegalmente alguém sob sua guarda ou detenção. Art. 49. Da denegação da ordem de habeas-corporis haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, sendo licito ao recorrente interpol-o no prazo de quinze dias, contados da data da intimação do despacho em que não fôra attendido.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848imprensa.htm Acessado em: 20/05/21.

36 Segundo o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 1909: “(...) em virtude de petição do paciente, ou de alguém por ele, quando o constrangimento ou a ameaça de constrangimento proceder de autoridade cujos atos estejam sujeitos a jurisdicção do Tribunal, ou se dirigir contra juiz ou funcionário federal ou quando se tratar de crimes sujeitos a jurisdicção federal, ou ainda no caso de iminente perigo de se consumir a violência antes de outro tribunal ou juiz poder tomar conhecimento da espécie em primeira instancia” (Regimento Interno do STF de 1909:312)

37 “Accordam não conhecer do pedido por não estar devidamente instruído, (...)” (HC 18.655, 1927, ASTF)

38 Ver nota 32.

Essas últimas considerações nos trazem a uma outra conclusão importante. O não conhecimento do pedido por parte do STF, quando ocorreu, não se deu por não ser o *habeas corpus* o meio idôneo para o fim visado, como era de se esperar caso a corte aderisse à aplicação da nova definição estabelecida em setembro de 1926. Na verdade, o argumento utilizado era o da não instrução do pedido. Dessa forma, podemos afirmar que, no que se refere ao uso do *habeas corpus* para assegurar a baixa do serviço militar após o cumprimento do tempo de serviço previsto em lei, o STF mantinha a prática jurisprudencial de antes da reforma de 1926, que admitia o uso do instituto de modo amplo. Em termos mais específicos, quando a ordem foi negada no HC 18.655 (1927, ASTF), foi porque o processo não estava devidamente instruído, e não porque não era mais cabível o remédio solicitado.

Por outro lado, no mesmo ano de 1927 e se enveredando por outro tema completamente desconectado da questão militar, temos o *habeas corpus* requerido por Horacio de Oliveira (HC 18.725, 1927, ASTF). O paciente desejava assegurar sua matrícula na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro sem submeter-se ao vestibular, pois alegava que bastava apresentar os certificados de exames de preparatórios exigidos por lei. Era, portanto, mais um exemplo de uso amplo do instituto por indivíduos da sociedade, que não tinha nenhuma relação com a liberdade de locomoção. Aqui, porém, o STF decidiu por não tomar conhecimento do pedido por não ser o caso de *habeas corpus*. O acórdão³⁹ não apresentava maiores justificativas que sinalizassem o porquê do não cabimento do instituto. Em todo caso, do universo analisado, esse foi o primeiro pedido de uso amplo que não foi conhecido pelo STF em função do reconhecimento de que o *habeas corpus* não era o instrumento processual idôneo. Tal postura, manifestada já em 1927, pode ser interpretada com um primeiro passo de adequação do STF à nova definição constitucional daquele remédio jurídico.

Essa mesma justificativa também seria verificada nos pedidos que se seguiram a partir de 1928. Notamos, nesse outro grupo de processos, uma maior adequação das decisões do STF à Revisão de 1926. Os ministros começaram a não tomar conhecimento do pedido por não ser o *habeas corpus* o remédio cabível para proteger o que era solicitado, seja por não se tratar de uma ameaça à liberdade (HC 23.255, 1929, ASTF), seja por se tratar o caso de uma “ação cível” e não de *habeas corpus* (HC 22.784, 1928, ASTF) ou seja por não estar devidamente instruído (HC 23.265, 1929, ASTF). Como veremos a seguir, a imagem de um *habeas corpus* mais limitado passou a se materializar na Suprema Corte, ainda que sem um expresse comprometimento com a nova disposição constitucional.

O advogado Dr. Joaquim Rodrigues das Neves, por exemplo, solicitou um *habeas corpus* coletivo para operários do arsenal da Marinha – Augusto de Azevedo Santos, Tancredo Coutinho Linhares e Erico Pereira da Costa – que teriam direito a receber uma gratificação em seus salários. Ele argumentava que seus clientes teriam deixado de recebê-la, por alguns meses, por uma coação do Ministro da Guerra. Em todo caso, os ministros do STF decidiram por não conhecer do pedido⁴⁰, por não considerarem ser caso de *habeas corpus*, mas sim de uma “ação cível”.

Esse foi o primeiro processo em que identificamos esse tipo de argumento. O STF sustentou o não conhecimento em deliberação preliminar por não caber o remédio jurídico impe-

39 “Accordam não conhecer do pedido, por não ser o caso de *habeas corpus*.” (HC 18.725, 1927, ASTF)

40 “Accordam não conhecer do pedido, por não caber em hipótese o remédio judicial intentado. O impetrante quer que o Tribunal assegure aos pacientes o direito a percepção da gratificação adicional de 20% sobre seus vencimentos como operários do Arsenal da Marinha. Como se vê, em ação cível adequada é que têm cabida o exame e o julgamento de semelhante petição.” (HC 22.784, 1928, ASTF)

trado, mas sim uma “ação cível”, uma vez que se tratava de assegurar uma gratificação salarial. Logo, se esse pedido é mais um exemplo da perpetuação no reconhecimento do uso amplo do *habeas corpus* por parte dos impetrantes, ele também demonstra uma adaptação do tribunal ao novo sentido do instituto. Apesar dessa interessante continuidade na percepção ou no uso do remédio jurídico por parte de quem o solicitava, vemos possíveis sinais de que o STF se alinhava à restrição estabelecida com a Revisão Constitucional de 1926, mesmo que sem mencioná-la.

Sinais, aliás, que se repetiram em outras ocasiões de pedidos envolvendo militares, cujo uso do *habeas corpus* e do próprio Supremo Tribunal Federal para se oporem aos atos do ministro da Guerra foi verificado nos três anos analisados. Os motivos foram os mais diversos: assegurar baixa do serviço militar, gratificação no salário ou pedido de reforma e até mesmo para que não fosse alterado o comando ao qual servia o paciente. Esses temas tratavam de questões militares, é verdade, mas as ações eram propostas diretamente no STF, porque se alegava a coação partia diretamente do Ministro da Guerra.

Nesse sentido, o coronel José Tobias Coelho solicitou sua reforma do serviço militar após cumprir os 40 anos previstos, mas, depois de seis meses de espera, ainda não tivera sido atendido. (HC 23.255, 1929, ASTF) Seu advogado, o Dr. Clovis Dunshee de Abranches, solicitou ao STF *habeas corpus* para por fim ao que ele denominou como um “constrangimento ilegal” proveniente do Ministro da Guerra, pois o coronel continuava a prestar serviços ao Exército mesmo após ter cumprido o tempo previsto para ser reformado.

Os ministros não tomaram conhecimento do pedido, invocando os limites restritos do *habeas corpus*. Alegaram que a liberdade do paciente não sofria qualquer coação e nem estava ameaçada; logo, não seria possível usar o remédio jurídico intentado⁴¹. Segundo os ministros, o objetivo do pedido era acelerar o processo de reforma do coronel e não proteger sua liberdade de locomoção. É mais um caso, portanto que se encaixa num alinhamento à emenda constitucional de 1926.

A mesma dinâmica, de certa forma, também se verificou no acórdão do *habeas corpus* do Major Godofredo Franco de Faria. Ele solicitava o remédio jurídico para assegurar que não fosse alterado o comando do Exército ao qual servia. (HC 23.265, 1929, ASTF) Nesse caso, os ministros do STF alegaram não tomar conhecimento do pedido por não estar devidamente instruído, bem como por ultrapassar os limites de uso previsto no art. 72, § 22 da Constituição:

Accordam em S. Tribunal Federal (...), expostos estes autos de habeas corpus n. 23365, (...) contra o acto do Dr. Ministro da Guerra, o qual (...). Em, uma deliberação preliminar, deixam de conhecer do pedido, o qual além de exorbitar os limites traçados àquelle recurso pelo art.72 § 22 da Const., não se apresenta devidamente instruído (HC 23.265, 1929, ASTF)

Logo, as justificativas mobilizadas foram: da instrução do pedido e do não cabimento do *habeas corpus*. Novamente, notamos a invocação daquele critério da instrução como base argumentativa importante e muito frequente para negar preliminarmente o pedido. Também verificamos mais uma sinalização de conformação ao sentido constitucional restrito do *habeas corpus*, cujos limites de aplicação foram determinados pelo art. 72, § 22, da Constituição emendada.

41 “(...), accordam não tomar conhecimento do pedido, condemnando o impetrante nas custas. O fim visado foi provocar uma solução rapida ao pedido de reforma feito ha meses pelo paciente ao Ministerio da Guerra. A liberdade do paciente não soffre qualquer coacção, nem está ameaçada de constrangimento. O habeas-corpus não é o meio idoneo para a consecussão desse fim.” (HC 23.255, 1929, ASTF)

Grosso modo, diante do conjunto de processos aqui estudados, podemos afirmar que houve uma certa adequação dos ministros do STF à nova definição do *habeas corpus*, ainda que de modo torto, implícito ou indireto. Muitas vezes, por exemplo, a negativa do pedido ocorria por meio de outros argumentos ou estratégias, como a adoção de uma decisão preliminar para não tomar conhecimento do pedido. Em outros casos, os acórdãos eram mais diretos e apontavam para o não cabimento do instituto para o fim visado. No entanto, e isso é muito importante destacar, em nenhum momento encontramos, na fundamentação dessas decisões, uma menção expressa à Revisão de 1926 e ao novo sentido que ela impunha ao *habeas-corpus*.

Se pudéssemos resumir todo esse universo de conclusões, a fundamentação para o não conhecimento dos pedidos se baseava em dois conjuntos de argumentos básicos: 1) nos aspectos formais do pedido, como o fato de ser instruído ou não; ou 2) no cabimento ou não do uso remédio do *habeas corpus*, por se tratar de uma proteção de uma liberdade ou de uma “ação cível”.

Podemos concluir, assim, afirmando que a solicitação do *habeas corpus* em sentido amplo continuou existindo, enquanto prática judiciária, mesmo após a aprovação da Revisão Constitucional. Entretanto, ao longo dos anos, a Suprema Corte começou a se adequar à nova definição do instituto, ainda que não de forma automática e menos ainda usando-a como justificativa para seus acórdãos.

Conclusão

Como pudemos observar, a década de 1920 e, mais especificamente, o governo de Arthur Bernardes (1922-1926) representaram um momento importante de reorganização do direito brasileiro e de mudanças profundas na relação entre o Estado e o indivíduo. Marcado pela ascensão do autoritarismo e de uma visão mais favorável ao fortalecimento do Poder Executivo, esse quadro se traduzia em conflitos sociais e no agravamento da crise democrática.

Em meio ao contexto de exceção que marcou praticamente todo o quadriênio de Arthur Bernardes, quando várias regiões do país permaneceram sob estado de sítio, o presidente forçou e promoveu a primeira e única alteração da Constituição de 1891. Vimos que, desde o início, uma das principais intenções do governo foi limitar, expressamente, o uso do *habeas corpus*, cujo sentido mais alargado da chamada “doutrina brasileira do *habeas corpus*” era visto como uma ameaça ao funcionamento das instituições do Estado. Era preciso anular, completamente, a ideia de que aquele remédio constitucional pudesse ser usado para a defesa de todos os tipos de liberdades individuais, tal como defendido por importantes juristas republicanos.

Portanto, para nós é bastante claro que a Revisão Constitucional de 1926 só pode ser compreendida enquanto fruto daquela tendência que reconhecia ao Estado e ao governo poderes maiores de direção sobre a sociedade. Ali, no âmbito dos debates parlamentares, essa ideia se traduziu na restrição do remédio constitucional, que deveria ser compreendido apenas em seu sentido “original”, isto é, voltado exclusivamente à tutela da liberdade de locomoção.

O próprio papel da oposição, ao longo do processo de tramitação da proposta de alteração constitucional, demonstrava como o autoritarismo do governo foi um elemento que determinou o conteúdo das alterações constitucionais. Foram os parlamentares opositoristas que denunciaram o viés centralizador da proposta de Arthur Bernardes e alertavam para o fato de que a restrição do *habeas corpus*, promovida sob estado de sítio, era uma manifestação das tendências ditatoriais do governo. Dessa forma, pelo menos no âmbito parlamentar, a

Revisão de 1926 e suas consequências sobre o *habeas corpus* estão intimamente associadas ao contexto de grave crise social e de exceção da ordem jurídica que marcou a primeira metade da década de 1920.

Contudo, devemos ressaltar que a questão da limitação do *habeas corpus* em 1926 transbordava, em muito, os debates parlamentares e interessava, igualmente, ao Supremo Tribunal Federal. Ali, ela assumiu contornos mais complexos, que envolviam um tempo maior de adequação à nova disposição da Constituição e um quadro de continuidades e rupturas no uso e na jurisprudência do *habeas corpus*.

No que tange ao pós-Reforma, percebemos a continuidade da solicitação do remédio jurídico do *habeas corpus* no sentido amplo. O reconhecimento por parte dos impetrantes, que continuavam a invocar aquele instrumento jurídico para assegurar a proteção de direitos diversos, perpetuou-se mesmo após a limitação estabelecida pela Revisão de 1926.

Por sua vez, no que se refere à jurisprudência adotada pelo STF após 1926, nos deparamos com um interessante processo de adequação aos novos termos da Constituição. Podemos dizer que não foi uma adequação automática, mas envolveu permanências seguidas de discontinuidades.

No primeiro ano analisado, 1927, encontramos pedidos de uso amplo sendo concedidos pelo STF – como foram os casos de baixa do serviço militar – sem qualquer menção ao cabimento ou não do *habeas corpus* para proteger tal direito. Nos pedidos seguintes, porém, a postura adotada pelo STF não foi de negar o pedido, ou não conhecer do mesmo por não se tratar da proteção da liberdade de locomoção prevista na nova definição do art.72§ 22, da Constituição.

O que verificamos é que, inicialmente, os ministros usaram aspectos formais para não tomar conhecimento do pedido, como uma espécie de “tática” para se blindarem de qualquer controvérsia e evitar, ao mesmo tempo, comprometerem-se com os significados e princípios da Revisão Constitucional. Podemos conjecturar que uma das hipóteses para tal procedimento tenha sido o fato de que os ministros tomavam cuidado para não legitimarem o sentido mais restrito imposto pelos governistas. Ou, até mesmo, que eles usavam dos aspectos formais para se esquivarem da discussão e manterem um distanciamento sobre o problema da tutela dos direitos individuais, em um momento em que novas ideias eram debatidas no Congresso Nacional⁴².

Ressaltamos que este estudo não tem como escopo definir qual foi a prática jurisprudencial adotada pelo STF após a Reforma de 1926, nem mesmo concluir definitivamente a análise desse tema. O que queríamos era lançar luz sobre a necessidade de maiores estudos sobre um dos momentos mais importantes da história do direito brasileiro na Primeira República e da multiplicidade de questões que essa reforma constitucional produziu sobre a tutela de direitos no Brasil. Um aspecto, por exemplo, que merece mais atenção e que completaria o quadro que buscamos delimitar seria insistir no diálogo com as fontes doutrinárias do período. Ainda que tenhamos lançado pistas sobre como os juristas reagiram às alterações ao *habeas corpus*, seria interessante especular e confirmar qual era a impressão marcada no pensamento jurídico nacional sobre a Revisão de 1926 e seus efeitos sobre o significado do remédio constitucional e de sua prática jurisprudencial.

42 Aqui nos referimos, principalmente, aos projetos de lei que foram apresentados e discutidos pelos deputados, após a Revisão Constitucional de 1926, sobre a criação de um novo instituto jurídico dedicado à tutela dos direitos individuais. Embora não tenha resultado na aprovação de nenhuma das propostas apresentadas, este foi um debate muito interessante que antecipou muitas das questões que mais tarde emergiriam no aparecimento do mandado de segurança, enquanto remédio constitucional criado em 1934 para a tutela do conjunto de direitos e liberdades fundamentais. Para maiores detalhes sobre esse debate legislativo pós-Revisão de 1926, v. Cavalcanti (1936, p. 46 e ss.).

De todo modo, esse estudo inicial sobre a Revisão de 1926 nos permite inferir novos nuances a respeito da prática jurisprudencial sobre o *habeas corpus* após a sua reformulação. Da forma como entendemos, a questão pode ser vislumbrada a partir de uma dupla dimensão, isto é, a do uso do instituto pelos particulares e a da jurisprudência produzida pelo STF depois da reforma. Nesse sentido, verificamos uma efetiva dinâmica de continuidades e de rupturas nas práticas e comportamentos dos atores envolvidos. Em primeiro lugar, uma importante conclusão está relacionada aos usos do *habeas corpus* pelos indivíduos. Aqui, observamos, muito claramente, que permaneceu firme a noção de que esta garantia serviria para a tutela de todo o conjunto de direitos individuais, a julgar por todos aqueles pedidos que analisamos que se concentravam sobre as mais diversas questões jurídicas e não se limitavam à liberdade de locomoção. Portanto, ainda que apenas no imaginário social, o sentido amplo do *habeas corpus* sobreviveu à Revisão de 1926 e o instituto ainda era visto como único meio eficiente de tutela específica do conjunto dos direitos individuais. Sob o ponto de vista da ruptura, por fim, podemos identificá-la no processo de adequação da Corte Suprema àquela alteração constitucional. Afinal, vimos como o STF parece ter incorporado, na prática, o sentido restrito do *habeas corpus*, mesmo sem se comprometer, expressa e diretamente, com o sentido e com a definição do Constituinte Derivado. É verdade que, ainda em 1927, encontramos pedidos de *habeas corpus* em sentido amplo que foram concedidos pelo tribunal. Mas, já nos anos de 1928 e 1929, ações similares passaram a ser negadas, muitas vezes, pelo seu não conhecimento. A partir de então, uma série de argumentos e estratégias foram colocadas em jogo para impedir a concessão dos pedidos de *habeas corpus* em sentido amplo. Por isso mesmo, se podemos falar em ruptura na jurisprudência do STF e em adequação à Revisão de 1926, devemos ressaltar que esses foram processos mais indiretos e tangenciais, porque não encontramos, nos processos analisados, nenhuma menção à Revisão de 1926 e ao novo texto atribuído ao *habeas corpus*. Logo, o STF parece ter encontrado outros meios de se alinhar à nova disposição constitucional, ainda que seus acórdãos passassem ao largo dessa mesma disposição e não se comprometessem, necessariamente, com os novos termos mais restritos daquele instituto.

Referências

I Fontes primárias

a) Textos da época

Barbosa, R. (1956 [1892]). O Estado de Sítio: sua Natureza, seus Efeitos, seus Limites. In: *Obras Completas de Rui Barbosa*. v. 19. t. 3 – Trabalhos Jurídicos, Estado de Sítio. Ministério da Educação e Cultura.

Castro, R. A. (1924). *A Reforma Constitucional*. Leite Ribeiro.

Cavalcanti, T. B. (1936). *Do mandado de segurança: doutrina, legislação, jurisprudência*. Livraria Editora Freitas Bastos.

Lessa, P. (2003 [1915]). *Do Poder Judiciário*. Ed. fac-similar. Senado Federal, Conselho Editorial.

Miranda, F. C. P. de (1979 [1916]). *História e prática do habeas-corpus*. 8 ed. 1. Saraiva.

Miranda, F. C. P. de (1981 [1924]). Preliminares para a revisão constitucional. In: Cardoso, V. L. (org.), *À margem da história da República*, 2, Editora Universidade de Brasília.

Nunes, J. C. (1924). *A Jornada Revisionista: os rumos, as ideias, o ambiente*. Pap. Almeida Marques & C.

Nunes, J. C. (1961 [1937]). *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder público*. 6 ed. atual. Forense.

Siqueira, G (1924). *Curso de processo criminal*. Livraria Magalhães.

b) Anais da Revisão Constitucional de 1926

Brasil (1927). *Revisão Constitucional*. Documentos Parlamentares. 1. Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C.

Brasil (1928). *Revisão Constitucional, Documentos Parlamentares*. 4. Typ. Do Jornal do Commercio, de Rodrigues & C.

c) Processos de Habeas Corpus Originários – Arquivo do Supremo Tribunal Federal, Brasília.

HC 18.649; 18.655; 18.725; 18.789; 18.901; 19.295, 1927, ASTF

HC 22.784, 1928, ASTF.

HC 23.255; 23.265, 1929, ASTF

d) Outros

Brasil (1915). *Diário do Congresso Nacional*. 26 (12). 23 de janeiro.

II Bibliografia

Monografia

Moraes, M. R. de (2018). *A Reforma Constitucional de 1926: análise das emendas ao artigo 6º da Constituição de 1891*. Trabalho de conclusão do curso de graduação. Departamento de História. Universidade de Brasília.

Teses e Dissertações

- Cantisano, P. (2018). *Rio de Janeiro on Trial: Law and Urban Reform in Modern Brazil*, a dissertation submitted in partial fulfilment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy (History) in the University of Michigan.
- Castro, T. S. (2018). “Assim se espera justiça”: o remédio jurídico do habeas corpus no Supremo Tribunal Federal (1920-1929). Tese de conclusão de Doutorado em História, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro.
- Gasparetto, A. (2018) *Recursos extremos da administração estatal: as declarações de estado de sítio na Primeira República Brasileira*. Tese de conclusão de Doutorado em História, Universidade Federal Juiz de Fora.
- Pivatto, P. M. (2006). *Discursos sobre o Estado de Sítio na Primeira República Brasileira: uma abordagem a partir das teorias de linguagem de Mikhail Bakhtin e Pierre Bourdieu*. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Artigos e Livros

- Britannica, The Editors of Encyclopaedia (2019). “Habeas corpus”. In: *Encyclopedia Britannica*. Disponível em: <https://www.britannica.com/topic/habeas-corpus>, acessado em: 5 de agosto de 2021.
- Castagna Machado, G. (2019). Os “ideais civilizacionais” e a construção da imagem do direito pelos juristas na primeira república: anglo-americanos, franco-portugueses e germanistas. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 74. jan./jun. 257-282.
- Delgado, L., & Ferreira, J (2013). *O Brasil republicano. O tempo do liberalismo excludente - da Proclamação da República a Revolução de 1930*. 6 ed. Civilização Brasileira.
- Faoro, R. (1975). *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Globo.
- Feloniuk, W. S. (2019). Influências da circulação de ideias norte-americanas sobre o sistema de controle de constitucionalidade da Constituição de 1891. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 74. jan./jun. 435-472.
- Ferreira, M. de M., & Conde Sá Pinto, S. (2006). *A Crise dos anos 20 e a Revolução de Trinta*. CPDOC. 26f.
- Flory, T. (1986). *El juez de paz y el jurado en el Brasil imperial*. Fondo de Cultura Económica.
- Koerner, A. (1999). *Habeas-corpus e controle social no Brasil (1841-1920)*. IBCCrim.
- Koerner, A. (2014). O Habeas Corpus na Prática Judicial Republicana: o problema dos direitos civis. In: Flores, A. de J. (org.). *Temas de história do direito: o Brasil e o Rio Grande do Sul na construção dos Conceitos Jurídicos Republicanos (1889-1945)*. Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul. 11-84.

- Lynch, C. E. C. (2012). O caminho para Washington passa por Buenos Aires: a recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República brasileira (1890-1898). In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. 27 (78). 149-169.
- Lynch, C. E. C.; & Souza Neto, C. P. (2012). O Constitucionalismo da Inefetividade: a Constituição de 1891 no Cativo do Estado de Sítio. In: *Quaestio Iuris*. 5 (2). 85-136.
- Nequete, L. (1973). *O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência*. Livraria Sulina. 2v
- Nogueira, R. (1968). Pedro Lessa e sua influência na evolução constitucional do Brasil. In: *Revista de Informação Legislativa*. 17. jan./mar. 11-20.
- Petersen, R. (2020). *O Supremo Tribunal Federal no início da Primeira República: entre o direito e a política*. Juruá.
- Pinto, S. C. S., & Castro, T. de S. (2019). O Poder Judiciário na Primeira República: revisando algumas questões. In: *Locus Revista de História*. 25 (2). 37-58.
- Revista Estudos Históricos* (1993). v. 6. n. 11.
- Ribeiro, G. S. (2006). O povo na rua e na justiça, a construção da cidadania e luta por direitos: 1889-1930. In: Sampaio, M. da P. F., & Branco, M. do S. C., & Longhi, P. (orgs.). *Autos de memória: a história brasileira no Arquivo da Justiça Federal*. Tribunal Regional Federal – Rio de Janeiro. 155-223.
- Rodrigues, L. B. (1991). *História do Supremo Tribunal Federal: Doutrina brasileira do habeas-corpus*. v. 3. Civilização Brasileira.
- Seelaender, A. L. C. L. (2020) Preaching Against the Earthquake. The Rise of State Intervention and the resistance to it in Brazilian Constitutional and Administrative Law. In: *Giornale di Storia Costituzionale*, v. 40, 227-239.

Data de Recebimento: 30/09/2021

Data de Aprovação: 17/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

“Un país de Constitución abierta”.

Las “leyes fundamentales” y la modernización del franquismo

“Um país de Constituição Aberta”.

As “leis fundamentais” e a modernização do franquismo

“A Country with an Open Constitution”.

The “fundamental laws” and the modernization of francoism

Alfons Aragoneses¹

Jordi Cerdà Serrano²

¹ Universitat Pompeu Fabra. ORCID: 0000-0003-3301-5463

² Universitat Pompeu Fabra. ORCID: 0000-0001-7933-3972

RESUMEN

Las Leyes fundamentales del franquismo fueron consideradas durante mucho tiempo como la Constitución política de la dictadura. Hoy hay un consenso general en negar a estas normas heterogéneas el carácter de Constitución: fueron textos aprobados en periodos muy diferentes sin seguir un diseño coherente y con fuentes de inspiración diversas. Sin embargo, en los años 60 y 70 el legislador, la propaganda y los juristas del régimen llevaron a cabo un proceso de resignificación de los diferentes textos que desde 1938 hasta 1967 recibieron esta calificación. Se trató de un intento de racionalización y modernización del marco normativo de la dictadura que buscaba legitimarse en el exterior y en el interior como “país de Constitución abierta”, equiparándose a los países democráticos y, al mismo tiempo, preparando el franquismo post-Franco. Nuestro artículo analiza las diferentes “Leyes fundamentales” y el proceso de resignificación que sufrieron en el tardofranquismo.

Palabras clave: Leyes fundamentales, Franquismo, Dictadura desarrollista, Constitución abierta.

RESUMO

As Leis Fundamentais do regime de Franco foram durante muito tempo consideradas a Constituição política da ditadura. Hoje existe um consenso geral em negar a essas normas heterogêneas o caráter de Constituição: eram textos aprovados em períodos muito diferentes (1938 a primeira lei, 1967 a última) sem seguir um desenho coerente e com diferentes fontes de inspiração. Contudo, nas décadas de 1960 e 1970, o legislador, a propaganda e os juristas do regime levaram a cabo um processo de resignificação dos diferentes textos que, de 1938 a 1967, receberam esta qualificação. Essa foi uma tentativa de racionalizar e modernizar o quadro regulamentar da ditadura, que procurou legitimar-se no estrangeiro e em casa como um “país com uma constituição aberta”, colocando-se no mesmo nível dos países democráticos e, ao mesmo tempo, preparando-se para o franquismo pós-Franco. O nosso artigo analisa as diferentes “Leis Fundamentais” e o processo de resignificação a que foram submetidas no final da era franquista.

Palavras-chave: Leis fundamentais, Franquismo, Ditadura desenvolvimentista, Constituição aberta.

ABSTRACT

The so-called “Leyes fundamentales” have been considered the real Constitution of Franco’s dictatorship for a long time. Today both historians and legal scholars agree on the non-constitutional nature of these heterogeneous texts promulgated between 1938 and 1967. However, it is important to study how the legislator and Francoist jurists created the category “Leyes fundamentales” and presented the different “Fueros” and “Leyes” as the open Constitution of Spain. Their goal was to present Spain as a normal “democratic” state and to prepare the continuity of Francoism after the death of Franco.

Keywords: “Leyes fundamentales”, Francoism, Developmental dictatorship, Open Constitution.

Si en el momento en que falte V. E. todo esto está por determinar, se impondrán las fuerzas ciegas del caos.

Laureano López Rodó (1991: 119)

1. Introducción: estudiar las leyes de una dictadura longeva y mutante

La Constitución española de 1978 estableció un marco de gobierno y una lista de derechos fundamentales que permitieron la construcción de un Estado social y democrático de derecho. La Constitución fue punto de partida pero también de final de un sistema jurídico y político pre-democrático. Por esta razón, y también por el conocido lema “de la ley a la ley”, resultaba importante incluir en el texto constitucional una serie de disposiciones transitorias y una disposición derogatoria³. De los tres puntos de esta última nos interesa uno, el primero, que declara derogadas la Ley de “Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945”. En virtud de esta disposición constitucional estas normas quedarían eliminadas del ordenamiento “en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley [para la Reforma Política], que también queda derogada en virtud de esta disposición”.

¿Qué fueron estas leyes y fueros que la Constitución declara específicamente derogados? Cualquier jurista o historiador que se haya acercado al estudio del derecho del franquismo sabe perfectamente que todas esas normas fueron llamadas en su día Leyes fundamentales. Se trata de unos textos heterogéneos, algunos de dudosa naturaleza jurídica, que fueron aprobados entre 1938 y 1967 y que la dictadura calificó como leyes sobre las que se sostenía el sistema político: de ahí el adjetivo “fundamentales”. Esto explica el interés del constituyente en explicitar su derogación.

¿Qué fueron las Leyes fundamentales? Hoy, más de cuarenta años después del inicio de la democracia, ningún jurista o historiador las calificaría como normas constitucionales o Constitución. Así, el historiador Miguel Ángel Giménez Martínez señala que en un sentido liberal las Leyes fundamentales no eran normas constitucionales (2014: 385). Ahora bien, eso no obsta para que las considere las bases legales del Estado franquista (Giménez Martínez, 2014: 147-179). Por otro lado, el historiador del derecho Josep Serrano Daura también sostiene la falta de carácter constitucional y democrático de las Leyes fundamentales porque ni fueron fruto de procesos de elaboración representativos ni hacían efectivos los derechos que reconocían ni constituían cortapisas al ejercicio del poder público (Serrano Daura, 2015: 271-272). Sin embargo, les otorga cierta carta de naturaleza constitucional como vértice del ordenamiento jurídico franquista (2015: 269-272).

3 Así reza el texto completo de la disposición derogatoria: 1. Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958; el Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945; el del Trabajo, de 9 de marzo de 1938; la Ley Constitutiva de las Cortes, de 17 de julio de 1942; la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado, de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967, y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945. 2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876. 3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

Algunos juristas, de ahora y de antes, también han recalcado que la regulación del ejercicio del poder no se articulaba solamente en las Leyes fundamentales, sino también en otras disposiciones sin la calificación formal de fundamentales. Para el constitucionalista Antonio Torres del Moral “la verdadera Constitución” – en un sentido amplio – del régimen no fueron las que serían consideradas como Leyes fundamentales a partir de 1947, sino, precisamente, el Decreto de 29 de septiembre de 1936, el Decreto de 29 de septiembre de 1936 por el que Franco asumió los poderes del nuevo Estado nacional, el Decreto de Unificación de Falange de 1937 y las Leyes de prerrogativas³⁰ de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939; – conocidas como Leyes de prerrogativas –; normas que, precisamente, no tendrían rango formalmente fundamental (Torres del Moral, 1990: 214 y 236). Dichas disposiciones no se alterarían nunca durante la dictadura, se confirmarían con la aprobación de la Ley Orgánica del Estado (LOE) en 1966 y materializaron de forma perenne el principio de caudillaje hasta la muerte de Franco (1990: 214).

Miguel Ángel Giménez Martínez va en la misma línea. Este historiador defiende que existieron otras leyes, que, aun no siendo estrictamente “fundamentales”, podrían calificarse como tales por su importante dimensión política, como, por ejemplo, las Leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939, y los primeros artículos de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, del Código Civil y de la Ley de Orden Público de 1959 (2014: 137). Para Manuel Ramírez, que fue de los primeros en diseccionar ideológicamente la dictadura con cierta perspectiva histórica, el Decreto de 29 de septiembre de 1936 fue, a nivel jurídico, el momento constituyente de la dictadura franquista (1978: 32).

Si estas normas o pseudonormas jurídicas no pueden ser consideradas como una Constitución, si la constitución real o material incluía textos no considerados como fundamentales, ¿Qué fueron en realidad las Leyes fundamentales y por qué aparecen tanto en la doctrina como en la propaganda del régimen? Nosotros partimos de la idea de que la expresión “Leyes fundamentales” fue una categoría creada por el poder político en el momento en que adquirió conciencia de la necesidad de un discurso racionalizador y juridificador de la dictadura. La categoría “Leyes fundamentales” no nos sirve para describir el Estado y el derecho franquistas, pero sí para entender de qué manera las élites del tardofranquismo construyeron un relato sobre el Estado para adaptar así los discursos jurídicos al cambiante contexto interno y externo. Estudiar la historia de la categoría “Leyes fundamentales” nos ayuda a entender, en definitiva, la relación entre poder y discursos jurídicos durante el franquismo y el tránsito del régimen a una dictadura desarrollista (Woo-Cumings, 1999 apud Hofmann, 2019: 17).

La expresión comenzó a utilizarse, lo veremos más adelante, en el año 1947 con la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado. Pero, al igual que sucedió con otras instituciones de la dictadura, el significado de “Leyes fundamentales” no fue siempre el mismo. El mismo legislador y la doctrina resignificaron en los años sesenta la categoría “Leyes fundamentales” y también cada una de esas leyes calificadas como fundamentales, que pasaron en algunos casos de ser programas políticos o expresión de unos principios ideológicos a ser, en palabras de juristas y legisladores, límite al ejercicio del poder, carta de derechos e incluso Constitución española.

En las siguientes páginas analizaremos cada una de estas leyes, pero también la evolución de esta categoría jurídica y política. Para ello estudiaremos las leyes en su contexto político, pero también en su cotexto legislativo y doctrinal. Mostraremos como unas Leyes fundamentales publicadas en los años 1930 y 1940 con un objetivo básicamente legitimador o programático fueron resignificadas por la legislación y la doctrina de los años 1960, adquiriendo así carácter jurídico, generándose así la idea de que todas ellas formaban la

Constitución española. Para tal análisis hemos investigado los textos de las llamadas Leyes fundamentales y otras normas de la época en su contexto histórico y también discursos de diferentes autores de derecho político de los años 1940 y de los 1960 y 1970 en forma de artículos o tratados para mostrar la diferente calificación que la doctrina le dio a estas leyes en diferentes momentos de la dictadura.

2. De los Fueros a la Ley Orgánica: las seis “leyes fundamentales”

2.1. El Estado franquista durante la guerra civil

Como ya comentamos, el legislador comenzó a construir el Estado franquista mucho antes de la aprobación de las leyes que fueron después calificadas como fundamentales. Desde el golpe de Estado de julio de 1936, la Junta de Defensa Nacional, constituida por Decreto 1/1936 de 24 de julio, concentraba los poderes del Estado anticonstitucional creado e impuesto por la fuerza en el territorio en manos del bando rebelde⁴. Con la ayuda de asesores jurídicos y de parte de los funcionarios de la zona sublevada, la Junta comenzó tempranamente a organizar el Estado: los tribunales de justicia (especialmente los militares), el Registro de la Propiedad y el Registro Civil, los servicios de censura y de propaganda se fueron construyendo de manera accidentada, siempre adaptándose al curso de la guerra y a los apoyos que iban recibiendo los rebeldes. No había parlamento, pero había leyes, un boletín oficial y, cómo no, un Tribunal Supremo. Las normas y prerrogativas de la Junta de Defensa que adoptaban la forma de bandos primero y de leyes y decretos más tarde, se iban publicando regularmente en el Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España.

Tras la conquista y ocupación de Toledo y la “liberación” de los rebeldes que “resistían” en el Alcázar, Franco fue aclamado como Caudillo de España y de la Cruzada, venciendo así las últimas resistencias que se oponían a su creciente autoridad y consiguiendo concentrar todo el poder del Estado en su persona. El Decreto 138 de 29 de septiembre de 1936 de la Junta de Defensa Nacional lo nombró Jefe del Gobierno del Estado⁵. Franco aparece en ese documento, además, como Generalísimo de las fuerzas nacionales. También se dice, y esto interesa para entender el texto, que su “proclamación será revestida de forma solemne, ante representación adecuada de todos los elementos nacionales que integran este movimiento liberador”.

La dictadura y sus juristas no consideraron nunca esta norma como Ley fundamental. Sin embargo, es posiblemente la norma que más peso tuvo en la construcción y el desarrollo del derecho franquista desde 1936 hasta 1975. Es cierto que, desde un punto de vista jurídico formal, cuesta asumir que un simple decreto aprobado en los inicios de la guerra pudiese tener la trascendencia que le otorgamos aquí. Sin embargo, este Decreto 138, además de nombrar al Jefe del Estado y Generalísimo de los Ejércitos en la zona rebelde, consagra el poder del dictador y la idea del caudillaje. Para entender esta norma debemos tener en cuenta su redactado, pero también su contexto y los textos que se publicaron aquellos días en la prensa.

⁴ Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España (BOJDNE) 1 de 25.07.1936, 1.

⁵ BOJDNE 32 de 30.09.1936, 1-2.

En los días previos y posteriores a la aprobación de esta norma encontramos discursos políticos y periodísticos que presentan a Franco como Caudillo, así como actos de aclamación al mismo en numerosos lugares de la España controlada por los rebeldes⁶. Las referencias a Francisco Franco que en estos discursos encontramos tienen naturaleza política y también jurídica. No se entienden ni el Decreto 138 ni la lógica del caudillaje sin las publicaciones del Boletín Oficial del Estado (BOE), que sería la nueva denominación del Boletín de la Junta tras la asunción de Franco de la Jefatura del Estado y del Gobierno a partir del 1 de octubre de 1936, pero tampoco sin los discursos sobre el Caudillo que se difundían en esos días, realizados por los servicios de propaganda que presentaban al dictador como héroe carismático.

El jurista Francisco Javier Conde lo teorizaría a comienzos de los años cuarenta (1942). Por mucho que en los años por venir se escondiesen los elementos totalitarios y la complicidad con Hitler y Mussolini, y por muchas reformas modernizadoras que vinieran después, la construcción de un líder carismático en ese momento fundacional que fue la guerra determinaría el ejercicio del poder durante toda la dictadura. Como analizaremos más adelante, la primera disposición transitoria de la Ley Orgánica del Estado daría buena cuenta de ello.

Dos normas de los años 1938 y 1939 acabaron de fijar el poder del dictador, aunque tampoco tuvieron posteriormente la consideración de Leyes fundamentales. La primera es la Ley de 30 de enero de 1938, que establecía en su artículo 17 que “[a]l Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes por virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general”⁷. La norma le daba forma jurídico-formal a la concentración del poder legislativo y ejecutivo en la figura del Jefe del Gobierno, Jefe del Estado y Caudillo. Esta Ley fue un hito jurídicamente cualitativo, a nivel organizativo-institucional, del Estado franquista.

El llamado Estado nuevo hizo un paso sustantivo con la Ley de 30 de enero de 1938. Esta Ley sofisticó, en el terreno jurídico, el Estado franquista al crear un “gobierno presentable y hasta racionalizado”, como lo consideraron Ángel Viñas y Manuel Tuñón de Lara (1982: 58). El Estado campamental dejaba de ser una estructura político-burocrática orientada a la victoria en la guerra para ser un Estado con su Gobierno, sus ministerios y sus fuentes de derecho. De las comisiones de la Junta Técnica se pasaba a los departamentos ministeriales de la Administración Central del Estado. Todos ellos con su propia organización interna y sus propios servicios.

Así, la Ley de 30 de enero de 1938 supuso el asentamiento del Estado franquista, convirtiendo el aparato burocrático de guerra de la España nacionalista en una estructura estatal. En ella se consagraban, más allá del modelo ministerial del Gobierno, tres paradigmas jurídicos que serían una constante el resto de la dictadura: el mando supremo militar de Franco como Generalísimo, la Presidencia del Gobierno asociada por defecto a la Jefatura del Estado (al menos, hasta 1973), y la potestad normativa de Franco. En primer lugar, con independencia de las competencias del ministro de Defensa Nacional (y de sus ministros militares sucesores), el Generalísimo conservaría “el Mando supremo de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire”. En segundo lugar, la Presidencia del Gobierno quedaba vinculada a la Jefatura del Estado; por tanto, se reconocía jurídico-administrativamente aquello que ya había contemplado el Decreto de 29 de septiembre de 1936. Finalmente, se consagraba la potestad de creación de normas de Franco (es decir, Franco era en sí mismo fuente de derecho).

6 Sobre la construcción del caudillaje de Franco en 1936 vid. Georg Eickhoff (1999): *Das Charisma des Caudillos: Cárdenas, Franco, Perón*, Frankfurt am Main: Vervuert.

7 Boletín Oficial del Estado (BOE) 467 de 31.01.1938.

En ese nuevo proceso de construcción de una arquitectura jurídico-institucional permanente, la Ley de 30 de enero de 1938 hacía un inciso no poco importante en su preámbulo: “la normalidad de la vida pública en la parte liberada del solar de la Patria, el volumen y la complejidad creciente de las funciones de gobierno y de gestión, y la necesidad de tener montado de modo completo el sistema administrativo, aconsejan la reorganización de los servicios centrales, que, sin prejuzgar una definitiva forma del Estado, abre cauce a la realización de una obra de gobierno estable, ordenada y eficaz”. Era la primera vez que una disposición normativa de la dictadura hacía referencia a la forma de Estado, entendiéndose como tal la disyuntiva entre monarquía y república.

La segunda norma fue la Ley de 8 de agosto de 1939. En su artículo 7 establece que correspondía

(...) al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general, conforme al artículo decimoséptimo de la Ley de treinta de enero de mil novecientos treinta y ocho, y radicando en él de modo permanente las funciones de gobierno, sus disposiciones y resoluciones, adopten la forma de Leyes o de Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones⁸.

Las Leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939 apuntalaron definitivamente las prerrogativas y el mando excepcional de Franco como Caudillo de la *Nueva España*. Estas Leyes, según Joaquín Varela e Ignacio Fernández Sarasola, “atribuían la suprema potestad estatal, incluido el poder constituyente” a Franco (2014: 204). De ahí que pasasen a ser denominadas Leyes “de prerrogativas” (Giménez Martínez, 2014: 385). Esta suprema potestad del Caudillo se vería confirmada en la Jefatura del Estado vitalicia que prescribiría la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado en 1947.

El principio de caudillaje sería el rasgo jurídico-político más relevante del Estado franquista. La nueva cultura jurídica de la dictadura, caracterizada por un principio de unidad totalitario que se reflejaba en el mismo caudillaje (y su concentración de poderes), en una administración centralizada y en la existencia de un partido único. Todas las leyes llamadas fundamentales deben interpretarse a la luz de este principio que nunca derogado y que inspiró o dirigió la actividad del Estado.

De los años de la guerra civil data la que *a posteriori* fue considerada la primera Ley fundamental: el Fuero del Trabajo. Fue aprobado por Decreto el 9 de marzo de 1938 y publicado en el BOE un día después sin incluir ninguna indicación sobre su carácter fundamental. De hecho, la naturaleza jurídica de este texto no está clara. No se le da el título de ley sino el de Fuero, evocando así desde el mismo título el pasado medieval y una supuesta “[t]radición Católica, de justicia social y alto sentido humano que informó nuestra legislación del Imperio”. No contiene artículos, sino una serie de puntos y principios que son declarados “por el Estado español”. Uno de los encargados de su formulación, el mercantilista Joaquín Garrigues, escribía poco después de su aprobación lo siguiente:

⁸ BOE 221 de 9.08.1939, 4326-4327.

Era necesario que el Estado acudiese rápidamente al terreno social para luchar allí con las armas incruentas de la norma jurídica o de la primera de una futura regulación jurídica. A esta clase de las promesas solemnes del Nuevo Orden, que será mañana la más elocuente legitimación histórica de la guerra, pertenece el Fuero del Trabajo (...) Obra ésta de rápida preparación, de preparación guerrera, que era preciso emplazar rápidamente frente al adversario como se emplaza una batería de cañones de guerra (Garrigues, 1939: 67. apud Aparicio, 1980: 54).

El Fuero tenía más de propaganda de guerra que de norma directamente aplicable, igual que una importante fuente de inspiración utilizada por sus redactores: la Carta del Lavoro de la Italia fascista, aprobada en 1927, que constituyó más un conjunto de principios que servirían más para legitimar al Estado fascista y su proyecto de socialización del derecho que para regular jurídicamente las relaciones laborales. Sin embargo, este texto tuvo una enorme importancia en la legitimación de la dictadura como régimen que superaba la lucha de clases y planteaba la construcción de un Estado corporativo como vía alternativa al liberalismo y al marxismo (Aparicio, 1980: 55-56).

Pese a este carácter propagandístico y programático, el Fuero del Trabajo sirvió para construir una fachada corporativista para la dictadura. Pero, además, se convirtió en una referencia para la doctrina de derecho público y privado antes de convertirse, en 1947, en una de las Leyes fundamentales. Así, el mismo Joaquín Garrigues que reconocía en 1939 el carácter “demasiado dogmático y doctrinal” de este texto (1939: 67), utilizó años más tarde su contenido para justificar y fundamentar la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas. Si el Fuero del Trabajo, como afirmaba su redactado, suponía la superación del “capitalismo liberal y del materialismo marxista”, podía servir para superar la concepción contractual e individualista de la sociedad anónima y ayudar al tránsito del viejo derecho mercantil a un nuevo derecho de la empresa (Aragoneses, 2014: 257-262). Vemos por tanto como el Fuero del Trabajo sirvió para defender un proyecto corporativista – nacionalsindicalista en el lenguaje oficial – de la dictadura aunque, más tarde, el legislador y los juristas le otorgasen naturaleza jurídica.

Durante la guerra civil se aprobaron otros dos decretos que, pese a su dudosa naturaleza normativa, tuvieron una importante incidencia en la configuración del ejercicio del poder: el Decreto 259 de 9 de abril de 1937 (denominado Decreto de Unificación), que unificaba Falange de las J.O.N.S. y el Requeté⁹, y el Decreto 333 de 4 de agosto de 1937, por el que quedaban oficialmente aprobados los Estatutos de la nueva Falange Española Tradicionalista de las J.O.N.S.¹⁰. Con estos textos quedaban grabados en las páginas del BOE los principios de servicio, hermandad y jerarquía de una “organización intermedia entre la Sociedad y el Estado”. Se daba, por lo tanto, una coordinación entre Estado y partido único. Estas normas, además, refuerzan el carácter carismático no discutible del dictador, que a su cargo de Jefe del Estado (y del Gobierno) y su aura de Caudillo, suma la del jefe del partido único, tal como establecía el artículo 1 del Decreto de Unificación.

⁹ BOE 182 de 20.04.1937, 1033-1034.

¹⁰ BOE 291 de 7.08.1937, 2738-2742.

2.2. “Constitución postiza”¹¹: Cortes, “derechos”, referéndum y monarquía

El final de la guerra civil hacía necesaria una adaptación del marco de gobierno y de los procesos de creación normativa a los nuevos tiempos. Para llevarla a cabo se continuó apostando por el pensamiento organicista y católico sin renunciar a las ideas básicas utilizadas durante el momento bélico como la idea del caudillaje, que no desaparecería hasta la muerte del dictador en 1975 y, como dijimos, condicionó el ejercicio del poder durante toda la dictadura.

En este contexto político Franco aprobó, de conformidad con la potestad normativa que tenía en virtud de las Leyes de prerrogativas, la Ley de 17 de julio de 1942 de creación de las Cortes Españolas¹². En el preámbulo el legislador-caudillo explica la necesidad de “la creación de un régimen jurídico, la ordenación de la actividad administrativa del Estado, el encuadramiento del orden nuevo en un sistema institucional con claridad y rigor”. Se reconoce en ese mismo texto la necesidad y conveniencia del “contraste de pareceres – dentro de la unidad del régimen – la audiencia de aspiraciones la crítica fundamentada y solvente, la intervención de la técnica legislativa deben contribuir a la vitalidad, justicia y perfeccionamiento del Derecho positivo de la Revolución y de la nueva Economía del pueblo español”.

Las Cortes, “órgano superior de participación del pueblo español en las tareas del Estado”, constituyen un pseudoparlamento en el que la lógica no es la representativa de territorios o de la ciudadanía, sino la corporativa: se reúnen en ellas representantes de los órganos vivos de la nación, los llamados procuradores en Cortes que, según la Ley, eran de tres tipos: natos, electivos y designados por el dictador. Las Cortes no empezaron a desempeñar su papel político hasta 1946 con la reforma de su Reglamento. Sin embargo, la elección de los procuradores electivos no se activó hasta 1967, por lo que, hasta ese año, solo ocuparon escaños miembros natos o designados por el dictador.

La designación de los miembros natos responde a la visión corporativista de la sociedad, pues eran los representantes de los sectores institucionales, sociales y económicos: los ministros, los representantes de los colegios de abogados, el presidente del Tribunal Supremo, los alcaldes de las 50 ciudades más importantes, los representantes de los “sindicatos nacionales”, los rectores de las universidades, etc. El Jefe del Estado podía designar hasta 50 procuradores entre personas destacadas “por su jerarquía eclesiástica, militar, administrativa o social, o por sus relevantes servicios a España”.

El parlamento dictatorial corporativo permitió racionalizar el ejercicio del poder legislativo, que tendría una dinámica de comisiones y pleno que permitiría un proceso de elaboración de las leyes más técnico y eficaz (artículos 8 y siguientes de la Ley Constitutiva de las Cortes). Las Cortes, por su sistema de elección, no reflejaban la pluralidad política de la sociedad española sino las diferentes sensibilidades y tradiciones dentro del franquismo, yuxtaponiéndose a las familias políticas, los militares y los eclesiásticos¹³.

11 Tomamos prestada la expresión de Enrique Álvarez Cora (2010): *La Constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Madrid: Biblioteca Nueva.

12 BOE 200 de 19.07.1942, 5301-5303.

13 El nombramiento de los Presidentes de las Cortes, cargos de especial relevancia, expresa muy bien estos equilibrios. Recayó hasta 1969 en hombros de los carlistas Esteban de Bilbao y Antonio Iturmendi. Entre 1969 y 1975 ostentó la presidencia un falangista: Alejandro Rodríguez de Valcárcel. Durante el último año y medio de la institución, hasta junio de 1977, fue su presidente Torcuato Fernández-Miranda, persona alejada del franquismo dividido en carlistas y falangistas y representante por eso del franquismo evolucionado.

En la Ley Constitutiva de las Cortes no aparece la expresión Leyes fundamentales. Sí que la encontramos en 1943, en el Reglamento de las Cortes¹⁴. Su artículo 16 crea entre las diferentes comisiones de la nueva institución una de “leyes fundamentales”, pero el Reglamento no especifica si dichas leyes eran las que fundamentaban el Estado o sencillamente leyes de cierta trascendencia.

En 1945, apenas dos meses después del final de la guerra mundial en Europa, se aprobó el Fuero de los Españoles, primera “ley fundamental” elaborada por las Cortes¹⁵. En el BOE no encontramos ninguna referencia al Fuero como Ley fundamental: la categoría como tal se crearía más tarde. En cambio, el legislador le da a esta norma “carácter de Ley fundamental reguladora de sus derechos y deberes”.

El Fuero incide tanto en los discursos de legitimación del poder como en el ejercicio del mismo. Esta falsa declaración de derechos no surgió de la nada ni fue un apresurado intento de cambiar la fachada del régimen tras la derrota de los fascismos europeos. Sin negar la intención política del legislador en este sentido, debe tenerse en cuenta que en esos años la doctrina llevaba a cabo una reformulación de la doctrina católica que presentaba a España como la alternativa natural frente a los fracasados modelos liberal y socialista. En la *Revista de Estudios Políticos* se pueden seguir los debates que sobre España, la democracia y los derechos tuvieron lugar en esos años y que inspiraron a los redactores del Fuero de los Españoles (Aragoneses, 2021: 139-142). En definitiva, este documento constituía un programa político de una dictadura que, sin apostar por la democracia liberal de los vecinos europeos, proponía una vía alternativa basada en el pensamiento católico y organicista.

Si el Fuero del Trabajo constituyó una fachada de legitimación que presentaba una tercera vía entre marxismo y liberalismo individualista, el de los Españoles brindaba a la dictadura otra fachada que superaba los discursos totalitarios de diferente color, planteando también una vía alternativa representada por una tradición católica y organicista renovada. No en vano, 1945 sería el año en que el catolicismo social proveniente especialmente de Acción Católica y de círculos propagandistas entró en el Gobierno de forma predominante con su propio programa de transformación política para la España franquista. El lenguaje del Fuero muestra, como explica Álvarez Cora, el “desapego formal respecto de las constituciones liberales” (2010: 57). Pero la inspiración católica y organicista del Fuero no difería demasiado de la ideología de gran parte de los movimientos políticos de Europa occidental que en esos momentos de la posguerra mundial utilizaban el lenguaje de los derechos como arma de combate contra la Europa socialista (Duranti, 2017: 96).

Como avanzamos al inicio, este texto de naturaleza más política que jurídica, sufrió a partir de los años 60 una mutación y adquirió progresivamente cierta fuerza jurídico-normativa. La oposición antifranquista, ante la detención y prisión de sus miembros, comenzó a alegar los principios del Fuero para defender a sus militantes. Esto obligó a los jueces a pronunciarse y, en ocasiones, los casos llegaron al Tribunal Supremo, quien desarrolló una doctrina que, sin diferenciar entre derecho, moral e ideología, fue definiendo la unidad nacional, espiritual y social de España, límite absoluto al ejercicio de los derechos según el artículo 33 del Fuero (Bastida, 1986).

14 Ley de 5 de enero de 1943 por la que se aprueba el Reglamento provisional de las Cortes españolas, BOE 8 de 08.01.1943, 255-261, 257.

15 BOE 199 de 18.07.1945, 358-360.

En el mismo BOE que publicaba el Fuero de los Españoles se daba a conocer una norma que, a decir de Álvarez Cora, recibió más atención por parte de la prensa: la Ley de Bases de Régimen Local (2010; 372). Esta ley, junto con el Fuero de los Españoles y la Ley de Enseñanza Primaria (también de 1945), respondía a la lógica política de mediados de los 40, que “trató de hacerse perdonar la mácula fascista mediante la reivindicación del catolicismo y la tradición españolas” (Giménez Martínez, 2014: 42). La Ley de Bases de Régimen Local desarrollaba un proyecto de representación territorial y organización del poder y, en ese sentido, podría calificarse como fundamental. Del mismo modo que el Fuero de los Españoles pretendió armar un proyecto de institucionalización católica y corporativa en el ámbito de los derechos, la Ley de Bases de Régimen Local perseguía el mismo fin en el ámbito de la representatividad (Tusell, 1984: 68). Esta Ley asentó un principio de poder que estaría vigente durante toda la dictadura y parte de la Transición: la subordinación de la administración local (municipios y provincias) al dictado del Gobierno central, de tal forma que alcaldes y gobernadores civiles eran nombrados y tutelados desde uno de los departamentos ministeriales más relevantes del régimen, el de Gobernación.

Ese mismo año se publicaba otra de las Leyes fundamentales: la Ley de 22 de octubre de 1945 “por la que el jefe del Estado podrá someter a referéndum aquellas Leyes que su trascendencia lo aconseje o el interés público lo demande”¹⁶. La Ley habla de “Leyes básicas”, no de Leyes fundamentales. La brevísima norma facultaba al dictador a convocar la celebración de referéndums que, sin derechos democráticos básicos ni garantías procedimentales para ellos, fueron mecanismos de propaganda y de legitimación mucho mejor adaptados, eso sí, a los tiempos democráticos que se abrían en la Europa devastada por la guerra mundial. Los dos referéndums celebrados antes de la muerte de Franco tuvieron por objeto la aprobación de la Ley de Sucesión en 1947 y la de la Ley Orgánica del Estado en 1966. Fueron referéndums sin garantías que permitieron a la dictadura presentarse como un régimen que compartía el ejercicio del poder con el pueblo y que, al mismo tiempo, recibía de este un enorme apoyo¹⁷.

La primera norma “ratificada” por referéndum fue la Ley de 26 de julio de 1947 de Sucesión en la Jefatura del Estado¹⁸. La Ley de Sucesión se presenta ya como “Ley fundamental que, declarando la constitución del Reino, crea su Consejo y determina las normas que han de regular la Sucesión en la Jefatura del Estado”. Debe entenderse esta norma en un contexto de reivindicaciones por parte de franquistas monárquicos y también en el proyecto renovador de los católicos liderado por el ministro Alberto Martín-Artajo, proyecto que busca actualizar el tradicionalismo católico y alejar a la dictadura de los totalitarismos europeos derrotados en 1945. La Ley no recupera la monarquía de la Restauración, sino que, utilizando mimbres de la monarquía tradicional (no necesariamente la históricamente dinástica), pero también del caudillaje franquista, crea una nueva monarquía: una monarquía franquista, de momento sin rey (Cerdà Serrano, 2015). Como sucedió con el Fuero de los Españoles, los redactores de la Ley de Sucesión partían de un caldo de cultivo doctrinal en forma de artículos sobre la monarquía o, mejor dicho, sobre las diferentes versiones y etapas de la monarquía, que aparecían en esos años en publicaciones de diversa índole¹⁹.

16 BOE 297 de 24.10.1945, 2522.

17 El referéndum de la Ley de Sucesión “alcanza la máxima expresión de legitimación nacional del poder y este documento ‘ultimado’ por el referéndum del País, corona en tal sentido toda la elaboración fundamental del orden que se ha venido ‘constituyendo’”. Vid. Juan Candela Martínez (1953): El orden de las leyes fundamentales de España desde la perspectiva de la Ley de Sucesión, *Revista de Estudios Políticos* 69, 41-101, 69.

18 BOE 208 de 27.07.1947, 4238-4239.

19 Sobre el tema vid. Jordi Cerdà Serrano (2020): Nociones sobre la monarquía en la *Revista de Estudios Políticos* (1941-1947), Universitat Pompeu Fabra. Trabajo final de Máster. Manuscrito.

La Ley de Sucesión en su artículo primero establece que “España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición, se declara constituido en Reino”. Es un reino cuyo “Jefatura del Estado corresponde al Caudillo de España y de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos don Francisco Franco Bahamonde”. En estos dos artículos vemos pues los dos modelos políticos que regirán hasta 1975 los destinos de la nación: un Reino católico y social que bebe del tradicionalismo cristiano, y, al mismo tiempo, un Reino que es dirigido por un “Caudillo de España y de la Cruzada”. Según el artículo 6 de la Ley de Sucesión, es Franco quien “[e]n cualquier momento (...) podrá proponer a las Cortes la persona que estime deba ser llamada en su día a sucederle, a título de Rey o de Regente”. El redactado de la Ley es importante ya que, “[a]ntendiendo a la Ley de Sucesión, el sucesor de Franco a título de rey es simplemente eso: un sucesor” (Cerdà Serrano, 2015, 111).

Aunque formalmente se define como un Reino a partir de la Ley de Sucesión de 1947, en realidad, su consolidación como tal tuvo que esperar hasta los años 60, especialmente tras la aprobación de la Ley Orgánica del Estado, que modificó parcialmente la Ley de Sucesión (y otras Leyes fundamentales) y acabó de instituir la monarquía como garantía de continuidad del régimen tras la muerte de Franco. Antes, en los años 40 y en los 50, la mayoría de discursos políticos y jurídicos no consideraban la monarquía como institución jurídico-política, sino más bien como institución simbólica que legitimaba el orden político de la España de Franco.

Como ya avanzamos, el artículo 10 de esta Ley especifica las leyes que deben considerarse como Leyes fundamentales de la nación y que eran “el Fuero de los Españoles, el Fuero del Trabajo, la Ley Constitutiva de las Cortes, la presente Ley de Sucesión, la de Referéndum Nacional y cualquiera otra que en lo sucesivo se promulgue confiriéndole tal rango”.

Este artículo expresa la voluntad del poder político de ese momento de contar con una “Constitución abierta”. Darles rango fundamental a determinadas leyes permitía defender esta idea sin tener que utilizar en las normas la expresión “Constitución”. A partir de ese año la propaganda y los discursos del dictador comenzaron a utilizar la expresión “Constitución”, “Constitución abierta” o “proceso constitucional”. Un ejemplo de ello lo encontramos en unas declaraciones del dictador de 1946:

España es un país de Constitución abierta y no cerrada. Por ello, el perfeccionamiento de sus instituciones es constante y progresivo, y cada etapa se lleva a cabo en el momento que el mejor servicio de la Nación lo requiere, sin abrir con ello períodos constituyentes, de interinidad, ni menos revolucionarios (Franco, Del Río Cisneros, 1964: 225).

2.3. La institucionalización definitiva de la dictadura: las leyes de los años 1960

A partir de 1956 comienza un proceso de modernización del aparato institucional y de los discursos legitimadores de la dictadura. La crisis de Gobierno de 1956 provocó una renovación parcial de los discursos y proyectos políticos del franquismo que incidió en la organización de la economía, en el derecho y también en el diseño y el funcionamiento del poder político.

Como explicamos al inicio, la dictadura no renunció ni al caudillaje, ni al nacionalismo negador de la diversidad nacional ni a su lucha contra la pluralidad política, religiosa y social. A esa nómina de principios antidemocráticos sumaba otros que favorecían la eficacia en la gestión y

la progresiva aceptación de la dictadura dentro y fuera de España. Se continuaba construyendo en España un palimpsesto de culturas jurídicas y políticas, por usar la expresión de Boaventura de Sousa Santos (2006: 47).

El 17 de mayo de 1958 se aprobaba la Ley por la que se promulgaban los principios del Movimiento Nacional²⁰. En el BOE la ley se presenta con el título en mayúsculas de "Leyes fundamentales" y la propia ley recibe la denominación de "Ley fundamental de 17 de mayo de 1958 por la que se promulgan los principios del Movimiento Nacional". La Ley recoge los principios rectores de la política y del derecho franquistas más adaptados a los nuevos tiempos que los principios de Falange que aparecían de vez en cuando en el BOE. Los principios del Movimiento Nacional, que en forma de puntos, no artículos, aparecen en esta Ley, inspiraban y limitaban el ejercicio del poder. Su inspiración, de nuevo, la encontramos en el pensamiento católico renovado que defendía unas instituciones naturales que el Estado debía proteger (Giménez Martínez, 2014: 43). En este sentido, no es extraño que sus autores intelectuales fueran los prohombres por antonomasia de la "tecnocracia franquista" vinculada al Opus Dei: Laureano López Rodó y Gonzalo Fernández de la Mora²¹.

La Ley de Principios refundió de nuevo los vectores ideológicos del falangismo y del tradicionalismo católico y los positivizó como las guías rectoras de un Estado que a partir de entonces serían manejadas por los llamados tecnócratas. Aunque la refundición del falangismo y del tradicionalismo en los principios de 1958 era un signo del nuevo tiempo tecnócrata cuya andadura se inició con la remodelación gubernamental de 1957, las referencias a los títulos de legitimidad original, como la guerra civil ("los ideales que dieron vida a la Cruzada") y el caudillaje ("Yo, Francisco Franco Bahamonde, Caudillo de España, consciente de mi responsabilidad ante Dios y ante la historia"), estaban más que presentes en el preámbulo de la Ley. La actualización de discursos legitimadores era real, pero también lo era la vigencia de los discursos fundacionales de la dictadura.

Esta Ley de Principios prepara el camino de la última norma importante del sistema jurídico político franquista, una norma con pretensión de ser cierre del entramado institucional y de organizar el franquismo post-Franco: la Ley Orgánica del Estado, aprobada por referéndum el 14 de diciembre de 1966 y publicada en el BOE como Ley 1/1967²². Hacía 30 años del inicio de la guerra civil.

La Ley Orgánica del Estado es importantísima. No solamente regula las diferentes instituciones del Estado. Además, resignifica las Leyes fundamentales anteriores, aportando coherencia y dimensión jurídica a todas ellas. Esta mutación de las Leyes fundamentales no opera solamente a través de la Ley Orgánica: paralelamente a su despliegue importantes juristas comenzarán a analizar las Leyes fundamentales desde un prisma diferente. Si durante los primeros años los juristas ignoraron o despreciaron el valor normativo de estas Leyes, a partir de los 60 y especialmente a partir de 1967 buena parte de la doctrina pasó a considerarlas como normas jurídicas e incluso como Constitución, la Constitución abierta de España. Esto lo explicaremos en las siguientes páginas.

20 BOE 119 de 19.05.1958, 4511-4522.

21 Así lo afirma Gonzalo Fernández de la Mora (1995): Río arriba. Memorias, Barcelona: Planeta, 104.

22 BOE 9 de 11.01.1967, 466-477.

La Ley Orgánica separa la Jefatura del Estado de la Jefatura – ahora Presidencia – del Gobierno. Refuerza las competencias del Consejo del Reino (órgano creado por la Ley de Sucesión en 1947), cuya opinión pasa a ser preceptiva para el desarrollo de las funciones de la Jefatura del Estado: elección de cargos, propuesta y aprobación de leyes, etc. De este modo, el Consejo del Reino sería un órgano clave en la gobernanza del país tras la muerte de Franco y con el inicio de la andadura de la monarquía. Se reforman las Cortes para reducir el número de sus miembros y para dar entrada en él a los procuradores del tercio familiar. El Consejo Nacional se constituye como órgano que vela por el respeto a los principios del Movimiento, pudiendo proponer normas a las Cortes y la adopción de políticas al Gobierno. Se trata de una institución de naturaleza híbrida entre órgano representativo, asesor y vigilante de las demás instituciones. Otra institución que se crea es el recurso de contrafuero, que podía presentarse contra leyes o disposiciones generales contrarias a los principios del Movimiento Nacional o a las Leyes fundamentales.

La Ley Orgánica, pues, racionaliza el ejercicio del poder y, sobre todo, lo adapta para el momento post-Franco. Cuando entró en vigor, el dictador tenía 74 años y una salud frágil. La esperanza de vida en España ese año era de 71 años. Era urgente, por lo tanto, preparar el relevo no solo en la Jefatura del Estado sino, en general, entre generaciones. De ahí la reforma en las instituciones que daba entrada a los procuradores del tercio familiar, elegidos en votaciones, la asunción de más tareas por parte del Consejo del Reino y la reforma de varias de las llamadas Leyes fundamentales. La Ley Orgánica del Estado era el remache de un orden jurídico que garantizaría la pervivencia del Estado franquista más allá de la vida de su fundador. No es extraño que Carrero Blanco dijese, con ocasión del referéndum para aprobar la Ley Orgánica del Estado, que dicha ley “c[erraba] toda especulación sobre el futuro” (1974: 123).

3. De los Fueros a la Constitución: la resignificación de las Leyes fundamentales

Como acabamos de comentar, los juristas se ocuparon tardíamente del análisis estrictamente jurídico de las Leyes que en 1947 el legislador calificó como fundamentales. Antes de los años 60 encontramos discursos de juristas que se ocupan de esos textos, pero en la mayoría de casos el interés por ellas no pasa de lo ideológico: interesan los Fueros o la Ley Constitutiva de las Cortes por el discurso organicista que contienen, pero no tanto como normas. Ni siquiera la aprobación de la Ley de Sucesión cambió esta tendencia. El cambio se dio en la misma década en la que se conmemoran los XXV Años de Paz. Se trata de un momento de cambio generacional y de agotamiento de los discursos legitimadores de los años 1930 y 1940. Las nuevas generaciones, las de aquellos que no participaron activamente en la guerra, adaptaron esos discursos a los nuevos tiempos.

No es de extrañar que durante los primeros años no hubiese demasiado interés en teorizar sobre la Constitución: bastaba con el caudillaje. Si, como afirmaba Francisco Javier Conde en 1942, la consagración de Franco en la iglesia de Santa Bárbara había sido “un acto de singular relieve jurídico constitucional” que hizo del caudillaje una institución (Conde, 1942: 32), no era necesario recurrir a teorías normativistas sobre el ejercicio del poder. Esto concuerda perfectamente con “la suspensión o negación de toda regla o contención jurídica ante la actuación del poder” que, según Sebastián Martín, es característica de los regímenes totalitarios “al menos en una de sus dimensiones centrales” (2021: 209).

Hubo excepciones. Un jurista que reflexionó tempranamente sobre el tema y que ya en 1939 hablaba de "Constitución española" fue Juan Beneyto, simpatizante del fascismo y del nacional-sindicalismo y uno de los primeros teóricos políticos del caudillaje y del nuevo régimen español. En 1939 escribía que la Constitución de la España franquista estaba formada por el Decreto de 29 de septiembre de 1936, por el Decreto de Unificación de 1937, el Decreto de 19 de octubre que establecía el Consejo Nacional, la Ley de 30 de enero de 1938, el Fuero del Trabajo y los 26 puntos de Falange (1939: 154). Beneyto le prestó atención al Fuero del Trabajo, pero más allá de considerarlo como texto que regulaba la representación del orden gremial a nivel político y social y que estaba en la base del Estado sindical, poco más aporta sobre el carácter fundamental de esta norma. El Fuero interesa sobre todo porque simboliza el proyecto organicista del franquismo (Beneyto, 1939: 223, 226 y 227). Interesa, por tanto, como texto programático o político.

Algo similar sucede con Luis Sánchez Agesta, que en 1945 se ocupa de dos de esas leyes. Si le interesan el Fuero del Trabajo y la Ley Constitutiva de las Cortes es porque estos dos textos representan la apuesta política por el corporativismo, en la economía y el trabajo en el caso del Fuero y en la representatividad de la nación en el de la Ley de Cortes. En el capítulo VIII de sus *Lecciones de Derecho Político*, en concreto en el volumen I dedicado a "Teoría de la Política y del Estado", pone en valor las relaciones del Estado franquista con la familia, el municipio y la región. También dedica otro capítulo (X) a la organización profesional, el gremio y la organización sindical, destacando el sindicalismo vertical del Movimiento y la "resurrección de las tradicionales Cortes españolas" (Sánchez Agesta, 1945: 126-136, 155-179).

También el catedrático de derecho político Luis del Valle, en su obra de 1940 *El Estado nacionalista totalitario-autoritario*, afirmaba que el Fuero del Trabajo "debe considerarse como formando parte fundamental del nuevo régimen constitucional, como Declaración de Principios, y, como tal, fuente de normas, y entre ellas las de Política social y económica" (del Valle, 1940: 230-231). Se ocupa del Fuero del Trabajo como texto que contiene unos principios políticos, no aplicables por tanto directamente.

Vemos pues que en la doctrina de esos años interesan las que después serían calificadas como Leyes fundamentales por su contenido corporativista y también porque permitían distanciar a España de las dictaduras nacionalsocialista y fascista en trance de ser destruidas. Eso explica posicionamientos como el de Juan Gascón Hernández, que en 1945 estudia las Cortes españolas precisamente para contraponer una "democracia" en España, que aúna el asentimiento popular y la concentración de poderes en el Caudillo, con los regímenes dictatoriales (Gascón Hernández, 1945: 141). Para Gascón, el Caudillo y las Cortes son las instituciones básicas del sistema político español, aunque estas "no son expresión de soberanía, sino órgano de gobierno" (1945: 143 y 151). Interesa por tanto la Ley Constitutiva de las Cortes, pero como muestra del carácter no dictatorial de España en un momento de importante cambio en el tablero internacional²³.

Juan Candela Martínez publicó un artículo en 1953 en la *Revista de Estudios Políticos* en el que defendía que la Ley de Sucesión estructuraba el orden "constitucional" en España porque no se ceñía únicamente a la cuestión sucesoria en la Jefatura del Estado (1953: 66). Este nuevo orden sería para este autor el resultado de un proceso de racionalización llevado a cabo por esta Ley y por la Ley Constitutiva de las Cortes, el Fuero de los Españoles y la Ley de Referéndum Nacional (Candela, 1953: 45).

²³ Resulta interesante el esfuerzo del autor por marcar distancias tanto de la Asamblea de la dictadura de Primo de Rivera como de los parlamentos de las democracias liberales. Vid. V. G.

Sin embargo, como avanzábamos, este tipo de discursos sobre las Leyes fundamentales fueron la excepción. En esos años interesaban estas normas por su contenido programático y político. Las instituciones reconocidas en estas leyes, también las creadas por la de Sucesión, cobraron relevancia para la doctrina más tarde, especialmente cuando la muerte del dictador comenzó a verse como una realidad cercana y cuando empezó a cobrar importancia la organización del franquismo posterior a Franco.

Una fuente documental que ayuda a entender la escasa dimensión normativa de estos textos son los ejercicios de cátedra de derecho político de los años cuarenta y cincuenta. En estos ejercicios los candidatos debían presentar un programa de la asignatura. Sebastián Martín ha estudiado las oposiciones a cátedra de los años 1948 (Enrique Tierno Galván y Manuel Fraga), 1952 (Nicolás Ramiro Rico y Francisco Murillo Ferrol), 1955 (Jesús Fueyo) y 1957 (Pablo Lucas Verdú, Manuel Jiménez de Parga y Rodrigo Fernández-Carvajal)²⁴. Estos programas muestran lo que en el momento de su elaboración sus autores consideraban la materia más importante de esta disciplina. Su lectura muestra que para estos autores las Leyes fundamentales no tenían en ese momento la función de normas constitucionales que adquirieron más tarde.

En estos programas pesan mucho más la historia constitucional y el derecho político comparado que unas leyes que ya habían recibido la calificación de fundamentales en 1947. Encontramos referencias a “los textos legales fundamentales” y a la Ley Constitutiva de las Cortes, el Fuero de los Españoles, y las Leyes de Referéndum y de Sucesión. Pero no aparece el Fuero del Trabajo y tampoco se estudian estas leyes bajo un título común que las identifique. En el programa de Jiménez de Parga vemos al lado de referencias a estas leyes otras a la “Revolución Nacional. Sus supuestos. Su sentido. Estructura del nuevo régimen. Los 26 Puntos de FET y de las JONS.

Vemos por tanto que las Leyes fundamentales aparecen de manera irregular en los ejercicios de cátedra. La aproximación de cada candidato a estas leyes varía según el momento y la aproximación metodológica pero, en todo caso, en el momento de defender su programa para la asignatura estos autores no presentaron las Leyes fundamentales como una Constitución, ni siquiera como una categoría de leyes.

A partir de los años 60, especialmente a finales de esa década, encontramos un proyecto compartido entre el legislador, la propaganda y algunos juristas para presentar las diferentes Leyes fundamentales como un conjunto coherente, de naturaleza jurídico-constitucional y valor de Constitución. Como comentamos antes, el legislador jugó una función importantísima cuando, con la Ley Orgánica del Estado, redimensiona estas leyes. En este sentido el análisis del preámbulo de esta ley resulta imprescindible para entender esta operación. No solamente describe las diferentes Leyes fundamentales como normas jurídicas que sustentan el edificio institucional, también construye un relato según el cual la legislación fundamental había “avanzado al compás de las necesidades patrias consiguiendo, gracias a su paulatina promulgación, el arraigo de las instituciones, al tiempo que las ha preservado de las rectificaciones desorientadoras que hubieran sido consecuencia inevitable de toda decisión prematura”. La ley vendría “a perfeccionar y encuadrar en un armónico sistema las instituciones del Régimen”. El paso del tiempo habría confirmado lo acertado de este proceso paulatino y abierto de construcción del marco institucional del Estado.

²⁴ La documentación se encuentra en el Archivo General de la Administración y se puede encontrar bajo las rúbricas siguientes: 31/3212 - 31/3213, 31/5743 - 31/5744, 32/18214 - 32/18215 y 32/18358 - 32/18366. No constan ni el programa presentado por Manuel Fraga ni el de Francisco Murillo Ferrol. La investigación de Sebastián Martín no ha sido todavía publicada, por lo que agradecemos mucho que haya compartido esta información.

Este mensaje también sería transmitido por la propaganda. En una recopilación de discursos y fragmentos de discursos del dictador, Agustín del Río Cisneros – como director del Gabinete de Estudios de la Delegación Nacional de Prensa del Movimiento – rescatará numerosos textos en los que Franco hace referencia a esta Constitución abierta (Franco, del Río Cisneros, 1964). La fiabilidad de esta recopilación es dudosa, ya que su autor “acentúa unas ideas, oculta otras, establece un orden propio que confiere continuidad al discurso” (Fernández-Crehuet, 2009: 172). Pero precisamente por eso este tipo de obras nos ayuda a identificar qué ideas y principios quería subrayar el círculo del dictador en cada momento. Y en esos años, sin duda, la idea a transmitir es la de una Constitución abierta que se había ido construyendo progresivamente desde el inicio de la dictadura. En esta obra encontramos abundantes referencias a la “Constitución abierta” de España.

Referencias a la Constitución abierta y a la democracia española aparecen con profusión en los discursos que se produjeron con motivo de los XXV Años de Paz. En una obra publicada por la Delegación Nacional de Organizaciones se presenta el proceso de institucionalización del régimen representado por las Leyes fundamentales como “flexible” y superador de “la añeja retórica del XIX” (1964: 221). Tras analizar los dos Fueros, la Ley de Cortes, la de Referéndum y la de Sucesión, los autores de esta obra destacan que el “7 de julio de 1947, el pueblo español, en referéndum, aprobó la Ley de Sucesión y la condición de fundamentales, constitucionales, de todas las instituciones anteriormente citadas” (1964:221). El referéndum de 1947 se equipara, así, a la aprobación de una constitución.

Centrémonos ahora en los juristas. Como avanzamos, el papel de la doctrina en este proceso es de enorme importancia. Fueron juristas los que desarrollaron la idea según la cual la existencia de las Leyes fundamentales probaban el carácter no dictatorial del publicando artículos y monografías de carácter científico.

De entre la literatura que presentó las Leyes fundamentales como una Constitución destacan, por su título, por ser monografías y por su fecha de publicación, dos obras. La primera es *La Constitución Española*, publicada en 1969 por el catedrático de derecho político Rodrigo Fernández-Carvajal. La segunda, *Comentario al Fuero de los Españoles*, de 1975 y del catedrático de filosofía del derecho Ángel Sánchez de la Torre.

Rodrigo Fernández-Carvajal, como explicamos anteriormente, superó el ejercicio de cátedra en 1957. En el programa de la asignatura que presentó ese año encontramos cinco temas sobre el “régimen político español”. En ellos encontramos historia constitucional y “Fundamentos ideológicos y sociales del Alzamiento Nacional”. No vemos, en cambio, referencia a las Leyes fundamentales como conjunto de normas constitucionales. Doce años más tarde, el mismo Fernández-Carvajal sostenía que las siete Leyes fundamentales del régimen eran textos constitucionales que conformaban, en cuanto a su forma exterior, una “Constitución legal” para España. Esta se articulaba, en cuanto a su forma interna, a través de los principios del Movimiento Nacional, y de los derechos y deberes de los ciudadanos recogidos en los dos Fueros. La organización del Estado estaría regulada por la Ley Constitutiva de las Cortes, la Ley de Referéndum, la de Sucesión y Ley Orgánica del Estado (Fernández-Carvajal, 1969: 3-5). Según este autor, la Ley Orgánica había consagrado un sistema político-constitucional en el que el Gobierno era responsable ante el Jefe del Estado (1969: 52).

Fernández-Carvajal consideraba que las Leyes fundamentales derivaban del Jefe del Estado como “poder constituyente originario” según el Decreto de 29 de septiembre de 1936 (1969: 6-7). Ahora bien, el jurista reconocía que el poder (constituido) de revisión no recaía en el Jefe

del Estado, sino en las Cortes — vía acuerdo — y la nación — vía referéndum —, en los términos que prescribía el artículo 10 de la Ley de Sucesión (1969: 6 y 20). En este sentido, el autor subrayaba la importancia de la representación política de la nación en las Cortes.

Para Fernández-Carvajal la Ley de Principios del Movimiento contenía normas de carácter “superfundamental” que estaban por encima del resto de Leyes fundamentales. Según él, se trataba de principios permanentes e inalterables que contrastaban con el resto de las “normas constitucionales”, que eran rígidas en cuanto a su revisión (1969: 22). Esto hacía que la Ley de Principios fuese una disposición intangible en su conjunto y que estuviese vedada toda revisión de los principios políticos positivizados en ella. En cambio, el resto de Leyes fundamentales, observando los requisitos procedimentales del artículo 10 de la Ley de Sucesión, podían ser objeto de revisión (Fernández-Carvajal, 1969: 30). En definitiva, leyendo a Fernández-Carvajal, parece que para él (y para otros inmovilistas del momento) los principios del Movimiento eran pétreos como la misma existencia de España, de tal modo que el mero voluntarismo político no podía modificarlos ni desnaturalizarlos.

La aprobación de la Ley Orgánica del Estado habría supuesto el paso de un “sistema de fundación constitucional monárquico”, fundado en la concentración de poderes de Franco, a un “sistema de revisión constitucional popular” merced a la renuncia gradual de los poderes de Franco (Fernández-Carvajal, 1969: 20). De ahí que Fernández-Carvajal proclamase que “el poder constituyente originario del Caudillo est[aba] prácticamente agotado” (1969: 20).

Una idea muy similar sobre las Leyes fundamentales mantenía Sánchez de la Torre. Según él, “[l]a Constitución española se halla integrada por una pluralidad de textos que reciben el nombre de Leyes fundamentales. Esta denominación refleja claramente la idea de un conjunto de normas que sirven de principio y base a la organización jurídica y política de la nación” (Sánchez de la Torre, 1975: 57). Sánchez de la Torre defendía en esta obra publicada por el Instituto de Estudios Políticos que los derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles eran auténticos, plenos y efectivos en términos jurídico-normativos y que regían en un marco verdaderamente constitucional organizado por las Leyes fundamentales que, aun con sus propias y peculiares características, conectaba con la concepción universalista de los derechos humanos (1975: 120-123).

Sánchez de la Torre coincide con Fernández-Carvajal en la importancia que le otorga a la Ley de Principios del Movimiento en la estructura constitucional. Según este autor, los principios del Movimiento no restringían las libertades individuales y sociales de los españoles, sino todo lo contrario: eran límites a la acción pública del legislador y del Gobierno (Sánchez de la Torre, 1975: 120).

Otro autor que nos interesa por su valoración de las Leyes fundamentales es Fernando Herrero Tejedor, fiscal del Tribunal Supremo que en 1975 llegaría a ser Ministro-secretario general del Movimiento. En 1967 escribía que los “Principios Fundamentales, de naturaleza permanente, (...) constituyen la base y fundamento del orden político” (Herrero Tejedor, 1967: 178). Por esa razón declaraba que:

[d]esde el punto de vista jurídico, (...) el valor de estos principios es superior en rango al de las propias Leyes Fundamentales restantes. Todas ellas y, naturalmente, toda la legislación de otro rango queda subordinada a estos Principios, cuyo contenido viene a expresar aquellas bases indiscutibles sobre las que se articula la existencia de la comunidad nacional y el propio Estado. Su valor no reside en el hecho de que estén reconocidos por una ley de rango especial, sino porque provienen en su propia realidad

y existencia de la conciencia y voluntad de un pueblo que los afirmó en circunstancias trascendentales para su existencia y se corresponden, por consiguiente, con los fundamentos, muchas veces no formulados positivamente, que los pueblos tienen como base de su propia Constitución (Herrero Tejedor, 1967: 184-185).

El discurso elaborado en esos años por los juristas afines al régimen sobre el carácter constitucional de las Leyes fundamentales fue enormemente influyente. Lo fue tanto que era asumido incluso por juristas que anhelaban cambios en sentido democratizador desde planteamientos reformistas o rupturistas. Cualquier propuesta realizada en esos años desde el ámbito jurídico debía tener en cuenta estas elaboraciones sobre las Leyes fundamentales como norma constitucional que defendían tanto los juristas como la propaganda de la dictadura.

De ahí que encontremos juristas que, partiendo del carácter constitucional de las Leyes fundamentales, hicieron una interpretación de las mismas favorable a una liberalización e incluso a una democratización del régimen a través de su reinterpretación o su reforma.

Uno de los autores reformistas fue el jurista y posteriormente redactor de la Constitución de 1978 Miguel Herrero Rodríguez de Miñón, quien en 1975 publicaba *La revisión de las Leyes Fundamentales*. En dicho opúsculo Herrero de Miñón sostenía que las Leyes fundamentales, como “Constitución rígida (1978: 3), podía ser reformada en su totalidad, bien por el procedimiento legislativo contemplado en el artículo 10 de la Ley de Sucesión, o mediante el referéndum prospectivo que podía convocar el rey, y cuyo resultado, de ser afirmativo a la reforma, podía sancionar el mismo monarca con acuerdo de las Cortes.

Herrero de Miñón optaba por la vía del referéndum prospectivo, de tal forma que para él la Ley Constitutiva de las Cortes, la Ley de Referéndum Nacional y la Ley Orgánica del Estado permitían articular la reforma política. El fundamento constitucional para que el rey pudiese convocar el referéndum prospectivo partía del presupuesto de que el rey era el representante de la nación (Herrero Rodríguez de Miñón, 1975: 21). Las Cortes “no representan a la Nación como un todo, única representación política, sino a cada una de las estructuras básicas de la comunidad” (Herrero Rodríguez de Miñón, 1975: 21). En cambio, el rey era “representante supremo de la Nación” (art. 6 de la LOE), es decir, del todo. Se trataba – para Herrero de Miñón – de una representación, además, soberana, esto es, “con supremo poder decisorio” (1975: 21). Por tanto, el rey era representante (político) de la nación y representante soberano.

Si la reforma de las Leyes fundamentales se sometía a referéndum por parte del rey, y el pueblo (nación) mediante dicho referéndum prospectivo (que no tenía efectos decisorios) aprobaba la reforma, el rey podía presentar dicha reforma a las Cortes, teniendo este acto del rey, en el marco de la representación soberana, eficacia decisoria (Herrero Rodríguez de Miñón, 1975: 17 y 22). En este supuesto, las Cortes no se podían negar a acordar la reforma, dado que su acto era meramente reglado y la potestad legislativa residía en el rey (Herrero Rodríguez de Miñón, 1975: 22). El Gobierno, que tenía “una estricta relación de jerarquía” con el rey, debía colaborar con él (1975: 21).

En una obra de 1973 un grupo de juristas entre los que se encontraban Jorge de Esteban y Luis López Guerra escriben una obra en la que defendían la vigencia de las Leyes fundamentales como marco jurídico²⁵. Al mismo tiempo defendían que, a través de una interpretación jurídica

²⁵ La obra la escriben Jorge de Esteban, Santiago Varela Díaz, Luis López Guerra, José Luis García Ruiz y Francisco Javier García Fernández. En la portada destaca el nombre del primero.

de las mismas, se podía conseguir un orden democrático y parlamentario en España (de Esteban *et al.*, 1973: 30-32). Las Leyes fundamentales eran, por tanto, el marco jurídico que organizaba el poder y que debía respetarse.

Este grupo de juristas consideraban que las Cortes y el referéndum permitían el ejercicio de la soberanía por parte de la nación española, titular de la soberanía en los términos que prescribían los artículos 2.1 y 6 de la Ley Orgánica del Estado y el preámbulo de la Ley de Referéndum Nacional (1973: 46-47). Para De Esteban y demás autores, “[la] soberanía pertenece a la Nación, y es ejercida por los órganos del Estado. El Estado está constituido por el pueblo español, jurídicamente ordenado, que ejerce la soberanía bien por medio del referéndum, bien por medio de las Cortes” (1973: 48).

Este planteamiento dual sobre la titularidad y el ejercicio de la soberanía es clave para entender la propuesta reformista de estos autores: en España, en términos constitucionales, existe un “poder constituyente originario” (quien crea la Constitución) y un “poder constituyente constituido” (quien reforma la Constitución); el primero es el General Franco y el segundo las Cortes y la nación a iniciativa del Jefe del Estado (art. 10 de la Ley de Sucesión en relación con el 7 c) de la LOE) (de Esteban *et al.*, 1973: 137). Toda revisión constitucional requeriría de la concurrencia del Jefe del Estado, de las Cortes y de la nación y, por esta razón, toda iniciativa de revisión constitucional correspondería en exclusiva al Jefe del Estado (léase el futuro monarca), sin perjuicio de que las Cortes pudieran usar medios de presión para instar al monarca a realizar tal iniciativa (de Esteban *et al.*, 1973: 137-138).

Esta interpretación de las Leyes fundamentales no era unánime y fue cambiando a medida que el proceso de transición fue cerrando algunas vías y abriendo otras. Así, en 1976 Pablo Lucas Verdú, con ocasión de la crítica que hizo a la Ley para la Reforma Política impulsada por el Presidente del Gobierno Adolfo Suárez, apuntaba que, aunque ciertos autores como Fernández-Carvajal, usaban los términos “Constitución”, “Constitución abierta” y “orden constitucional”, ni las Leyes fundamentales ni el orden jurídico básico de la dictadura empleaban dichos términos (1976: 36).

Tras la aprobación de la Constitución en 1978, lo explicaban recientemente Antonio Garrido y María Antonio Martínez, fue desapareciendo el derecho político y comenzaron a institucionalizarse dos disciplinas: la ciencia política y el derecho constitucional, que se convierten en 1984 en áreas de conocimiento propias (2021: 109-110). Eso explica que la literatura que producen en esos años profesores de derecho constitucional se aleje de la percepción de las Leyes fundamentales como Constitución. Sin embargo, el cambio de la doctrina no fue inmediato sino progresivo: durante los años 80 conviven todavía una visión de las Leyes fundamentales como Constitución y otra que les niega esta naturaleza.

Así, Joaquín Tomás Villarroya señalaba a principios de los años 80 que las Leyes fundamentales de la dictadura habían sido una Constitución, especialmente tras la aprobación de la Ley Orgánica del Estado. Esta Constitución había tenido unos rasgos muy peculiares como su denominación, su fragmentación, la pluralidad de procedimientos de aprobación para las distintas Leyes fundamentales y su rigidez, pero dichas Leyes habían sido una Constitución al fin y al cabo (Tomás Villarroya, 1982: 143-146).

También el catedrático Juan Ferrando Badía señalaba en 1984 que la Ley Orgánica “implicaba un avance, *teóricamente* al menos, en la democratización del Estado, al acentuar el carácter representativo de las Cortes, del Consejo Nacional y del Consejo del Reino” (la cursiva es del

autor citado) (1984: 138). Para este autor, la democratización de España habría sido posible gracias a la Ley Orgánica, ya que dicha ley había reconocido formalmente un potencial pluralismo político (Ferrando, 1984: 108, 122, 137 y 138). Dice así Ferrando Badía:

También parecía observarse en la [LOE] una apertura a la democracia que, sintéticamente reseñada, consistía en la mayor *participación ciudadana – jurídicamente al menos – en todos los Organismos representativos: Sindicatos, Corporaciones territoriales y municipales, en la composición del Consejo del Reino, del Consejo Nacional y, de modo especial, en las Cortes* (la cursiva es del autor citado) (1984: 122).

Cuestión distinta es que el asociacionismo que impulsaron reformistas de la dictadura a finales de los 60 y principios de los 70 fuese obstaculizado por sectores inmovilistas y por el mismo Franco, y no permitiese, en la práctica, que el autoritarismo del régimen deviniese de forma gradual, natural, en una democracia. De esta forma lo ve Ferrando:

Si los partidos estaban prohibidos y la *presunta* nueva legitimidad *democrática* no permitía *el Partido* y exigía, a la vez, una inserción activa del ciudadano en la vida pública, había que buscar nuevos modos de participación política. Cosa nada fácil, por cierto. Y por eso no se realizó. Insistimos una vez más en que *no hay término medio: o partidos o partido* (...), y el Régimen *autoritario-paternalista* de Franco no quería ni lo uno ni lo otro. Por tanto, ante la presión *democrática* y ante la inviabilidad de una participación auténticamente política y democrática en el seno de un Régimen *autoritario*, éste tenía que desaparecer al desaparecer *su fundador*. Y así sucedió (la cursiva es del autor citado) (1984: 191-192).

Al lado de estos estudios podemos encontrar otros que recogen las Leyes fundamentales como normas políticas del Estado, aunque señalando sus carencias democráticas. Enrique Tierno Galván, que se caracterizó por una oposición antifranquista desde la cátedra, recopiló y prologó las normas constitucionales de España desde 1808 hasta aquel entonces (1978). En su recopilación incluyó las Leyes fundamentales, amén de otras disposiciones legales, como la Ley sobre el procedimiento para la coordinación de funciones de los altos órganos del Estado y la Ley sobre las normas de aplicación a las previsiones sucesorias, ambas del 14 de julio de 1972.

En 1981, Jorge de Esteban incluía también las Leyes fundamentales en su obra *Las Constituciones de España*, pero advirtiendo del carácter no constitucional de las mismas (2000: 22). Este jurista, además, señalaba en esta obra que por encima de las Leyes fundamentales “estuvo siempre vigente otra Constitución, la verdadera, siempre que entendamos por tal la norma que regula el ejercicio del poder soberano, y que fue la que predominó durante [el franquismo]”, refiriéndose a las Leyes de 30 de enero de 1938 y de 8 de agosto de 1939 (de Esteban, 2000: 37). De esta forma Jorge de Esteban señalaba indirectamente el carácter político e interesado de la categoría “Leyes fundamentales”, pues eran las Leyes de prerrogativas las que en realidad conformaban una “verdadera supernorma que confería los plenos poderes, de forma vitalicia, al general Franco” (2000: 37).

En definitiva, la creación en la Ley de Sucesión de 1947 de la categoría “Leyes fundamentales” tuvo una función sobre todo política en ese momento, ayudando a legitimar la dictadura con un discurso monárquico tradicionalista. Más tarde, en los años 1960 y especialmente tras la aprobación de la Ley Orgánica del Estado, el legislador y la doctrina reinterpretan esa categoría de 1947 y las leyes que en ese momento se califican como fundamentales, otorgándoles un valor normativo y constitucional: las leyes fundamentales, las viejas y las nuevas, se presentan entonces como la Constitución abierta de España.

4. Conclusiones

En estas páginas hemos mostrado la función de las llamadas Leyes fundamentales a lo largo de la dictadura franquista. Hemos analizado la importancia que tuvieron en la juridificación y en la legitimación del poder. Como decíamos al principio, la promulgación de estas normas no respondió a ningún proyecto definido ni al inicio ni al final de la dictadura. Se trata de un grupo de textos heterogéneo, de naturaleza normativa cambiante que solamente a partir de 1947 y especialmente en los años 1960 es considerado como conjunto homogéneo, de naturaleza jurídico-constitucional.

Al igual que puede observarse en otros aspectos de la dictadura, las normas que organizan y dirigen el ejercicio del poder que se aprueban en el tardofranquismo no derogan ni las normas de los años 30 y 40 ni sus discursos legitimadores. El régimen combina así discursos inspirados por el fascismo italiano o por el organicismo católico con otros más adaptados a los cambios políticos y sociales, construyéndose así un palimpsesto de culturas jurídicas, por utilizar la expresión ya clásica de Boaventura de Sousa Santos (2006: 47). Pero en el caso de las llamadas Leyes fundamentales, en el tardofranquismo opera, además, un interesante proceso de resignificación que comporta la creación de lo que algunos juristas llamaron “Constitución abierta”. La Ley Orgánica del Estado y sobre todo la propaganda y la doctrina afín al régimen consiguieron en esos años redimensionar todas las Leyes fundamentales anteriores a la Ley Orgánica, desde el Fuero del Trabajo hasta la Ley de Principios del Movimiento, juridificándolas; es decir, otorgándoles una dimensión normativa e institucional y una coherencia que hasta entonces solamente habían tenido a nivel retórico.

El Fuero del Trabajo progresivamente pasa de ser un programa político o un texto de propaganda a ineludible inspiración, guía y discurso legitimador del derecho posterior. La Ley Constitutiva de las Cortes acaba de desplegar todas sus previsiones en los años 60, cuando se organizan las elecciones del tercio familiar. El Fuero de los Españoles, aunque ya había sufrido un proceso de juridificación gracias al uso que hicieron de él los abogados del antifranquismo, acaba por adquirir naturaleza jurídica. Eso sí: el Fuero de los Españoles no se convirtió nunca en carta de derechos por los límites al mismo que contenía el mismo Fuero, por la falta de órganos de control y por la reinterpretación que de él hizo el Tribunal Supremo. Lo mismo sucede con la Ley de Referéndum Nacional que se utiliza solamente en 1947 y en 1966. La Ley de Sucesión, como ya avanzamos, crea una monarquía que no acaba de institucionalizarse hasta los años 60. Y los Principios del Movimiento son en un primer momento una adaptación del credo político franquista y más tarde son límite a la actuación del Estado. Todas estas normas son resignificadas y redimensionadas, presentándose como normas constitucionales a partir de los años 60, cuando en el horizonte se vislumbra ya el franquismo post-Franco.

Este eficiente proceso de resignificación condicionó los debates políticos y jurídicos de los años 70 sobre la reforma del Estado que se abría por la cercana muerte del dictador. De ahí que las propuestas, inmovilistas o no, de los juristas tuvieran que partir del análisis de estas Leyes como pseudoconstitución española. De ahí también el lenguaje ya comentado de la Ley para la Reforma Política y la disposición transitoria primera de la Constitución que comentábamos al inicio de este artículo.

El análisis de este proceso de resignificación de las Leyes fundamentales y el papel jugado en él por cierta doctrina resulta útil a la hora de estudiar la transición del tardofranquismo al momento del proceso constituyente. Ayuda también a desmontar dos lugares comunes.

El primero consistente en defender que hubo dos estadios históricos de la dictadura, uno totalitario inspirado por principios falangistas, y otro aperturista, inspirado por principios liberales y tecnocráticos²⁶. Estudiar la mutación de las Leyes fundamentales permite observar que las leyes posteriores no eliminaron las anteriores, tampoco sus principios inspiradores: añadieron una nueva capa al ya citado palimpsesto de culturas jurídicas.

El segundo lugar común lo encontramos en ciertos relatos que sacralizan la Transición, aunque también lo encontramos entre quienes la demonizan. Consiste en creer que la transición siguió un guión o un plan concreto marcado por las élites franquistas y ejecutado por diferentes actores entre 1975 y 1978. Como hemos demostrado, el franquismo de finales de los sesenta puso al legislador, a la propaganda y a los juristas más afectos a trabajar en el proyecto de preparación del franquismo post-Franco. Ese proyecto, como otros del franquismo posterior a 1975, no pudo desarrollarse²⁷.

El estudio de las diferentes Leyes fundamentales y de su resignificación en los años 1960 puede ayudar a evitar lecturas teleológicas o presentistas de nuestro pasado reciente. Pero, además, nos permite observar el derecho del Estado constitucional de 1978 no solamente como continuación de nuestro presente, sino también como continuación del pasado. Esta perspectiva puede resultar útil a la hora de entender algunos aspectos del régimen político y jurídico actual.

Bibliografía

- Álvarez Cora, Enrique (2010): *La Constitución postiza. El nacimiento del Fuero de los Españoles*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- Aparicio, Miguel A. (1980): *El sindicalismo vertical y la formación del Estado franquista*, Barcelona: Eunibar.
- Aragoneses, Alfons (2014): Joaquín Garrigues y la *Revista de Derecho mercantil*. Dictadura y modernización de la economía, en: Federico Fernández-Crehuet, Sebastián Martín (Ed.): *Las revistas jurídicas del Franquismo*, Granada: Comares, 95-130.
- Aragoneses, Alfons (2021): "La libertad de la persona humana". El Fuero de los Españoles y la cultura de los derechos en la II postguerra, *História do Direito. Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito* 2.2, 131-148.
- Bastida, Francisco J. (1986): *Jueces y Franquismo. El pensamiento político del Tribunal Supremo en la dictadura*, Barcelona: Editorial Ariel.
- Beneyto Pérez, Juan (1939): *El nuevo Estado Español. El Régimen nacional sindicalista ante la tradición y los demás sistemas totalitarios*, Madrid/Cádiz: Biblioteca Nueva.
- Candela Martínez, Juan (1953): El orden de las leyes fundamentales de España desde la perspectiva de la Ley de Sucesión, *Revista de Estudios Políticos* 69, 41-101.

26 Seguimos aquí la idea desarrollada por Federico Fernández-Crehuet López (2018): *El Leviathan franquista. Notas sobre la teoría del Estado de la Dictadura*, Granada: Comares, 2.

27 Vid, por ejemplo, Aragoneses, A. y Claret, J. (2021). El Régimen Especial para las Provincias Catalanas. La fracasada refundación de la Mancomunitat. *Revista de Estudios Políticos*, 193, 291-318, 295.

- Carrero Blanco, Almirante [Luis] (1974): Discursos y Escritos 1943-1973, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Cerdà Serrano, Jordi (2015): Historicismo y legalismo en los discursos franquistas sobre la monarquía española. La Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 1947, *Revista Jurídica de la UAM* 32, 99-126.
- Cerdà Serrano, Jordi (2020): Nociones sobre la monarquía en la *Revista de Estudios Políticos* (1941-1947), Universitat Pompeu Fabra. Manuscrito.
- Claret, Jaume y Aragoneses, Alfons (2021). El Régimen Especial para las Provincias Catalanas. La fracasada refundación de la Mancomunitat, *Revista de Estudios Políticos* 193, 291-318. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.193.09>
- Conde, Francisco Javier (1942): Contribución a la doctrina del caudillaje, Madrid: Ediciones de la Vicesecretaría de Educación Popular.
- de Esteban, Jorge (2000): Las Constituciones de España, Madrid: Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- de Esteban, Jorge *et al.* (1973): Desarrollo político y Constitución española, Esplugues de Llobregat: Ariel.
- Delegacion Nacional de Organizaciones (1964): La paz y las paces de España, Madrid: Delegación Nacional de Organizaciones.
- de Sousa Santos, Boaventura (2006): The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique, *Law & Society* 40, 39-75.
- del Valle, Luis (1940): El Estado nacionalista totalitario-autoritario, Zaragoza: Editorial Athenaeum.
- Duranti, Marco (2017): The Conservative Human Rights Revolution: European Identity, Transnational Politics and the Origins of the European Convention, Oxford: Oxford University Press.
- Eickhoff, Georg (1999): Das Charisma des Caudillos: Cárdenas, Franco, Perón, Frankfurt am Main: Vervuert.
- Fernández de la Mora, Gonzalo (1995): Río arriba. Memorias, Barcelona: Planeta.
- Fernández-Carvajal, Rodrigo (1967): Las Cortes Españolas en la Ley Orgánica del Estado, *Revista de Estudios Políticos* 152, 57-97.
- Fernández-Carvajal, Rodrigo (1969): La Constitución Española, Madrid: Editora Nacional.
- Fernández-Crehuet López, Federico (2018): El Leviathan franquista. Notas sobre la teoría del Estado de la Dictadura, Granada: Comares.
- Fernández-Crehuet López, Federico (2009): Pensamiento político de Franco. 25 años de paz, en: Federico Fernández-Crehuet López y Daniel J. García López (editores): *Derecho, memoria histórica y dictaduras*, Granada: Comares, 171-198.

- Ferrando Badía, Juan (1984): *El Régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Madrid: Tecnos.
- Fraga, Manuel (1980): *Memoria breve de una vida pública*, Barcelona: Planeta.
- Franco, Francisco, Del Río Cisneros, Agustín (editor) (1964) *Pensamiento Político de Franco*. Antología, Madrid: Servicio Informativo Español.
- Garrido, Antonio y Martínez, María Antonia (2021): Las redes científicas del derecho constitucional y de la ciencia política en España: genealogía, estructura y desarrollo, *Revista de Estudios Políticos* 193, 101-143.
- Garrigues, Joaquín (1939): *Tres conferencias en Italia sobre el Fuero del Trabajo*, Madrid: FE.
- Gascón Hernández, Juan (1945): Caracteres y funciones de la Presidencia de las Cortes Españolas, *Revista de Estudios Políticos* 19-20, 141-170.
- Giménez Martínez, Miguel Ángel (2014): *El Estado franquista. Fundamentos ideológicos, bases legales y sistema institucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Herrero Rodríguez de Miñón, Miguel (1975): *La revisión de las Leyes Fundamentales*, Madrid: Reus.
- Herrero Tejedor, Fernando (1967): El Estado de derecho en las Leyes Fundamentales españolas, *Revista de Estudios Políticos* 152, 175-206.
- Hoffmann, Anna Catharina (2019): *Franco's Moderne. Technokratie und Diktatur in Spanien 1956-1973*, Göttingen: Wallstein.
- López Rodó, Laureano (1991): *Memorias. Años decisivos*, Barcelona: Plaza y Janés.
- Lucas Verdú, Pablo (1976): *La octava Ley Fundamental. Crítica jurídico-política de la Reforma Suárez*, Madrid: Tecnos.
- Martín, Sebastián (2021): El Derecho en los Tiempos del Totalitarismo, *História do Direito. Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito* 2.2, 201-238.
- Pemartín, José (1938): *Qué es "Lo Nuevo"... Consideraciones sobre el momento español presente*, Sevilla: Cultura Española.
- Ramírez, Manuel (1978): *España 1939-1975. Régimen político e ideología*, Barcelona: Labor.
- Sánchez Agesta, Luis (1945): *Lecciones de Derecho Político (I). Teoría de la Política y del Estado*, Granada: Imprenta Hijo de Paulino V. Traveset.
- Sánchez de la Torre, Ángel (1975): *Comentario al Fuero de los Españoles*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Serrano Daura, Josep (2015): *Història del dret hispànic i de les seves institucions*, Barcelona: Dux.

- Tierno Galván, Enrique (1978): *Leyes políticas españolas fundamentales (1808-1978)*, Madrid: Tecnos.
- Tomás Villarroya, Joaquín (1982): *Breve historia del constitucionalismo español*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Torres del Moral, Antonio (1990): *Constitucionalismo histórico español*, Madrid: Átomo.
- Tuñón de Lara, Manuel y Viñas, Ángel (1982): *La España de la Cruzada. Guerra civil y primer franquismo (1936-1959)*, Tomo 12 de *Historia de España*, Historia 16.
- Tusell, Javier (1984): *Franco y los católicos. La política interior española entre 1945 y 1957*, Madrid: Alianza Editorial.
- Varela Suanzes-Carpagena, Joaquín y Fernández Sarasola, Ignacio (2014): *Leyes fundamentales y democracia orgánica. Aproximación al ordenamiento jurídico-político franquista*, en: Federico Fernández-Crehuet López y António Manuel Hespanha (Ed.) *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur?*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann), 197-233.
- Woo-Cumings, Meredith (1999): *The Developmental State*, New York: Ithaca.

Data de Recebimento: 04/11/2021

Data de Aprovação: 23/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Karl Loewenstein no Brasil de Vargas: O Olhar de um Jurista Judeu-Alemão Sobre o Estado Novo

*Karl Loewenstein in Vargas' Brazil:
A German-Jewish jurist's look at the Estado Novo*

Luis Rosenfield¹

¹ Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). ORCID: 0000-0003-4669-6835.

RESUMO

O presente artigo busca reconstruir os elementos centrais da viagem de Karl Loewenstein à América Latina, com especial atenção à sua experiência no Brasil do Estado Novo. O intuito é descortinar elementos até então inéditos da viagem que Loewenstein fez à América do Sul entre fevereiro e agosto de 1941, através da qual publicou seu livro clássico *Brazil under Vargas* (1942). A fonte utilizada para a análise é a coleção *The Karl Loewenstein Papers*, material de grande relevância documental até então inédito no debate historiográfico brasileiro.

Palavras-chave: Karl Loewenstein, Brasil sob Vargas, Estado Novo, Era Vargas, Autoritarismo.

ABSTRACT

This paper seeks to reconstruct the central elements of Karl Loewenstein's trip to Latin America, with special attention to his experience in Brazil under the Estado Novo. The purpose is to uncover previously unpublished elements of Loewenstein's trip to South America between February and August 1941, through which he published his classic book *Brazil under Vargas* (1942). The source used for the analysis is the collection *The Karl Loewenstein Papers*, a material of great documental relevance until then unpublished in the Brazilian historiographical debate.

Keywords: Karl Loewenstein, Brazil under Vargas, New State, Vargas Regime, Authoritarianism.

1. Introdução

O livro de Karl Loewenstein, *Brazil under Vargas*, publicado em 1942 pela editora *MacMillan*, talvez tenha sido a mais apurada descrição de um estrangeiro sobre o Brasil de Vargas no plano do Direito e da Teoria Constitucional. Na obra, Loewenstein, um jurista judeu alemão que nasceu em Munique e emigrou para os Estados Unidos em 1933, foi capaz de delinear certos meandros da vida pública brasileira em um momento de grandes transformações jurídicas, políticas e ideológicas. Sua obra possui importância por várias razões, a primeira delas é que descreve as nuances da comunidade jurídica da época, entra em detalhes políticos preciosos e até hoje serve de consulta quase obrigatória para aqueles interessados em compreender as peculiares engrenagens político-jurídicas do País durante o Estado Novo. Em segundo lugar, *Brazil under Vargas* se insere num esforço pioneiro – de dimensão global – de compreender os caminhos e descaminhos dos sistemas políticos no período do entreguerras, momento de ascensão dos totalitarismos, algo muito caro a Loewenstein, ele próprio um jurista alemão que teve que emigrar para os Estados Unidos, onde desenvolveu exitosa carreira acadêmica.

Apesar da importância dessa obra para a compreensão das tumultuosas décadas de 1930 e 1940 no Brasil, pouco se sabe acerca da relação de Loewenstein com o País e com os juristas brasileiros e há pouco interesse pelos detalhes e as razões de sua longa viagem acadêmica pela América Latina, de forma que fica muito reduzida a repercussão de sua monografia no Brasil. O presente artigo busca responder a essas indagações através da análise crítica dos documentos relativos a sua viagem à América Latina contidos na coleção *The Karl Loewenstein Papers* no Amherst College, responsável pela guarda de extensa documentação que engloba desde sua juventude na Europa até o seu falecimento (1891-1973)², os quais serão confrontados com demais fontes primárias e secundárias. O foco da investigação está centrado, portanto, na riqueza documental das fontes primárias encontradas no arquivo pessoal de Karl Loewenstein – que conta com farto acervo epistolar ativo e passivo, manuscritos inéditos, recibos de viagem, telegramas, recortes de jornais, resenhas especializadas, anotações, etc. –, colocando em evidência esse gênero de documentação para a compreensão da história do direito e das instituições brasileiras (Siqueira, 2021, pp. 37-74). Acredita-se que esse tipo de reconstrução histórica abre novos flancos de investigação e fornece substratos até agora inéditos para que outros pesquisadores interessados no período possam avançar no debate sobre o período. A documentação referente à viagem de Loewenstein à América Latina permanece em grande medida ainda intocada após a organização total da coleção *The Karl Loewenstein Papers* em 2011. Por essa razão, o presente artigo representa uma primeira incursão no tema, sem pretensão de esgotá-lo.

2. O jurista

Desde muito cedo, Loewenstein buscava compreender a ascensão de governos autoritários e totalitários – que ele chamava inicialmente de “autocracias” –, primeiro perseguindo o conceito de “cesarismo” e, mais tarde, desdobrando tais conceitos em pesquisas empíricas

2 A coleção *The Karl Loewenstein Papers* pertence ao arquivo especial do *Amherst College* (Massachusetts, Estados Unidos) e abrange todos os períodos da vida do autor, contando com mais de uma centena de caixas que servem de chave de acesso a diferentes momentos da vida pública, intelectual e política de Loewenstein na Alemanha, nos Estados Unidos, no Brasil e em outros países que Loewenstein teve contato durante sua profícua trajetória. Maiores detalhes sobre esse importante acervo, ainda largamente intocado por pesquisadores da América do Sul, podem ser encontrados em: <<https://archivesspace.amherst.edu/repositories/2/resources/202>>

que levaram a sua precisa abordagem e análise do sistema hitlerista (Loewenstein, 1935, pp. 571-593; Loewenstein, 1936, pp. 779-815). O livro que lhe trouxe reconhecimento e teve ampla repercussão nos Estados Unidos, *Hitler's Germany: The Nazi Background to War*, foi publicado neste país em 1939, e nele Loewenstein faz uma explanação sintética e técnica, direcionada ao leitor norte-americano, sobre a situação da Alemanha sob o jugo de Hitler. Trata-se de uma obra que se popularizou como um manual que explicava a conjuntura política alemã da década de 1930, louvada pela crítica, através da qual Loewenstein começou a se estabelecer como figura de destaque no debate norte-americano (KLP, B16, F22, 1939-1941). Sua apurada visão crítica sobre os processos de conformação e conquista do poder por parte dos nazistas se assemelha àquelas de outros clássicos mais citados e cultuados atualmente, como o texto clássico de Franz Neumann, publicado em 1942, *Behemoth: the Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944* (Neumann, 2009), ou a obra escrita no calor dos acontecimentos na própria Alemanha de Ernst Fraenkel, publicada em 1941, *Dual State: a contribution to the theory of dictatorship* (Fraenkel, 2016).

Nascido em 1891, Karl Loewenstein era oriundo de uma influente família de judeus bávaros assimilados. Conduziu seus estudos universitários entre as cidades de Munique, Heidelberg, Paris e Berlim, e começou já como estudante a aprofundar seus conhecimentos em história, sociologia e direito. Sempre teve predileção pelas instituições políticas do mundo anglo-saxão e pelo caráter democrático da construção jurídico-política da Inglaterra e dos Estados Unidos, para onde viajou com frequência nos seus anos de formação. Seus estudos de pós-graduação foram interrompidos momentaneamente quando teve que lutar na Primeira Guerra Mundial, mas ainda assim sempre manteve empenho para se dedicar ao estudo do direito e de história moderna e se tornou advogado em 1918. Exerceu a advocacia durante vários anos, enquanto apostava na carreira acadêmica em paralelo, mirando conquistar uma posição de estabilidade em alguma universidade alemã, o que acabou não se concretizando. Apenas em 1931, com cerca de quarenta anos de idade, alcançou um cargo temporário de *lectureship* na Faculdade de Direito da Universidade de Munique, mas essa experiência não lhe rendeu frutos em virtude da chegada do Partido Nazista ao poder em 1933.

A ascendência judaica e as predileções de Loewenstein pelo liberalismo político foram razões suficientes para ele logo escolher passar cerca de dois anos na Universidade de Yale como professor visitante associado, assumindo então outra *lectureship* temporária, agora longe do nazismo, entre 1934 e 1936 (Kostal, 2011, pp. 3-10). Na sua juventude, conviveu com Max Weber e atendeu aos famosos salões de Weber junto de um grupo de intelectuais heterogêneos que mais tarde teriam grande impacto na vida pública alemã, como Karl Jaspers, Theodor Heuss e Georg Lukács (Loewenstein, 1966, pp. 92-104). Loewenstein é geralmente lembrado no Brasil e na América Latina como um teórico da constituição, reconhecido pela sua célebre tipologia das constituições, especialmente pela ampla recepção de sua obra magna, *Political power and the governmental process* (1956), que circulou muito no Brasil principalmente a partir de sua versão traduzida para o espanhol, sob o título de *Teoría de la Constitución* (1964), que consiste em minucioso estudo comparativo de grande profundidade e relevância.

Durante o processo de desnazificação da Alemanha, Loewenstein foi um dos intelectuais alemães no exílio que propôs medidas para a reconstrução social e política do País enquanto trabalhava para o *War Department* norte-americano entre 1948 e 1950 na figura de Especialista e Consultor Visitante para a Divisão Administrativa Civil do Governo Militar dos Estados Unidos para a Alemanha (KLP, B32, F34, 1955). A partir de abril de 1946, Loewenstein passou a se dedicar a elaborar um plano ousado e profundo de desnazificação do ensino jurídico das

faculdades de direito da Bavária, prestando especial atenção na Faculdade de Direito da Universidade de Munique, sua *alma mater* na qual servira como docente; contudo, sua avaliação crítica encontrou ouvidos moucos e teve pouco efeito sobre seus dirigentes, preocupados com outras questões mais prementes (Kostal, 2011, pp. 42-44). Antes disso, já havia trabalhado para o governo dos Estados Unidos como Assistente Especial do Advogado Geral (1942-1944) e como Consultor da Divisão Jurídica do Governo Militar dos Estados Unidos para a Alemanha (1945-1946) (KLP, B32, F34, 1955).

Não por acaso, Loewenstein foi descrito como um “pensador transatlântico da política” e, de fato, seu legado intelectual é considerado como uma das grandes contribuições para o pensamento político e constitucional do século XX (Lang, 2007). Sua visão de uma “democracia militante” – que mescla os princípios do liberalismo político com uma atitude combativa e agressiva, inclusive repressora, em direção aos extremismos políticos –, ainda hoje tem validade e atualidade e merece ser estudada em pormenor diante da radicalização política que dezenas de países no mundo de novo enfrentam nos últimos tempos, pouco mais de cem anos após a promulgação da Constituição de Weimar (Loewenstein, 1946, pp. 126-128).

Apesar da relevância e do renome de que Loewenstein goza hoje, a consulta ao seu arquivo pessoal revela uma existência relativamente difícil durante a década de 1930. Acolhido pelo *Amherst College* desde 1936, um centro acadêmico excelente, embora voltado para a formação de *undergraduates* (graduação), Loewenstein teve, assim como outros exilados entre seus conterrâneos, que recomeçar sua carreira quase do zero e estabelecer novos planejamentos para conquistar certo grau de sucesso. Apesar de ter sempre expressado seu amor e gratidão pela acolhida na pequena cidade de Amherst, no interior do Massachusetts, e ter lá se aposentado em 1972 depois de décadas de dedicação à vida acadêmica, sua correspondência está repleta do desejo de se transferir para os maiores centros universitários norte-americanos, preferencialmente para alguma faculdade de direito tradicional com um importante programa de pós-graduação (Kostal, 2011, 7-8). Nas décadas de 1930 e 1940, sua correspondência está marcada por constantes frustrações de índole financeira. No recorte de sua viagem à América Latina, por exemplo, sua correspondência com seu editor, James Putnam, da *MacMillan*, está permeada por sutis menções de dificuldades materiais e por pedidos de adiantamento pelas vendas futuras de seus livros (KLP, B29, F5, 1942).

3. A viagem

A viagem à América Latina somente se viabilizou em 16 de março de 1939, com a concessão de uma bolsa de pesquisa da John Simon Guggenheim Memorial Foundation, no valor de mil e quinhentos dólares. Inicialmente, a ementa do projeto submetido à Fundação Guggenheim estava formulada da seguinte forma: “*Project: The writing of a treatise on the relationship of constitutional jurisprudence and government in modern dictatorships, from the viewpoint of a constitutional lawyer*”. A perspectiva analítica, portanto, era a relação de tensionamento extremo entre a política governamental e o direito e a jurisprudência constitucional, tema este ao qual ele dedicaria boa parte de sua vida intelectual (KLP, B32, F32, 1939). Loewenstein identificou desde muito cedo um aspecto fundamental que precisava ser estudado no funcionamento das ditaduras do século XX: a diferenciação entre autoritarismos e totalitarismos. Em sua correspondência com representantes da Fundação Guggenheim, demonstrava preocupação com a pouca atenção dada à base jurídica das técnicas governamentais das autocracias. Nas suas palavras:

Por muito que tenha sido publicado, neste país e na Europa, sobre os múltiplos aspectos do estado ditatorial, sobre sua ideologia e instituições políticas, há comparativamente pouco disponível sobre a base legal real das técnicas governamentais em autocracias. No entanto, pelo menos em suas operações cotidianas que afetam diretamente os cidadãos comuns, o governo ditatorial está firmemente enraizado em conceitos claros de direito público. As autocracias funcionam sob normas legais que, apesar de seu contraste básico com o governo constitucional, não deixam de ser uma lei positiva e, como tal, objetos de uma elaborada jurisprudência constitucional emanada das decisões dos tribunais e da interpretação dogmática dos juristas (KLP, B32, F32, 1939-1940)³.

Ou seja, Loewenstein atentava para o significado do uso de termos, conceitos e instituições do Estado de Direito nos regimes autoritários e totalitários, ainda que isso frequentemente viesse como uma perversão de um genuíno regime de *rule of law*. É dentro dessa tensão conceitual, entre autoritarismo, totalitarismo e constitucionalismo, que estava centrada a sua pesquisa, pois não percebia que o uso do direito público e do direito constitucional nas ditaduras europeias e latino-americanas fosse apenas uma excrescência ou uma aberração, mas algo estrutural que por tal razão deveria ser estudado em detalhe. No caso dos países da América do Sul, com forte tradição bacharelesca, esse fenômeno merecia ainda mais atenção:

O que parece para muitos dentro e fora dos países ditatoriais meramente como uma excrescência da vontade oportunista e arbitrária de um homem ou do grupo obsequioso de seus associados, tornou-se sistematizado e organizado de tal forma que um padrão integrado de direito constitucional e jurisprudência em autocracias se destaca em contraste definitivo com o direito constitucional e a jurisprudência do tipo Estado de Direito racional. Embora criadas inicialmente para a finalidade ocasional de tomar o poder político, as técnicas do governo autocrático assumiram as formas do direito, – isto é, um sistema de regras para a ordem e o controle social. Por mais arbitrário que possa parecer, o governo ditatorial já está legalizado e, como lei, presta serviço para os fins próprios do direito (KLP, B32, F32, 1939-1940).

Loewenstein e sua família zarparam rumo ao Brasil de Nova Orleans em 7 de fevereiro de 1941 no *Del Brasil*. No final de fevereiro de 1941 chegaram no Rio de Janeiro com a previsão de ficar por quatro semanas, que acabaram se estendendo para cerca de dez semanas, portanto até meados de maio do mesmo ano. Ao desembarcar com sua esposa em 22 de fevereiro de 1941, Loewenstein teria então declarado para jornal carioca diário *O Imparcial* que a ideia de “uma ‘democracia disciplinada’ está superando, mesmo nos Estado Unidos, os velhos sistemas liberais”; em seguida o autor foi descrito como “uma das maiores sumidades em termos de ciência política e direito constitucional”. Depois de ter sido recebido por Themístocles da Graça Aranha, chefe da Divisão de Cooperação Intelectual do Ministério das Relações Exteriores, Loewenstein estendeu sua viagem, como previsto, também para Uruguai, Argentina, Chile e Peru (o Paraguai era citado como possível destino, mas a documentação indica que essa vontade não se concretizou). Verificou-se que, dentre as grandes cidades brasileiras, Loewenstein visitou e estabeleceu contatos intelectuais e políticos em Belo Horizonte, no Rio de Janeiro e em São Paulo (KLP, B32, F32, 1941). Após a viagem à América do Sul, no transcorrer da década de 1940 Loewenstein faria sucessivas avaliações sobre o combate a atividades subversivas na Argentina e no Uruguai como Diretor de Legislação no Comitê de Emergência para Defesa Política em Montevideu entre 1944 e 1945 (KLP, B32, F34, 1935-1947).

3 Todas as traduções da língua inglesa para a portuguesa foram vertidas livremente pelo autor.

Durante os preparativos de viagem para a América do Sul, Loewenstein recebeu de Edwin Borchard, Professor de Direito na Universidade de Yale, referências de juristas do Peru, do Chile, da Argentina e do Brasil. A única menção de contato no Rio de Janeiro foi a de Rodrigo Octávio, ministro do Supremo Tribunal Federal entre 1929 e 1934, descrito por Borchard como especialista no tema do conflito de leis e como um homem de grande conhecimento e extremamente cordial, ainda que estivesse com mais de setenta anos de idade à época e um pouco doente (KLP, B44, F20, 1940). Loewenstein havia também pedido ao Departamento de Estado que fossem enviadas cartas de introdução às missões diplomáticas dos Estados Unidos na Argentina, no Brasil, no Chile, no Peru e no Uruguai. Entretanto, o Departamento de Estado em Washington se negou a fornecer quaisquer cartas de introdução a Loewenstein na América Latina em virtude do estado de emergência decretado, razão pela qual seus funcionários se encontravam proibidos de recomendar quaisquer pessoas para seus representantes no exterior durante a guerra (KLP, B32, F32, 1941).

No arquivo pessoal de Loewenstein foram encontradas duas fichas datilografadas com informações indicando cinco potenciais personalidades do mundo do Direito brasileiro que ele poderia entrar em contato em São Paulo, todos eles ligados à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pelo que se verifica desse documento, aparentemente as indicações vieram de Mariano de Oliveira Wendel, que havia sido Secretário de Agricultura, Indústria e Comércio de São Paulo em 1938 (não resta absolutamente claro no documento mencionado se Mariano de Oliveira era ele mesmo indicado como pessoa com a qual Loewenstein poderia travar contato ou se ele apenas assinava o documento indicando os professores de direito). Dois nomes são citados como simpatizantes ou apoiadores do sistema ditatorial estado-novista: Ataliba Nogueira, professor de Direito Constitucional, é descrito como “favorável ao presente regime” do Estado Novo, assim como Cândido Motta Filho, professor de Ciência Política, cuja anotação referia ser apoiador do regime mas “não-totalitário”, muito provavelmente aludindo que sua simpatia pública ao Integralismo não se traduzia pelo apoio a projetos totalitários (KLP, B32, F32, 1941).

A segunda folha contém três nomes de professores de Direito da oposição paulista, Mário Masagão, que se encontrava em atividade na USP, e outros dois nomes que haviam sido aposentados por força do artigo 177 da Constituição de 1937, Waldemar Martins Ferreira e Antônio Sampaio Doria, que haviam sido afastados de suas cátedras em janeiro de 1939 e readmitidos em maio de 1941. No caso de Martins Ferreira, este foi descrito como “antigo líder do Partido Constitucionalista no Congresso Nacional” e “muito liberal”, enquanto Sampaio Doria é citado apenas como “oposição”. Uma última indicação aparece escrita à mão, o nome e o endereço em São Paulo do processualista judeu italiano radicado no Brasil, Túllio Ascarelli, que entre 1941 e 1946 lecionou na Universidade de São Paulo (KLP, B32, F32, 1941).

Já em São Paulo, Loewenstein efetivamente escreveu uma respeitosa carta a Sampaio Doria querendo marcar um encontro. Apesar de não ser possível afirmar com certeza que Loewenstein se reuniu com todos esses professores, é provável que sim, visto que ele cita em suas cartas que seus encontros para reunir informações acadêmicas, jurídicas e institucionais foram extremamente exitosos no Brasil, diferentemente da experiência na Argentina, por exemplo, onde sequer conseguiu se encontrar com argentinos vinculados à Fundação Guggenheim. Apesar de não ser citado nominalmente em *Brazil under Vargas*, alguns detalhes importantes da vida acadêmica brasileira, especialmente da Universidade de São Paulo, são citadas informações que apenas alguém com trânsito interno poderia fornecer. Embora não nominalmente, Sampaio Doria é a pessoa à qual Loewenstein se refere em *Brazil under Vargas* no seguinte trecho:

Dois casos, porém, que indicam pressão governamental por razões políticas vieram ao conhecimento deste escritor, o que não implica que não houvesse mais. O governo suspendeu os serviços de um professor de ciências políticas com uma educação americana, sob uma nomeação temporária em São Paulo, alegadamente porque alguns dos estudantes abriram exceção às severas críticas às instituições brasileiras (Loewenstein, 1942, pp. 296-297).

Miguel Reale chamou a atenção para o fato de que tal referência tratava de Sampaio Doria nos comentários de seu exemplar, anotando ao lado “Caso Sampaio Doria”. A edição anotada de Reale permite diferentes leituras sobre a recepção da obra de Loewenstein que não serão dissecadas no momento por limitações de espaço. Contudo, uma outra nota de Reale revela um elemento interessante para se compreender o grau de êxito com que Loewenstein se relacionou com a comunidade jurídica brasileira, especificamente a paulista. Na página em que Loewenstein relata com detalhes os meandros políticos do concurso que levou Miguel Reale a entrar na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o próprio Miguel Reale destacou à margem do texto que Loewenstein era “Bem informado...”, especialmente no trecho específico em que Loewenstein referia que o Governo de São Paulo e o próprio Getúlio Vargas haviam exercido pressão para que saísse, finalmente, sua nomeação como professor nesse tradicional bastião liberal:

O outro caso é o do Doutor Miguel Reale. Um sociólogo de boa reputação tolerável em sua área, ele havia ganho o difícil concurso para a cadeira de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito de São Paulo por uma maioria de três a dois. Mas a congregação dos professores titulares, que propõe a nomeação ao Interventor, o rejeitou sem um único voto dissidente, em parte porque ele não havia se qualificado, por seus escritos, para aquela cadeira em particular, em parte porque, como ex-líder Integralista e ardente defensor das ideologias fascistas, ele parecia mal preparado para se juntar à Escola de Direito predominantemente antitotalitária e pró-democrática de São Paulo, ainda o baluarte do liberalismo. Tanto o governo de São Paulo quanto, como se dizia, o próprio Vargas exerceram pressão para obter sua nomeação final. O caso foi uma cause célebre em São Paulo e atesta a adesão dos principais intelectuais às suas liberdades tradicionais (Loewenstein, 1942, pp. 296-297).

Loewenstein referiu, em carta de 5 de julho de 1941, enviada desde Bariloche, no extremo sul da Argentina, para Hery Allen Moe, da Fundação Guggenheim que tinha tido a melhor experiência no Brasil, reunindo-se com jornalistas, juristas, ministros de Estado, interventores e secretários estaduais em São Paulo, Minas Gerais e no Rio de Janeiro (KLP, B32, F32, 1941). Themístocles da Graça Aranha, do Itamaraty, enviou cartas de recomendação para Loewenstein ao Interventor Federal no Estado de São Paulo, Adhemar de Barros, e ao respectivo Secretário de Educação e Saúde, Mário Guimarães de Barros Lins, e intermediou uma reunião com o então Ministro das Relações Exteriores, Oswaldo Aranha (KLP, B44, F22, 1941).

A percepção central de Loewenstein, ao final de sua estada, era que o povo brasileiro era firmemente democrático e que Vargas, apesar de seu pendor autoritário, havia feito um ótimo trabalho para seu país, principalmente por ter atacado os extremos do espectro ideológico com vigor, no caso os integralistas e os comunistas. Outra ajuda preciosa que recebeu no Brasil foi através de encontro com o Cônsul Geral em São Paulo, Carol Foster. Loewenstein relatou aos patrocinadores da viagem que havia sido convidado a proferir palestra sobre o controle de movimentos subversivos na Universidade de Córdoba, uma das maiores cidades argentinas, oportunidade vista com alegria pelo jurista alemão, que destacou que a instituição era a segunda

mais antiga do continente (KLP, B32, F32, 1941). A visão sobre a conjuntura política argentina contrastava com a análise feita sobre o Brasil, colocando tintas um pouco mais sombrias sobre Buenos Aires do que sobre o Rio de Janeiro:

Na Argentina, encontrei uma situação muito conturbada. O movimento nazista é ousado e forte e secretamente encorajado pelos grandes proprietários de terras e suas receitas. O próprio Castilho, o presidente interino – Ortiz é até incapaz de exercer suas funções, – ainda que provavelmente não um fascista é um tépido para a democracia como era, em um paralelo curioso e ameaçador, Brüning sob a República de Weimar alemã. Dei uma entrevista ao La Prensa na qual, a pedido do editor-chefe, Dr. Lucque, incorporei todas as propostas para um controle efetivo dos nazistas. Esta entrevista foi amplamente impressa na Argentina e no Uruguai e a raiva dos nazistas e dos comunistas que me atacaram violentamente testemunha o fato de que os pontos foram bem conduzidos para casa. O governo até me pediu para colaborar na elaboração do novo estatuto, mas eu recusei educadamente porque um estrangeiro não tem título para interferir com a política de um país no qual ele desfruta da hospitalidade.

Tenho a impressão geral de que as pessoas em todos os países que visitei são democráticas até os ossos, que os nazistas se organizaram e seus apoiadores nativos para “O Dia” e que o destino de todos esses estados depende do resultado da guerra. Se Hitler vencer, será apenas uma questão de meses ou talvez até mesmo de dias até que estas terras sejam entregues aos nazistas. Na Argentina, mesmo agora, o cheiro é distinto de um *putsch* e o Comitê Parlamentar de Investigação agora em sessão não será capaz de expor a participação de generais líderes e funcionários do governo em movimentos subversivos que são um segredo aberto a todos que olham para trás da cena (KLP, B32, F32, 1941).

Em maio, ao final de sua viagem propriamente acadêmica, Loewenstein visitou junto de sua mulher Belo Horizonte, Congonhas do Campo, Sabará e Ouro Preto, segundo registrou a *Folha de Minas* em 5 de maio de 1941, com o intuito principalmente de conhecer as obras de Aleijadinho. Na capital mineira, proferiu palestra na Secretaria de Educação e Saúde Pública de Minas Gerais e foi recebido por Christiano Machado, então secretário da pasta no governo de Benedito Valadares (KLP, B44, F19, 1941). Loewenstein e sua esposa voltaram para Amherst em agosto de 1941.

4. A censura

Assim como em *Hitler's Germany*, em que a crítica saudou a pertinência da obra para a compreensão de uma cultura que se encontrava em grande transformação, *Brazil under Vargas* foi uma obra de fôlego bem recebida, salvo em críticas pontuais, pela crítica norte-americana em sucessivas resenhas elogiosas, tanto nos jornais quanto em periódicos acadêmicos (Alves & Oliveira, 2021, pp. 43-77). Seu estudo detalhado sobre a estrutura jurídico-política do Brasil foi uma peça importante na aproximação do País com os Aliados. A ditadura do Estado Novo foi descrita com algum grau de “simpatia” (Pinto, 2021, pp. 102), tentando demonstrar que o Brasil era, de fato, um sistema autoritário – mas que não havia um pendor em direção aos totalitarismos fascistas –, algo que para Loewenstein era atestado pelo fato de Vargas ter arquitetado a repressão contra os comunistas e, mais tarde, contra a AIB. Ou seja, *Brazil under Vargas* é uma obra marcada por essa ambivalência, e por vezes foi vista como excessivamente simpática a um regime que contava com uma equipada polícia política, com a prática de tortura, leis de segurança nacional e outros instrumentos de repressão.

Nesse ponto, o próprio Loewenstein compreendeu bem a posição delicada em que se encontrava, como se percebe da troca epistolar com Frank Tannenbaum, um reconhecido historiador austro-americano da Universidade de Columbia, o qual havia publicado resenha sobre *Brazil under Vargas*:

Talvez lhe interesse que Vargas, após alguns meses de hesitação, tenha finalmente proibido a venda e a discussão pública do livro no Brasil. De acordo com uma carta que recebi de Walter Winchell, o governo se ressentiu de minhas críticas. Como os críticos liberais deste país me reprovaram por ser muito amigável com o regime brasileiro, há um forte indício de que, ao ofender tanto a esquerda como a direita, conduzi o caminho da objetividade no meio. Considerando a situação, eu não me considero “entusiasta” de Vargas. Dar ao diabo o que lhe é devido não significa, é claro, que você goste dele. Mas o homem que se mantém no poder por mais de uma vintena de anos nestes tempos de convulsão deve ter qualidades positivas de estadista, e é esta conquista que um repórter objetivo sobre o Brasil estava obrigado a registrar. Pessoalmente não sou dado ao culto ao herói, e meus amigos brasileiros, bem versados na arte essencial da leitura das entrelinhas, não deixaram de notar o tom irônico que acompanhou meus elogios (KLP, B29, F13, 1943).

Uma das críticas de Frank Tannenbaum era que Loewenstein não desenvolveu o conceito de caudilhismo (ou coronelismo, caso se prefira uma terminologia adaptada ao ambiente brasileiro), estranhando a opção de Loewenstein de não referir uma construção sócio-política de grande importância no contexto latino-americano. A resposta de Loewenstein, em carta datada de 11 de setembro de 1943, consistia na avaliação de que Vargas havia tolhido o poder das oligarquias regionais ao subordiná-las aos interventores do poder central e que portanto o poder dos caudilhos estava fadado a desaparecer sob o jugo do Estado Novo:

Parecia-me que Vargas não é apenas um dos caudilhos típicos da América Latina. O Brasil está mais orientado para a Europa do que qualquer outro país latino-americano. Sua técnica de governo e administração é altamente legalista. As Constituições de 1934 e 1937 foram deliberadamente padronizadas nos precedentes europeus, particularmente as Constituições polonesa e irlandesa. Além disso, o que existe de arbitrariedade no Brasil é legalisticamente camuflado, exatamente como é feito por ditaduras europeias com maior auto-respeito. Por esta razão, as características essenciais do meu livro foram demonstrar que a culpa é, naturalmente, do autor. Mas teria dado uma orientação totalmente errada ao meu livro se eu o tivesse amarrado à forma habitual de ditadura na América Latina, com a qual ele tem pouco em comum. Vários revisores concordam comigo nesse ponto, enquanto sua opinião é compartilhada pelo professor Wilgus (KLP, B29, F13, 1943).

A proibição de venda e de discussão pública do livro demonstrava que o governo se ressentia das numerosas críticas – ainda que sutis – elaboradas pelo autor. Mesmo que muitos trechos da obra tenham sido simpáticos ao projeto varguista, o jurista alemão realizou uma leitura dura sobre a realidade brasileira em diversas passagens, tanto explicitamente quanto nas entrelinhas. Na carta se percebe que Loewenstein procurou não construir uma crítica demasiadamente severa e tampouco aparentar como se fosse apenas um “entusiasta” de Getúlio Vargas. O resultado foi que alguns críticos, como o economista J. F. Normano, especialista em história econômica da América Latina, considerou a obra como meramente apologética de uma ditadura (Normano, 1943, pp. 322). Ou seja, apesar de muitas avaliações positivas, Loewenstein acabou desagradando tanto o *establishment* do Estado Novo pelas suas críticas quanto a críticos que o acusaram de ser condescendente com a ditadura estado-novista.

Em virtude da censura, a obra circulou pouco no Brasil. Em mais de uma correspondência entre Loewenstein e seu editor, verifica-se muita frustração com o fato de a obra ter sido banida no Brasil e que a cada tentativa de envio de exemplares para o Rio de Janeiro as obras eram confiscadas pela censura. Inicialmente, Loewenstein acreditava, no final de 1942, que não haveria empecilhos do governo brasileiro na importação de exemplares da obra ao País, referindo inclusive que havia enviado um amigo à Embaixada Brasileira em Washington para descobrir qual fora a repercussão da obra entre a elite brasileira.

Em breve carta datada de 24 de fevereiro de 1943, Walter Winchell, importante e bem relacionado jornalista do tablóide *New York Mirror*, confidenciou em resposta a uma carta de Loewenstein que houveram reclamações sobre seu livro, *Brazil under Vargas*, por parte de “homens próximos de Vargas”. Infelizmente, não se está de posse da correspondência ativa de Loewenstein a qual Winchell fez referência, e Winchell tampouco elaborou a sua afirmação, apenas aludindo categoricamente: *the complaints came from men close do Vargas*. Na mesma carta, Winchell aludiu que passou uma semana em Washington, então é possível especular que ele possa ter extraído essa informação na Capital norte-americana através de seus canais brasileiros, possivelmente através de contatos com a própria Embaixada do Brasil (KLP, B29, F13, 1943).

A verdade é que Loewenstein possivelmente nunca tenha descoberto o porquê de sua obra ter sido censurada e quem tenham sido os responsáveis por isso. Quase dois anos após a publicação de *Brazil under Vargas*, seu amigo brasileiro J. H. Meirelles Teixeira lhe enviou carta datada de 27 de junho de 1944 – correspondência esta que consta como “Aberta pela Censura” no envelope –, referindo que não havia tomado conhecimento de qualquer apreciação de *Brazil under Vargas* em jornais ou revistas brasileiras, o que não deixa de ser sintomático que quase dois após a publicação da obra os meios intelectuais brasileiros tivessem praticamente silenciado sobre uma obra tão importante para a imagem nacional no exterior. Na mesma troca epistolar, Meirelles Teixeira agradecia à crítica elogiosa publicada por Loewenstein na *Harvard Law Review* sobre trabalho seu, muito provavelmente a obra *Revisão das tarifas do serviço telefônico*, publicada pelo Departamento Jurídico da Prefeitura Municipal de São Paulo (KLP, B29, F13, 1944).

Quando soube indiretamente da censura da obra, Loewenstein inclusive chegou a repreender com certo grau de irritação os representantes da MacMillan por terem ingenuamente enviado exemplares pelo correio, quando o correto teria sido discretamente entregar o livro para algum viajante norte-americano que fosse visitar o Brasil, de modo a burlar a censura oficial (KLP, F29, B05, 1943). Através do agente literário Franz J. Horsch, um austríaco exilado nos Estados Unidos, tentou-se traduzir a obra para uma publicação dedicada ao público de língua espanhola, possivelmente no México ou na Argentina, sem sucesso, não ficando claro se esse fato se deveu ao desinteresse da MacMillan ou por outras dificuldades. Sabe-se que uma cópia foi entregue com sucesso em Buenos Aires e que o exemplar que seria destinado por Franz Horsch ao seu representante no Rio de Janeiro se extraviou, muito provavelmente em decorrência da censura imposta pelo D.I.P. (KLP, F29, F05, 1943). Era convicção pessoal de Loewenstein que o México era o lugar mais adequado para publicar uma tradução da obra, visto que percebia o país como o centro das traduções para o idioma espanhol (KLP, F29, B05, 1943).

Pelo menos até o começo de 1944 Loewenstein não tinha conhecimento de detalhes sobre o porquê de a obra ter sido censurada e nem de quem havia partido a ordem, apesar de desconfiar naturalmente de Lourival Fontes. É possível que Loewenstein tivesse desconfianças sobre a sua integridade física caso voltasse em algum momento ao Brasil. É o que demonstra sua correspondência com o historiador Hubert Herring, especialista em história da América Latina, que procurou acalmá-lo sobre tal perspectiva:

Lamento não poder jogar mais luz sobre o que aconteceu no Brasil. Estive lá por apenas alguns dias e não aprendi muito. Julgo que os brasileiros, em sua forma caracteristicamente ingênua, simplesmente decidiram que você não os elogiou o suficiente e assim o colocaram na lista negra. Tive a honra de receber o mesmo tratamento. No entanto, não tenho a menor ideia de que eles o incomodariam se você decidisse visitar o Brasil. Já estive lá várias vezes desde que meu [livro] *Bons vizinhos* saiu. Eles não gostam de mim, mas não me expulsaram (KLP, B29, F13, 1944).

De toda forma, apenas no primeiro ano da publicação foram impressos mais de 2.380 exemplares nos Estados Unidos (provavelmente foram impressos mais exemplares, mas a documentação consultada aponta para esse número mínimo), que é um número representativo, e ainda hoje se percebe que a obra conseguiu certa penetração na comunidade jurídica brasileira da época. Mesmo que não conste um exemplar de *Brazil under Vargas* na Coleção Francisco Campos (existe apenas uma obra de Loewenstein, sua *Verfassungslehre*, de 1959), acervo dedicado à parte da biblioteca do jurista mineiro localizado atualmente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, pode-se deduzir que Campos leu atentamente a obra, e é possível especular que não tenha gostado de seu conteúdo. Funcionários do Itamaraty intermediaram uma reunião entre Karl Loewenstein e Francisco Campos no Ministério da Justiça, que efetivamente ocorreu em 27 de abril de 1941, mas infelizmente não se conseguiu rastrear elementos para reconstituir o teor desse interessante encontro (KLP, B44, F22, 1941). O único relato da reunião consta na própria obra, quando Loewenstein refere que Campos possuía a maior biblioteca de direito privado do Brasil e que, segundo relato do mesmo, assim que deixasse de exercer cargos públicos iria se dedicar novamente à pesquisa jurídica (Loewenstein, 1942, pp. 88).

Atualmente, verificou-se a existência de ao menos quatro exemplares da obra em acervos brasileiros, um na Coleção Levi Carneiro (contando inclusive com ex-libris de Carneiro) da Biblioteca do Supremo Tribunal Federal, dois exemplares em diferentes acervos da Biblioteca da USP e uma quarta cópia na biblioteca particular de Miguel Reale (cuja edição se encontra extensamente anotada e comentada a lápis por Reale), atualmente sob guarda do Instituto de Estudos Culturalistas (IEC), na cidade de Canela, Rio Grande do Sul. Em carta datada de 9 de julho de 1945, portanto já no ocaso do Estado Novo, Loewenstein referiu que Haroldo Valladão, à época professor catedrático de direito internacional privado na Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil, havia comprado vários exemplares da obra apesar de ter achado o livro excessivamente elogioso aos detentores do poder, o que indica que a obra teve alguma circulação entre 1942 e 1945, mesmo sob censura (KLP, B31, F18, 1945).

Na mesma carta, que era endereçada ao amigo Manoel Pio Correa Jr., seu colega no Comitê Consultivo de Emergência para a Defesa Política do Continente entre 1944 e 1945 em Montevideu, Loewenstein ainda demonstrava certa esperança de traduzir a obra para o português com correções e contando com uma introdução de Corrêa Júnior. Loewenstein lamentou expressamente que seu “amigo” Lourival Fontes – o qual havia dirigido o D.I.P. desde a sua fundação, em 1939, até meados de 1942 – tenha freado qualquer possibilidade de uma edição brasileira de *Brazil under Vargas* quando o livro teria tido mais relevância e atualidade, ou seja, no final de 1942 ou em 1943 (KLP, B31, F18, 1945). Curiosamente, no arquivo pessoal de Karl Loewenstein é possível encontrar um exemplar da Constituição Federal Brasileira de 1967, que muito provavelmente tenha sido enviado por Manoel Pio Corrêa Jr., o qual foi Ministro das Relações Exteriores e Secretário-Geral do Itamaraty na década de 1960.

5. Conclusão

Por fim, uma palavra sobre a nacionalidade de Loewenstein na Era dos Nacionalismos. Loewenstein se naturalizou norte-americano em 1939, portanto pouco menos de dois anos antes de viajar ao Brasil. Durante o transcurso do presente artigo sempre se referiu ao jurista como um judeu-alemão. Contudo, ao se compulsar suas correspondências com maior detalhe, resta claro que ele se identificava também como estadunidense, como pertencendo ao país que lhe deu abrigo quando mais precisou. São fartas as referências a colegas e amigos norte-americanos em que fala do “nosso país” ou “ao nosso esforço de guerra”, entre outras colocações similares. Ou seja, percebe-se que a viagem de Loewenstein tinha muitos componentes, um era o objetivo de se destacar no debate acadêmico norte-americano com um livro de ponta sobre um tema candente de maiores aprofundamentos. Outro era descrever um país enorme e importante, de proporções continentais e muito relevante na geopolítica da Segunda Guerra Mundial, que até então era um grande enigma para os Estados Unidos. Um terceiro componente, e aqui se encerra o trabalho, estava centrado na necessidade intelectual de Loewenstein de compreender a essência dos sistemas político-jurídicos sul-americanos nessa época de ascensão dos autoritarismos e dos totalitarismos, algo de extremo valor para um constitucionalista que sempre teve um pendor muito forte para a ciência política e o direito constitucional comparado.

Referências bibliográficas

- Alves, A. D., & Oliveira, L. G. (2021). A importância da obra *Brazil under Vargas* de Karl Loewenstein e sua recepção nos Estados Unidos da América. In Silva, A. C., & Alves, A. D. (Eds.), *Estudos de história constitucional e direito político* (p. 43-77). Editora Expert.
- Fraenkel, E. (2016). *Dual State: a contribution to the theory of dictatorship*. Oxford University Press.
- Kostal, R. W. (2011). The Alchemy of occupation: Loewenstein and the legal reconstruction of Nazi Germany. *American Society for Legal History*, 29(1), 1-52.
- Lang, M. (2007). *Karl Loewenstein. Transatlantischer Denker der Politik*. Franz Steiner Verlag Stuttgart.
- Loewenstein, K. (1935). Autocracy versus democracy in contemporary Europe, I. *The American Political Science Review*, 22(4), 571-593.
- Loewenstein, K. (1936). Law in the Third Reich. *Yale Law Journal*, 45(5), 779-815.
- Loewenstein, K. (1937). Dictatorship and the German Constitution: 1933-1937. *The University of Chicago Law Review*, 4(4), 537-574.
- Loewenstein, K. (1939). *Hitler's Germany: The Nazi Background to War*. The Macmillan Company.
- Loewenstein, K. (1942). *Brazil under Vargas*. The Macmillan Company.
- Loewenstein, K. (1946). *Political reconstruction*. The Macmillan Company.

- Loewenstein, K. (1959). *Verfassungslehre*. J. C. B. Mohr.
- Loewenstein, K. (1957). *Political power and the governmental process*. The University of Chicago Press.
- Loewenstein, K. (1966). *Max Weber's political ideas in the perspective of our time*. The University of Massachusetts Press.
- Neumann, F. (2009). *Behemoth: the Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*. Ivan R. Dee.
- Normano, J. F. (1943). Brazil Under Vargas. *The Hispanic American Historical Review*, 23(2), pp. 318-322.
- Pinto, A. C. (2021). *A América Latina na Era do Fascismo*. EDIPUCRS.
- Sá, M. R., & Silva, A. F. C. (2016). Citizens of the Third Reich in the tropics: German scientific expeditions to Brazil under the Vargas Regime, 1933-40. In F. Clara & C. Ninhos (Eds.), *Nazi Germany and Southern Europe, 1933-45* (pp. 232-255). Palgrave Macmillan.
- Siqueira, G. S. (2021). *Hans Kelsen no Brasil (1934-1949)*. EDUERJ.
- The Karl Loewenstein Papers. *Curriculum and Grant Application Materials*. Box 32, Folder 34, 1935-1947.
- The Karl Loewenstein Papers. *Hitler's Germany, draft summary*. Box 16, Folder 12, 1937-1939.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to Henry Allen Moe*. Box 32, Folder 32, 08.01.1939.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to Henry Allen Moe*. Box 32, Folder 32, 16.03.1939.
- The Karl Loewenstein Papers. *Guggenheim fellowship grant application materials*. Box 32, Folder 32, 1939-1940.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Edwin Borchard to Karl Loewenstein*. Box, 44, Folder 20, 20.12.1940
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from the Department of State in Washington to Karl Loewenstein*. Box 32, Folder 32, 07.02.1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from unidentified Brazilian Ministry of Foreign Relations employee to Karl Loewenstein*. Box 44, Folder 22, 1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Themístocles da Graça Aranha to Adhemar de Barros*. Box 44, Folder 22, 18.04.1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Themístocles da Graça Aranha to Mario Guimarães de Barros Lins*. Box 44, Folder 22, 18.04.1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Clippings*. Box 44, Folder 19, 05.05.1941.

- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to Henry Allen Moe*. Box 32, Folder 32, 05.07.1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to James Putnam*. Box 29, Folder 05, 16.03.1942.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to James Putnam*. Box 29, Folder 05, 03.11.1942.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to James Putnam*. Box 29, Folder 05, 03.11.1942.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to James Putnam*. Box 29, Folder 12, 15.12.1942.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to Franz J. Horsch*. Box 29, Folder 05, 1943.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Mary King to Karl Loewenstein*. Box 29, Folder 05, 10.02.1943.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Walter Winchell to Karl Loewenstein*. Box 29, Folder 13, 24.02.1943.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Edward Tomlinson to Karl Loewenstein*. Box 29, Folder 12, 04.05.1943.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to Frank Tannenbaum*. Box 29, Folder 13, 11.09.1943.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from J. H. Meirelles Teixeira to Karl Loewenstein*. Box 29, Folder 13, 27.06.1944.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Hannah Arendt to Karl Loewenstein*. Box 60, Folder 11, 21.06.1971.
- The Karl Loewenstein Papers. *Hitler's Germany – reviews and promotional material*. Box 16, Folder 22, 1939-1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Typewritten note*. Box 32, Folder 32, 1941.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Hubert Herring to Karl Loewenstein*. Box 29, Folder 13, 08.01.1944.
- The Karl Loewenstein Papers. *Letter from Karl Loewenstein to Manoel Pio Correa Jr.* Box 31, Folder 18, 09.07.1945.
- The Karl Loewenstein Papers. *Curriculum*. Box 32, Folder 34, 1955.

Data de Recebimento: 1/10/2021

Data de Aprovação: 23/10/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Formulações autoritárias e realismos em Oliveira Vianna:

Variações na política e no direito corporativo

*Authoritarian formulations and realisms in the work of
Oliveira Vianna:*

Variations in politics and in corporatist law

Victor Hugo Criscuolo Boson¹

¹ Universidade Federal do Sul da Bahia. ORCID: 0000-0001-8544-1515

RESUMO

O objetivo deste artigo é apresentar duas proposições de Oliveira Vianna para a agenda institucional brasileira na primeira metade do século 20. O *idealismo orgânico* – como método para as reformas políticas no Brasil – e o *poder normativo* – como atributo dos juizes do trabalho – são duas propostas mediadas pelo “realismo” e pelo “objetivismo” defendidos pelo autor. Tanto a elite dirigente e a intelectualidade, quanto os juizes do trabalho, segundo Oliveira Vianna, deveriam se perfazer por um ideal-tipo de abandono do formalismo e da abstração e procurar por abordagens adequadas à realidade instalada. A interpretação do idealismo orgânico e do poder normativo a partir dos realismos político e jurídico é um exercício para analisar, por meio de aproximações e de afastamentos, como as duas propostas se engendram na unidade da obra de Oliveira Vianna, inseridas no âmbito de seu “autoritarismo instrumental”.

Palavras-chave: Oliveira Vianna, Realismos, Estado cêntrico, Poder normativo, autoritarismo instrumental.

ABSTRACT

The objective of this paper is to present two propositions by Oliveira Vianna for the Brazilian institutional agenda in the first half of the 20th century. Organic idealism, as a method for political reform in Brazil, and normative power, as an attribute of labor court judges, are two proposals mediated by the “realism” and the “objectivism” defended by the author. According to Oliveira Vianna, both the ruling elite and the intelligentsia, as well as labor court judges, should guide themselves by an ideal type that abandons all formalism and abstraction in favor of approaches suitable to the reality in force. By interpreting organic idealism and normative power from the perspective of political and legal realism, tracing similarities and differences, it is possible to analyze how the two proposals coalesce into the unity of the work of Oliveira Vianna, within the context of his “instrumental authoritarianism.”

Keywords: Oliveira Vianna, Realisms, State-centric theory, Normative power, Instrumental authoritarianism.

Pensar o Brasil e imaginar projetos. Oliveira Vianna constrói um complexo caleidoscópico de desenhos e interpretações para um país que pergunta sobre si. As questões e as respostas do autor compõem um mosaico peculiar e representativo de tendências de um tempo histórico em que aspectos centrais da organização política e jurídica moderna são debatidos pelo campo intelectual nacional. Sua atuação burocrática e sua leitura de Brasil se inserem em uma quadra de significativa composição capaz, sobretudo ao longo dos anos 1930, de ter forjado “as principais hipóteses sobre a formação e funcionamento do sistema social”, como destacou Santos (2002, p. 44).

A produção intelectual de Vianna pode ser situada, na sugestiva análise de Bastos (1993, p. 405-406), em diferentes momentos. O primeiro, marcado pela formulação de uma explicação sobre a constituição da sociedade brasileira, consubstanciado nos textos que vão até o final dos anos 1920. O segundo, por sua vez, corresponde à interrupção dessa pesquisa nos anos 1930, quando o autor volta-se mais ao trato de questões jurídicas, principalmente relativas aos direitos corporativo e do trabalho. O terceiro momento, pós década de 1930, se ateuve à retomada da reflexão interrompida, redirecionando algumas questões, como é o caso da questão racial.

Muito embora sua produção tenha sofrido reelaborações e deslocamentos de interpretação, não há como negar a presença da concatenação, do maior desenvolvimento e também da coerência entre muitos dos aspectos que se fazem presentes nas três fases de pensamento. Não obstante existirem reformulações, a produção de Vianna não abandona suas abordagens fundamentais anteriores, em especial aquelas realizadas em seu *Populações Meridionais do Brasil*, de 1920. Fazendo um diagnóstico de sua obra, no prefácio de 1945 à segunda edição de *Problemas de Política Objetiva* (1947, p. 14), o próprio autor se esforça para enfatizar a “unidade de pensamento” vertida em seus textos, engendrada na análise das realidades sociais e políticas do povo brasileiro, guiada por uma pretensão de “rigorosa objetividade”.

Sem considerar sua obra estanque e engessada, penso que as interpretações sobre a produção de Vianna devem buscar não dissociar, tanto quanto possível, o sociólogo dos anos 1910 e 1920 – comprometido em pensar uma solução autoritária para a falta de organização do povo brasileiro – do jurista maduro dos anos 1930, teórico da “solução” das disputas entre capital e trabalho produzidas pelos processos de modernização em curso.

A leitura que pretendo estabelecer neste texto está centrada nas mobilizações do realismo político e do realismo jurídico, propostos por Vianna nos anos 1920 e 1930, respectivamente, como aspectos não dissociados, mas sujeitos a aproximações e a afastamentos. Com isso, a proposição é associar as considerações do sociólogo às do jurista maduro por meio do fio condutor dos realismos mobilizados em seu discurso.

Especificamente, pretendo apresentar duas proposições para a agenda institucional brasileira das décadas de 1920 e 1930. O *idealismo orgânico* – como balizador para as reformas institucionais no Brasil, muito presente nos textos que vão até o final da década de 1920 – e o *poder normativo* – como referencial dos juízes do trabalho, evidenciado na década de 1930 – são duas propostas que estão permeadas pela representação do “realismo político” e do “realismo jurídico” defendidos pelo autor.

O intento, portanto, é de conferir uma análise tanto do idealismo orgânico quanto do poder normativo, como arranjos que foram mobilizados com recurso à pauta “realista”, associada a uma gramática estatal anti-liberal, anti-socialista e autoritária. Se o realismo político havia sido mobilizado para criticar o liberalismo da Constituição de 1891 e como indutor da agenda de

centralização política e de autoridade da lei, desta agenda – associada à posterior incorporação da teorização do corporativismo – influirá o realismo jurídico como aporte crítico ao formalismo do direito e balizador do poder normativo dos juízes do trabalho, afinado com o avanço da autoridade legal e com o intento de pacificação e controle das relações sociais. Tanto o realismo político quanto o realismo jurídico são, assim, tomados como indutores da expansão da pauta autoritária, de adensamento do controle estatal e de aversão à dispersão e aos conflitos sociais.

Para viabilizar essa leitura, o liame entre o diagnóstico sociológico e o desenho jurídico-institucional é aqui considerado a partir da metodologia “objetiva” e “realista” auto atribuída por Vianna. Da pretensão de uma análise “objetiva” da realidade brasileira resulta, de um lado, a inconveniência de modelos entranhados na noção de conflito social (como o liberalismo e o socialismo) e a necessidade de centralização política, e, de outro, o poder normativo (considerado por ele centro de gravidade do direito corporativo) como dispositivo que, adequado à realidade brasileira e de funcionamento realisticamente operacionalizado, instauraria a “pacificação” dos conflitos coletivos. Ademais, pretende-se, com isso, pautar, no pensamento de Vianna, a complexa relação entre os realismos político e jurídico cogitados e o “autoritarismo instrumental”, teorizado por Santos (1970).

Reconheço ser por meio do trânsito constante entre descrição e prescrição que Vianna pretende garantir uma organização das instituições políticas e da Justiça do Trabalho² que atenda às especificidades da formação social brasileira e, ao mesmo tempo, ao imperativo de projeto autoritário de Estado. Minha análise, no entanto, está centrada, quanto ao realismo jurídico, não na perspectiva da elaboração das leis que organizam o processo do trabalho propriamente dito – temática que o próprio autor relacionou ao realismo político em *Problemas de Direito Sindical* –, mas à postura dos juízes do trabalho no uso do poder normativo.

Este artigo está organizado em quatro seções, seguidas das considerações finais. Na primeira seção, examino o realismo político e o objetivismo como defesas presentes nas publicações dos anos 1920, bem como a crítica às cópias de estrangeirismos que não se adequavam à realidade brasileira. Na segunda, examino o realismo jurídico como aposta do jurista e as críticas estabelecidas ao formalismo amalgamado no trato do direito civil de então. Na terceira seção, trato do poder normativo da Justiça do Trabalho, pauta intrinsecamente associada por Vianna ao realismo jurídico. Na quarta seção, por fim, considero as mobilizações dos realismos político e jurídico para a justificação de uma pauta autoritária nos desenhos propostos para a política nacional e, em especial, para a relação entre o poder público e os conflitos coletivos de trabalho.

Realismo como crítica ao Brasil daltônico

Em *Populações Meridionais do Brasil* (2005), livro cuja primeira edição foi publicada em 1920, marcando a entrada de Vianna no campo editorial, está instalada a crítica aos publicistas e historiadores brasileiros que, partindo exclusivamente de leis escritas, das Constituições e das doutrinas políticas, chegavam a conclusões falsas sobre a realidade da vida partidária e da “psicologia política” do povo brasileiro. Com a pretensão de contrariar essa tendência, o autor

² Não será objeto de minha análise a relação entre realismo, ou realidade brasileira, e as opções normativas de estruturação do direito sindical no Brasil. Esse foi um assunto expressa e enfaticamente abordado por Vianna em *Problemas de Direito Sindical*. O realismo que abordarei, aqui, diz respeito às possibilidades de atuação do intérprete autorizado, no caso, dos juízes e tribunais do trabalho no uso do poder normativo.

anuncia – como reitera em seu “adendo” posterior à primeira edição (2005, p. 413) – orientar o seu trabalho guiado não por questões teóricas e abstratas, mas pelo “concreto, objetivo, realístico” das instituições políticas, pretendendo ler as instituições e a história “de dentro do povo”.

Não havia sentido em fazer uma história e um estudo que se limitassem, segundo ele, apenas às constituições tal como estão escritas. Esse esforço não contribuiria para a compreensão da realidade, que reside, esta, nas práticas sociais. O que Vianna (2005, p. 413) pretende explorar, em seu *Populações Meridionais do Brasil*, seria o que considera ser a “constituição viva”, a merecer, em sua proposta, observação e estudo “concreto, objetivo, realístico”.

No prefácio, está clara a sua pretensão ao escrever a obra: “estabelecer a caracterização social do nosso povo, tão aproximada da realidade quanto possível, de modo a ressaltar quanto somos distintos dos outros povos, principalmente dos grandes povos europeus, pela história, pela estrutura, pela formação particular e original” (Vianna, 1933, p. 10-11). Com uma espécie de denunciamento e de manifesto, Vianna interpreta a produção intelectual e o imaginário político das elites brasileiras como carentes de um olhar para a própria realidade em que se instalam, o Brasil. Daí ter afirmado, reiteradamente, que o povo brasileiro seria um dos povos que menos se estudam a si próprios.

O “daltonismo” dos dirigentes, políticos, estadistas e legisladores brasileiros estaria precisamente no fato de que eles teriam ignorado uma visão genuinamente nacional dos nossos problemas e procurado em sistemas distintos, principalmente no francês, no inglês e no estadunidense, a saída de todos os problemas. Seria um projeto de Brasil “*made in Europa*”, ditirâmico, que ignorava a própria “noção objetiva do Brasil real” e formatava uma idealização de um Brasil “artificial e peregrino, um Brasil de manifesto aduaneiro” (Vianna, 1933, p. 21).

As raízes desse “daltonismo” estavam atreladas, no diagnóstico do autor, muito fortemente ao modelo de formação que se perpetrou durante o pós-Independência, pelo qual as elites brasileiras ou rumavam em direção aos centros universitários europeus, com ênfase para Coimbra, ou se inseriam em centros nacionais, dominados pela procura do estrangeirismo e afastados do conhecimento do seu próprio país. O século XIX, principalmente durante o Primeiro Império, teria formado, então, uma “geração de daltonizados”, balizados por ideais estranhos à índole e à realidade dos brasileiros (Vianna, 1939, p. 14-19).

Esse denunciamento não era uma exclusividade de Vianna. Em alguma medida, o descompasso entre ideias e instituições com as quais se formavam as elites e o ambiente social brasileiro é tema amplamente explorado durante as décadas de 1920 e 1930. Gilberto Freyre, muito proximoamente, em *Sobrados e Mucambos* (1936), retoma o choque entre formação intelectual e meio social ao explorar o movimento de bacharéis que, retornando da Europa com novas ideias, se contrastavam com a realidade pátria. Sérgio Buarque de Holanda, ao abordar o bacharelismo, em *Raízes do Brasil* (1936), identifica a presença de intelectuais brasileiros que trouxeram de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar as mudanças que tais condições lhe imporiam.

O fato é que a pretensão de Vianna de direcionar olhares para a realidade circundante, dita por ele “autêntica”, e denunciar a impropriedade de se copiar soluções e instituições europeias sem um exercício reflexivo de adequação delas em relação à nossa específica realidade pauta toda a sua produção em ciências sociais.

A ênfase teórica no realismo penetra obras como *Evolução do Povo Brasileiro*, de 1923. Nesse livro, a crítica a uma concepção unilinear da evolução é elaborada como uma percepção de que os diferentes grupos humanos estariam, em suas respectivas realidades, sujeitos a modalidades evolutivas distintas. Aqui, há uma nota interessante que radica na pluralidade de percursos dos diversos ordenamentos jurídicos e das várias possibilidades de formas da vida social (Vianna, 1938, p. 32). A multiplicidade de “linhas de evolução” demandaria, por parte das ciências sociais, considerar as particularidades dos casos, uma vez que “cada sociedade tem, na verdade, a sua maneira própria de arranjar-se no seu habitat, de adaptar-se a ele” (Vianna, 1938, p. 36-37). Desde o meio físico, passando pelos meios étnicos, até os meios históricos, a investigação social deveria considerar, pois, uma complexidade de agentes de modelagem das sociedades. A análise proposta, portanto, é a que leva em conta os estudos locais e os particularismos dos distintos agregados humanos (Vianna, 1938, p. 39).

Nesse sentido, a análise histórica que faz de nossa formação procura evidenciar nossas peculiaridades frente aos demais povos. Sua abordagem é marcada pela influência do culturalismo sociológico de Sílvio Romero, que se pautou nas teses da escola francesa de Ciência Social. A produção de autores franceses impactou sobremaneira a obra de Vianna. De Le Play, em relação ao método, a influência é sentida na identificação de tipos regionais com base em fatores sociais; de Gustave Le Bon, na noção da existência de alma da raça ou caráter nacional; de Lapouge, na crença no protagonismo da raça ariana. Vianna também recebe influência da leitura de *Os sertões*, destacadamente da crença de Euclides da Cunha na existência de *dois Brasís*, indicativa da posterior imaginação que oporia um país legal de um país real. Odalia (1997) identifica, por outro lado, em Capistrano de Abreu, a origem do pensamento de Vianna no que tange à diversidade e, sobretudo, à sua inabalável crença de que é no espaço brasileiro que se deve buscar os grandes modeladores do que ele chama de caráter nacional.

Seria um dos maiores equívocos, para Vianna, considerar, tal qual a elite dirigente o fizera até então, a dispensabilidade do estudo do povo brasileiro em sua especificidade. Não haveria uma identidade absoluta entre nós e os outros povos ditos “civilizados” (1938, p. 44). O esquecimento do problema e da procura pela especificidade do nosso povo, por meio da pressuposição de uma absoluta coincidência com o outro estrangeiro, foi assim criticado e chamado por ele de “anamnese da nações” (1938). Sem quebrar com esse quadro de esquecimento, não seria possível cogitar qualquer política reformadora. Esta dependeria do conhecimento das condições objetivas e experimentais do povo brasileiro, que desponta como referencial da construção de uma “política orgânica”, ou seja, um programa induzido pelas condições específicas da estrutura social e da mentalidade coletiva (Vianna, 1938).

Ainda que possamos considerar um relativo “ornamentalismo” (nos termos de Giacomuzzi (2015)) do “realismo” na produção de Vianna, não há como negligenciar, nos seus trabalhos de ciências sociais, a mobilização da reivindicação discursiva da pauta “realística” como postura e como método a serem considerados. Também deve ser reconhecido que o realismo como motivação encontra efetividade no aporte do autor na medida em que, por um lado, sua produção é orientada por diagnósticos de circunstância e de representação da realidade brasileira por ele considerada, ensaísticamente ou não, e, por outro, a indução é uma constante de sua prática intelectual, como pontuam Hollanda e Coser (2016).

O certo é que, não obstante haja uma nauseante defesa de uma postura “realista” e “objetivista” em seus textos ao longo da década de 1920 (e também as posteriores), é de se questionar uma empreitada sociológica do autor que de fato tenha empregado pesquisas empíricas ou ido além de sua própria imaginação e da leitura de obras técnicas disponíveis em gabinetes.

Embora suas produções estejam recheadas de expressões como “realismo” e “objetivismo”, é preciso desconfiar de seu efetivo uso: elas devem ser tomadas como um tributo, talvez meio automático, ao cientificismo do século XIX, e não como uma efetiva forja prática do fazer histórico e sociológico compreendido, como observa Carvalho (1991).

Em *Tribunos, profetas e sacerdotes*, Bolívar Lamounier enfrenta o encantamento de Vianna com as técnicas de pesquisa modernas – como as da geografia social francesa – como um deslumbramento. De pesquisa empírica, sua obra é escassa, e sua reflexão metodológica não teria ultrapassado um “empirismo ingênuo” ou, ainda, um “positivismo na acepção mais pobre deste termo” (Lamounier, 2014, p. 174). Esta, no entanto, é uma crítica controversa, na medida em que os intérpretes de Vianna se dividem quanto ao caráter efetivamente “realista”, para os quadrantes da época, de seus trabalhos.

Na década de 1920, um maior desenvolvimento conferido às reflexões sobre realidade, especificidade brasileira e agenda político-reformadora ganhará corpo em *O Idealismo da Constituição*, publicado em 1928. Nessa obra, retomando a problemática de importação cega de estrangeirismos como saída “transplantada” para nossos problemas, Vianna contrapõe uma dualidade de idealismos: um deveria ser combatido; outro, experimentado pela elite dirigente nacional.

Ao primeiro desses idealismos o autor denomina “utópico”, caracterizado como “todo e qualquer sistema doutrinário, todo e qualquer conjunto de aspirações políticas em íntimo desacordo com as condições reais e orgânicas da sociedade que pretende reger e dirigir” (Vianna, 1939, p. 10). O alastramento desse tipo de idealismo em nossa quadra intelectual e política seriam responsáveis pela “insignificância do seu rendimento efetivo”, ou mesmo por uma “esterilidade completa”, na medida em que está em desacordo com a realidade em que se instala, exatamente porque não a leva em conta.

Em caráter oposto, a outra forma de insurgência do “idealismo” é denominada de “orgânica”, identificada como um conjunto de formulações que “nascem da própria evolução orgânica da sociedade e não são outra coisa senão visões antecipadas de uma evolução futura” (Vianna, 1939, p. 11). Refletindo a perspectiva de Ingenieros (1926), seria uma espécie de idealismo fundado na experiência, que se orienta pela observação do povo e do meio.

Para Vianna (1939), nunca teríamos praticado essa forma de idealismo. E esse teria sido o nosso grande pecado de cem anos. A saída para pensar a organização social e política do povo brasileiro estaria dada, exatamente, no abandono do idealismo utópico e na afirmação do idealismo que partisse da nossa realidade, orgânico e tropicalizado, portanto.

Também em *O Idealismo da Constituição*, a denúncia ao estado de generalização do idealismo utópico nos aproxima de um quadro histórico mais amplo, no qual se insere o Brasil e de que participa toda a América Latina. Para Vianna (1939, p. 312), o “espírito latino-americano” estava devotado aos idealismos exóticos, ao entusiasmo por ideias pretensamente universais, ao encantamento pelo estrangeiro e ao esquecimento de nós mesmos. Esse seria o estado da imaginação tropical, por ele caracterizada como um espaço de “dependência de ideais estranhos”. Daí o idealismo orgânico funcionar como uma força corretiva da nossa “imaginação tropical”.

Em outros termos, haveria uma dualidade entre, de um lado, “espíritos dedutivos”, que partiam de conceitos e postulados doutrinários e dele extraíam os elementos do seu sistema político, e, de outro lado, “espírito realístico e objetivo”, que procura por regimes convenientes e adaptados ao povo (Vianna, 1939). A essa dualização correspondem o idealismo utópico e o idealismo orgânico.

Leituras como a de Ricupero (2014), no sentido de que a obra de Vianna apresenta como tema central a inadequação de ideias e instituições estrangeiras ao Brasil, não me parecem retratar com precisão os termos da questão colocada desde os primeiros trabalhos da década de 1910. Seria equivocado simplificar a crítica de Vianna como uma mera objeção às experiências estrangeiras como fonte de solução para as questões internas. Em trabalhos como *Problemas de Política Objetiva*, aparece com clareza algo que já estava bastante presente em produções anteriores. Para a solução dos problemas nacionais, Vianna (1947) considera ser possível aproveitar balizas estrangeiras, desde que sejam adequadas à realidade brasileira. Não fosse assim, a defesa aberta de elementos corporativistas – com fortes associações a produções do mundo europeu – ou jurídico-realistas – engendrados por autores americanos –, tomados por Vianna como passíveis de serem “copiados” porque adequados à realidade nacional, não se sustentaria.

Criticando os desajustes entre realidade nacional e modelos estrangeiros circulantes no país, Vianna identifica que três “ordens de idealistas” gravitavam na cena política brasileira por meio da defesa de anglicismos (regime constitucional inglês com seu parlamentarismo clássico), de americanismos (defesa do federalismo e da descentralização) e de francesismos (pelo racionalismo dos enciclopedistas e imaginação sonhadora dos convencionais franceses). Seria preciso romper com essa tradição instalada e procurar por um idealismo verdadeiramente tropical, atento à nossa realidade.

Assim, a autoatribuição da condição de intérprete “objetivo” da realidade social e política brasileira será por ele mobilizada para sustentar obras de reformas políticas e chaves de orientação da política nacional com vieses bastante definidos. O ponto em que quero insistir é o da construção de uma perspectiva que mobiliza, o tempo inteiro, o realismo como parte de sua leitura do Brasil, inclusive para legitimar e justificar a sua pauta normativa.

Com isso, estou longe de querer afirmar o ineditismo de Vianna ao propor uma leitura “realista”, contraposta às costumeiras leituras idealistas, como já mostrou amplamente o trabalho de Lynch (2021) ao apontar a existência, séculos atrás, do realismo como pauta teórica ou como método, tanto na Europa como no século XIX brasileiro – especialmente as “dívidas” de Vianna com autores como Paulino José Soares de Souza, Alberto Torres e Sílvio Romero, na síntese de Carvalho (1991). O interessante é que Vianna, talvez pela insistência, confira uma abordagem mais clara e explícita sobre as formas de encarar os nossos problemas nacionais a partir exatamente desse dualismo entre realismo e idealismo – expressões que não raramente movimentam, na pluralidade de autores, significados, inclusive, diversos.

Em Vianna (1939), essa dualidade está disposta, antes de mais nada, na crítica à postura dos “organizadores brasileiros”, os elaboradores de códigos políticos, de darem as costas para o país e buscarem não no nosso povo, na sua estrutura e na sua particular *psique* (expressão que ele usa insistentemente), os materiais para as construções políticas, mas fora de nós, nas jurisprudências, nos princípios e nos sistemas estrangeiros. Os fatos observados e os dados da experiência (étnicos, sociais, econômicos e geográficos), responsáveis pela formação do povo brasileiro, dando a ele sua estrutura e sua mentalidade, é que deveriam entrar na gramática reformadora e na agenda de proposições políticas para o país.

Ao contrário do que teriam feito os idealizadores da Constituição de 1891, era preciso considerar um traço elementar da realidade brasileira, o da existência do clã patriarcal como base de toda a nossa estrutura social e política. Retomando um ponto insistente em sua obra, o da dispersão da população e o de sua destituição de solidariedade e de cooperação, a proposta é a de lançar um programa que se adeque a essa realidade, não para reforçá-la, mas para propor modificações a partir dela (Vianna, 2005).

A mobilização de uma pretensa leitura realista e objetiva aparece, argumentativamente, como um condensador da necessidade de afirmação da centralização política e da afirmação da ordem jurídica estatal. No conflito apresentado entre a centralização política e o espírito de clã (que seria uma criação genuinamente brasileira), Vianna demonstra a necessidade de se superar esse espírito, considerado um “fator de perturbação no funcionamento de qualquer mecanismo político” (Vianna, 1939, p. 69). Por isso, a proposta de uma reforma política no Brasil, atenta às bases realísticas, deveria ter por objetivo neutralizar a ação nociva das toxinas do espírito de clã ou, quando isso não fosse possível, reduzir ao máximo a sua influência e a sua nocividade. A leitura é colocada, em síntese, nos seguintes termos: “dar consistência, unidade, consciência comum a uma vasta massa ganglionar, subdividida em quase duas dezenas de núcleos provinciais, inteiramente isolados entre si moral e materialmente – eis o primeiro objetivo” (Vianna, 1939, p. 178).

Dirá ele, em nota à segunda edição de *O Idealismo da Constituição*, que tudo o que não for representativo da organização da ordem legal e da consolidação da unidade nacional, por meio do recrudescimento da autoridade pública e da hegemonia do poder central, seria utópico (Vianna, 1939). A pretensão já estaria dada também em *Populações* (2005), no qual a obra de centralização política deve se dar por meio de dois grandes objetivos: consolidar a nacionalidade e organizar a ordem legal.

Considerando que Vianna (1939, p. 133) atribui ao poder legislativo brasileiro da Primeira República uma associação com o “espírito de clã”, portanto de facção de desordem, aparece em seu *O Idealismo da Constituição* a defesa de ampliação dos poderes do presidente da República e de restrição à atuação do parlamento. Não apenas por isso, mas também por inexistir uma verdadeira opinião pública, que precisaria ser formada para que o parlamento pudesse exercer suas funções, o que não havia se concretizado até aquele momento (Vianna, 1939, p. 132).

Desse quadro, uma das pautas que sustenta estar derivada da observação da realidade do país é a da defesa da ampliação da capacidade de o executivo atuar na formulação das leis, cabendo ao parlamento uma função secundária no processo legislativo, a de dispor e preceituar de modo geral, e ao executivo de regulamentar as matérias com maior densidade, de modo a se conferir “a flexibilidade e a elasticidade necessárias à adaptação [das leis] às realidades econômicas, sociais e políticas, sempre em contínua transformação” (Vianna, 1939, p. 136). A urgência dos temas também aparece como um justificador da ampliação dos poderes do Executivo, na medida em que a realidade do país demandava celeridade na regulamentação das matérias, o que não seria possível em um ambiente marcado por discussões atravessadas por interesses particulares e faccionismos os mais diversos, desatrelados de interesses nacionais. Apenas o presidente da República exprimiria o “pensamento da Nação” (Vianna, 1939, p. 154) – cabendo notar, aqui, a influência, não isenta de afastamentos, de Schmitt sobre o autor (Santos, 2010).

Outra mobilização que Vianna faz em sua investida dita “realista” é a de identificar, não obstante a diversidade de nossos tipos (o *matuto*, o *sertanejo* e o *pampa*, conforme *Populações*), elementos para uma “história geral” para o tipo psicossocial brasileiro, que seria dado basicamente pela significação social das populações do Centro-Sul³, tipo pelo qual toda a agenda de reformas deveria se pautar. A nossa originalidade, dirá ele, repetindo uma questão

3 Do mesmo modo, entende Ângela de Castro Gomes (1990): “Para este autor nós somos um povo distinto de qualquer outro; embora não sejamos um povo uniforme, pois há grandes diversidades no Brasil. Contudo, se é possível distinguir três histórias e três sociedades (a do Norte, a do Centro-Sul e a do Extremo-Sul) no Brasil, é também possível assinalar uma ‘história geral’ que é dada basicamente pela significação social e política das populações do Centro-Sul” (Gomes, 1990).

que já se colocava em *Populações*, está na pacificação das relações. Em sua leitura, enquanto o nosso natural seria a paz, os estrangeiros apresentam a guerra; enquanto o nosso destino seria o de harmonia dos povos, os outros povos nos apresentam as “hegemonias irritantes”; e enquanto o nosso espírito seria de fraternidade, os estrangeiros e seus padrões políticos nos apresentariam a luta de classes, os preconceitos e as rivalidades externas a nossa índole (Vianna, 1939). Esse fundo natural do povo brasileiro foi fortemente associado à defesa, gradual e remodelada, que Vianna (1939; 1947) fez de elementos corporativistas no domínio político brasileiro já nos anos 1920.

Estão, portanto, colocados os caminhos que sua leitura autodenominada realista aponta em relação às gramáticas sociais e políticas do processo de modernização do Brasil. Ao defender uma autonomia e uma originalidade do pensamento no Brasil, lança o desafio de criarmos um regime político, o “tipo brasileiro”, que pudesse figurar nos tratados de direito público e constitucional. No campo da evolução, o diagnóstico de Vianna para seu tempo era o de que, em termos de “psicologia política”, o Brasil se encontrava na fase do patriotismo tribal, da solidariedade de clã rústico, parental, senhorial e eleitoral. Era preciso cristalizar entre o povo brasileiro a mentalidade política de “grupo nacional”, uma vez que “não temos o sentimento da hierarquia e da autoridade; o respeito subconsciente da lei; a consciência do poder público como força de utilidade social.” (Vianna, 1947, p. 49). Seria preciso induzir toda essa carga nacional via reorganização política que considerasse a nossa particularidade e promovesse a centralização.

Realismo jurídico e corporativismo

A defesa de um uso pragmático do direito e a crítica ao liberalismo são lugares que Vianna, o jurista dos anos 1930, ocupa com centralidade. Sua compreensão do direito a que me refiro está substancialmente apresentada em *Problemas de Direito Corporativo*, coletânea de artigos originalmente publicados no *Jornal do Commercio*, como uma defesa pública do anteprojeto de organização da Justiça do Trabalho, redigido pela comissão dos técnicos do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC) (da qual Vianna fizera parte) em 1935. Nos textos, Vianna debatia com o jurista e político liberal Waldemar Ferreira, que o acusava de ter introduzido no direito brasileiro um dos pilares do totalitarismo fascista: o poder normativo na Justiça do Trabalho. Apoiado na defesa intransigente do liberalismo e de uma imposição permanente da civilística clássica, Waldemar Ferreira travou uma série de críticas ao projeto de lei, que recebeu de sua parte um extenso parecer opinando pela inconstitucionalidade.

As divergências entre os juristas não eram limitadas ao projeto de organização da Justiça do Trabalho⁴, mas se estendem para matérias do campo político, uma vez que, embora Ferreira tivesse estabelecido no passado uma relação de relativo alinhamento político com Vargas, deste se distanciou no decorrer dos anos 1930. Embora as questões políticas não estejam expressamente situadas nas páginas do debate entre Vianna e Ferreira, os juristas se inseriam, à época da polêmica que enseja *Problemas de Direito Corporativo*, em redes políticas distintas, conscientes dos impactos derivados da aprovação e do encaminhamento do poder normativo, enredado no robustecimento de elementos corporativistas sobre a classe trabalhadora.

⁴ Esta, por sinal, já fora apresentada em outros estudos (Paixão e Lourenço Filho, 2021; Droppa, 2016).

O tom de Vianna na obra é o de uma autodefesa, estrategicamente articulada com vistas a tentar decantar elementos do corporativismo, por ele defendidos no Brasil, do arranjo do Estado totalitário fascista. Para isso, uma série de exemplos de países de democracia liberal – que formalmente imprimiam institutos ou práticas análogos e similares aos que Vianna defendia – eram mobilizados nos textos para desatrelar a associação entre o projeto de lei e o fascismo. Embora tente maquiar a influência fascista que recebe sua teorização acerca de aspectos do corporativismo imaginado⁵, é inevitável uma referência ao peso que autores como Alfredo Rocco tiveram sobre o jurista fluminense para construir, em termos de “apropriação criativa” (Gentile, 2019)⁶, aspectos variados de seu pensamento, caso do poder normativo (Rocco, 1927, p. 347-353).

Três pontos foram fertilmente explorados por Vianna quanto à reformulação do direito brasileiro com vistas à sua programática normativa. O primeiro que quero registrar está radicado na crítica, de um lado, ao método lógico-gramatical de interpretação e ao raciocínio abstrato e silogístico, e, de outro, ao reducionismo das fontes jurídicas à estatalidade. Ao assumir esse viés crítico, *Problemas de Direito Corporativo* incorpora um contundente ataque aos balizadores formalistas para a regulação das relações de trabalho.

Identificando um “choque” entre duas concepções do direito, Vianna procura afirmar, retomando a atuação judicial de Louis Brandeis, que nem a Constituição nem a lei podem ser interpretadas e entendidas sem o “pleno conhecimento dos fatos que lhe deram origem ou que aos quais serão aplicadas: a lógica das realidades deve prevalecer sobre a lógica das palavras” (Vianna, 1938b, p. 18). O autor não escondia sua admiração pelo realismo jurídico americano, notadamente às contribuições de Louis Brandeis e Benjamin Cardozo – responsáveis, segundo ele, por uma maior plasticidade da Constituição da Filadélfia – e à crítica ao excessivo formalismo dos juristas exposta em trabalhos da “escola sociológica” americana, como os de Pound, Corwin e Llewellyn. Os realistas americanos se destacavam por inserirem no raciocínio prático, doutrinário ou dogmático aspectos relacionados à finalidade, função, consequências e contextos, reconstruindo juridicamente questões econômicas, sociais e políticas, e evidenciando soluções jurídicas alternativas derivadas da escolha de determinada política, valor ou interesse em relação a essas questões.

Dos autores realistas estadunidenses, Vianna assumia, principalmente, a rejeição, por distintos meios, à operação formalista do direito. Pound (1910), por exemplo, caracterizava essa operação como fruto de concepção jurídica “mecanizada”, em que as regras tradicionalmente eram usadas em sua forma fixa e definitiva pelos tribunais, enquanto a realidade deveria se ajustar a elas. Ao enfatizar a distância entre o “direito nos livros” e o “direito em ação”, Pound afirmava que a “história do pensamento jurídico não nos diz nada a menos que conheçamos as forças sociais que permanecem por detrás dele” (Pound, 1910, p. 34).

Karl Llewellyn enfatizava que o direito não consistia nas normas textualizadas, mas nas próprias disputas sobre seus significados, fatos e efeitos. O jurista sumarizava três possibilidades reflexivas. Primeira: a dedução não resolve casos, apenas mostra o efeito de dada premissa. Assim, havendo “uma premissa”, isto é, uma norma válida “concorrente, mas igualmente au-

5 Antes de iniciar a análise propriamente dita, quero esclarecer duas questões. No trato do corporativismo, não é minha pretensão abordar, como um todo, o projeto que Vianna almejava para o Brasil. Esse trabalho vem sendo desenvolvido por larga produção (Vieira, 2010; Bastos e Moraes, 1993; Gentile, 2018). Também não é minha intenção fazer aqui um levantamento das interpretações recentes sobre os sentidos e impactos políticos e sociais que as tonalidades do projeto de Vianna ocasionaram na conformação das relações políticas e sociais no Brasil desde a década de 1930 (Lobo, 2016).

6 Para as influências de Manoilescu, Perroux, Pior, Panunzio e Laski na leitura de Vianna acerca do corporativismo: Vieira (2010).

toritativa que leva a uma conclusão diferente – então há uma escolha no caso [...]” (Llewellyn, 1931, p. 1252-1253). Segunda possibilidade: se há várias induções possíveis a partir de um caso ou série de casos e se as técnicas para interpretar precedentes podem tanto restringir quanto estender seu significado, há enorme margem para interpretar os precedentes. Terceira: se a classificação dos fatos, para a subsunção às normas, é um “processo amplamente arbitrário”, não havendo uma classificação correta e fechada, mesmo o pensamento dedutivo não é capaz de levar a uma conclusão unívoca (Llewellyn, 1931).

Benjamin Cardozo (1921, p. 113), por sua vez, admitia que, em casos difíceis, os juízes do *common law* de fato cumprem uma função criativa, legislando “apenas nas lacunas” e, como qualquer legislador, informando-se a partir de “experiência, estudo e reflexão”. Cardozo distinguia ao menos quatro métodos de análise jurídica: o método analógico, que trabalha para a indução de princípios e sua extensão a casos similares, preservando a consistência lógica; o método histórico, que se informa da origem e evolução de certa regra ou conceito; o método do costume, que ajusta as decisões às expectativas sociais generalizadas; e o método sociológico, que inclui considerações de equidade, utilidade e bem-estar social. Esse valor aparece como predominante: “Quero dizer que quando são chamados a dizer o quanto as regras existentes devem ser estendidas ou restringidas, devem deixar o bem-estar da sociedade fixar a trajetória, sua direção e sua distância” (Cardozo, 1921, p. 67).

Pauta maciçamente presente na agenda de autores realistas americanos foi a da crítica à fixidez rígida de determinados conteúdos e conceitos jurídicos, como se eles fossem ontológica e essencialmente vinculados. Autores como Felix Cohen (1935) propunham, nesse sentido, uma abordagem funcional do jurídico, uma espécie de afronta ao formalismo logicista dos práticos do direito. A crítica de autores como Cohen recaía, sobretudo, no caráter “circular” e “tautológico” dos raciocínios judiciais, que reduziam a aplicação do direito a um processo lógico e dedutivo, que operava por meio de conceitos doutrinários e máximas tradicionais, excluindo fatos e práticas sociais, justificativas morais, razões econômicas ou políticas que permeavam as matérias em julgamento, bem como seus impactos sociais, políticos e econômicos.

Do ponto de vista filosófico, a construção da corrente pragmatista nos Estados Unidos, desde os anos 1870, influenciou fortemente projetos como o do realismo jurídico. Em autores como Dewey, que identificavam uma filosofia como “instrumentalismo”, é possível perceber como a racionalidade é vista sem apego a valores absolutos ou a dogmas morais gerais dos quais se podem ser deduzidas aplicações particulares. Dewey insistirá na impossibilidade de se separar o que é o direito de como ele funciona: “dado arranjo jurídico é o que ele faz” (Dewey, 1938, p. 18).

Apropriando-se de várias dessas influências e de tendências do funcionalismo e do pragmatismo, Vianna (1938b) considera que o direito deveria estar radicado na maior liberdade de interpretação dos textos legais e na renúncia à “superstição literalista” e ao exclusivismo do lógico para se alcançar o sentido da lei. Como deveria se expressar a atuação dos juízes nos tribunais trabalhistas, desde sua concepção? Não estando adstrito ao texto da lei, o juiz funcionaria como “um órgão vivo de elaboração legal, com uma amplitude de poder no manejo dos textos que o permite ser um verdadeiro legislador, um legislador secundário” (Vianna, 1938b, p. 22).

Na atuação judicial de Holmes, um predecessor dos realistas americanos, Vianna (1938b, p. 23) se inspira para perceber o juiz de seu tempo como um agente não insulado nos postulados, nas categorias e nas regras de direito dissociadas das realidades circundantes, mas, ao contrário, ele deveria lançar suas vistas para as realidades que o cercavam. Ao assim entender a mudança a ser implementada na postura judicante, menos imersa em gabinetes e mais aproximada da

“realidade funcionante”, Vianna postula por uma tendência realista do direito brasileiro. Essa orientação do perfil dos magistrados, a de redirecionamento para a “realidade dinâmica e viva”, seria por ele considerada o *leitmotiv* dos técnicos do direito contemporâneo. Essa crítica ao formalismo do direito remonta também a práticas judiciais e a correntes de pensamento europeias que inseriam elementos não formais no cotidiano da decisão judicial (Stolzi, 2019; Santos, 2010).

A expressão prática do perfil atribuído aos magistrados demandaria também uma reorientação dos agentes que definem os graus de densificação e de abertura da lei à interpretação e às outras fontes (principalmente os legisladores), que, no Brasil de então, assimilavam integralmente os cânones tradicionais do direito civil: “sem um espírito afeiçoado à observação das realidades da vida em sociedades [e] ao estudo das estruturas econômicas e políticas e dos seus imensos reflexos sobre a super-estrutura constitucional do Estado” (Vianna, 1938b, p. 28). Era preciso superar a mentalidade refratária à realidade e, criticando o formalismo, jogar por terra o primado absoluto do “jogo de silogismos abstratos” que dominava o direito.

Para o jurista fluminense, o exemplo maior de abandono dessa mentalidade formalista do direito estaria dado exatamente no projeto de lei de Organização da Justiça do Trabalho, ao regulamentar o poder normativo dos juízes. O opositor desse movimento era Waldemar Ferreira, cuja análise da temática advogou por critérios formalistas e liberais, desconsiderando, segundo Vianna, o “problema social” da Justiça do Trabalho e limitando-se a opinar sobre o poder normativo sob o prisma exclusivo do Direito Constitucional positivo, literal e gramatical, do artigo 122 da Constituição de 1934.

A posição de Vianna, além da crítica ao formalismo inspirada nos realistas americanos, também se deu por meio de sua aproximação com autores que problematizavam o monismo jurídico. De Gurvitch (1935), salienta a noção de direito não adstrita à de lei estatal, e de Ehrlich (2009), extrai a admissão de um direito “extra-estatal”, ou ainda, de normas jurídicas elaboradas fora do Estado. Muito embora Vianna não rompa com a participação, em termos de reconhecimento da autoridade estatal sobre essas normas, inegavelmente a sua postura foi a de admitir aspectos normativos de corporações e sindicatos como elementos integrantes da juridicidade. Nesse sentido, caberia ao Estado reconhecer a existência de outras fontes jurídicas para além das estatais, que seriam aquelas elaboradas por grupos sociais e pelas coletividades, organizadas dentro do próprio Estado (caso dos sindicatos), o que arremessaria os intérpretes a abandonarem a preocupação exclusivista da norma legal e a atentarem para aspectos tradicionalmente alijados de seus horizontes normativo-referenciais.

Além do debate acerca do formalismo jurídico, Vianna e Waldemar Ferreira tencionavam acerca da possibilidade da criação de autarquias com poderes regulamentares. Ferreira era um liberal republicano fiel aos ideais de 1891 e acreditava que a separação de poderes era uma condição essencial da liberdade, insistindo, com isso, na separação rígida, à moda do século XIX. Contrariamente, Vianna defendia a competência normativa dos tribunais do trabalho, que teriam a atribuição de criar normas gerais reguladoras das condições de trabalho das coletividades.

Para justificar seu projeto, argumentava não se ater aos códigos legais, mas procurar pelas “novas formas da vida jurídica contemporânea” (Vianna, 1938b, p. 37). Isso equivaleria a aceitar – com base no que já se processava na Alemanha, nos Estados Unidos e na Inglaterra, bem como nas defesas que fizeram Ernst Freund, Edward Corwin e Westel Willoughby – que o poder legislativo delegasse aos tribunais do trabalho o poder de regulamentar condições de trabalho. A divisão de poderes prevista no artigo 3º da Constituição de 1934 não deveria ser interpretada, assim, por métodos literalistas e gramaticais, mas com flexibilidade, senso de

adaptação imposto pela necessidade de eficiência dos serviços públicos e pelo imperativo do interesse coletivo (Vianna, 1938b). Outros intelectuais do campo jurídico brasileiro participavam dessa posição de relativização da divisão de poderes, caso de Francisco Campos (2001).

Do mesmo modo que para Campos, haveria para Vianna uma demanda da realidade social para essa relativização da separação de poderes de modo a permitir a delegação de poderes legislativos. Considerando que a demora prolongada de respostas por parte do parlamento não se sincroniza com as urgências vindas da realidade do mundo social, por uma questão de eficiência dos serviços públicos e de interesse e utilidades coletiva, a delegação de poderes do Parlamento tratava-se de “um imperativo da própria realidade, contra quem não podia prevalecer o rigorismo de um preceito constitucional, entendido sem atenção às realidades práticas da vida” (Vianna, 1938b, p. 45).

Por fim, outro destaque do debate público entre Vianna e Ferreira diz respeito ao papel das chamadas “corporações administrativas”. O jurista fluminense enxergava na descentralização funcional das atividades estatais uma tendência mundial que precisava ser incorporada pelo Brasil. Por meio desse processo, o Estado reconheceria organizações funcionais e corporativas, para-estatais ou infra-estatais, com competência de regulamentar e criar normas. Ferreira era contrário a essas iniciativas pelo temor de que as corporações, como a Justiça do Trabalho, viessem a escapar da tripartição de poderes. O executivo, para ele, não deveria ter mais esse instrumento de poder.

As organizações administrativas seriam detentoras de uma “complexidade de poderes”, na medida em que, fugindo do padrão rígido da separação de poderes, assimilariam competências legislativas, executivas e judiciais (Vianna, 1938b). Para demonstrar a compatibilidade dessas organizações com realidades democráticas, o jurista mobiliza um interessante “recurso político” (Gomes, 1993) para rechaçar o fascismo do projeto de lei por ele defendido: vale-se de uma série de exemplos estrangeiros, com ênfase para as *corporations* criadas por Roosevelt e engendradas no New Deal, portanto, fazendo referência a uma experiência política de cunho altamente liberal. Os tribunais do trabalho, à época fora do âmbito do poder judiciário, seriam corporações destinadas à solução jurisprudencial dos conflitos trabalhistas (Vianna, 1938b).

A descentralização funcional representada pelas corporações não significava descentralização territorial do poder. Não se tratava de “federalizar” os encargos da administração pública, mas de preservar o caráter nacional das diretrizes e iniciativas, valendo-se de uma divisão funcional da administração. A descentralização funcional associava-se, desse modo, à centralização política, atribuindo aos novos órgãos criados o poder de criar normas gerais.

O poder normativo dos juízes do trabalho

A diferenciação entre a Justiça do Trabalho e a Justiça comum e a constituição de uma sistemática própria para a análise do conflito coletivo trabalhista são questões cruciais de Vianna em seu *Problemas de Direito Corporativo* (1938b).

A insistência nas matrizes formalistas e civilistas clássicas, condensadas em leituras que repetiam cânones de autores civilistas tradicionais, foi assumida por Waldemar Ferreira para estabelecer a sua crítica ao projeto de organização da Justiça do Trabalho. Nesse debate, Ferreira articulou uma postura reacionária. A defesa que fez das matrizes clássicas do direito comum, balizadas na rígida compreensão da separação de poderes e na capacidade dos magistrados para decidirem apenas situações pretéritas e com efeitos *inter partes*, colidia com as propostas de Vianna.

No jogo do específico e do inédito, Vianna entende o “poder normativo” como a matriz justificadora, o princípio de especificidade de toda a justiça trabalhista brasileira. Relacionado à estipulação de novas condições de trabalho, especialmente criando novas tabelas salariais, o poder normativo se ocuparia do julgamento de conflitos coletivos que teriam por fundamento causas coletivas de ordem econômica. Por isso, a tarefa do juiz não seria a de reconhecer ou declarar, mas a de constituir direitos (Vianna, 1938b). Todo um movimento de reorientação da teoria do direito está representado aqui, se compararmos a proposta do poder normativo com os cânones estabelecidos do direito comum.

O reconhecimento do poder normativo aos juízes do trabalho para julgarem conflitos coletivos é descrito por Vianna como inserido em um movimento maior de diferenciação do direito social em face do direito civil: é precisamente no âmbito processual que se faz evidente a divergência entre o âmbito jurídico de natureza privada e de sentido individualista (direito civil) e o de natureza social e de sentido coletivo (direito social). A diferenciação entre esses dois “âmbitos” do direito se expressava também por meio da representação em distintos agentes (“juristas de direito clássico” e “juristas de direito novo”), conceitos, doutrinas, sistemáticas, normas e princípios. Para Vianna (1938b, p. 98), ainda, essa diferenciação não se deu desacoplada da realidade social, mas foi por ela própria moldada, uma vez que o “direito novo” surge como uma sublevação de pressões vindas das subcamadas sociais, das infraestruturas organizadas, à procura de novos quadros legais.

A abordagem do direito social de Vianna como um “direito novo” é certamente questionável se consideramos que, muito embora novidades tenham sido veiculadas (possibilidade de estabelecimento de retenções normativas estritas, maior celeridade, afinidade com princípios de justiça social antes não identificáveis), as continuidades instaladas são muitas, desde o elevado depósito de poderes na mão do Estado para resolver conflitos até o reconhecimento da forma capitalista como mediadora das relações privadas, lastreadas na mercadoria, na propriedade privada e no trabalho abstrato. Certamente, o direito social representa uma reorientação no interior do campo jurídico, mas que podemos questionar o seu grau de inovação no sentido de efetivas rupturas.

À época, o movimento de diferenciação teórica – ou, nas palavras de Vianna, de dualização entre um “direito clássico” e um “direito novo” – foi ainda mais tensionado em razão do papel projetado à Justiça do Trabalho, determinando a ela uma especificidade bastante inédita na composição clássica das instituições judiciais brasileiras. Constituição corporativa de seus órgãos; especificidade temática de competência voltada aos conflitos econômicos; dinâmica procedimental pautada pela simplicidade, oralidade, unidade de juízo e inapelabilidade das decisões; formulação de julgados com natureza normativa e revogabilidade; e, por fim, o modo de interpretação e aplicação da lei com objetividade, com pragmaticidade, equidade e *standards legais*: essas seriam especificidades, não encontradas no direito e na justiça comuns à época, que formam o cerne da Justiça do Trabalho nas lentes de Vianna (1938b, p. 100). Essa é, muito brevemente, a fórmula procedimental do autor para o funcionamento da Justiça do Trabalho no processo de sua formação.

Entretanto, estaria nos conflitos coletivos o ponto mais forte de justificação e de especificidade da existência da Justiça e do processo do trabalho. Da composição corporativa e paritária à capacidade criadora de normas por juízes do trabalho; da simplicidade do rito e do critérios

juízes flexíveis à refratariedade aos princípios da coisa julgada e da separação de poderes; tudo isso estaria fortemente justificado nas demandas próprias para o julgamento dos conflitos coletivos de natureza econômica (Vianna, 1938b, p. 111)⁷.

Representando uma regra impessoal e geral, aplicada aos empregados atuais e futuros das empresas, as decisões dos juízes nos conflitos coletivos econômicos, ao visarem novas condições de trabalho, exigiriam, na proposta do autor, critérios de formulação distintos daqueles das sentenças judiciais comuns. É precisamente aqui que reside a defesa aberta de Vianna à aproximação e à abertura do intérprete em relação à realidade.

Ao resolver controvérsias de natureza econômica, e não jurídica, o juiz do trabalho, no uso do poder normativo, não teria um ponto normativo ou contratual preestabelecido: há apenas uma situação de fato para a qual deveria estabelecer uma regulação como se fosse ele legislador (Vianna, 1938b, p. 114). Esse poder criativo dos juízes propõe um certo envolvimento diagnóstico com as condições reais para impor conteúdos que não estão hipotética e previamente fornecidos pelo legislador. Precisamente, ao se envolver com as condições de seu meio, o juiz deveria ponderar dados concretos, explorar o mercado de preços e de trabalho, estudar condições de mercados, custos e métodos de produção, possibilidades comerciais e financeiras das empresas envolvidas, condições normais e mínimas de vida dos trabalhadores e interesses da coletividade ou de toda a Nação (Vianna, 1938b, p. 115). Ao conhecer a realidade, o juiz estaria permitido a “balancear tudo isto, tirar uma média e decidir ou ‘dirimir’” (Vianna, 1938b, p. 115). Em alguns momentos, Vianna chega até mesmo a comparar o juiz do trabalho a um “perito desempatador”, e a sua decisão judicial, a um laudo de perito.

A apresentação que faz do juiz do trabalho se contrapõe com a do juiz “clássico”, para ele, formado na disciplina dos glosadores e praxistas e preso à literalidade dos textos legais (Vianna, 1938b, p. 175). O direito do trabalho e o direito corporativo, ao contrário disso, seriam sistemas “fora do Código”: vivos, recentes, permeados das realidades econômicas nas quais se formam e passíveis de terem suas experiências verificadas *in vitro*, como nos laboratórios (Vianna, 1938b, p. 175).

A essa liberdade de criar normas para resolver conflitos coletivos, Vianna (1938b, p. 115) se orgulhava de cogitar um padrão para os juízes trabalhistas que estaria dado fora da clássica “dialética jurídica dos legistas e dos advogados” e que dela se distanciava na medida em que o processo do trabalho e a Justiça do Trabalho lidavam não com o domínio das regras de direito, abstratas, rígidas e impessoais, mas com o puro domínio do que denominava *standards legais*: concretos, objetivos e flexíveis. Ou, ainda, uma série de artifícios plásticos e flexíveis entram no domínio de escolha do juiz para construir a norma do caso concreto, como é o caso do “interesse da justiça social” e do “princípio da equidade”. O juiz, aqui, estaria “liberto, por assim dizer, da lei” (Vianna, 1938b, p. 116).

Ainda que Vianna reconheça que essa liberdade não seria total ou absoluta, uma vez que limitada por um sistema de “superlegalidade”, ele próprio admite que esses limites seriam fluidos e flexíveis, “simples orientações ou diretrizes dadas pelo legislador ao juiz”. Aqui, o autor faz referência aos limites dos *standards legais*, que serão por ele melhor apresentados, embora de maneira bastante incipiente, em texto publicado no *Jornal do Commercio* (1937).

⁷ Vianna, ao distinguir os conflitos coletivos jurídicos dos conflitos econômicos, dirá que aqueles são pouco frequentes nas relações entre empregados e empregadores, e que não se revestem da importância social e econômica dos conflitos econômicos. Seriam os conflitos coletivos jurídicos aqueles em que se discute a declaração de um direito pelo juiz, interpretando a fonte do direito e aplicando-a (Vianna, 1938b, 103).

A elaboração teórica proposta em *Problemas de Direito Corporativo* envolve certamente uma reorientação da divisão do trabalho entre poder legislativo e Justiça do Trabalho, e também entre campo social, especialmente os sindicatos, e Justiça do Trabalho. No caso, o reconhecimento do poder normativo afiança, nas mãos de uma regulamentação burocrática, as pretensões que antes tinham por espaços ortodoxos de disputa o campo legislativo e o campo social. O fato é que a sentença normativa, ao usurpar desses campos a competência de dizer o que deve ou não valer na agenda normativa de trabalhadores e categorias no futuro, acaba por determinar os limites estruturais inerentes a um veredito reconhecidamente jurídico que estanca, inclusive com possibilidade de recurso à força policial, o universo dos “espaços de possíveis” – nos termos de Bourdieu (1989) – da classe trabalhadora, especialmente em matéria de lutas reivindicativas e de ações insurgentes contestatórias da “ordem burguesa”⁸. A representação dos trabalhadores estava atada aos procedimentos próprios do processo do trabalho e aos limites da “superlegalidade” (o que é enfaticamente ressaltado por Vianna), além de estar restrita, no conjunto, a um assento nos tribunais, em meio a outros dois – a cada representante dos trabalhadores, figuravam um representante da classe patronal e um juiz togado. É preciso lembrar, ainda, que os representantes dos trabalhadores no âmbito da Justiça do Trabalho eram oriundos de sindicatos gizados pela unicidade legal, pelo controle estatal e pela personalidade de direito público. Vianna foi um ferrenho defensor desse modelo, valendo conferir o que sobre isso escreveu em *Problemas de Direito Sindical* (1943).

Sua preocupação em reconhecer a possibilidade de eficácia do poder normativo não apenas aos postulantes nos dissídios coletivos, ou a trabalhadores do mesmo empregador, mas a todo o grupo de uma categoria, está inserida na busca de controle das massas pelo Estado. Vianna tinha clareza, considerando o modelo corporativista, de que as relações entre patronato e classe trabalhadora, quando extravasadas em conflitos coletivos, não poderiam se dar por soluções fragmentárias ou singulares, limitadas a determinados empregados de um mesmo empregador. Se apenas determinados empregados fossem beneficiados por sentenças normativas, dirá ele, ter-se-ia dentro de um mesmo empregador duas tabelas de salários, uma mais alta, outra mais rebaixada. Convencido estava de que as soluções parciais, limitadas a uma empresa ou a um pequeno grupo de empresas, não instituiriam o intento maior, a “paz econômica e social” (Vianna, 1938b, p. 124). Daí defender a obrigatoriedade da extensão da sentença coletiva a todos os empregados de um mesmo empregador, de um lado, e a possibilidade da extensão dos efeitos da sentença coletiva a todos os membros das categorias profissionais envolvidas, de outro lado, pelo Ministro do Trabalho ou pelo próprio tribunal.

Além disso, o autor faz uma rigorosa defesa de que as convenções coletivas de trabalho seriam de aplicação obrigatória a toda a categoria profissional, e não somente a determinados empregados ou empregadores das categorias envolvidas na negociação. Com extensão alargada e uniforme às categorias, essas espécies normativas (sentenças coletivas e convenções coletivas) seriam contrárias à perversidade identificada por Vianna nas soluções particularistas, individualizadas e plurais da economia liberal, em sua visão, ensejadoras de maiores conflitos.

Claramente, seu esquema estava fundado na tentativa de homogeneização das condições de contraprestação para os grupos profissionais, com a intenção de contenção das agitações operárias. O que justifica o “poder normativo” é a necessidade de garantir essa “paz econômica e social” (Vianna, 1938b, p. 124) – considerado, inclusive, o fundo pacífico natural do brasileiro (Vianna, 1939) – por meio de um mecanismo judicial que, de modo célere e pretensamente

⁸ Por “ordem burguesa”, aqui, valho-me da noção conforme a adotou Santos (1978).

aproximado da realidade das classes, estabilizasse as distorções de salários entre empregados de uma mesma categoria profissional. Do mesmo modo, o que justificaria a convenção coletiva aplicável a toda a categoria, e não um modelo de contrato coletivo válido apenas para determinados empregados⁹, era evitar as disparidades internas à categoria profissional e as lutas por equiparação decorrentes das assimetrias no interior dos grupos.

Na apreensão de Vianna, a causa dos grandes conflitos trabalhistas, das históricas greves e lutas dos sindicatos operários com o patronato está exatamente na busca pela superação das convenções parciais e pela conseqüente generalização delas a toda a categoria profissional. A permissão da pluralidade de condições de trabalho por convenções coletivas parciais de fábricas ou de sindicatos geraria o desnivelamento das condições de vida e “uma situação de inquietação e instabilidade para a categoria toda” (Vianna, 1938b, p. 164). Do mesmo modo, considera que as sentenças coletivas se equiparam às convenções coletivas quanto aos efeitos, uma vez que a sentença coletiva “não é outra coisa senão uma convenção coletiva realizada por intermédio ou com a colaboração da autoridade pública” (Vianna, 1938b, p. 170).

Sem a constituição desses denominadores comuns, atingidos por meio da sentença normativa e das convenções coletivas, Vianna (1938b, p. 125) enxerga uma realidade social ameaçada pela “convulsão social”, a exemplo do que ele vislumbrava nas greves estadunidenses que se mobilizavam pela substituição do modelo de soluções parciais – defendido pelos partidários das *company-unions* – pelo de soluções totais – sustentado pelos defensores das *trade-unions* –, que obrigavam a todos os empregadores do mesmo ramo em uma dada localidade. O receio desses conflitos também esteve presente em autores como Cesarino Júnior (1940, p. 346), para quem o poder normativo dos tribunais trabalhistas – cujas decisões seriam passíveis de extensão a toda a categoria profissional – eliminaria a concorrência desleal entre empresas de uma mesma região, além de desestimular novos conflitos no interior das empresas.

A extensão da convenção e de um regime uniforme de condições restituiria o “equilíbrio” e a “tranquilidade”. No fundo, o abandono do Estado abstencionista e a expressão da intervenção estatal pelo corporativismo seriam suficientes para, ao homogeneizar as condições, “pôr termo a esta desordem geral, nociva do interesse coletivo, o processo de generalização entrou a ser disciplinado” (Vianna, 1938b, p. 165).

A postura interventiva do Estado na fixação de condições uniformes resgata uma problemática que sempre esteve presente na produção de Vianna (1938b): apenas o Estado controlador e regulador garantiria tais condições, uma vez que assombrava os sindicatos, e, historicamente, perturbava o povo brasileiro, a “carência de solidariedade social e profissional”. Esse tema, o de um povo “insolidário”, amorfo e passivo, remete a seus trabalhos anteriores, principalmente a *Populações*.

A aposta no regime de condições homogêneas de trabalho para as categorias – tal qual se encaminharia legalmente no país com as convenções coletivas e com a extensão das sentenças normativas – estancaria, assim, na visão de Vianna, as lutas e reivindicações operárias assentadas em um sistema liberal de desigualdades de condições, moldado pela naturalização da competição entre empregados e empregadores no interior das categorias e entre elas, propício à multiplicação de atritos e de conflitos. O objetivo, portanto, do direito corporativo, ao

⁹ Oliveira Vianna (1938b) insiste na diferenciação entre contratos coletivos e convenções coletivas de trabalho. Enquanto aqueles eram caracterizados como um “feixe de contratos individuais de trabalho”, as convenções coletivas se referiam a um feixe de normas pelas quais se deveriam reger os contratos de trabalho no futuro, com aplicabilidade a toda a categoria profissional.

reconhecer nas convenções coletivas e nas sentenças coletivas efeitos homogêneos para toda a categoria profissional, estava claro: “eliminação dos conflitos pela uniformização das condições de trabalho – o que o regime das soluções parciais e individualísticas não conseguiu fazer” (Vianna, 1938b, p. 128).

Mais uma vez, o elemento antiliberal ganha expressão. A pluralidade de condições e de regulações do trabalho, própria de um Estado abstencionista, representa um perigo. O alarme de Vianna acende na medida em que ele vê, na permissividade da pluralidade de condições econômicas dentro de uma categoria, um risco, o da desorganização social e da aversão à ordem.

Em determinado momento, o autor chega a usar de expressões comuns ao vocabulário médico para ilustrar sua preocupação com soluções parciais fragmentárias dos conflitos coletivos. Comparando uma categoria que tem suas demandas não atendidas a uma categoria “enferma”, Vianna entende que a explicitação do conflito coletivo por apenas uma parte da categoria revela um “mal-estar coletivo difuso”, ou ainda, reflete o sintoma de uma desordem econômica geral em latência. Todo esse mal só poderia ser “corrigido” e “eliminado”, portanto, tratado, pela decretação de uma regra uniforme, disciplinadora de toda a “categoria enferma” (Vianna, 1938b, p. 139).

Ao alegar a existência de “enfermidade”, o jurista mobiliza linhas corporativistas para “exterminar a peste” por meio não do estímulo ao conflito, mas da imprescindível necessidade de organização do “coletivo” e da “harmonização” das disputas entre capital e trabalho. A “cura” para o conflito perpassava pela adaptação dos modelos corporativistas à realidade brasileira, sendo que, como consultor jurídico do MTIC desde 1932, Vianna apresentou remédios de controle e de repressão aos conflitos por meio de ideias que foram recepcionadas, não sem resistências e modificações, já na Constituição de 1934, nos artigos 136-140 da Constituição do Estado Novo, de 1937, no decreto-lei nº 1.237/1939, que organizou a Justiça do Trabalho, no decreto nº 1.402/1939, que institui o sindicato único, e na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), de 1943. Entre essas, está o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Como balizador estatal de uniformização das condições de trabalho, processado pela inquirição empírica dos juízes, o poder normativo é tomado como uma imposição da soberania estatal que Vianna buscou implementar por meio da “harmonização” corporativa entre indivíduo, sociedade e Estado, que significou, enquanto operação, o controle estatal sobre a classe trabalhadora. A aproximação do juiz com a realidade, para que fossem criadas as normas dos casos e das categorias, de forma homogênea, vertia como um eficiente mecanismo de atuação pragmática dos tribunais trabalhistas, no sentido de intervenção célere e controladora sobre os conflitos coletivos, estancando a possibilidade de que eles tomassem maiores expressões no meio social.

Assim, todas as matérias relativas aos direitos trabalhistas acabam sendo, indireta e virtualmente, subtraídas dos sindicatos quanto à possibilidade de negociar aspectos essenciais do cotidiano do mundo do trabalho. Da jornada ao salário, da proibição do trabalho de menores à regulação da proteção da mulher, das questões de saúde às de higiene, todos esses eram temas possíveis objetos de determinação judicial via poder normativo. A Justiça do Trabalho emerge, portanto, como resposta heterônoma irrenunciável das disputas entre capital e trabalho, e é nessa condição que sua natureza merece ser escrutinada pela pesquisa historiográfica do direito.

Nessa processualidade, o direito como “pacificador” do conflito intersubjetivo só se perfaz para Vianna enquanto for capaz de regulamentar, de forma coletiva e homogênea, as relações trabalhistas das categorias profissionais, assimilando a passagem do conflito individual do trabalho para o conflito coletivo, dos interesses privados para a resolução de interesse

público. Nessa perspectiva, a magistratura do trabalho é legitimada como um instrumental forjado pelo Estado para se garantir perante os novos conflitos sociais uma resposta autorizada pela burocracia estatal.

Realismos, autoritarismos e o sangue de tatu

É possível identificar em Vianna, respectivamente nos anos 1920 e 1930, a denúncia de pelo menos dois grandes desencontros. O primeiro deles, entre as ideias estrangeiras que foram importadas e que soam inadequadas para a realidade política brasileira; o segundo, o desencontro das soluções formais e abstratas dos códigos legais e os fatos sociais do mundo do trabalho. A crítica ao idealismo utópico, de um lado, pelo sociólogo, e ao dedutivismo jurídico-formal, de outro, pelo jurista, estão fortemente atreladas à mobilização de seu programa de cunho auto classificado “realístico” e “objetivo” (para usar expressões recorrentes no vocabulário vianniano).

A tonalidade positivista e cientificista a que faz alusão na apresentação de sua postura como investigador social usa de metáforas e imagens que se associam ao ofício dos pesquisadores em ciências biológicas. O autor chega a comparar suas análises como cientista social com as análises objetivas dos técnicos que pesquisavam a irradiação da broca do café em São Paulo, ou a dos investigadores da Fundação Rockefeller quanto à expansão dos mosquitos do gênero *anopheles gambiae* nas regiões do Nordeste (Vianna, 1947, p. 15). É recorrente a mobilização de metáforas que associam o trabalho em ciências sociais e em direito (Corporativo e do Trabalho) ao de agentes dedicados às ciências naturais. Em *Evolução do Povo Brasileiro*, Vianna demonstra a intenção de elaborar ciência com a objetividade dos cientistas do Instituto de Patologia Experimental de Manguinhos, que viria a se tornar, anos depois, o Instituto Oswaldo Cruz (Vianna, 1938a, p. 40). A atuação do jurista, no âmbito dos direitos corporativo e do trabalho, deveria estar pretensamente permeada pela análise e envolvimento com a realidade social, processada à sua vista, observável a olhos nus, “com a flagrância das experiências in vitro dos laboratórios” (Vianna, 1938b, p. 175). Tanto as análises da história social e política, da raça, da economia e do direito (público, constitucional e social e corporativo) deveriam se pautar por uma “objetividade científica completa, absoluta” (Vianna, 1947, p. 14-15).

No campo político dos anos 1920, o programa intelectual de defesa do “idealismo orgânico” deságua em um projeto que teria por meta teórica abrir caminho para o estabelecimento de uma “política objetiva e experimental”. Como já demonstrei, essa objetividade, supostamente apreendida da particularidade brasileira, apontava como normativo a construção de um programa de centralização política e de recrudescimento da autoridade do direito.

Já na esfera jurídico-trabalhista dos anos 1930, o intelectual elabora o diagnóstico a respeito do anacronismo e da inadequação do liberalismo jurídico. O estado da arte do mundo do trabalho no Brasil, no diagnóstico elaborado pelo sociólogo dos anos 1910/20 e pelo jurista dos anos 1930, passa pela identificação de uma sociedade ganglionar, dispersa, clânica, alheia a estruturas de classe e marcada pela ausência de regulação estatal homogênea no interior das categorias profissionais. De um lado, os trabalhadores são caracterizados como massa amorfa e passiva, incapaz de identificar e propor soluções eficientes para os problemas relacionados à sua condição de vida e de trabalho. De outro, a índole do povo brasileiro é avessa às premissas que supõem o conflito como parte integrante da dinâmica social.

Ausente o poder normativo, o juiz do trabalho agiria tal qual o juiz comum de então, impossibilitado de intervir célere, normativa e prospectivamente. Isso significaria abrir campo para os conflitos e estimular a desigualdade de cláusulas normativas no interior das categorias profissionais, gerando concorrência e lutas reivindicativas. Para evitar esse quadro, a afinidade normativa da Justiça do Trabalho nos conflitos coletivos gravita em torno dos seguintes eixos, na interpretação de Vianna: a) o princípio de interesse nacional, fundamento potencial de um novo tempo social e político, com contornos sociais e políticos mais nítidos, e a expectativa de ação criadora do Estado, principal operador da transformação social; b) nas situações de conflito com o patronato, oportunidade da intervenção estatal para mitigar ou elidir situações díspares entre trabalhadores do mesmo empregador ou entre membros das categorias profissionais; c) o efeito condicionante das sentenças normativas sobre as coletividades é uma questão para a inquirição empírica, não para dedução a partir dos códigos legais. Os eixos se engendram com uma proposta institucional que deveria estar em conformidade com a realidade e a índole pacífica e não violenta do brasileiro, representado pelo matuto central (Vianna, 1947; Vianna, 2005).

Do ponto de vista dos intérpretes judiciais, a solução estava na maior flexibilidade e plasticidade dos juízes na aplicação e na criação das leis e no reconhecimento dos grupos sociais (principalmente os sindicatos legalmente organizados) como produtores de normas. Com isso, o judiciário estaria *pari passu* como um ator “capilarizado” às demandas sociais e à intervenção sobre os conflitos coletivos, atuando com resoluções passíveis de uniformização e homogeneização de direitos no âmbito das categorias. A via encontrada foi a de trazer, ou “tratar”, via intervenção estatal de cunho corporativista autoritário¹⁰, as demandas que estouravam na realidade social e que deveriam ser a todo custo evitadas como conflito – leia-se, sobretudo, greve, desordem e insurgência.

O poder normativo deslocava, assim, para a burocracia estatal, a deliberação dos casos concretos envolvendo conflitos coletivos, transformando o Estado em controlador e mediador das disputas sociais. Nesse sentido, o projeto de Vianna, em parte legitimado pelo Estado Novo, passa então a exercer funções conservadoras e a relacionar direitos sociais ao corporativismo autoritário.

Embora o jurista defenda, em *Problemas de Direito Corporativo*, que a centralização política viesse acompanhada de descentralização administrativa, esta não significaria descentralização territorial do poder. Preservando o caráter nacional das diretrizes e iniciativas, a divisão funcional da administração associava-se à centralização política, atribuindo a novos órgãos criados o poder de criar normas gerais. O caráter federal da Justiça do Trabalho, vinculada ao poder central, é inquestionavelmente definido pelo autor e foi institucionalmente aplicado desde a década de 1930. Os tribunais trabalhistas, inclusive, já foram criados com composição paritária (patronal e profissional) e organização federal, aspecto do qual Vianna se orgulhava e que permanece até os dias atuais.

10 Não é minha pretensão abordar, como um todo, o projeto de adoção de traços corporativistas que Vianna almejava para o Brasil. Esse trabalho vem sendo desenvolvido por larga produção (Bastos e Moraes, 1993; Gentile, 2018). Contudo, um caráter para o qual quero chamar a atenção é o de que ele se apresentava, para o autor, como uma alternativa ao liberalismo e ao socialismo – ambos desajustados para a realidade brasileira, em seu diagnóstico. Também não é minha intenção fazer aqui um levantamento das interpretações recentes sobre os sentidos e impactos políticos e sociais que as tonalidades corporativistas ocasionaram na conformação das relações e disputas entre capital e trabalho no Brasil desde a década de 1930. Elas oscilaram entre a atribuição de mecanismo de imposição do capital e opressão da classe trabalhadora, de um lado, e a de registro da ocorrência de ganhos de capitais por parte do operariado organizado em bases sindicais com elementos corporativistas, de outro (Lobo, 2016).

Na obra de Vianna (1938b), a interferência estatal, via poder normativo, em situações de conflito trabalhista, ganha um contorno de pretensa “pacificação” de conflitos reais advindos de situações de embate, com ênfase para a greve. É preciso notar que essa teorização se trata de uma reivindicação do pensamento intelectual de um dos artífices do corporativismo brasileiro, portanto, radicada na descrição de seu projeto. Tendo nítida essa constatação, não pretendi me concentrar nos contornos de sua aplicação no cenário brasileiro da década de 1930 e 1940, o que pode ser visto em um conjunto de textos recentes (Cardoso, 2007), mas que demanda maiores aprofundamentos, como bem denuncia Corrêa (2016), considerando que a maior parte dos estudos adotou como enfoque a exposição do pensamento intelectual dos artífices do corporativismo, enfatizando-se a elaboração dos projetos e ficando de lado a análise de sua aplicação.

Tanto a agenda política quanto a agenda jurídica corporativista estavam atreladas, na teorização de Vianna, em um só sentido: evitar a desordem social, os conflitos entre segmentos sociais, o espírito de divisionismo e de facciosismo em todas as esferas, mas principalmente na esfera da política e das relações sociais de trabalho.

Há entrelaces marcados (não sem incongruências) de centralização política e de autoridade da lei que serviriam tanto aos programas políticos quanto aos de reorganização jurídica do trabalho. Não é possível dissociar a centralização política e a autoridade da lei, aduzidas nos trabalhos da década de 1920, do poder normativo elencado na produção teórica dos anos 1930. Nesse sentido, dois aspectos chamam atenção - o da densificação da autoridade do executivo e do judiciário e o da crítica aos partidos políticos como aparatos representativos - no “autoritarismo instrumental” de Vianna.

Em *Problemas de Política Objetiva*, está claro que nossa condição de povo em formação dependeria, para integração definitiva da nacionalidade, de observar-se o princípio da supremacia da autoridade central (Vianna, 1947, p. 39). Essa noção deveria ser reforçada não apenas em relação ao executivo, mas também, e principalmente, ao judiciário, considerando que o legislativo teria importância “secundária”. A “fórmula” (sic) do autor (1947) estava dada com um Executivo forte, acompanhado de um poder judiciário ainda mais forte. A observância dessa “fórmula” é que garantiria um sentido genuinamente nacional às nossas instituições. Do contrário, o país seria assolado pelo faccionismo e por agitações temerárias e perigosas, de regionalismos efervescentes (Vianna, 1947, p. 40).

Pelas mãos do executivo e do judiciário altamente fortalecidos, o problema da soberania se colocava, em termos práticos, como programa de pensamento. É sobre a questão da soberania do Estado que o pensamento político de Vianna ganha tintas programáticas densas, desde as formulações do autor, enquanto sociólogo, na década de 1920, ao afirmar a inadequação das instituições e ideias liberais para a consolidação da nacionalidade brasileira, ameaçada pelas forças políticas do privatismo e dos particularismos dos clãs dispersos em território nacional. O problema da soberania também se coloca a partir de uma dualidade tensionada não apenas entre federalismo e centralização, mas entre o liberalismo e o corporativismo, e entre um Estado intervencionista e a ordem, de um lado, e a dispersão e a desordem social, de outro.

Desde *Populações Meridionais*, Vianna situa o caso do Brasil como um caso específico, no qual inexistem consciência política e opinião pública sólidas, diferentemente do que acontecia com os ingleses. Entre os brasileiros, aparecia um padrão de sociabilidade assentado em relações personalistas, mandonistas e de tipo patriarcal, carente de associativismo e de redes de solidariedade articuladas. O que fica claro, na sua proposta, é a necessidade de organização dos fatores de integração coletiva do povo, o que apenas se daria pela operância lenta e contínua

de um Estado forte, centralizado e com autoridade incontestável sobre todo o país. Caminhar em sentido contrário, como faziam os juristas e políticos liberais – ao afiançar e expandir o liberalismo em nossas instituições políticas –, e como pretendia Waldemar Ferreira, ao vedar o poder normativo, seria coadunar, respectivamente, com o espírito de clã, que impedia a criação de uma nacionalidade brasileira, de um lado, e com a prática social subversiva e de conflito social em torno das questões trabalhistas, de outro, o que estaria fortemente em desacordo com a psique do brasileiro, marcada, para Vianna, por um tom pacifista e conciliatório.

Estando o gargalo de asfixiamento da força política nacional no privatismo dos clãs, a expressão de um Estado forte e centralizado na função legalizadora, judicial e unificadora se materializava com o Estado Novo, conforme Vianna fez questão de acrescentar em notas e atualizações às suas obras da década de 1920 reeditadas anos mais tarde. As possibilidades de um Estado centralizado passavam, então, pela mobilização de uma série de engenharias que bebiam fortemente nas teorias corporativistas europeias, para ele, adequadas, em muitos aspectos, à realidade brasileira. A organização corporativista e autoritária agiria a partir das orientações do centro do poder, como afirmou Vianna (1987), mas não sem considerar que esse papel diretor não implica o reconhecimento de um “poder de criação irrestrito” – na adequada leitura feita por Gomes (1993, p. 46), o construtivismo do Estado seria exercido de modo ajustado à existência prévia de práticas e mentalidades.

No argumento autoritário, a evidenciação do interesse nacional emerge, em primeiro lugar, como exclusão da diversidade que compõe – real ou virtualmente – a sociedade brasileira. Nessa perspectiva, interesse nacional e pluralidade de interesses caminham em sentidos opostos. Do conflito ou choque de interesses não resultará a unidade que se quer para o interesse maior, o nacional.

Nessa perspectiva, o corporativismo – em suas múltiplas dimensões de catalogação jurídica do “social”, organização da nação e “harmonização” das disputas entre capital-trabalho – era uma saída autoritária do Estado-cêntrico de Vianna de modernização da sociedade brasileira no período entre guerras. Essa saída era mobilizada pelo uso de ideias que reivindicavam uma postura pretensamente realística, seja da política, seja do direito.

Assim, a necessidade de considerar uma suposta abertura ao cenário social e histórico disponível motivou Vianna a elaborar normativos para os artífices da política e para a atuação dos juízes do trabalho. A inspiração e a alegação realistas são, portanto, pronunciadas.

Em sua obra, os conflitos políticos e de classes emergem, respectivamente, nos processos de representação liberal, calcados na disputa de grupos clânicos por cargos e benesses, e na desuniformidade das condições de trabalho no interior das categorias profissionais, ocorrência típica do liberalismo jurídico, propensa à maior conflituosidade entre empregados e empregadores. Também emergem das saídas socialistas, marcadas pelo conflito e pelo ódio entre as classes. O desenho institucional que propõe diverge, portanto, daquele dos liberais e dos socialistas¹¹. Há, nele, tal qual em Alberto Torres, uma crítica ao modelo político teoricamente calcado no conflito.

11 Além das contundentes críticas ao liberalismo, a percepção evolucionista de Vianna (1942) também pode ser vista na defesa do autor de que os ideais comunistas, socialistas e anarquistas pertenceriam ao domínio de “utopias retrógradas”, das quais o homem, por evolução, foi se libertando historicamente. Esses três ideários significariam um retorno ao período rudimentar das tribos e das hordas pastoras (Vianna, 1942). O desajuste entre o povo brasileiro e as ideias de cunho socialista e comunista aparecerá em vários outros trabalhos de Vianna (1938; 1947). A única saída seria a do corporativismo.

É importante ressaltar os desenvolvimentos conceituais que ocorreram a partir das variações do realismo jurídico e do realismo político na obra de Vianna. Se o realismo político demandava a autoridade da lei e o reforço da centralização no sentido contra fático ao da dispersão social, o realismo jurídico, no uso dos juízes do trabalho, pressupunha a prévia indeterminação normativa para que os juízes fixassem soluções concretas impostas pelo Estado, enunciadas em comandos gerais, válidas para coletividades e balizadoras de condições homogêneas como panaceia para os conflitos coletivos. Para isso, argumenta sobre as dimensões dos realismos político e jurídico como condições para a instauração de um normativo adequado às condições sociais e políticas da sociedade brasileira.

O movimento de reorganização política e jurídica brasileira, pela via da centralização e do adensamento da autoridade legal, não poderia se dar sem a colaboração local e nativa, ou ainda, como preferiu o autor, fazendo uso da expressão cunhada por Gregório de Matos, do nosso “sangue de tatu” (Vianna, 1947). Do diagnóstico de uma sociedade clânica e parental, e de uma realidade do mundo do trabalho suscetível ao conflito pela desigualdade de estatutos no interior das categorias profissionais, apenas poderiam encontrar como resposta a defesa de um Estado forte capaz de desempenhar as funções de tutela e agregação.

A hipótese é a de que, a partir da mobilização dos “realismos” em distintas esferas (política e jurídica), há conexões, não isentas de distanciamentos, entre, de um lado, o idealismo orgânico que Vianna propõe, na década de 1920, e, de outro, a atuação dos juízes no uso do poder normativo para a solução de conflitos coletivos trabalhistas, conforme *Problemas de Direito Corporativo*. O efeito condicionante das normas estatais sobre a vida social é uma questão para a inquirição empírica, não para dedução jurídico-formal a partir dos códigos legais. Nem o idealismo pode abrir mão de uma postura realista, nem os juízes do trabalho, ao lidarem com os conflitos coletivos. É também nessa conformação que idealismo orgânico e realismo jurídico pretendem engendrar gramáticas de futuro.

Referências

- Bastos, E. R. (1993). Oliveira Vianna e a sociologia no Brasil (um debate sobre a formação do povo). In Bastos, E. R. & Moraes, J. Q. *O pensamento de Oliveira Vianna* (pp. 405-425). Editora da UNICAMP.
- Bastos, E. R. & Moraes, J. Q. (1993). *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da UNICAMP.
- Bourdieu, P. (1989). *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.
- Campos, F. (2001). *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico*. Senado Federal.
- Cardoso, A. (2007). Estado Novo e Corporativismo. *Locus*, 13(2), 109-118.
- Cardozo, B. N. (1921). *The nature of the judicial process*. Yale University Press.
- Carvalho, J. M. (1991). A utopia de Oliveira Vianna. *Estudos Históricos*, 4(7), 82-99.
- Cesarino Junior, A. F. (1940). *Direito Social Brasileiro: contendo a matéria dos programas das Faculdades de Direito do Rio de Janeiro, de São Paulo e de outras do país*. São Paulo: Livraria Martins.

- Cohen, F. S. (1935). Transcendental nonsense and the functional approach. *Columbia Law Review*, 35(6), 809-849.
- Corrêa, L. R. (2016). O corporativismo dos trabalhadores: leis e direito na Justiça do Trabalho entre os regimes democrático e ditatorial militar no Brasil (1953-1978). *Estudos Ibero-Americanos*, 42(2), 500-526.
- Dewey, J. (1964). Means and ends. *Partisan Review*, 31(3), 400-404.
- Droppa, A. (2016). O poder normativo e a consolidação da justiça do trabalho brasileira: a história da jurisprudência sobre o direito coletivo do trabalho. *Tempo*, 22(40), 220-238.
- Ehrlich, E. (2009). *Fundamental principles of the sociology of law*. Transaction Publishers.
- Gentile, F. (2019). A apropriação do corporativismo fascista no autoritarismo instrumental de Oliveira Vianna. *Tempo*, 25(1), 111-131.
- Giacomuzzi, J. G. (2015). Dignidade Humana e Direito Administrativo no STF: uma breve análise crítica. *Novos Estudos Jurídicos*, 20(2), 430-473.
- Gomes, A. C. (1990). A dialética da tradição. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 5(12), 15-27.
- Gomes, A. C. (1993). A práxis corporativa de Oliveira Vianna. In: Bastos, E. R. & Moraes, J. Q. O pensamento de Oliveira Vianna (pp. 43-61). Editora da UNICAMP.
- Gurvitch G. (1935). *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*. [s.e.].
- Hollanda, C. B. & Coser, I. (2016). Realismos Autoritário e Liberal: aspectos da Imaginação sobre Representação Política em Fins do Século XIX e Princípios do XX. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, 59(3), 903-943.
- Ingenieros, J. (1926). *El hombre mediocre* (6ª ed.). Talleres Gráficos Argentinos.
- Lamounier, B. (2014). *Tribunos, profetas e sacerdotes: intelectuais e ideologias no século XX*. Companhia das Letras.
- Llewellyn, K. N. (1931). Some realism about realism: responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, 44(8), 1222-1264.
- Lobo, V. M. (2016). Corporativismo à brasileira: entre o autoritarismo e a democracia. *Estudos Ibero-Americanos*, 42(2), 527-552.
- Lynch, C. E. C. (2021). Idealismo e realismo na teoria política e no pensamento brasileiro: três modelos de história intelectual. *Revista Brasileira de Ciência Política*, 34(e237103), 1-57.
- Mazzoni, G. (1940). *Il principio corporativo nell'ordinamento giuridico italiano*. Cedam.
- Odalia, N. (1997). *As formas do mesmo: ensaios sobre o pensamento historiografia - de Varnhagen e Oliveira Vianna*. Fundação Editora da UNESP.

- Paixão, C. & Lourenço Filho, R. (2021). Debates, tensões e repercussões: a criação da Justiça do Trabalho e sua recepção por setores do pensamento jurídico nacional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, 25(1), 206-216.
- Pound, R. (1910). Law in books and law in action. *The American Law Review*, 44, 12-36.
- Ricupero, B. Oliveira Vianna e a crítica à cópia. In: Aronne, L. & Silveira, H (Orgs.), *De Vargas aos militares: autoritarismo e desenvolvimento econômico no Brasil* (pp. 19-44). PUCRS, 2014.
- Rocco, A. (1927). *La trasformazione dello Stato: Dallo Stato Liberale allo Stato Fascista*. La Voce.
- Santos, R. D. (2010). Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política. *Seqüência*, 31(61), 273-307.
- Santos, W. G. (1970). Raízes da Imaginação Política Brasileira. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, 7, 137-161.
- Santos, W. G. (1978). Ordem burguesa e liberalismo político. Duas Cidades.
- Santos, W. G. (2002). *Roteiro bibliográfico do pensamento político-social brasileiro 1870-1965*. UFMG.
- Stolzi, I. (2019). Un'irriducibile complessità? Il fascismo fra immagini e realtà (A proposito di alcuni recenti volumi). *Quaderni fiorentini: per la storia del pensiero giuridico moderno*, 48, 767-784.
- Vianna, F. J. O. (1938a). *Evolução do Povo Brasileiro* (4ª ed.). Companhia Editora Nacional.
- Vianna, F. J. O. (1939). *O Idealismo da Constituição* (2ª ed.). Companhia Editora Nacional.
- Vianna, F. J. O. (1937). Os conflictos collectivos do trabalho e a sua solução jurisdicional. *Jornal do Commercio*, 110(299), 7-8.
- Vianna, F. J. O. (1933). *Populações Meridionaes do Brasil* (3ª ed.). Companhia Editora Nacional.
- Vianna, F. J. O. (2005). *Populações Meridionais do Brasil*. (Edições do Senado Federal) Brasília: Senado Federal.
- Vianna, F. J. O. (1938b). *Problemas de direito corporativo*. José Olympio.
- Vianna, F. J. O. (1943). *Problemas de direito sindical*. Max Limonad.
- Vianna, F. J. O. (1947). *Problemas de Política Objetiva* (2ª ed.). Companhia Editora Nacional.
- Vieira, E. (2010). *Autoritarismo e corporativismo no Brasil: Oliveira Vianna & Companhia*. Editora UNESP.

Data de Recebimento: 28/09/2021

Data de Aprovação: 16/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

A administrativização do direito constitucional:

Oliveira Vianna e a absorção dos poderes legislativos e judiciário pelas corporações administrativas

Administrative constitutionalism:

Oliveira Vianna and the absorption of legislative and judicial powers by administrative corporations

Francisco Rogério Madeira Pinto¹

¹ Faculdade Republicana. ORCID: 0000-0003-0005-858X

RESUMO

O presente artigo analisa as propostas de Oliveira Vianna (1883-1951) para constituir uma nova forma de organização do Estado a partir de um modelo administrativista inspirado em órgãos técnico-burocráticos. Utilizando-se das propostas metodológicas da história das ideias, o artigo concentra-se na análise duas obras de Oliveira Vianna: *Problemas de política objetiva*, de 1930 e *Problemas de direito corporativo*, de 1938. Argumenta-se que os textos produzidos pelo autor a partir de 1920 evidenciam o propósito de estabelecer, por meio de órgãos administrativos, o microcosmo de um novo Estado, substituto da organização liberal, no qual as funções executiva, legislativa e judiciária estariam aglutinadas numa mesma corporação. Conclui-se que o projeto visava concretizar um padrão técnico de produção legislativa, distanciado do mundo da política, com o objetivo de legitimar uma institucionalidade autoritária constituída por um Poder Executivo hipertrofiado e que absorveria as funções dos demais poderes.

Palavras-chave: Oliveira Vianna, Administrativização constitucional, Institucionalidade, Autoritária.

ABSTRACT

This article analyzes Oliveira Vianna (1883-1951)'s proposals for establishing a new form of State organization, based on an administrative model inspired on technical-bureaucratic bodies. Using methodological tools proposed by the history of ideas, the article focuses on the analysis of two of Oliveira Vianna's works: *Problemas de política objetiva* (1930) and *Problemas de direito corporativo* (1938). It is argued that the texts produced by this author from 1920 onwards evidence his purpose of creating, through administrative bodies, the microcosm of a new State, which would substitute liberal organization and in which the executive, legislative and judicial functions would be united in the same corporation. The study concludes that Vianna's project was to establish a technical standard of legislative production, distanced from the world of politics, with the intent of legitimizing an authoritarian institutional framework consisting of a hypertrophied Executive that absorbed the functions of the other state powers.

Keywords: Oliveira Vianna, Administrative Constitutionalism, Institutionalism, Authoritarian.

1. Introdução

A análise da obra de Oliveira Vianna revela o percurso de uma construção discursiva que possibilitou a legitimação de práticas autoritárias, com vistas a produzir um novo modelo institucional baseado na centralidade do Executivo. Por meio de seus textos verifica-se como as ideias que defendiam o rearranjo do modelo constitucional liberal, gestadas especialmente durante as décadas de 1920 e 1930, encontraram paulatina concreção nas práticas institucionais do Estado Novo (1937-1945).

Oliveira Vianna, estabelece assim, as premissas do que se poderia denominar de *administrativização do direito constitucional*, ou seja, a criação de um arranjo institucional que espelhasse a organização e as práticas das corporações administrativas². Em sua proposta, o Executivo, por meio de seus órgãos técnicos, substituiria os demais poderes (Legislativo e Judiciário). Esses seriam rebaixados apenas ao papel de funções a serem executadas dentro de um órgão complexo, que as conjugariam a partir de necessidades executivas. Os órgãos técnico-burocráticos funcionariam, assim, como um microcosmo do modo como o regime autoritário deveria gerir o Estado: uma máquina técnico-administrativa isolada da influência da política (partidária ou democrática) e supervisionada pela autoridade do Executivo, que produziria sua própria legislação, bem como julgaria e executaria suas próprias decisões.

O artigo utiliza como fontes principais dois livros pouco explorados de Oliveira Vianna. O primeiro, *Problemas de Política Objetiva*, lançado em primeira edição um pouco antes do golpe de 1930, é constituído por uma coleção de artigos originariamente publicados em jornais do Rio de Janeiro e São Paulo entre os anos 1918 e 1928 (Venancio Filho, 1974, p. 9)³. O segundo, *Problemas de Direito Corporativo*⁴, teve sua primeira edição publicada no ano de 1938 e reúne uma coletânea de artigos publicados no *Jornal do Commercio*. Como destaca Venâncio Filho, trata-se de uma obra pouco estudada, e apesar de sua importância para a hermenêutica do direito, história e sociologia nacionais, permaneceu, desde sua edição, no quase anonimato (1983, p.11). Editado durante o Estado Novo, o livro reúne textos de Vianna em que discute sua participação na formulação da legislação trabalhista e apresenta seu entendimento sobre questões corporativas. Com base nessas duas obras - mas sem deixar de estabelecer o diálogo com outros livros do autor - reconstrói-se os seus argumentos com vistas à instauração de uma nova forma de institucionalidade, por meio da qual se forjaria o Estado como reflexo das corporações administrativas.

2 Gillian Metzger (2013) em seu texto *Administrative Constitutionalism* cunha a expressão que dá título ao artigo para designar uma transformação da constituição a partir da sua interpretação e aplicação por parte de atores administrativos, como também a construção ou 'constituição' do Estado administrativo por meio de medidas estruturais ou substantivas. O projeto de Vianna estaria mais próximo dessa segunda proposta. Contudo, seu objetivo é mais amplo. Haveria uma prevalência do modelo administrativo sobre o constitucional. Seria a constituição que absorveria as proposta de uma organização institucional nos moldes técnico-burocráticos das agências administrativas.

3 Utilizamos duas edições da obra. A original, de 1930, da Companhia Editora Nacional e a terceira, de 1974, editada pela Record. Essa última, por sua vez, é a reimpressão da segunda edição do livro, de 1947. A edição original foi consultada para verificar se houve alguma mudança no texto inicial, com especial atenção às notas de rodapé, já que era por meio dessas que Vianna atualizava ou mesmo reforçava seus pontos de vista anteriores.

4 Pelas mesmas razões acima elencadas, também utilizamos duas edições dessa obra. A primeira, de 1938, foi editada pela Livraria José Olympio Editora, e a segunda, de 1983, foi publicada pela Câmara dos Deputados.

2. Despolitizar a produção legislativa

Ao final da década de 1920 Oliveira Vianna já havia se consolidado como um dos mais importantes intelectuais do país. Seu livro de estreia, *Populações Meridionais do Brasil* (1ª ed., 1920; 2ª ed., 1922), o consagrou a ponto de Capistrano de Abreu declarar que Vianna estava “a grassar” durante aqueles anos (Faria, 2002, p. 47; Carvalho, 2005, p. 202). Nesse período, sua atuação era, basicamente, a de um intelectual comprometido com os estudos sobre a formação nacional e a psicologia social de nossa população. Assim, o autor produziu alguns dos primeiros estudos de sociologia realizados no país. A partir de sua constatação do que seriam os problemas nacionais, Vianna iniciou uma verdadeira “cruzada em favor do que pensava ser a adequação das ideias políticas e instituições à ‘realidade brasileira’” (Bresciani, 2005, p. 320). Conforme anunciado na introdução de *Populações Meridionais do Brasil*, seu objetivo era de reeducar as elites, de modo a compatibilizar as instituições e as leis com a realidade nacional por ele identificada em seus estudos (Vianna, 2005, p. 59).

Essa compatibilização entre leis e realidade nacional deveria iniciar-se pela mudança dos critérios de criação da nossa legislação. Vianna argumentava que as leis nacionais, e de forma geral, as instituições brasileiras, não mais poderiam refletir os interesses políticos até então predominantes. Em seu lugar, o autor defendia que a legislação teria que ser criada a partir de paradigmas objetivos, oferecidos pela análise científica dos fatos sociais. Com essa perspectiva, Vianna começou a construir um projeto de reelaboração institucional, identificando nas corporações administrativas o modelo a ser seguido para a reformulação do Estado.

Desde as primeiras décadas do século XX Vianna defendia a existência de um modelo técnico de produção legislativa, baseado nas corporações estatais e mesmo paraestatais⁵. O tema aparece em quatro capítulos da obra *Problemas de Política Objetiva* (1930). Em sua visão, as corporações estatais, e mesmo as paraestatais, fundavam uma forma de colaboração e até de “pressão democrática” das classes sociais - especialmente as classes econômicas - sobre os poderes políticos (Vianna, 1974, p. 114-116). Sem essa colaboração de caráter técnico e profissional, dizia o autor, toda a atividade administrativa corria o risco de tornar-se pouco eficiente, em razão da inadequação ou impropriedade das medidas aconselhadas e executadas por pessoas sem *expertise* nos assuntos. De acordo com Vianna:

Uma das grandes causas da falência de muita legislação no Brasil, ou da ineficiência de muita medida administrativa, está justamente em que umas e outras têm sido feitas sem essa consulta prévia às classes interessadas, sem a audiência e o conselho dos “profissionais”, dos “técnicos”, dos “práticos do negócio” (1974, p. 116).

Nessa primeira fase de seus escritos, antes do início da nova ordem fundada com o movimento de outubro de 1930, a ênfase de Vianna recaía sobre a necessidade de cooperação entre as corporações técnicas e os parlamentos. Vianna defende que essas novas instituições deveriam “[...] funcionar ao lado das antigas instituições parlamentares e a colaborar com elas nessa

5 Na obra de Oliveira Vianna, considera-se que esses órgãos administrativos fazem parte de uma complexa estrutura corporativa que inclui desde entidades estatais a paraestatais. Sobre as corporações técnicas e conselhos consultivos existentes no país na década de 1930 e 1940, Vianna os separava entre os de *composição puramente técnica e investidura do Presidente da República* e os de *composição representativa, por designação das corporações, associações civis ou sindicatos de classes* (1974, p. 140, nota 9). Essa estrutura corporativa inclui, portanto, os diversos Conselhos e Comissões Técnicas, bem como as diversas autarquias existentes na organização administrativa. Esse último grupo inclui tanto as autarquias de natureza puramente econômica (*controle econômico*) quanto as de natureza social (*previdência social*) e as “de tipo nitidamente corporativo (*Ordem dos Advogados, Conselho de Engenharia*)” (1974, p. 141, nota 9). Sobre o mesmo tema, consultar Costa, 1993, p. 136.

obra de reajustamento e adaptação” (1974, p. 118). Para o autor, era necessária a contribuição efetiva das “classes interessadas”, ou seja, daqueles que detinham o conhecimento técnico e prático para a produção de uma legislação mais eficiente.

Para Vianna, a competência técnica iria substituir a competência parlamentar (1974, p. 121), como resultado de “uma remodelação geral das instituições que compunham até então os aparelhos do governo nas democracias contemporâneas” (1974, p. 118)⁶. O Brasil precisava acompanhar essas mudanças. O autor apontava que já existiam no país, desde 1923, conselhos técnicos no estilo europeu do pós-guerra. Com exceção do Conselho Nacional do Ensino criado em 1911, o Conselho Nacional do Trabalho juntamente com o Conselho Superior de Indústria e Comércio foram criados em 1923. Contudo, Vianna considerava que alguns fatores embaraçavam a eficiência desses três conselhos nacionais, em especial “certos preconceitos muito radicados na mentalidade de nossas elites”. E o principal deles, “o mais grave, o mais absurdo, o mais anacrônico é a crença na competência onisciente dos Parlamentos, [...]” (1974, p. 141, *itálicos no original*).

Naquele momento, não havia na em sua linguagem a defesa da superação dos parlamentos como órgãos legiferantes e, muito menos, da possibilidade de os órgãos administrativos assumirem funções judiciais. O papel desses últimos ainda era expresso como uma forma de colaboração pré-legislativa e de aconselhamento técnico especializado do Legislativo.

Com a vitória do golpe de 1930 e, principalmente, com a entrada de Vianna na burocracia do novo governo, verifica-se um progressivo incremento de suas propostas, com vistas a endereçar aos órgãos técnicos prerrogativas até então atribuídas a outros poderes, especialmente o Legislativo. Nesse espaço de tempo, Vianna assumiu o cargo de consultor jurídico do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (1932 a 1940) e participou da subcomissão especial do Itamaraty (1933), encarregada de elaborar o anteprojeto da Constituição de 1934. Esses primeiros anos da década de 1930, especialmente até 1937, foi um período de grandes inovações legislativas, especialmente na consolidação de grande parte da legislação social e trabalhista (Gomes, 2014, p. 251).

Em *Problemas de Política Objetiva*⁷ pode-se constatar a evolução do pensamento de Oliveira Vianna. Como a obra passou por duas edições, a primeira de 1930 e a segunda, de 1947, Vianna inseriu na segunda versão, por meio de notas de rodapé, as atualizações de seu pensamento, sem modificar, no entanto, o texto principal. Confrontando o texto e paratexto, percebe-se que o parlamento deixa de ser considerado um órgão central, a ser auxiliado pelas corporações técnicas em sua atividade legislativa, para ser uma instituição quase supérflua, como declara em texto elaborado em 1933 para a Comissão Itamaraty:

Considero o Parlamento, modernamente, um desses luxos caros, que as democracias bem organizadas não podem deixar de cultivar, e que, por isso, devem cultivá-lo moderadamente. Com o advento da colaboração dos conselhos técnicos e das classes organizadas na obra administrativa do Estado e com a ampliação cada vez mais crescente da iniciativa legislativa do Poder Executivo, os Parlamentos – ou como órgãos representativos da opinião de massas, ou como órgão de elaboração de leis – perderam muito de sua primitiva importância nos sistemas políticos contemporâneos (1974, p. 120).

⁶ O argumento de que o fenômeno também se dava nas democracias, especialmente nas de tradição liberal como Inglaterra e Estados Unidos, era recorrente. Com ele, buscava-se afastar a noção de que a crescente concentração de poderes no Executivo e a consequente administrativização do Estado seria uma movimentação exclusivamente autoritária, endossando o lugar desse movimento como uma tendência modernizante da qual o país não poderia estar afastado (1974, p. 121-134).

⁷ A obra foi reeditada no ano de 1947, mas o prefácio à 2ª edição foi assinado por Oliveira Vianna em dezembro de 1945.

Durante seu trabalho como Consultor Jurídico do Ministério do Trabalho, Vianna pôs em prática algumas das suas concepções autoritárias de produção do direito e seus métodos próprios de produção legislativa, com o objetivo de produzir a tão desejada sociedade orgânica, pacificada ou domesticada por meio da intervenção do Estado (Silva, 1990). O direito tinha papel fundamental nesse processo. Para Vianna, as mudanças legais poderiam corrigir as desigualdades e os desequilíbrios e, assim, transformar a sociedade a partir da ordem (Venancio, 2015, p. 139). Foi nesse momento que Vianna passou a defender as benesses de um Executivo legislador. Na sua concepção, se destacam elementos da concepção jurídica autoritária, que relaciona a qualidade e rapidez na produção legislativa à ideia de produção do direito por um corpo técnico, ambas possibilitadas pela ausência de representação popular e articuladas por meio do poder político centralizado.

Vianna regozijava o fato de ter contribuído para produzir praticamente toda a legislação social vigente no país em apenas quatro anos como membro do governo. Em texto datado em 1936, antes do segundo período de “poderes discricionários” inaugurado em 1937, saldava a rapidez e a qualidade da legislação, que havia sido criada de forma estritamente burocrática:

O processo adotado pelo Sr. Salgado Filho teve, além disso, a vantagem de, pela multiplicação das comissões técnicas, acelerar a elaboração das leis sociais, que as circunstâncias do momento estavam exigindo.

Como quer que seja, de uma forma ou de outra, pudemos realizar em cerca de quatro anos a elaboração de todo esse vasto complexo jurídico que forma a legislação social vigente. *Esse vasto labor, operado em tão curto espaço de tempo, não tem paridade em nenhuma legislação do mundo, a não ser a NRA americana*, e, deve-se a isto, por um lado à técnica adotada e, por outro, principalmente ao fato de estarmos num período de poderes discricionários confundidos como se achavam, numa mesma pessoa, as atribuições do Poder Legislativo e as do Poder Executivo - a facilidade de elaborar regulamentos (Vianna, 1991, p. 283-284, itálicos do autor).

Conforme o autor, as comissões técnicas, além de sua produtividade, teriam desenvolvido uma legislação de alto nível, moderna e eficiente. Assim, segundo projeção de Vianna, a produção jurídica ganharia, a partir de então, um arcabouço eminentemente administrativo, buscando distanciar-se de qualquer influência política⁸. A qualidade e rapidez seriam asseguradas em razão de uma propalada racionalidade e desinteresse dos atores envolvidos. Vianna afirmava que as novas leis seriam uma “legislação feita pelo povo e para o povo”, referindo-se a “povo” como aqueles representantes de interesses corporativos: patrões e empregados (Vianna, 1991, p. 284-5). A esperada eficiência, aponta Vianna, em tom de lamento, foi interrompida a partir da reintrodução do parlamento como fonte da produção legislativa, em 1934: “com o advento do regime constitucional, este trabalho de elaboração passou para a Câmara dos Deputados. Ora, esta, como sabido, costuma imprimir aos seus trabalhos um ritmo de lentidão exasperante” (Vianna, 1991, p. 284).

⁸ Apesar de os órgãos burocráticos terem sido criados como alternativa à política partidária exercida no parlamento, o objetivo da medida de promover um esvaziamento da política a partir de órgãos burocráticos não se concretizou. Codato e Guandalini Jr. (2016), em estudo sobre os Departamentos Administrativos do Estado Novo – que tinham como função substituir os legislativos locais –, demonstram como as demandas políticas se transferiram para esses órgãos, havendo em seu funcionamento um dinâmica de disputa entre os interesses políticos e os interesses burocráticos da ditadura varguista.

O projeto de Vianna era constituir os Conselhos Técnicos como substitutos dos partidos e, assim, esvaziar de conteúdo político a ação estatal. O objetivo era difundir a noção de que a competência técnica deveria prevalecer sobre a política, tanto na elaboração das leis quanto nos atos da administração pública de forma geral. Essa proposta pode ser encontrada em *Idealismo da Constituição*, obra em que Vianna defendia “a representação profissional, como forma obrigatória e exclusiva” para a constituição dos conselhos municipais (Vianna, 1939, p. 197). Em nota à segunda edição de *Problemas de Política Objetiva*, de 1947, Vianna explicitava que o Conselho de Economia Nacional, instituído pela Constituição de 1937, não era somente um órgão consultivo, mas um órgão que “podia mesmo vir a ser investido de funções legislativas no setor da economia nacional, com exclusão [sic] do Parlamento” (1974, p. 140).

Para o autor, o Brasil precisava superar uma tradição bacharelesca que produzia legislações sem consultar as “classes interessadas”, os “técnicos” e “os práticos do negócio”. Leis produzidas de forma isolada pelas elites políticas nacionais teriam estabelecido um processo dissociativo entre representantes e representados (Vianna, 1974, p. 132). Como resultado, apontava a falência de grande parte da legislação brasileira e a ineficiência administrativa. Esse estado das coisas teria mudado somente a partir da Revolução de 1930, período em que, mesmo no governo provisório, e mais fortemente durante o período ditatorial, se deu a colaboração corporativa para a produção legislativa (Vianna, 1974, p. 129). Vianna ressalta a importância que as corporações tiveram, como órgãos pré-legislativos e consultivos do Estado, na Constituição de 1934 e na Constituição de 1937⁹.

3. A Administrativização do Direito Constitucional

O projeto institucional de Vianna buscava construir um modelo administrativista para o Estado por meio de uma *administrativização* do Direito Constitucional. Esse modelo deveria ser estruturado a partir da junção entre a descentralização funcional (autárquica ou institucional) e a centralização territorial, apontando para a organização do Estado em um modelo corporativista. A ideia centralizadora já era defendida desde a publicação de *Populações Meridionais* lançado em 1920. Assim, a novidade que os anos 1930 trouxeram para seu projeto institucional era a instalação do modelo corporativo para a organização do Estado.

Definida a centralização do poder político, Vianna pretendia instituir, a partir do Executivo, a burocratização da produção legislativa, tratada como uma empreitada técnica e apolítica. Para isso, seria preciso articular uma nova compreensão sobre o modo como se faziam as leis, remanejando as funções tradicionais dos poderes para, dessa forma, realocar a função legislativa no Executivo. A delegação de poderes seria o mecanismo jurídico adequado para esse deslocamento. Essa foi então apresentada, a partir desse momento, como instituto legitimador da transferência da função legislativa para o Executivo. Portanto, a partir da centralização do Estado, os órgãos administrativos deveriam ser responsáveis pela produção legal. O Executivo seria rearticulado para se constituir como um poder complexo, que assumiria as funções dos demais poderes.

⁹ Importante ressaltar que Vargas nunca deixou que esse sistema corporativo rivalizasse com sua autoridade, de maneira que o primeiro foi propositalmente estruturado de forma incompleta e reticente. Além disso, interesses diversos, como os da Igreja Católica, os do empresariado – especialmente o paulista – e os de setores da própria burocracia, como o Ministério da Justiça, não permitiram que as propostas de Oliveira Vianna se concretizassem na prática corporativa do Estado Novo e nem mesmo após 1946 (Gomes, 1993, p. 44).

De acordo com Vianna, esse processo de *administrativização* do Direito Constitucional era o resultado das transformações pelas quais passara o direito depois da Primeira Guerra Mundial. A primeira dessas transformações teria sido o advento das ciências sociais, as quais, elevadas à condição de ciências objetivas, passaram a ser ciências auxiliares do direito público e constitucional. A segunda transformação decorria das “enormes e complexas” transformações que o conflito mundial operara “na estrutura e na mentalidade” europeias (Vianna, 1999, p.383). Essas mudanças teriam determinado uma modificação na cultura jurídica liberal, alterando importantes paradigmas do direito constitucional que eram vistos como fonte de conflitos por Vianna. No pós-guerra, a imagem de uma harmonia gerada pela disciplina burocrática das funções administrativas teria substituído esse conflitivo direito constitucional:

Contemplando este mundo novo, ou renovado, Rui teria então verificado que o Direito Constitucional, com as suas grandes teses clássicas – a da *separação dos poderes*; a dos *poderes implícitos*; a do *equilíbrio dos poderes*; a da *delegação dos poderes*, etc., que tanta celeuma levantaram na sua época – está sendo, nesta fase atual da ciência jurídica, relegado, de certo modo, ao segundo plano, em face do Direito Administrativo cuja importância cresce cada vez mais e cujas teses vão progressivamente tomando aquele espaço do horizonte, até então dominado pelos temas puramente constitucionais (Vianna, 1999, p. 383, grifos do autor).

A objetividade da ciência havia se conectado ao Estado. O mundo estaria, portanto, “numa fase positiva”, em que o direito constitucional e o administrativo encampariam uma preocupação técnica em suas fundamentações. Essas disciplinas estariam vivenciando um novo sentido metodológico por meio de uma postura positiva, prática e objetiva, distante dos “*jogos dialéticos, baseados em postulados e princípios apriorísticos*” (1999, p. 384-5, grifos do autor)¹⁰.

Assim, a nova tendência seria de que o direito abandonasse o método dedutivo, baseado em silogismos, para aplicar aos textos legais a realidade social estudada pelas ciências sociais. Dessa nova orientação, pautada a partir das condições atuais da vida social, decorreria a flexibilização dos “velhos” princípios constitucionais.

Entre os princípios a serem relativizados, Vianna destaca o da “indelegabilidade do Poder Legislativo” e o da “separação dos poderes”. O afastamento do primeiro se justificaria em razão da complexidade da sociedade industrial, que exigia respostas jurídicas tecnicamente adequadas e mais céleres do que as produzidas pelo Legislativo. A flexibilização do segundo princípio também estaria contida no movimento de “evasão ao formalismo do processo judiciário”, concretizando-se com a criação de “novas organizações administrativas”, fossem elas colegiadas (corporativas), ou não colegiadas. Essas assumiriam a forma de conselhos, juntas, comissões que aglutinariam, “ao mesmo tempo”, os poderes administrativos, legislativos e judiciais (Vianna, 1999, p. 387). Em suma, a flexibilização desses dois princípios clássicos do constitucionalismo representava um ajustamento do Estado Democrático à realidade do mundo moderno (Vianna, 1999, p. 388).

10 Vianna cita como exemplo da conexão entre “ciências do Estado” e “ciências da sociedade” a criação, em 1929, do *President's Research Committee on Social Trends* nos Estados Unidos da América. Este centro de pesquisa foi criado por Edgar Hoover e contava com a contribuição de especialistas das mais diversas áreas do conhecimento. De acordo com Vianna, esse comitê “realizou o maior inquérito social até hoje feito, como critério científico, sobre o povo e a sociedade americana” (Vianna, 1999, p. 385).

A concentração de poderes em um mesmo órgão foi concebida por Vianna já durante sua participação no projeto de organização da Justiça do Trabalho para a Constituição de 1934. A crítica mais severa às ideias desse autor partiu do deputado Waldemar Ferreira. Seu parecer analisou a função e o desempenho das Comissões Mistas de Conciliação e Julgamento, bem como estudou a instituição das Juntas de Conciliação e Julgamento, criadas pelo Decreto nº 22.132, de 1932. O cerne da crítica de Waldemar Ferreira era a delegação pelo Poder Legislativo de sua competência privativa de legislar para a Justiça do Trabalho. Ferreira criticava a competência *normativa* dos tribunais do trabalho. Como a Carta de 1934 vedava a delegação de poderes, não poderia a Justiça do Trabalho instituir, no julgamento dos dissídios coletivos, normas gerais de regulação das condições de trabalho. Ao contrário, essas deveriam ter seus efeitos restritos somente aos litigantes (Venancio Filho, 1983, p. 12). A Justiça do Trabalho, assim, estaria agindo como um poder legislativo.

Em sua interpretação do artigo 3^a, parágrafo único da Constituição de 1934, que vedava a delegação de poder, Vianna propôs, a partir das referências exegéticas do realismo jurídico norte-americano, que se abandonassem os “rigores absolutos”, os “ortodoxismos exagerados” das interpretações literais e gramaticais do texto constitucional (Vianna, 1983, p. 44). Para o autor, essa norma precisava ser interpretada de forma flexível, tendo como referência “o sendo de adaptação impostos pelas conveniências da administração pública e pelos imperativos de interesse coletivo” (Vianna, 1983, p. 44-45). Ademais, Vianna afirmou, em 1938, que “o fato da delegação do Poder Legislativo é, hoje, um fato geral, mesmo nos países de Constituições rígidas e onde o princípio da indelegabilidade é acolhido” (Vianna, 1983, p. 45).

Vianna trazia, ainda, exemplos de como esse princípio encontrou temperamentos em países da “mais elevada cultura política”, como Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e França. O caso francês seria, para o autor, um dos mais representativos. A partir dele, Vianna buscou demonstrar que, mesmo no país berço do princípio da separação de poderes, que tinha como consectário a indelegabilidade da função legislativa, a separação absoluta tinha fracassado. Nesse sentido, Vianna destacava que a República Francesa havia passado a adotar um regime de “separação relativa (*souple*)” (Vianna, 1983, p. 46).

Vianna buscava inscrever a ideia de que o princípio da separação de poderes e o preceito proibitivo da delegação não poderiam ser entendidos de maneira irrevogável, sob pena de sua aplicação rigorosa “tornar impossível a administração da coisa pública” (Vianna, 1983, p. 46). No sopesamento entre os princípios, deveria prevalecer o interesse da administração pública:

O interesse dominante não é mais o da obediência cega à letra da Constituição; é o da *eficiência do serviço público*. Todas as vezes que a experiência mostra que esta eficiência é mais bem assegurada por uma legislação *delegada* do que por uma legislação *direta* do Poder Legislativo, a delegação se processa, investindo-se a autoridade administrativa de poderes que não estão nem no texto, nem no pensamento da lei” ([1938]1983, p. 47, *itálicos do autor*).

Assim, o princípio do monopólio legislativo do parlamento estaria passando por um processo de derrogação progressivo. Em seu lugar, estavam se multiplicando novos órgãos de elaboração legislativa dentro da administração (Vianna, 1983, p.47). Vianna tomava como principal referência desse processo o caso norte-americano. Por meio desse exemplo, o autor visava demonstrar que, mesmo na pátria do liberalismo constitucional, as premissas da separação de poderes estavam sofrendo atenuações. Esse é um ponto a se destacar, pois as referências de que a concepção corporativa de Vianna seria influenciada pelo fascismo não se sustentam quando

se analisam seus textos sobre o assunto¹¹. Como destaca Venâncio Filho, a concepção corporativa de Vianna, “filia-se muito mais à ideia das *corporations* norte-americanas, no sentido dos grandes órgãos reguladores que o direito americano foi criando, a partir do *New Deal*, do que a doutrina política assim chamada” (Venancio Filho, 1983, p. 11)¹².

A descentralização autárquica, na forma de corporações, seria, portanto, uma exigência contemporânea, surgida diante a complexidade cada vez maior da administração pública. Tal mudança estaria em processo de implementação em todo o “mundo civilizado” pelo menos desde a Primeira Grande Guerra. Utilizando-se de Duguit como referência teórica para o movimento de descentralização funcional das atividades do Estado, Vianna afirmava que esse caracterizaria “a estrutura do Estado moderno” (1983, p. 52) e que “hoje, o problema do governo e dos povos é um problema de direção técnica” (Vianna, 1974, p. 117)¹³. A descentralização autárquica seria o reconhecimento das limitações, da ineficiência e da incapacidade das elites político-partidárias em lidar com os problemas de uma sociedade cada vez mais complexa (Vianna, 1974, p. 119).

Esse processo explicaria a rápida proliferação das corporações técnicas, de profissionais, de peritos, especialmente na forma de Conselhos Econômicos, que teriam funcionado lado a lado às “antigas” instituições parlamentares. No caso alemão, Vianna se referia, principalmente, ao Conselho Econômico Federal, previsto na Constituição do Reich Alemão de 1919, e na França, ao Conselho Nacional Econômico. Além dessas duas referências, o autor também discutia a existência de tais conselhos em nações mais periféricas, como Itália, Espanha, Tchecoslováquia, Polônia e União Soviética (Vianna, 1974, p. 118).

Conforme Vianna, mesmo no Brasil havia exemplos desse desenvolvimento funcional dos conselhos técnicos. Nesse ponto, o autor apontava para a possibilidade de que esses conselhos exercessem funções judiciais. No primeiro texto de *Problemas de Política Objetiva* (1930), há menções às atribuições administrativas *sui generis* dos conselhos estaduais, os quais, mesmo antes de 1930, dispunham de atribuições legislativas, executivas e judiciárias¹⁴. Para Vianna, esse seria o aspecto “mais interessante” desses conselhos locais:

Eles legislam, com efeito, por meio de “deliberações” e “resoluções” – e estas deliberações ou resoluções têm força de lei, independentemente de qualquer referendo, aprovação ou homologação do poder executivo ou legislativo do Estado. Os executores destas deliberações (que envolvem aspectos delicadíssimos da economia e da riqueza pública e particular) são os próprios funcionários destes institutos - e não agentes do Poder Executivo. O julgamento dos conflitos, surgidos entre estes institutos e os particulares, quando de caráter meramente contencioso, cabe às próprias Diretorias (1974, p. 145).

A partir de 1938, a defesa da possibilidade de atribuir funções judiciárias nas corporações administrativas ganhou maior espaço no discurso de Vianna. Na obra *Problemas de Direito Corporativo*, o autor fala abertamente da possibilidade dos órgãos técnicos assumirem as funções judiciais de suas próprias decisões. Em sua exposição sobre os tribunais administrativos

11 Vianna era um crítico da perspectiva corporativa do fascismo. Para ele, a identificação quase que automática entre o Estado Novo e o Fascismo se devia ao “clima espiritual” da época em que a Constituição de 1937 foi outorgada, pois tratava-se de um tempo em que o fascismo estava no auge de seu prestígio e êxito (Vianna, 1991, p. 278-279).

12 No mesmo sentido, conferir Teixeira, 2018.

13 Vianna retira essa citação de Henri de Jouvénal, mas não indica a obra.

14 Vianna tratava, nesse ponto, do Instituto do Café de São Paulo, do Instituto do Café de Minas Gerais, do Instituto do Açúcar de Pernambuco, do Instituto do Mate, do Paraná, e do Instituto do Fomento e Economia Agrícola, do Estado do Rio de Janeiro (1974, p. 143).

norte-americanos, Vianna louvava essa autonomia frente aos tribunais judiciais como uma expressão de “[...] fuga ao praxismo e ao formalismo tradicionais, ao direito estrito e aos precedentes judiciais, ao *case-law* e à sua força imperativa” (1983, p. 56). Esses tribunais seriam providos de “processualística própria, com poderes para decidirem as questões afetas à sua jurisdição, não pela aplicação da regra jurídica, com os tribunais judiciais, mas mediante critérios de pura eficiência prática [...]” (1983, p.57). Por meio dessa forma de organização, a estas instituições corporativas [...] “foi conferida uma discricionariedade julgadora que as torna, por assim dizer, independentes da lei [...]” (1983, p. 57). Estas características, acentuava é que teriam inspirado a organização e funcionamento dos tribunais do trabalho, os quais, seriam “apenas uma modalidade destas corporações administrativas” (1983, p. 57).

Para reforçar seus argumentos, Vianna se apoiava nas propostas da jurisprudência sociológica de Roscoe Pound, para defender que, diante de uma sociedade moderna que atravessava “uma fase de desequilíbrios e desajustamentos profundos, principalmente no campo econômico”, a solução jurisdicional dos conflitos deveria ser feita por meio de processos menos rígidos, bem como fora da complexidade dos tribunais comuns. Vianna continuava: “Ora, somente os tribunais administrativos, justamente por estarem libertos deste formalismo e da aplicação mecânica das regras de direito (*mechanical jurisprudence*), têm plasticidade e adaptabilidade para realizar estes objetivos” (1983, p. 58). Assim, no projeto de Vianna, os tribunais administrativos teriam como característica a “complexidade de poderes” (1983, p. 59):

Porque não se trata, com efeito, de instituição especializada dentro do velho padrão da separação dos poderes; trata-se, ao contrário, de instituições complexas, dotadas, como são, de poderes legislativos, executivos e judiciais. Elas acumulam, com efeito, com a competência *executiva* e a competência *jurisdicional*, não apenas de caráter orgânico, regulando o seu funcionamento, mas também com o caráter de regulamentos independentes, afetando os direitos dos particulares, controlando-os, disciplinando-os (1983, p. 59, itálicos do autor).

Para o autor, essas organizações administrativas, fossem elas de base paraestatal ou corporativa, “a concentração de poderes era inevitável e necessária” (1983, p. 60), em razão dos fins para os quais foram projetadas e das causas que lhes deram origem. E essa característica, afirmava Vianna, não seria incompatível com os regimes democráticos e liberais, em que o princípio da separação de poderes é um “dogma fundamental” e em que a lei se manifesta exclusivamente pela representação da vontade do povo no parlamento. O exemplo dos Estados Unidos estava lá para dizer o contrário:

Nenhum povo é mais democraticamente organizado do que o povo americano, no entanto, é lá que encontramos os exemplos mais característicos do abandono do famoso princípio da separação de poderes e, conseqüentemente, da concentração de vários poderes – legislativos, judiciais e executivos – em instituições públicas, paraestatais na sua maioria, a cuja jurisdição estão confiados setores da mais alta importância da vida econômica e social americana (1983, p. 60).

Vianna buscava demonstrar que a criação das corporações técnicas não se tratava de uma moda passageira, mas de uma verdadeira de “remodelação geral das instituições” que compunham o aparelho de Estado nas democracias contemporâneas. Em citação da obra de Panunzio S., *Il sentimento dello Stato*, de 1929, Vianna se refere a uma “quarta dimensão do Estado” (1974, p. 118) que englobaria os três poderes tradicionais (Executivo, Legislativo e Judiciário) mais as corporações. No pensamento de Vianna, contudo, essas quatro dimensões poderiam muito bem serem reduzidas a três, tendo em vista sua proposta de eliminação do parlamento.

Todos esses exemplos trazidos por Vianna visavam afirmar, um ano após a instalação do Estado Novo, que o modelo que se estava propondo representava a própria novidade aventada pelo regime, bem como pontuar que esse não se afastava da democracia. Isso porque o próprio sistema corporativo exigia a participação de representantes das classes sociais, superando apenas “a velha dogmática do Estado liberal, pelos menos no ponto relativo às fontes do direito positivo e ao monopólio do Parlamento” (1983, p. 62).

Desse modo, a construção institucional ideal seria aquela em que a competência técnica substitui a competência parlamentar (Vianna, 1974, p. 121), fixando-se o deslocamento da função legislativa para as corporações administrativas ou para “tribunais administrativos”, como já acontecia, de forma parcial, nos Estados Unidos (Vianna, 1983, p. 55). De acordo com Vianna:

“Com o advento da colaboração dos conselhos técnicos e das classes organizadas na obra administrativa do Estado e com a ampliação cada vez mais crescente da iniciativa legislativa do Poder Executivo, os Parlamentos – seja como órgãos representativos da opinião das massas, seja como órgão de elaboração das leis – teriam perdido muito da sua primitiva importância nos sistemas políticos contemporâneos” (Vianna, 1974, p. 119-120¹⁵).

Vianna afirmava que a tendência acima apresentada era percebida também na Europa, com o declínio da função legislativa dos parlamentos e sua substituição pela atividade legislativa dos Executivos. Como resultado, a *lei* estaria sendo substituída pelo *regulamento*, na forma de atos e instruções que regulavam e ordenavam a administração pública. Essa retração, apontava Vianna, estaria se dando, inclusive, nos berços anglo-saxônicos do parlamentarismo, ou seja, na Inglaterra e mesmo nos EUA¹⁶ (Vianna, 1974, p. 123).

A proposta era, portanto, eliminar a política partidária; ou seja, abolir a possibilidade de projetos políticos concorrentes e, com isso, também suprimir o conflito. O governo passaria a ser uma questão de técnica. A problemática central da Administração recairia na escolha dos especialistas e, principalmente, do procedimento adequado para a gestão da sociedade (Bresciani, 2005, p. 355).

O princípio característico do governo democrático consiste em dar à totalidade dos cidadãos uma parte igual na direção dos negócios públicos – diz Duguit. Ora, se assim é, o melhor caminho para realizarmos a democracia não é lutarmos, até com armas na mão, para eleger deputados ao Parlamento; mas desenvolver Conselhos Técnicos e as organizações de classe, aumentar a sua importância, intensificar as suas funções consultivas e pré-legislativas, generalizar e sistematizar a praxe da sua consulta da parte dos poderes públicos. É este o verdadeiro caminho da democracia no Brasil (Vianna, 1974, p. 147, grifos do autor do autor).

Apesar de Venancio Filho apontar que o corporativismo na obra de Vianna “é antes o problema da organização e da descentralização administrativa”, mais do que “um exame da organização política do Estado sob a forma corporativa” (1983, p. 11), o que se observa é que esses dois pontos se articulam em nome de uma nova forma de funcionamento institucional do

15 Nota inserida na edição de 1947.

16 Referência sempre lembrada por Vianna, os exemplos norte-americanos são retirados a partir da experiência do *New Deal*. Cita como exemplo os Códigos Industriais elaborados nesse período, os quais, representariam, para ele, uma legislação preparada por “entendidos no negócio”, técnicos e profissionais que contribuíam com seus conhecimentos especializados para a produção legislativa.

Estado. A proposta de descentralização autárquica por meio da criação de corporações técnicas com poderes complexos é um experimento em pequena escala do modo como deveriam se rearticular os poderes do Estado. Há, como se viu, uma clara proposta de concentração de poderes no Executivo. Essa ocorreria em nome de um projeto de refundação do Estado em bases autoritárias, a serem legitimadas pela técnica em substituição à política.

4. Considerações Finais

A obra Vianna busca estabelecer o modelo corporativo como um microcosmo do Estado. Nessa composição, o Estado é considerado uma corporação essencialmente administrativa, na qual a representação se daria a partir da organização de classes econômicas. A legislação seria produzida a partir de um núcleo que concentrava funções legislativas, executivas e mesmo judiciais. O Estado assumiria a forma de um órgão administrativo complexo, em que se fundiriam todas as funções por meio do abandono do princípio da separação de poderes e da indelegabilidade da função legislativa (Vianna, 1983, p. 63). Nessa concepção institucional, em que há uma clara prevalência do Executivo, as leis ganhariam a forma de decretos, que são atos administrativos por excelência, mas que receberiam novo *status*. Isso, por sua vez, revelaria que a origem primária das normas gerais e abstratas partiria, agora, da administração. Dessa forma, com base no modelo corporativo, Vianna desenvolvia uma refundação institucional do Estado em bases autoritárias, na qual o direito seria produzido não a partir da representação política, mas com base no saber técnico-científico de especialistas.

Bibliografia

- BRESCIANI, Maria Stella Martins (2005). *O charme da ciência e a sedução da objetividade: Oliveira Vianna entre intérpretes do Brasil*. São Paulo: Editora UNESP.
- CARVALHO, José Murilo de (2005). *Pontos e Bordados- Escritos de história e política*. Belo Horizonte: Editora UFMG.
- CODATO, Adriano.; GUANDALINI JR., Walter (2016). O código administrativo do Estado Novo: A distribuição jurídica do poder político na ditadura. *Estudos Históricos*, Rio de Janeiro, v. 29, n. 58, pp. 481-504, mai./ago.
- COSTA, Vanda Maria Ribeiro (1993). Corporativismo e Justiça Social: o projeto de Oliveira Vianna. In: BASTOS, E. R. e MORAES, J. Q. de. *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da Unicamp, p. 131-143
- FARIA, Luiz de Castro (2002). *Oliveira Vianna: de Saquarema à Alameda São Boaventura, 41- Niterói. O autor, os livros, a obra*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, Núcleo de Antropologia/UFRJ.
- GOMES, Ângela de Castro (1993). "A práxis corporativa de Oliveira Vianna". In: MORAES, E. R. *O pensamento de Oliveira Vianna*. Campinas: Editora da Unicamp, pp. 43-47.
- GOMES, Ângela de Castro (2014). *Burguesia e trabalho: política e legislação no Brasil (1917-1937)*. 2.ed. Rio de Janeiro: 7Letras.

- METZER, Gillian E (2013). *Administrative Constitutionalism*. Texas Law Review, vol. 91, June. Disponível em : https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/817. Acesso: 30. nov. 2021.
- SILVA, Zélia Lopes. *A domesticação dos trabalhadores dos anos 30*. São Paulo: Marco Zero, 1990.
- TEIXEIRA, Melissa (2018). Making a Brazilian New Deal: Oliveira Vianna and the Transnational Sources of Brazil's Corporatist Experiment. *Journal of Latin American Studies*, Volume 50, Issue 3, August 2018, p. 613-641. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0022216X17001602>. Acesso: 10 jun.2019
- VENANCIO FILHO, A (1983). Introdução: Problemas de Direito Corporativo, de Oliveira Vianna. In: VIANNA, Oliveira. *Problemas de Direito Corporativo*. 2 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, p. 11-20.
- VENANCIO FILHO, A (1974). Introdução. In: VIANNA, Oliveira. *Problemas de Política Objetiva*. 3ªed. Rio de Janeiro: Record, p. 9-13.
- VENANCIO, Giselle Martins (2015). *Oliveira Vianna entre o espelho e a máscara*. Belo Horizonte: Autêntica Editora.
- VIANNA, Oliveira (1991). *Ensaios inéditos*. Campinas: Editora da UNICAMP.
- VIANNA, Oliveira (1939). *O Idealismo da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- VIANNA, Oliveira (2005). *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal.
- VIANNA, Oliveira (1938). *Problemas de Direito Corporativo*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora.
- _____._____. (1983) 2ª ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações.
- VIANNA, Oliveira (1930). *Problemas de Política Objetiva*. São Paulo: Companhia Editora Nacional.
- _____._____. (1974). 3ªed. Rio de Janeiro: Record.
- VIANNA, Oliveira (1999). *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal.

Data de Recebimento: 30/09/2021

Data de Aprovação: 01/12/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Autoritarismo e gênese antitruste:

**Francisco Campos e a imaginação concorrencial
no Estado Novo**

Authoritarianism and antitrust genesis:

*Francisco Campos and the Estado Novo's competition
imagination*

Mário André Machado Cabral¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é compreender o papel de Francisco Campos e do pensamento autoritário na criação da legislação concorrencial brasileira. A hipótese é de que Campos é figura central, apesar de usualmente a literatura concorrencial lembrar, sobretudo, das atuações de Nelson Hungria e Agamemnon Magalhães. A metodologia tem por base pesquisa bibliográfica e documental. Os resultados apontaram não só a importância de Campos, como o legado do pensamento autoritário à formulação concorrencial brasileira. A conclusão é a de que o antitruste no Brasil teve sua origem vinculada à imaginação institucional de um homem público que, nos anos 1930 – quando foi o principal responsável pela primeira lei brasileira com conteúdo concorrencial, o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938 –, encontrou no autoritarismo sua expressão intelectual.

Palavras-chave: Francisco Campos, Antitruste, Autoritarismo.

ABSTRACT

This work aims at understanding the role of Francisco Campos and authoritarian thought in the creation of Brazilian competition law. The hypothesis is that Campos is a central actor, despite the fact that the competition literature usually emphasizes the role of Nelson Hungria and Agamemnon Magalhães. The methodology is based on bibliographic and documentary research. The results of the research pointed out not only the importance of Campos, but also the legacy of authoritarian thought to the Brazilian competition policy making. The conclusion is that antitrust in Brazil had its origins linked to the institutional imagination of a statesman who, in the 1930s – when he was in charge of framing Brazilian first statute with competition law content, the Decree-Law No. 869 of November 18th, 1938 –, found its intellectual expression in authoritarianism.

Keywords: Francisco Campos, Antitrust, Authoritarianism.

Introdução

No Brasil, a legislação antitruste ou concorrencial – leis voltadas à repressão e à prevenção contra o abuso do poder econômico – surge no Estado Novo (1937-1945), com o Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, chamado de Lei de Crimes contra a Economia Popular. O Ministro da Justiça e Negócios Interiores à época da elaboração da lei era Francisco Campos. Ao tratar do percurso de desenvolvimento da disciplina jurídica da concorrência no Brasil, parte substancial da doutrina concorrencialista aponta a relevância de duas figuras históricas: Nelson Hungria, penalista chamado por Campos para colaborar na elaboração do Decreto-Lei nº 869/1938, e Agamemnon Magalhães, Ministro da Justiça responsável pela “Lei Malaia” (Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945), considerada um marco que mudou o curso da política antitruste no País.

Hungria e Magalhães são, de fato, personalidades sem as quais não é possível entender a construção do antitruste no Brasil. No entanto, Campos foi o pioneiro, aquele que deu as condições políticas, ofereceu a fundamentação político-econômica e advogou publicamente pela necessidade do País de ter uma lei com disposições antitruste. Campos buscou inserir a política que se desenhava no quadro político-econômico mais amplo do Estado Novo, posicionando a legislação de fomento à economia popular como instrumento a serviço do projeto de desenvolvimento capitaneado por Vargas.

Nesse sentido, objetiva-se aqui explorar o papel desempenhado por Campos na gênese do antitruste no Brasil, imaginando uma nova lei e uma nova política para lidar com o problema do poder econômico. Foi no contexto do Estado Novo e alimentado pelo pensamento autoritário que o esforço de Campos nos anos 1930 se deu. Isso significa que não é possível compreender as origens do antitruste no País sem entender as contribuições de Campos e do pensamento autoritário.

Para tanto, pretende-se lançar mão do seguinte percurso: depois desta introdução, a primeira seção abrange as mudanças operadas no Estado brasileiro a partir de 1930, destacando-se as disposições de fomento à economia popular que constam das Constituições de 1934 e 1937 e que deram origem ao Decreto-Lei nº 869/1938; a segunda seção discute a importância de Campos e do pensamento autoritário nas formulações concorrenciais de 1938; a terceira seção trata do legado de Campos e da Lei de Crimes contra a Economia Popular ao direito e à política antitruste no Brasil.

Estado Novo e imaginação concorrencial

A primeira lei brasileira com conteúdo antitruste foi o Decreto-Lei nº 869/1938. Ele é fruto de um conjunto de transformações que se operaram no Estado brasileiro a partir da chegada de Getúlio Vargas ao poder, em 1930, e se acentuaram com o Estado Novo (1937-1945). Depois da Revolução de 1930, o Poder Executivo Federal passa a se ocupar de temas que previamente não estavam entre as prioridades governamentais. Antes mesmo da Constituição de 1934, o governo federal manejou mudanças (i) na estrutura administrativa, (ii) no quadro legal e (iii) na forma de atuar diante de temas de natureza social e econômica.

Primeiro, a imaginação institucional pré-1934 quanto à estrutura administrativa pode ser ilustrada pela criação do Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública (Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930) e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (Decreto nº 19.433, de 26 de novembro de 1930). Com isso, a preocupação com questões sociais sensíveis, como saúde e educação, passou para o primeiro escalão do governo. Além disso, a relação mais básica do sistema capitalista – entre capital e trabalho – começou a contar com uma pasta ministerial². Segundo, embora, de fato, as Constituições de 1934 e de 1937 sejam, pela natureza constitucional, os grandes marcos legais do Estado Novo, a atividade normativa sob Vargas remete a período anterior. Exemplos dessa atividade são os Códigos de Minas (Decreto nº 24.642, de 10 de julho de 1934) e de Águas (Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934), revelando a perspectiva federal de outorgar para si capacidade de planejamento de setores estratégicos, como mineração e energia. Terceiro, somando-se inovações administrativas a criações legislativas, dispôs-se dos instrumentos para uma ação direcionada à execução de um projeto de país em que o Estado tem papel central em temas sociais e econômicos (como saúde, educação, trabalho, indústria, mineração, energia etc.)³.

Conforme a clássica lição de Celso Furtado, a expansão do crédito federal para o setor cafeeiro já em 1931 indica uma nova postura estatal de intervencionismo expansionista com vistas a manter a produção e a renda sem recorrer ao desequilíbrio externo (Furtado, 2007, pp. 263-273). Por outro lado, a ideia de “Estado de compromisso” de Boris Fausto assinala que os interesses protegidos a partir de 1930 seriam mais diversificados do que a mera defesa da hegemonia da burguesia do café. Outros grupos sociais, inclusive a incipiente burguesia industrial, conviveriam nos ambientes de poder (Fausto, 1979, pp. 104-114). Essa predominância de uma “estrutura produtiva de base urbano-industrial”, no dizer de Francisco de Oliveira, começa a se forjar com o esteio do governo federal. As mudanças no aparelho e na ação estatais representam um modelo de intervenção do Estado na esfera econômica distinto daquilo que prevalecia antes de 1930 (Oliveira, 2003, pp. 35-41). Para executar esse modelo de ação econômica estatal, criaram-se ministérios, comissões, departamentos, institutos, empresas públicas, fundações e planos de ação diversos (Ianni, 1977, pp. 13-24). Em outras palavras, modificações institucionais foram processadas de modo a imaginar e implementar o que Sônia Draibe chamou de “ossatura material do Estado” (Draibe, 1985, pp. 63-100).

Nesse sentido, as Constituições de 1934 e de 1937 apenas reafirmam e formalizam um modelo econômico que já vinha se forjando desde a ascensão de Vargas. De qualquer modo, sua importância é expressiva. A Constituição de 1934 coloca o Brasil numa tradição constitucional aberta pelas Constituições mexicana de 1917 e alemã (Weimar), de 1919, a do “constitucionalismo social”. Ao invés de apenas prever direitos consagrados pelo legado liberal do século XVIII, a Constituição de 1934 traz disposições que demandam uma postura ativa do Estado para transformar as estruturas sociais e econômicas existentes (Bercovici, 2012, pp. 17-18; Bercovici, 2005, pp. 11-15). Direitos sociais referentes à educação, à cultura, à saúde, ao trabalho, à previdência social e à sindicalização contaram com proteção constitucional (Bercovici, 2005, pp. 31-34). Ao mesmo tempo, a Constituição de 1934 consignou um capítulo inteiramente dedicado à

2 Depois da Constituição de 1934 as transformações na máquina administrativa foram ainda mais amplas. Em 1936, foi criado o Conselho Federal do Serviço Público Civil, substituído, por força do Decreto-Lei nº 579, de 30 de julho de 1938, pelo Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), responsável pela admissão de servidores e pela organização, racionalização e centralização da estrutura administrativa. Cf. Draibe, 1985, pp. 85-87; Wahrlich, 1983, pp. 235-278. Sobre o tema, defendendo o regime, ver: Bastos, 1983, pp. 343-349.

3 No sentido de que as mudanças já foram se processando antes mesmo da Constituição de 1934, ver: Bercovici, 2009, pp. 725-728.

“ordem econômica”, em que a liberdade econômica é assegurada, mas com ela deveriam ser observados os princípios de justiça e a dignidade humana⁴. A propriedade era protegida, mas não o seu exercício contrariamente ao interesse social e coletivo⁵.

Base normativa inaugural do Estado Novo, a Constituição de 1937, de um lado, restringiu liberdades individuais e políticas – no que se distingue da Constituição anterior, democrática –, mas, de outro, pode ser traduzida pela continuidade e pelo aprofundamento do modelo de atuação econômica estatal que vinha sendo gestado desde 1930. Reconhece-se a iniciativa econômica individual, assentando-se, porém, as prerrogativas da intervenção estatal no domínio econômico⁶. Uma intensa atividade de imaginação institucional e criação normativa se deu, estabelecendo-se de estruturas estatais capazes de executar o projeto político-econômico liderado por Vargas (Fonseca, 1987, pp. 256-260; Fonseca, 2012, pp. 173-177)⁷.

Foram inseridas nessas Constituições, nos respectivos capítulos relacionados à ordem econômica, provisões mencionando o fomento da chamada “economia popular”⁸. A ideia de que se deveria proteger a economia popular diz respeito à preocupação com o bem-estar econômico da coletividade, que poderia ser negativamente afetado por condutas anticompetitivas praticadas por agentes de mercado com poder econômico. Duas grandes preocupações práticas relacionadas à vida econômica do País estavam particularmente presentes: com os altos preços (a “carestia”) e com o desabastecimento, notadamente de itens essenciais à população em geral e às classes produtoras. Para evitar que práticas abusivas produzissem majoração artificial dos preços e desabastecimento, era preciso garantir livre concorrência nos mercados, de sorte a promover a economia popular (Cabral, 2019, pp. 1-32; Cabral, 2020, pp. 71-78)⁹.

Apesar de a previsão acerca da economia popular já constar da Constituição de 1934, não houve tempo para a regulação infraconstitucional. Sobrevindo a Carta de 1937 e a permanência de mandamento constitucional relacionado à criação de lei para a promoção da economia popular, foi promulgado o Decreto-Lei nº 869/1938. O conjunto dos seus dispositivos revela pelo menos três aspectos substanciais: (i) a lei tem natureza penal, com ilícitos criminais previstos e penas de prisão e multa cominadas. É dizer, o direito concorrencial nasce no Brasil do Estado Novo como direito penal; (ii) a lista de condutas ilícitas comporta tanto clássicas práticas anti-

4 “Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”.

5 “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior”.

6 “Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

7 Em sentido semelhante, ver: Cunha, 1963, p. 65-101.

8 Constituição de 1934: “Art. 117 - A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País”. Constituição de 1937: Art. 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”.

9 Sobre economia popular, ver também: Lyra Filho, 1939, p. 17; Lyra Filho, 1946, pp. 28-39; Lyra, 1940, pp. 91-96; Oliveira, 1952, pp. 9-10.

competitivas (desde preço predatório¹⁰ e fixação de preço de revenda¹¹ a condutas que podem ser entendidas como coordenação horizontal – cartel –, a exemplo de ajustes para impedir a concorrência¹²) quanto ilícitos que não têm natureza antitruste (como gestão fraudulenta¹³ e fraude a pesos e medidas¹⁴). Isto é, essa não era uma lei antitruste “pura”; arrolava ilícitos que tinham ou não conteúdo tipicamente concorrencial; (iii) previa como autoridade responsável pela repressão aos crimes contra a economia popular um tribunal que já existia, o Tribunal de Segurança Nacional (TSN), que havia sido criado pela Lei nº 244, de 11 de setembro de 1936, para processamento e julgamento de crimes contra o Estado¹⁵. Isso significa que a implementação do direito antitruste no Brasil não é gerida, em seu primeiro momento, por uma agência administrativa “expert”, a exemplo da *Federal Trade Commission* (FTC), criada em 1914 nos Estados Unidos, ou do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criado em 1962 no Brasil. A repressão aos ilícitos concorrenciais previstos no Decreto-Lei nº 869/1938 era responsabilidade do TSN¹⁶.

Mais do que a interpretação e a aplicação desses dispositivos¹⁷, é necessário entender a formulação da lei e as ideias que orientaram os homens públicos responsáveis pela criação da primeira lei com disposições antitruste do ordenamento brasileiro.

Francisco Campos, antitruste e pensamento autoritário

Ao discutir os “criadores” do antitruste no Brasil, a literatura usualmente destaca Nelson Hungria¹⁸ e Agamemnon Magalhães¹⁹. Em 1938, Hungria, já um penalista festejado, foi convidado pelo então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, Francisco Campos, para elaborar uma lei que regulamentasse o art. 141 da Constituição de 1937. Assim surgiu a Lei de Crimes

10 “Art. 2º São crimes dessa natureza: [...] V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”.

11 “Art. 3º São ainda crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego: I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor”.

12 “Art. 2º [...] III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”.

13 “Art. 2º [...] IX - gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados”.

14 “Art. 3º [...] V - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamento; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados”.

15 Sua criação anterior à Constituição de 1937 se explica como reação ao movimento comunista de 1935. Cf. Campos, 1939, p. 196.

16 Sobre o TSN, ver: Balz, 2009; Silva, 2007, pp. 273-303; Campos, 1982; Cabral, 2020, pp. 112-126.

17 Sobre o tema, ver: Cabral, 2018, pp. 171-190; Cabral, 2020, pp. 112-126.

18 Ver *e.g.*: Oliveira, 1952, p. 21; Shieber, 1966, p. 2; Barbieri Filho, 1984, p. 33; Franceschini e Franceschini, 1985, pp. 8-9; Vaz, 1993, pp. 245-247; Martinez, 2010, pp. 13-15; Bercovici e Andrade, 2011, p. 452.

19 Ver *e.g.*: Magalhães, 1965, pp. 21-22; Shieber, 1966, pp. 6-9; Venancio Filho, 1968, pp. 290-291; Barbieri Filho, 1984, pp. 34-35; Franceschini e Franceschini, 1985, p. 8; Ferraz Júnior, 1992, p. 177; Vaz, 1993, pp. 248-249; Fonseca, 2001, pp. 47-48; Forgioni, 2012, pp. 101-106; Proença, 2001, pp. 27-29; Oliveira e Rodas, 2004, pp. 18-19; Bercovici, 2005, pp. 24-25; Bagnoli, 2005, pp. 85-86; Onto, 2009, pp. 57-58; Martinez, 2010, pp. 15-19; Bercovici e Andrade, 2011, p. 452; Carvalho, 2011, p. 18; Prado, 2012, pp. 100-102; Nascimento, 2012, p. 188; Todorov e Torres Filho, 2012, p. 2015; Andrade, 2014, p. 127; Pfeiffer, 2015, pp. 131-132; Gaban e Domingues, 2016, p. 83; Pereira Neto e Casagrande, 2016, p. 22; Frazão, 2017, p. 35; Marques, 2018, p. 30.

contra a Economia Popular de 1938²⁰. É da autoria de Hungria também um livro fundamental à compreensão dos fundamentos e propósitos intentados com o Decreto-Lei nº 869/1938: *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*, de 1939. Nessa obra, Hungria, antes de examinar juridicamente os dispositivos da lei, lança mão de uma análise de economia política para justificar a nova iniciativa legal. O autor assinala o liberalismo econômico e sua crítica ao intervencionismo estatal como ultrapassados e contrários ao interesse social e à “grande massa da população”. O regime do *laissez-faire* favoreceria os interesses individuais em detrimento do desenvolvimento socioeconômico do País (em suas palavras, o “progresso da economia social”). Assim, a Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938 seria uma manifestação de um modelo estatal entre o individualismo capitalista e o socialismo ditatorial, em que o Poder Público exerceria um “prudente intervencionismo”, de garantia do equilíbrio e em defesa dos “interesses da Nação” (Hungria, 1939, pp. 6-10)²¹.

Já Magalhães é considerado como o grande responsável pelo direito antitruste brasileiro com os traços gerais que tem hoje. Após já ter sido ministro de Vargas antes do Estado Novo e interventor de Pernambuco entre 1937 e 1945, Magalhães foi nomeado Ministro da Justiça e Negócios Interiores em 1945. Defensor do Estado Novo²², crítico do liberalismo²³ e dos “trustes”²⁴, estudioso da literatura econômica relacionada ao tema²⁵ e a par de experiências antitruste em outros países²⁶, especialmente nos Estados Unidos a partir do *Sherman Act*²⁷, Magalhães imaginou uma lei especificamente antitruste e uma autoridade administrativa com expertise na matéria concorrencial. Foi assim que concebeu a chamada “Lei Malaia” (Decreto-Lei nº 7.666/1945), que criaria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (C.A.D.E.), o primeiro esboço do que viria a ser o Cade, anos depois. Logo na sequência da Lei Malaia, Vargas caiu, e a lei foi revogada antes mesmo de ser implementada, não sem antes causar um intenso debate público sobre o combate a trustes e cartéis²⁸. Como deputado constituinte em 1946, Magalhães propôs a inclusão de um dispositivo que viria a se tornar o art. 148 da Constituição de 1946, que determina a repressão ao abuso do poder econômico²⁹. Como deputado federal, propôs o Projeto de Lei nº 122, de 15 de abril de 1948, para criar uma lei tipicamente antitruste. O projeto teve trâmite tortuoso e apenas 14 anos mais tarde, com modificações, deu lugar à Lei nº 4.137/1962, que criou o Cade (Cabral, 2020, pp. 153-180).

20 Cf. Oliveira, 1952, p. 21; Shieber, 1966, p. 2; Barbieri Filho, 1984, p. 33; Franceschini e Franceschini, 1985, p. 8-9; Vaz, 1993, p. 245-247; Martinez, 2010, p. 13-15; Bercovici e Andrade, 2011, p. 452.

21 No mesmo sentido, cf. Cabral, 2020, pp. 97-112. Ver também: Hungria, 1941.

22 Cf. FGV/CPDOC, AGM c 28.04.20/4.

23 Cf. FGV/CPDOC, AGM c s/d/29.

24 A postura crítica era anterior à chegada ao Ministério da Justiça, e seu alvo preferido era o truste dos Diários Associados, de Assis Chateaubriand, tido como porta-voz de grandes trustes estrangeiros. Ver, e.g.: FGV/CPDOC, AGM c 44.04.04; FGV/CPDOC, AGM c 44.04.26.

25 Cf. FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/8; Magalhães, 1949, pp. 7-8.

26 Cf. FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/4; FGV/CPDOC, AGM c 45.04.05.

27 Cf. FGV/CPDOC, AGM c 44.04.04; FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/9; FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/10; Magalhães, 1949, pp. 15-16.

28 Cf. Carone, 1976, p. 369-377; Folha da Manhã, 1945, p. 3; Diário de Pernambuco, 1945a; Diário de Pernambuco, 1945b; Diário de Pernambuco, 1945h; Diário de Pernambuco, 1945e; Diário de Pernambuco, 1945d; Diário de Pernambuco, 1945i; Diário de Pernambuco, 1945f; Diário de Pernambuco, 1945c; Diário de Pernambuco, 1945g; Diário de Pernambuco, 1945j; Diário de Pernambuco, 1945l.

29 Sobre a construção do art. 148 da Constituição de 1946, ver: Braga, 2008, pp. 70-72.

A importância de Hungria e Magalhães é, como se vê, monumental. Contudo, essa construção teve início com Campos. Sem a manutenção na Constituição de 1937 do dispositivo referente à economia popular e a iniciativa de Campos de sustentar publicamente, em 1938, a necessidade política e econômica de uma lei com conteúdo antitruste, a história da legislação concorrencial no Brasil poderia ser outra. Para além da viabilização política da lei, Campos cumpre papel ainda mais substancial: conferir uma fundamentação político-econômica para a iniciativa legal, revelando os propósitos almejados com a disciplina jurídica que se criava naquele instante³⁰. Uma entrevista de 28 de novembro de 1938, concedida por Campos ao jornal carioca *A Noite*, é lida como uma exposição de motivos do Decreto-Lei nº 869/1938 (Cabral, 2020, pp. 86-87). Esse documento constitui fonte fundamental para a compreensão das ideias que informaram ideológica e teoricamente Campos e Hungria na formulação do estatuto e do estado de coisas almejado com a implementação da legislação.

Três aspectos podem ser destacados. Primeiro, nota-se um teor nacionalista no discurso de Campos, ainda que os termos, nesse contexto, sejam vagos. A intervenção do Estado para fomentar a economia popular teria de se dar, para Campos, nos “ramos da economia que interessam à defesa nacional ou que, pela sua posição, dentro da balança comercial, dizem respeito, de maneira vital, à riqueza do Brasil” (Campos, 1939, pp. 187-188). A “defesa nacional” e a “riqueza do Brasil” estavam em linha com a dicção do art. 135 da Carta de 1937, já transcrito acima, o que sugere o intento de demonstrar que o decreto de 1938 se inseria no quadro normativo que conferia a base jurídica do projeto político e econômico do Estado Novo (Cabral, 2020, pp. 89).

Segundo, Campos recorre à ideia de indistinção entre povo e Estado para justificar a lei de proteção à economia popular. Atentar contra a economia popular seria atentar contra o Estado – crimes contra a economia popular eram equiparados a crimes contra o Estado e julgados pela mesma autoridade, o TSN. Combatendo os trustes e cartéis, que exploravam a população, sobretudo de baixa renda, o Estado construiria um equilíbrio que mitigaria os riscos da luta de classes. Os interesses do Estado em combater o poder econômico e se reafirmar como poder político se confundiriam com os interesses do povo de não ser explorado por práticas anticompetitivas³¹.

Terceiro, o Decreto-Lei nº 869/1938 dispunha de dois objetivos expressos. O primeiro, por óbvio, seria promover a economia popular. As economias do povo – preservadas da ação de trustes e cartéis – poderiam ser mais bem empregadas na formação de reservas econômicas necessárias à “expansão das empresas e indústrias úteis”³². Ou seja, a promoção da economia popular seria instrumental a um fim maior, mais amplo e mais alinhado ao projeto político-econômico do Estado Novo: a expansão industrial nacional. O segundo objetivo seria evitar o “bloqueio da concorrência”. Tal bloqueio seria consequência de práticas monopolísticas restritivas da “livre competição, indis-

30 Em verdade, Campos atuou no sentido de conferir fundamentação teórica não apenas à iniciativa concorrencial via proteção da economia popular, mas ao regime do Estado Novo de forma geral. Ver, e.g.: Bonavides, 1979, p. xii; Santos, 2007, pp. 31-48.

31 “Como se vê, a Constituição é explícita: equipara os crimes contra a economia popular aos cometidos contra a segurança do Estado – no que põe em pé de igualdade, irmanando-os e confundindo-os, o Estado e o povo – e prescreve para os mesmos fôro especial. [...] O Estado Novo tem como uma das suas funções precípuas exatamente garantir o equilíbrio entre as diversas classes, colocando-se acima de interesses particulares, por mais poderosos que sejam, sob pena de trair a sua missão e terminar fomentando indiretamente a luta social” (Campos, 1939, pp. 189-190). Sobre como a concepção de Estado de Campos moldou a formulação da tutela da economia popular, cf. Medeiros, 2021, pp. 194-200.

32 “Finalidades da nova lei. A leitura do texto da lei, - continuou o Ministro Francisco Campos, - mostra claramente quais os fins que tem em vista, e que são de duas ordens. O primeiro é garantir a guarda e o emprego da economia popular, que não pode ser dissipada e mal baratada em empreendimentos suspeitos, organizados, com muito barulho de propaganda, por alguns espertalhões. A lei garante o povo contra eles e lhe dá, ao mesmo tempo, segurança do bom emprego de suas economias. O bom emprego das economias populares, por sua vez, promove a formação das reservas de que o País necessita para a expansão das empresas e indústrias úteis” (Campos, 1939, p. 191).

pensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País”³³. Nesse sentido, combater condutas anticompetitivas seria, também, instrumental a um fim maior, mais amplo e mais alinhado ao projeto político-econômico do Estado Novo: o desenvolvimento industrial e comercial do País. Pode-se afirmar, desse modo, que Campos consigna um caráter instrumental à legislação concorrencial brasileira na sua gênese. O controle concorrencial serviria a objetivos de “expansão das empresas e indústrias úteis” e “desenvolvimento industrial e comercial do País” (Cabral, 2020, pp. 93-96).

É importante pontuar que os fundamentos assinalados por Campos em relação à lei de 1938 estão em clara convergência com os elementos teóricos associados ao autoritarismo em sua trajetória intelectual. É verdade que Campos era um “jurisconsulto adaptável” (Seelaender & Castro, 2010, pp. 255-291), isto é, ajustou suas contribuições intelectuais aos contextos políticos em que se inseria. No entanto, a Lei de Crimes contra Economia Popular é de 1938, em pleno Estado Novo, em que Campos atuou de modo central como político e pensador, tendo sido figura chave na elaboração da Carta de 1937, exercido o relevante cargo de Ministro da Justiça e servido como intelectual de um regime autoritário. Sua obra mais conhecida, *O Estado Nacional*, de 1940, reúne textos de 1935 a 1939, compreendendo, pois, o período em que o Decreto-Lei nº 869/1938 foi gestado e veio a público.

Dois aspectos referentes à obra serão aqui brevemente destacados. Primeiro, para Campos, o Estado, encarnado na figura do Presidente, representa o poder supremo, o contato direto com o povo, sem necessidade de intermediários, devendo controlar “todas as atividades sociais – a economia, a política, a educação”³⁴. Logo, o controle de práticas anticompetitivas na economia deveria, também, ser exercido pelo Estado. Segundo, Campos defende o corporativismo a partir da ideia de que, afastando-se do comunismo e do liberalismo, o Estado assumiria o papel de árbitro das categorias e setores, representando o interesse nacional³⁵. Com isso, o combate aos abusos anticoncorrenciais nos termos do Decreto-Lei nº 869/1938 implicaria arbitrar conflitos econômicos desde a ótica do interesse nacional, significando rechaço, simultaneamente, a um modelo de planificação comunista, em que o Estado sequer lega espaços de exploração econômica ao setor privado, e a um modelo liberal absentista, em que o Estado nada faz diante dos abusos de trustes e cartéis e das demais práticas monopolísticas³⁶.

Dessa forma, a despeito da relevância de Hungria e Magalhães, sempre lembrada pela literatura, Campos tem importância central como homem público que advoga politicamente pela imprescindibilidade de uma lei antitruste. Como intelectual, tentou conferir fundamentos teóricos para a novidade institucional que se engendrava. Esses fundamentos lançados à justificação da imaginação antitruste encontravam base no pensamento de Campos dos anos 1930, que se insere nos marcos do autoritarismo.

33 “O segundo fim da lei é evitar o bloqueio da concorrência por meio de arranjos, combinações ou organizações destinadas a estabelecer o monopólio em certos ramos da economia pública ou a restringir a livre competição, indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País” (Campos, 1939, p. 191).

34 “Para assegurar aos homens o gozo dos novos direitos, o Estado precisa de exercer o controle de todas as atividades sociais – a economia, a política, a educação”. Campos, 2001, p. 58.

35 “O liberalismo político e econômico conduz ao comunismo. [...] O corporativismo, inimigo do comunismo e, por consequência, do liberalismo, é a barreira que o mundo de hoje opõe à inundação moscovita. [...] Só, porém, o Estado, que não tem interesse particularista, está em condições de representar o interesse nacional e de exercer, portanto, a arbitragem entre os interesses de categorias ou de setores. O Estado assiste e superintende, só intervindo para assegurar os interesses da nação, impedindo o predomínio de um determinado setor da produção, em detrimento dos demais. [...] A organização corporativa garante a liberdade de iniciativa de uns, nos limites em que não prejudica igual liberdade de iniciativa de outros, e, sobretudo, nos limites em que a liberdade individual não constitui atentado contra o bem comum” (Campos, 2001, pp. 63-65). Sobre o corporativismo em Campos, ver, *e.g.*: Gomes, 2007, pp. 91-100.

36 Sobre os influxos teóricos do autoritarismo na formação histórica do antitruste brasileiro, cf. Cabral, 2020, pp. 298-308.

Campos inicia a construção das condições para a gênese do antitruste no Brasil, dando os primeiros passos no sentido da consolidação que foi sendo feita ao longo de décadas. Hoje a política de defesa da concorrência é estruturada, e a autoridade antitruste, o Cade, desenvolve plenamente suas atividades. Essa solidificação se deu a partir de bases que foram instauradas por Campos. Por isso, é pertinente entender o legado desse Campos da década de 1930 para o antitruste nacional.

Legado

Duas chaves de análise permitem visualizar o legado de Campos para o direito e a política antitruste no Brasil. A primeira diz respeito à instrumentalidade do antitruste nacional a objetivos político-econômicos estruturais. Tem-se o entendimento de que a disciplina jurídica da concorrência e sua implementação como política pública servem a alguns objetivos. Há vastas e controversas discussões sobre os objetivos do antitruste³⁷. Independentemente do objetivo que se entenda como mais adequado, parte-se da premissa de que concorrência não é um fim em si; ela é instrumental à busca pela concretização de determinados fins.

Paula A. Forgioni enfatiza os fundamentos constitucionais do antitruste brasileiro (Forgioni, 2012). A política de defesa da concorrência, que tem sua legitimidade conferida pela Constituição, sobretudo, nos artigos 170, IV (livre concorrência)³⁸, e 173, § 4º (repressão ao abuso do poder econômico)³⁹, deve mirar não só os ditames constitucionais elencados no art. 1º da Lei nº 12.529/2011 (liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico)⁴⁰, como os objetivos cristalizados no *caput* do art. 170 (dignidade humana e justiça social) e os objetivos que se extraem de uma leitura sistemática e teleológica da Constituição⁴¹, como aqueles que constam do art. 3º, a exemplo do desenvolvimento nacional⁴².

Tal entendimento está em linha com a compreensão de que o direito concorrencial é uma das técnicas do direito econômico. Conceituado classicamente por Fábio Konder Comparato na tradição brasileira, o direito econômico responde pelo conjunto de técnicas jurídicas de que o Estado lança mão para a implementação de seus objetivos de política econômica (Comparato, 1978, p. 465). Esses objetivos de política econômica devem ser consistentes com o modelo constitucional ou, no dizer de Washington Peluso Albino de Souza, com a ideologia constitucio-

37 Para um inventário desse debate, ver: Ramos, 2021, pp. 20-121.

38 “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”.

39 “Art. 173. [...] § 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

40 “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

41 Para uma discussão sobre interpretação sistemática e teleológica da Constituição, em especial da ordem econômica, ver: Andrade, 2009, pp. 323-340.

42 “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

nalmente adotada⁴³. Isto é, os objetivos a serem buscados pelo direito econômico devem estar ancorados na Constituição. O direito antitruste, nesse passo, pode ser compreendido como uma das técnicas de direito econômico utilizadas pelo Estado para a implementação de determinados objetivos que têm na Constituição seu fundamento.

Dessa forma, a ferramenta de implementação do direito antitruste, que é a política de defesa da concorrência, é instrumental à consecução mediata dos objetivos constitucionais de dignidade humana, justiça social e desenvolvimento e à consecução imediata dos objetivos constitucionais de livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico, liberdade de iniciativa, defesa dos consumidores e função social da propriedade. A concretização desses fins, notadamente dos amplos objetivos do art. 3º da Constituição, como o desenvolvimento nacional⁴⁴, contribuirá na transformação das estruturas socioeconômicas que conformam nossa realidade⁴⁵.

Ocorre que essa concepção instrumental – de que a defesa da concorrência não é fim em si, não se basta, não se justifica *per se*, não está insulada do quadro político-econômico ao redor e, especialmente, serve como instrumento à busca de objetivos estruturais de transformação do País – não é novidade no Brasil; pode ser notada desde os momentos de gênese do antitruste nacional, na década de 1930, sob a liderança política e intelectual de Campos. Cravando o estado de coisas almejado com a nova lei – no caso, o Decreto-Lei nº 869/1938 –, Campos, conforme já pontuado na seção anterior, assinala dois objetivos decorrentes do estatuto: (i) promover a economia popular, pois isso preservaria as reservas econômicas do País para a “expansão das empresas e indústrias úteis” (Campos, 1939, p. 191) e (ii) evitar o “bloqueio da concorrência”, dado que isso, enquanto consequência de práticas abusivas de detentores de poder econômico, restringiria a dinâmica competitiva da economia, tida por “indispensável ao desenvolvimento industrial e comercial do País” (Campos, 1939, p. 191).

O direito antitruste brasileiro, na esteira do Decreto-Lei nº 869/1938, nasce à luz de uma concepção instrumental; o Estado admite a intervenção no domínio econômico para fomentar a economia popular e a livre concorrência a partir do pressuposto de que esse fomento serve a um objetivo de transformação estrutural engendrado pelo projeto político em curso: o desenvolvimento industrial e comercial do País⁴⁶. Assim, se hoje se entende que a defesa da concorrência serve instrumentalmente a objetivos maiores, que se confundem com os anseios de construir um país desenvolvido e competitivo, as linhas iniciais dessa ideia foram traçadas com Campos.

A segunda chave de análise para vislumbrar o legado de Campos para o direito e a política antitruste no Brasil é de natureza legislativa. O Decreto-Lei nº 869/1938 desenha o primeiro rol de condutas anticompetitivas da legislação brasileira. Entre os artigos 2º a 4º, a legislação arrola comportamentos indesejados que atentariam contra a economia popular.

43 É difícil apontar uma obra apenas em que Souza discuta o conceito de ideologia constitucionalmente adotado, sendo algo desenvolvido ao longo de sua trajetória intelectual. “Não é tarefa fácil identificar a obra na qual a noção de “ideologia constitucionalmente adotada” teria sido apresentada pelo Prof. Washington Peluso Albino de Souza, pois essa categoria representa, em verdade, um “eixo argumentativo” construído lentamente no decorrer dos anos” (Clark, Corrêa & Nascimento, 2013, p. 275). De qualquer modo, “Primeiras Linhas de Direito Econômico” é possivelmente sua obra mais central, em que os principais conceitos de sua formulação teórica são trabalhados. Souza, 2005.

44 Ou a superação do subdesenvolvimento, como colocam Gilberto Bercovici e Alessandro Octaviani: Bercovici & Octaviani, 2015, pp. 65-84. Ver também: Cabral, 2018.

45 De Bercovici, sobre o art. 3º como “cláusula transformadora”, ver, *e.g.*: Bercovici, 2010, p. 401.

46 Sobre as relações entre antitruste, industrialismo e desenvolvimentismo, no nascedouro da defesa da concorrência no Brasil, ver: Cabral, 2020, pp. 281-292 e 309-320.

Nesses dispositivos, encontram-se previsões que não têm conotação antitruste, a exemplo de ilícitos como gestão fraudulenta e fraude a pesos e medidas. De outro lado, há tipos ilícitos de teor claramente antitruste. Mais especificamente nos artigos 2º e 3º, há os crimes contra a economia popular que “bloqueariam” a concorrência (Campos, 1939, p. 191). E o ponto é justamente esse: muitas dessas previsões antitruste – *i.e.*, da consignação de práticas violadoras da concorrência como ilícitas – permaneceram nas legislações concorrenciais brasileiras que se sucederam.

A atual lei brasileira de defesa da concorrência, a Lei nº 12.529/2011, conta com previsões que ou têm redação bastante similar ao Decreto-Lei nº 869/1938 ou lidam com preocupações que foram legalmente cristalizadas pela primeira vez no referido diploma. O cotejamento das previsões do art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/2011 com alguns incisos dos artigos 2º e 3º do Decreto-Lei nº 869/1938 permite visualizar esse legado legislativo. A Tabela 1 abaixo ilustra isso. A Lei nº 12.529/2011 estipula no art. 36, § 3º, como infrações da ordem econômica: práticas de açambarcamento (XIII e XIV), coordenação horizontal, a exemplo do cartel (I), preço predatório (XV) e fixação de preço de revenda (IX). O Decreto-Lei nº 869/1938 já trazia como crimes contra a economia popular disposições no mesmo sentido. Ou seja, o atual controle repressivo de condutas anticompetitivas no Brasil é tributário dessa construção que remete aos anos 1930.

Tabela 1

	Decreto-Lei nº 869/1938	Lei nº 12.529/2011
Açambarcamento	<p>“Art. 2º [...] I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias primas ou produtos necessários ao consumo do povo; [...]</p> <p>IV - reter ou açambarcar matérias primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do país e provocar a alta dos preços”.</p>	<p>“Art. 36 [...] § 3º [...] XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;</p> <p>XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”.</p>
Coordenação horizontal	<p>“Art. 2º [...] III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio”.</p>	<p>“Art. 36 [...] § 3º [...] I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública”.</p>
Preço predatório	<p>“Art. 2º [...] V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”.</p>	<p>“Art. 36 [...] § 3º [...] XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”.</p>
Fixação de preço de revenda	<p>“Art. 3º [...] I - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor”.</p>	<p>“Art. 36 [...] § 3º [...] IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”.</p>

A legislação brasileira contemporânea poderia ter seguido a dicção das linhas estadunidense (seções 1 e 2 do *Sherman Act*) e europeia (artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) de sistematizar de modo simplificado em dois grandes tipos antitruste: as condutas coordenadas e as condutas unilaterais. Mas a lista de ilícitos da lei brasileira é bem mais longa e detalhada, repisando os passos que foram dados a partir de 1938. Isso faz das previsões da lei brasileira peculiares, distinguindo-se do padrão internacional, sem, porém, quaisquer prejuízos quanto à interpretação da lei e à implementação da política. Note-se que o Brasil já contou com algumas leis antitruste depois do Decreto-Lei nº 869/1938: a Lei Malaia de 1945, a Lei nº 4.137/1962, a Lei nº 8.158/1991, a Lei nº 8.884/1994 e a atual Lei nº 12.529/2011. Poderia ter optado por uma mudança na forma de esquematização dos tipos ilícitos, é dizer, dos comportamentos anticompetitivos passíveis de sanção antitruste. No entanto, como se viu, muitos dos dispositivos das leis posteriores, destacando-se a atual, seguem as linhas traçadas por Campos e Hungria em 1938, o que aponta seu legado.

Dessa forma, tanto no que se refere à natureza instrumental do direito e da política antitruste, quanto com relação à forma de tipificação na lei das infrações concorrenciais, é notável que a lei idealizada por Campos não é apenas um decreto que pouca efetividade teve e cuja importância se resume à gênese da referida disciplina jurídica (o que já seria bastante); em verdade, trata-se de iniciativa legislativa que, expressando a imaginação institucional de Campos, conformou a história do antitruste no Brasil e apontou caminhos para a construção da experiência concorrencial brasileira.

Conclusão

Hungria e Magalhães têm importância fundamental na construção do antitruste no Brasil. No entanto, não se pode olvidar o papel de Campos – determinante na criação das condições políticas, na justificação político-econômica e na defesa pública da urgência de uma nova lei e uma nova política preordenadas ao controle pelo Estado de práticas monopolísticas que afetassem a economia popular. A argumentação desenvolvida por Campos para justificar a criação da nossa primeira lei com conteúdo concorrencial (i) apresenta teor nacionalista, (ii) lança mão da indistinção entre povo e Estado de modo a autorizar a intervenção econômica para proteger o povo contra abusos anticompetitivos de detentores de poder econômico e (iii) cristaliza que a legislação que se desenha serve instrumentalmente a propósitos maiores – alinhados ao projeto nacional de expansão e desenvolvimento comercial e industrial do País.

Tais ideias sobre proteção da economia popular são consistentes com concepções teóricas do “Estado Nacional”, de Campos, peça central na compreensão do pensamento autoritário brasileiro. O Estado, que se confunde com o Presidente, é o poder supremo, devendo controlar todas as atividades sociais, inclusive as econômicas. Logo, o controle de práticas anticompetitivas atentatórias da economia popular deveria ser exercido pelo Estado. O corporativismo concebia o Estado como árbitro das dinâmicas sociais e econômicas, afastando conflitos e distinguindo-se do liberalismo (com Estado mínimo) e do comunismo (com Estado máximo). Essa natureza arbitral era coerente com a possibilidade de controle antitruste repressivo pela via do fomento à economia popular.

As contribuições de Campos permanecem. O legado é notável e pode ser esquematizado: (i) na formulação da concepção de instrumentalidade da legislação de repressão ao abuso do poder econômico, no sentido de que a política que se implementa a partir da peça legislativa

antitruste deve mirar não a concorrência em si, mas sim o que a defesa da concorrência gera em termos de concretização de objetivos constitucionais mais amplos de política econômica, como o desenvolvimento do País; e (ii) na estruturação dos tipos concorrencialmente ilícitos (como práticas de açambarcamento, coordenação horizontal, preço predatório e fixação de preço de revenda), consignados na legislação pela primeira vez com o Decreto-Lei nº 869/1938 e que sobrevêm nas leis que se sucederam. Portanto, a imaginação desse Campos – dos anos 1930, formulador da Constituição de 1937, ministro do Estado Novo e autor de “Estado Nacional” – foi fundamental à gênese do antitruste no Brasil.

Referências

- Andrade, J. M. A. (2009). A Constituição Brasileira e as Considerações Teleológicas na Hermenêutica Constitucional. In C. P. Souza Neto, D. Sarmento e G. Binenbojm (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988* (pp. 323-340). Lumen Juris.
- Andrade, J. M. A. (2014). *Economicização do direito concorrencial*. Quartier Latin.
- Balz, C. C. (2009). *O Tribunal de Segurança Nacional: aspectos legais e doutrinários de um tribunal da Era Vargas (1936-1945)*. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.
- Bagnoli, V. (2005). *Introdução ao direito da concorrência: Brasil – globalização – União Européia – Mercosul – Alca*. Singular.
- Barbieri Filho, C. (1984). *Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico*. Resenha Tributária.
- Bastos, R. (1983). A centralização administrativa no Estado Nacional (1942). In Brasil. *Cultura política e o pensamento autoritário* (pp. 343-349). Câmara dos Deputados.
- Bercovici, G. (2005). *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. Malheiros.
- Bercovici, G. (2009). Estado intervencionista e Constituição Social no Brasil: o silêncio ensurdecer de um diálogo entre ausentes. In C. P. Souza Neto, D. Sarmento e G. Binenbojm (Orgs.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988* (pp. 725-738). Lumen Juris.
- Bercovici, G. (2010). Política Econômica e Direito Econômico. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 105, 389-406.
- Bercovici, G. & Andrade, J. M. A. (2011). A Concorrência Livre na Constituição de 1988. In J. M. Adeodato & E. C. B. Bittar (Orgs.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário* (pp. 449-468). Quartier Latin.
- Bercovici, G. (2012). *Constituição e Estado de Exceção Permanente: atualidade de Weimar (2004)*. 2. ed. Azougue.
- Bercovici, G. & Octaviani, A. (2015). Direito e subdesenvolvimento. In A. Octaviani. *Estudos, pareceres e votos de direito econômico* (pp. 65-84). Singular.

- Bonavides, P. (1979). Francisco Campos – O antiliberal. In: F. Campos. *Discursos parlamentares* (pp. XII-XXIX). Câmara dos Deputados.
- Braga, S. S. (2008). As relações entre o Executivo e o Legislativo e a elaboração da política econômica na primeira experiência de democracia presidencialista pluripartidária brasileira (1946-1964). Tese (Doutorado) – Instituto de Economia/Universidade de Campinas.
- Cabral, M. A. M. (2018). A aplicação do antitruste no Brasil: o mito da falta de efetividade da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938. *Nomos*, 38 (2), 171-190.
- Cabral, M. A. M. (2018). *Subdesenvolvimento e estado de exceção: o papel do Estado e da Constituição Econômica no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- Cabral, M. A. M. (2019). O sentido de “economia popular”: a origem do antitruste no Brasil nos anos 1930. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, 14 (1), 1-32, 2019.
- Cabral, M. A. M. (2020). *A Construção do Antitruste no Brasil: 1930-1964*. Singular.
- Campos, F. (1939). A Lei de Proteção à Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a “A Noite”, em 28 de novembro de 1938. In N. Hungria. *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio* (pp. 187-198). Livraria Jacintho, 1939.
- Campos, F. (2001) *O Estado Nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico* (1939). Senado Federal.
- Campos, R. P. (1982). Repressão judicial no Estado Novo: esquerda e direita no banco dos réus. Achiamé.
- Carone, E. (1976). A Terceira República (1937-1945). Difel.
- Carvalho, V. M. (2011). Aspectos históricos da defesa da concorrência. In L. Cordovil et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência comentada*. Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (pp. 13-30). Revista dos Tribunais.
- Clark, G., Corrêa, L. A. & Nascimento, S. P. (2013). Ideologia Constitucional e Pluralismo Produtivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. esp. em memória do Prof. Washington Peluso Albino de Souza, 265-300.
- Comparato, F. K. (1978). O indispensável direito econômico (1965). In F. K. Comparato. *Ensaio e pareceres de direito empresarial* (pp. 453-472). Forense.
- Cunha, M. W. V. (1963). *O sistema administrativo brasileiro: 1930-1950*. Centro Brasileiro de Pesquisas Educacionais.
- Draibe, S. (1985). *Rumos e metamorfoses: um estudo sobre a constituição do Estado e as alternativas da industrialização no Brasil, 1930-1960*. Paz e Terra.
- Fausto, B. (1979). *A Revolução de 1930: historiografia e história* (1970). 6. ed. Brasiliense.
- Ferraz Júnior, T. S. (1992). Lei de Defesa da Concorrência, origem histórica e base constitucional. *Arquivos do Ministério da Justiça*, 180, 175-185.

- Fonseca, J. B. L. (2001). *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste (1995)*. 2. ed. Forense.
- Fonseca, P. C. D. (1987). *Vargas: o capitalismo em construção*. Brasiliense.
- Fonseca, P. C. D. (2012). Instituições e política econômica: crise e crescimento do Brasil na década de 1930. In P. P. Z. Bastos & P. C. D. Fonseca (Orgs.). *A Era Vargas: desenvolvimentismo, economia e sociedade* (pp. 159-178). Unesp.
- Forgioni, P. A. (2012). Os fundamentos do antitruste (1998). 5. ed. Revista dos Tribunais.
- Franceschini, J. I. G. & Franceschini, J. L. V. A. (1985). *Poder econômico: exercício e abuso: direito antitruste brasileiro*. Revista dos Tribunais.
- Frazão, A. (2017). *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. Saraiva.
- Furtado, C. (2007) *Formação econômica do Brasil (1959)*. 34. ed. Companhia das Letras.
- Gaban, E. M. & Domingues, J. O. (2016). *Direito antitruste*. 4. ed. Saraiva.
- Gomes, A. M. C. (2007). Autoritarismo e corporativismo no Brasil: intelectuais e construção do mito Vargas. In F. C. P. Martinho, Francisco Carlos Palomanes & A. C. Pinto. *O corporativismo em português: Estado, política e sociedade no Salazarismo e no Varguismo* (pp. 79-107). Civilização Brasileira.
- Hungria, N. (1939). *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*. Livraria Jacintho.
- Hungria, N. (1941). O direito penal no Estado Novo. *Revista Forense*, 38, 268.
- Ianni, O. (1977). *Estado e planejamento econômico no Brasil (1930-1970)* (1971). 2. ed. Civilização Brasileira.
- Lyra Filho, J. (1939). *Problemas de economia popular*. Alba.
- Lyra Filho, J. (1946). *A proteção da economia popular*. Rio de Janeiro: Irmãos Di Giorgio & Cia., 1946.
- Lyra, R. (1940) *Crimes contra a economia popular: doutrina, legislação e jurisprudência*. Jacinto.
- Magalhães, A. (1949). *Abuso do poder econômico*. Projeto de Lei regulando a aplicação do art. 148 da Constituição da República. Folha da Manhã.
- Magalhães, P. G. (1965). *A nova liberdade*. Combate aos trustes e cartéis. Tempo Brasileiro.
- Marques, F. O. (2018). A evolução do antitruste no Brasil. In C. Campilongo & R. Pfeiffer (Orgs.). *Evolução do antitruste no Brasil* (pp. 27-37). Singular.
- Martinez, A. P. (2010). Controle de concentrações econômicas no Brasil: passado, presente e futuro. *Revista do IBRAC*, 18, 11-57.

- Medeiros, J. A. (2021). *A tutela jurídica do mercado interno e sua interação com a regulação da concorrência: o mercado interno como recurso de poder econômico*. Tese (Doutorado) em Direito Econômico. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- Nascimento, R. C. (2012). Quatro momentos do antitruste no Brasil. In L. Farina (Ed.). *A nova Lei do CADE* (pp. 187-194). Migalhas.
- Oliveira, E. (1952). *Crimes contra a economia popular e o juri tradicional*. Freitas Bastos.
- Oliveira, F. (2003). *Crítica à razão dualista / O ornitorrinco*. Boitempo.
- Oliveira, G. & Rodas, J. G. (2004). *Direito e economia da concorrência*. Renovar.
- Onto, G. G. (2009). *Da irrelevância do mercado ao mercado relevante: economistas, teoria econômica e política antitruste no Brasil*. Dissertação de Mestrado em Administração Pública e Governo. Escola de Administração de Empresas de São Paulo/Fundação Getúlio Vargas.
- Pereira Neto, C. M. S.; Casagrande, P. L. (2016). *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. Saraiva.
- Pfeifer, R. A. C. (2015). Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. *Revista dos Tribunais*.
- Prado, L. C. D. (2012). Infrações da ordem econômica e legislação de defesa da concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica. In L. Farina (Ed.). *A nova Lei do CADE* (pp. 96-123). Migalhas.
- Proença, J. M. M. (2001). *Concentração empresarial e o direito da concorrência*. Saraiva.
- Ramos, L. F. R. (2021). *Antitrust and Multivalued Function of Competition*. *Nomos*, 2021.
- Santos, M. A. C. (2007). Francisco Campos: um ideólogo para o Estado Novo. *Locus*, 13 (2), 31-48.
- Shieber, B. M. (1966). Abusos do poder econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos E.U.A. *Revista dos Tribunais*.
- Silva, F. C. T. (2007). Os tribunais da ditadura: o estabelecimento da legislação de segurança nacional no Estado Novo. In F. C. P. Martinho & A. C. Pinto. *O corporativismo em português: Estado, política e sociedade no Salazarismo e no Vargasismo* (pp. 273-303). Civilização Brasileira.
- Seelaender, A. C. L. & Castro, A. R. (2010). Um jurisconsulto adaptável. Francisco Campos (1891-1968). In C. G. Mota & N. Salinas (Orgs.). *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro* (pp. 255-291). Saraiva.
- Souza, W. P. A. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. ed. Ltr.
- Todorov, F. R. & Torres Filho, M. M. (2012). History of competition policy in Brazil: 1930-2010. *The Antitrust Bulletin*, 57 (2), 207-257.

Vaz, I. (1993). *Direito econômico da concorrência*. Forense.

Venancio Filho, A. (1968). *A intervenção do Estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Fundação Getúlio Vargas.

Wahrlich, B. M. S. (1983). *Reforma administrativa na Era de Vargas*. Fundação Getúlio Vargas.

Documentos de arquivo

A Indústria Nacional e os Trusts. Folha da Manhã, Recife, 26 abr. 1944. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 44.04.26.

Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c s/d/29.

Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/4.

Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/8.

Carta de Agamenon Magalhães para Getúlio Vargas, de 5 de abr. 1945. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.04.05.

Carta de Agamenon Magalhães para Getúlio Vargas. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 28.04.20/4.

Documento do Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Departamento de Administração, Divisão do Material, 1945. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/9.

Manuscrito, 1945. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 45.00.00/10.

Nova espécie de Escravidão Branca. Folha da Manhã, Recife, de 4 abr. 1944. Arquivo Agamenon Magalhães, FGV/CPDOC, AGM c 44.04.04.

Matérias de jornais

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. O advogado Carlos Duarte depõe sobre o “Decreto Agamenon”: “Faz-nos regredir aos dias mais negros do fascismo caboclo”. **Diário de Pernambuco**, Recife, 26 jun. 1945a.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Tirania e abuso de poder. **Diário de Pernambuco**, Recife, 26 jun. 1945b.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. A economia brasileira na mesma situação da economia alemã no tempo do nazismo. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945c.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Declara o emb. Berle: discrepa das leis dos E. U. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945d.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Decreto-maligno – a opinião de outra fonte norte americana. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945e.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Desaparece a propriedade privada que é uma expressão da liberdade individual. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945f.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. O ministro da Justiça ameaça começa a agir dentro de 15 dias. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945g.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Os motivos do ódio. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945h.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Para intimidar os “Diários Associados”. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945i.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Repulsa geral em São Paulo. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945j.

DIÁRIO DE PERNAMBUCO. Sem precedentes o pânico na Bolsa. **Diário de Pernambuco**, Recife, 27 jun. 1945l.

FOLHA DA MANHÃ. Manifestam-se as classes produtoras sobre o decreto-lei 7.666. **Folha da Manhã**, São Paulo, 25 jul. 1945, Caderno Único, p. 3.

Data de Recebimento: 4/10/2021

Data de Aprovação: 4/11/2021

La doctrina del gobierno de facto y las Actas Constitucionales de 1976: Juristas chilenos avalando decretos leyes

*A doutrina do governo de fato e os Atos Constitucionais
de 1976:*

Juristas chilenos endossando decretos-lei

*The doctrine of the de facto government and the
Constitutional Acts of 1976:*

Chilean jurists endorsing decree-laws

Eric Palma González¹
Francisco Zuñiga Urbina²

¹ Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-8804-6278

² Universidad de Chile. ORCID: 0000-0003-4363-6423

RESUMEN

La doctrina sobre la vigencia de los decretos leyes es un factor a considerar al explicar la generación de normas iusfundamentales por dictaduras. Ellas tienen a su disposición una fuente formal que es acatada por juristas y jueces, que está aceptada por la cultura jurídica interna, de manera tal que se da certeza al dictador que podrá dejar instalada en el sistema democrático normativa jurídica que no cumple con los baremos de una legislación auténticamente democrática y soberana.

Palabras clave: Chile, Actas Constitucionales de 1976, Decretos leyes, Gobiernos de facto, Juristas y dictadura.

RESUMO

A doutrina sobre a validade dos decretos-lei é um fator a se considerar ao explicar a geração de normas jurídicas fundamentais pelas ditaduras. Eles têm à sua disposição uma fonte formal que é seguida por juristas e juízes, o que é aceito pela cultura jurídica interna, de forma que o ditador tenha a certeza de que poderá sair instalado no regime democrático de normas jurídicas que não cumprem os padrões de uma legislação autenticamente democrática e soberana.

Palavras-chave: Chile, Atos Constitucionais de 1976, Decretos-lei, Governos de fato, Juristas e ditadura.

ABSTRACT

The doctrine on the validity of the decree laws is a factor to consider when explaining the generation of fundamental legal norms by dictatorships. They have at their disposal a formal source that is followed by jurists and judges, which is accepted by the internal legal culture, in such a way that the dictator is given certainty that he will be able to leave installed in the democratic system legal regulations that do not comply with the standards. of an authentically democratic and sovereign legislation.

Keywords: Chile, Constitutional Acts of 1976, Decree laws, De facto governments, Jurists and dictatorship.

Introducción³

Pretendemos en este trabajo de historia constitucional dar noticia del uso que se hizo en Chile por el profesorado de Derecho, así como por los tribunales de justicia, de la doctrina del gobierno de facto para explicar y justificar la vigencia de la normativa jurídica dictada por la dictadura del General Augusto Pinochet (1973-1990). Nos interesa comprender cómo se aproximó la doctrina chilena a la cuestión de la vigencia de las llamadas Actas Constitucionales, normativa jurídica de rango constitucional contenida en varios decretos leyes. Llamamos la atención respecto de una ampliación de la figura del campo legal al constitucional, hecho en el que la doctrina del derecho Público y Privado no ha reparado por lo que se sigue describiendo al decreto ley como una fuente formal con rango de ley. Esta falta de reflexión trae como consecuencia que los mismos argumentos que se emplearon en la década de 1930 para justificar la vigencia de esta normativa espuria, se emplearon bajo la dictadura y se continuaron usando luego del retorno a la democracia para validar normas iusfundamentales.

El año 1976 la dictadura cívico-militar chilena puso en vigencia un conjunto de normas iusfundamentales conocidas como Actas Constitucionales. Se trata de cuatro textos normativos que siendo expedidos por la dictadura se expresan en el plano de las fuentes formales como decretos leyes, es decir, normas de rango legal que abordan materias propias de ley, pero que, faltando el Congreso Nacional por haber sido clausurado, son dictadas y promulgadas por el Poder Ejecutivo y la Junta de Gobierno que ha llegado al poder político estatal por vías de hecho.

Luego del “golpe de Estado” de 1973 (en rigor, una revolución en los términos de Kelsen) se recurrió a la doctrina del gobierno de facto como base para reflexionar sobre la cobertura legal y legitimidad de normas de rango legal dictadas por la dictadura. La cultura jurídica chilena hizo suya la doctrina del “gobierno de facto” a partir de la década de 1930, sólo que esta vez (1973) no se trataba de normas legales, sino, de normativa de rango constitucional, es decir, de normas iusfundamentales. Opazo Quintana (2014) nos recuerda que en 1933 el profesor de Derecho Administrativo Alex Varela C. (1984, 23-49), citando al francés Gastón Jèze, los definía como la regla de derecho general, impersonal, formulada, en los períodos de dictadura, por individuos que se han proclamado dictadores. En este mismo año se nombró una Comisión para que analizara la validez de los decretos leyes dictados en la llamada República Socialista, la que resolvió el problema a partir de la doctrina francesa de los gobiernos de facto y del principio de urgente necesidad.

Como señala Rouquié (1981, 3):

“En los Estados latinoamericanos se encuentran establecidos dos tipos de legitimidad, generalmente en conflicto. Por una parte, una legitimidad de tipo legal y mayoritario en conformidad con los preceptos constitucionales, por otra una legitimidad que se puede llamar oligárquica, cuya <<formula de justificación>> es de tipo histórico o de naturaleza tradicional...gobiernos autoritarios cuyos rasgos legales son frágiles, pueden gozar del consenso que les brinda el apoyo de las capas dominantes que <<dicen la legitimidad>>, orientan y dan forma a la opinión. En relación con este sistema, pues, resulta preciso ubicar la noción de dictadura y su empleo para calificar poderes tanto civiles como militares”.

³ Este trabajo se publica en el contexto de ejecución del Proyecto Fondecyt número N°1200573, “Las Actas Constitucionales números 2 y 3 de 1976, y su lugar en la historia constitucional de Chile: sentido, alcance y proyección”.

Respecto de Chile no puede afirmarse que el militarismo (Sotelo, 1977) sea un fenómeno recurrente y por ende, constitutivo de su cultura política-constitucional y su estructura institucional, lo que permitiría entender que a tres años del golpe de Estado tuviera injerencia todavía la concepción del poder limitado, incluso militar, aunque ello no implique democracia. Si aceptamos la tesis de Sotelo, según la cual el militarismo es posible porque faltan las instituciones políticas, la aprobación de las Actas Constitucionales como hito hacia la normalidad institucional debería entenderse como una prueba de la debilidad del militarismo hasta ese momento y, en consecuencia, como una falta de predominio del elemento militar sobre el civil. Predominio que se alcanzó años más tarde, luego de la crisis de 1978, y que se expresó claramente en la Constitución de 1980 (Consejo de Seguridad Nacional). Sin embargo, en la descripción que el autor hace del militarismo impulsado por la oligarquía amenazada por las demandas transformadoras de la clase media y popular, hay un elemento de control de la fuerza militar. Con lo cual, las Actas podrían ser expresión de un tipo de militarismo controlado por las elites oligárquicas.

Cabe considerar que las cuatro Actas Constitucionales de 1976 (decretos leyes N°1319, de 9 de enero; N°1551, N°1552, y N°1553, de 13 de septiembre) no responden al concepto de Constitución que desarrolla el constitucionalismo liberal, democrático y social, sino expresa un caso de “perversión constitucional”, fenómeno que Karl Loewenstein caracteriza magistralmente:

“Si al principio, un documento constitucional formal servía para limitar el ejercicio del poder político en interés de la libertad de los destinatarios del poder, la existencia hoy de una constitución escrita no implica, en absoluto, *ipso facto* una garantía de distribución y, por lo tanto, limitación del poder. Cada vez con más frecuencia, la técnica de la constitución escrita es usada conscientemente para camuflar regímenes autoritarios y totalitarios. En muchos casos, la constitución escrita no es más que un cómodo disfraz para la instalación de una concentración del poder en manos de un detentador único. La constitución ha quedado privada de su intrínseco *telos*: institucionalizar la distribución del ejercicio del poder político” (1983, 213-214).

Al respecto Valenzuela (1997, 9) señala que Pinochet empleó las nociones constitucionales al uso en Chile, aunque en forma tergiversada: “el 10 de noviembre de 1977 Pinochet le envió un largo memorándum a la Comisión -Ortuzar que preparaba el nuevo texto constitucional- pidiéndole que incorporase ciertas ideas al proyecto. Estas se apartaban en aspectos importantes de lo que habían sido tanto las prácticas como las nociones de la constitucionalidad democrática chilena”.

Morresi, estudiando el liberalismo conservador argentino, reitera al respecto la propuesta de Hugo Quiroga del año 2004 sobre la legitimación de los gobiernos golpistas identificando tres operaciones:

“la legitimidad de origen (que estaría dada por la situación caótica en la que había sumido al país el gobierno “demagógico” del peronismo), la legitimidad de ejercicio (que se derivaría de la capacidad de las Fuerzas Armadas para poner en vigencia un orden) y la legitimidad de fines (que estaría asentada en los objetivos de reinstauración republicana que serían compartidos por los elementos “sanos” de la sociedad)” (2010, 104).

A lo que cabría agregar la legitimidad burocrática a que se refiere Bobbio según la cual el poder se ejerce sujeto a reglas aplicables a quien lo detenta y no son expresión de puro arbitrio.

La presente investigación estudia la tarea de legitimación o justificación de la labor legislativa y constitucional de la dictadura por algunos juristas chilenos, a propósito de una investigación mayor que confronta la tesis según la cual la dictadura chilena es un caso particular de régimen autolimitado y, por ende, es más bien un gobierno autoritario que una dictadura a secas y, en ningún caso, una autocracia totalitaria.

El problema que abordamos es parte de una investigación mayor que recurre a un marco teórico en que resultan particularmente relevante las teorías aportadas por la ciencia política y la historia del derecho sobre dictadura y regímenes autoritarios; rol político del ejército; sujeción del poder civil al militar; la doctrina de la constitución histórica y de la monarquía limitada; la doctrina del gobierno de facto. Analizamos la formulación de las Actas Constitucionales de 1976 desde la perspectiva teórica propuesta por Huneeus (2000), quien caracteriza al régimen militar desechando la explicación del totalitarismo y del fascismo y, siguiendo a Linz, opta por la tesis del régimen autoritario:

“El poder y la autoridad de Pinochet no fueron absolutos, pues el suyo no fue un régimen totalitario, en que el dictador ostenta dichos atributos. Estos estuvieron limitados, en primer lugar, por la participación de las instituciones armadas en el poder.. En segundo lugar, la Junta de Gobierno tomaba sus decisiones por unanimidad, lo que obligaba a cada miembro a conciliar posiciones con sus colegas. En tercer lugar, el entramado institucional planteó ciertas limitaciones al poder personal del general Pinochet... que puso un límite de tiempo a su permanencia en el poder y fijó un procedimiento...” (2000, 65).

De acuerdo con esta tesis, lo propio de un régimen autoritario es que el poder y la autoridad del gobernante no fueron absolutos, ni su permanencia en el cargo queda entregada a la pura política. En este sentido Linz, ya abordando en global la dinámica de los autoritarismos del denominado “Tercer Mundo”, profundiza:

“Los politólogos descubrirían que no cabía entender a tales regímenes como regímenes totalitarios fracasados, ya que muchos, si no todos, de sus fundadores no compartían una visión totalitaria de la sociedad y del Estado; funcionaban de manera muy distinta a la de los regímenes nazi o estalinista, y sus dirigentes, en especial en el Tercer Mundo, no pretendían estar preparando la nación para la democracia con un gobierno temporal autoritario. Rechazaban explícitamente cada vez más el régimen liberal democrático, y a menudo pretendían imitar el modelo leninista de un partido de vanguardia para construir los nuevos Estados o naciones. Los politólogos descubrirían además que las declaraciones ideológicas y la organización de cuadros de los partidos, así como la organización de masas, carecían de correspondencia en casi todos los casos con realidad alguna... Inevitablemente, estos acontecimientos llevaron a la formulación, con mayor o menor énfasis, de un tercer tipo de régimen, un tipo sui generis más bien que uno asentado en un continuum entre democracia y totalitarismo” (2009, 68-69).

En 2005, el desaparecido prematuramente Robert Barros analizó en profundidad el accionar de la Junta de Gobierno en la línea de la tesis de las limitaciones institucionales en un régimen dictatorial. Sostiene que la tesis de la “personalización del poder” y de la dictadura como fórmula de Gobierno que no admite autolimitaciones no es aplicable al caso chileno de la etapa 1973-1990. El régimen nacional “representa el caso de un régimen autocrático limitado por una Constitución de su propia creación” (2005, 18). La tesis del autor, que vino a desarrollar lo planteado por Huneeus, es que este fenómeno se explica porque el poder quedó fundado en un cuerpo plural (la Junta Militar).

La explicación de Barros, como lo sostiene por lo demás el propio autor, no se somete al lugar común de la teoría política según el cual existe “incompatibilidad entre el autoritarismo y las restricciones legales-constitucionales...Chile -dice el autor- constituye una excepción a este patrón” (Barros, 2005, 18-20).

1. De dictadura a régimen autoritario como consecuencia de la autolimitación (Las Actas Constitucionales como autolimitaciones relativas del poder de la dictadura)

El año 1976 la dictadura cívico-militar chilena puso en vigencia un conjunto de normas iusfundamentales conocidas como Actas Constitucionales (N°1 - decreto ley N°1319, de 9 de enero- “Crea el Consejo de Estado”;⁴ N°2 -decreto ley N°1551, de 13 de septiembre- “Bases esenciales de la institucionalidad chilena”;⁵ N°3 -decreto N°1552, de misma fecha- “De los derechos y deberes constitucionales”;⁶ y N°4 -decreto ley N°1553, de igual día- “Regímenes de emergencia”). La hipótesis con la que estamos trabajando indica que las regulaciones normativo-jurídicas contenidas en las Actas tendrían por objeto fortalecer la posición política de quienes no conciben la democracia normativamente, pero, están disponibles para imponer límites al ejercicio del poder político superior del Estado para impedir la acción del gobernante de facto como caudillo: el derecho vendría a jugar un papel de control, pero, no de mejoramiento de las posibilidades del sistema democrático.

Las Actas Constitucionales vendrían a ser expresión del ejercicio de un poder constituyente autoritario, ejercido por un gobierno de facto que sujeto a la “constitución histórica” no deviene en caudillismo, porque autolimita y legaliza el ejercicio del poder público, sin que se requiera para ello de un régimen democrático. Lo cual implica la existencia de límites al poder público incluso en regímenes no democráticos ni de tipo liberal en lo político. La tradición juega un papel en la construcción de legitimidad que intentó el régimen. La identidad histórica implicaba definir a la sociedad chilena con “...una concepción propia y diferente del hombre y de la sociedad, en la que se aúnan el legado de nuestra tradición occidental, humanista y cristiana, con la riqueza de un vigoroso sentido nacional...Estado humanista, nacional y cristiano” (Pinochet Ugarte 1979, 25, 59).

No cabe perder de vista que el concepto de limitaciones que se termina construyendo para caracterizar el régimen autoritario, incurriría en defecto si no incorpora la visión sobre la “democracia” que promueve la dictadura. Que las Actas Constitucionales sean un caso de limitación implica que dicho relativo autocontrol tiene lugar en un régimen no democrático y a propósito de la construcción de una nueva visión restrictiva acerca de la democracia: democracia protegida y tecnificada o simplemente el oxímoron de una “democracia autoritaria” (Pinochet, 1979, 46).

Cuevas (1979) afirma que las Actas Constitucionales dan cobertura jurídica a la Declaración de Principios formulada por el régimen en marzo de 1974. El régimen esperaba recoger la experiencia que suscitaban las Actas para la preparación del texto definitivo, y además, ir avanzando de modo paulatino en lo que se entendía como normalización constitucional. Cuevas sostiene que las Actas Constitucionales serían instrumentos jurídicos propios de la etapa de “recuperación”, que precede a la de transición según como lo señaló el mismo general Augusto Pinochet en su famoso discurso de Chacarillas el 9 de julio de 1977.

4 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6567>

5 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6655>

6 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6656>

7 Texto íntegro disponible en la página web de la Biblioteca del Congreso Nacional: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6657>

2. La validación de la dogmática jurídica chilena del decreto ley como fuente formal de las normas iusfundamentales de la dictadura

La dictadura impuso normas de rango constitucional recurriendo a la fuente formal del derecho -decreto ley-, generando una situación de potencial “control” del poder del dictador, sin que se configure a la vez un contexto democrático. Cabe preguntarse entonces en qué medida la doctrina chilena ha venido contribuyendo con su comprensión del decreto ley a crear un escenario favorable a la aceptación de esta normativa y, por ende, ha configurado esta fuente formal del derecho como una opción de creación de derecho eficiente, e incluso legitimada, a la que pueden recurrir regímenes dictatoriales. Regímenes que incluso pueden llegar a usar esta fuente formal para “autolimitarse” en un contexto no democrático e incluso antidemocrático. Dicho de otro modo, la respuesta a la pregunta, por qué valen los decretos leyes, nos permite entender por qué valen las Actas Constitucionales y en qué medida son un mecanismo de auto-control que opera al interior de los partidarios del régimen.

La relevancia de abordar este tema es mayor en la medida en que incluso el Tribunal Constitucional participa tardíamente de lo que se ha denominado una renovada operación de “blanqueo constitucional”, a propósito de la producción por la dictadura de normas iusfundamentales recurriendo a decretos leyes (Zúñiga, 2018).

La pregunta de investigación que cabe formular es: ¿en qué medida la dogmática contribuye a darle eficacia al derecho de la dictadura al no cuestionar al decreto ley? ¿Qué relación existe por lo tanto entre el discurso legitimador del decreto ley a nombre de la eficacia y la seguridad jurídica y la privación del ejercicio de la soberanía nacional por el pueblo? ¿Se da noticia por la dogmática del conflicto entre eficacia y soberanía? La operación de “blanqueo constitucional” (Zúñiga, 2018) persigue precisamente validar y legitimar la labor de producción de normas constitucionales por la dictadura obviando el recurso al decreto ley y el carácter delincencial de su conformación (los militares conjurados el 11 de septiembre de 1973 son autores del crimen de sedición, al tenor del artículo 3° de la Constitución de 1925). Ello trae como consecuencia que se sostenga, por ejemplo, en fecha reciente, 2017, por el Tribunal Constitucional chileno que la Constitución vigente al golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973, la Constitución de 1925, fue derogada parcialmente entre 1973-1980 y orgánicamente a partir de 1981, validando y legitimando inexcusablemente, en consecuencia, el recurso a la fuente formal “decreto ley” como fórmula jurídica apta para generar efectos constitucionales.

Las Actas Constitucionales fueron establecidas a través de la fuente formal denominada decreto ley. Se dictaron en virtud de las normas generadas por el propio gobierno de facto que regularon el ejercicio del poder creador de Derecho por parte de la Junta de Gobierno y que incluyó la potestad para dictar normas iusfundamentales: decretos leyes números 1, 9, 25, 27, 119, 128, 175 y 228, de 1973; 527 y 788, de 1974. La Junta de Gobierno sostuvo que promulgaba las Actas en ejercicio del Poder Constituyente que se había atribuido mediante el decreto ley N°788, de cuatro de diciembre de 1974:

“Considerando: a) Que la Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; b) Que el ejercicio de los Poderes Constituyente y Legislativo se realiza mediante la dictación de decretos leyes con la firma de todos los miembros de la Junta de Gobierno y -cuando éstos lo estimen conveniente con la de el o los Ministros respectivos... Que, en consecuencia,

debe entenderse que cada vez que la Junta de Gobierno ha dictado un decreto ley cuyos términos no coinciden con alguna disposición de la Constitución Política del Estado, ha ejercido el Poder Constituyente modificando, en lo pertinente y ya sea en forma expresa o tácita, total o parcial, el respectivo precepto constitucional...”.

El recurso a esta fuente, que constituye toda una anomalía en el orden jurídico propio de un Estado constitucional, es un aspecto que cabe analizar con cierta detención en sus dimensiones de validez y legitimidad antes del establecimiento de la dictadura y con posterioridad a ella. Ello implica ocuparse de la doctrina del gobierno de facto validada por la doctrina chilena y la jurisprudencia en la década de 1930; así como de la peculiar posición que ellas adoptaron entre 1971 y 1973, y de la postura que se adoptó luego del 11 de septiembre de 1973.

La historia constitucional chilena no conoce otro caso en que por medio de decretos leyes se suplantara al constituyente derivado o al originario. El presidente Alessandri Palma recurrió a la fuente formal “decreto supremo” (Decreto N.º 1422, de 7 de Abril de 1925) por medio del cual inició el proceso que llevó a la promulgación de la Constitución de 1925.

En la doctrina y el derecho extranjero cabe tener presente que en septiembre de 1930 la Corte Suprema argentina a propósito del golpe de Estado del teniente general José Félix Uriburu, había resuelto que se estaba en presencia un gobierno provisional resultado de una revolución que controlaba las fuerzas militares y policiales y que tal situación es característica de “un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él –y- cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social” (Acordada, 10 de septiembre de 1930). Un gobierno de facto podía en consecuencia legislar⁸. Hubo, por cierto, opinión disidente pues el presidente de la Corte, J. Figueroa Alcorta, rechazaba el reconocimiento del gobierno golpista.

El fundamento que motivaba lo anterior bien podría sintetizarse en las palabras de un jurista adicto a la dictadura, Mario Justo López:

8 Precisa Groisman (1989, 37) que: “La Corte Suprema citó en su apoyo la obra de Constantineau sobre la doctrina de facto confundiendo, como se ha señalado, «el criterio acerca de la validez de los actos de los funcionarios de facto» con «la validez del título del gobierno de facto» y olvidando que para la doctrina el funcionario de facto es aquel que reviste la apariencia de legitimidad, y que —como señaló Sánchez Viamonte— «según la “doctrina de facto” (Goodnow, Jèze, Constantineau, etc.) no hay funciones de facto. Sólo puede haber funcionarios de facto, obligados a desempeñar funciones de iure, con responsabilidad por lo menos igual a la de los funcionarios de iure». Para precisar lo anterior, Fayt nos señala: “Funcionario de facto es el que asume una función o poder sin derecho y puede comprender, tanto a un miembro de un gobierno de facto, como el caso en que, como lo señala Bielsa, “se produce una acefalía no remediable en el orden constitucional.” o cuando un gobernante “prolonga su mandato más allá del término legal, sin ánimo de usurparlo, sino con el objeto de mantener la continuidad del Estado jurídico” (1988, 134). Sánchez Viamonte, a su vez, delimita con claridad el alcance de esta doctrina: “Sin embargo, Jèze se plantea en seguida la cuestión relativa a distinguir al funcionario de hecho del usurpador, y se extiende en razonamientos que conducen a contemplar ya no el derecho, sino las circunstancias de hecho, en forma que atenúen el rigor de los principios, para adecuarlos a situaciones previsibles... es necesario invocar los motivos de utilidad pública que han dado nacimiento a la teoría, y que consisten en asegurar el funcionamiento normal y continuo de los servicios públicos. Contempla la necesidad de garantizar al público que sean válidos para él los actos ejecutados por una persona que ejerce un cargo y a la que se le ha podido creer investida regularmente para su desempeño” (1957, 590). En síntesis, la investidura debía ser plausible; si no lo es o falta totalmente, no sería funcionario de hecho, sino usurpador. Constantineau, citado por Sánchez Viamonte igualmente, concuerda con ello: “Para que una persona pueda ser reconocida de facto son tres las condiciones esenciales, a saber: 1º El cargo que ocupe debe tener una existencia de jure, o al menos, que esté reconocido por la ley; 2º Debe estar realmente en posesión del mismo y 3º Debe detentarlo bajo la apariencia de legitimidad (under color) de título o autoridad” (1957, 584). Véase con provecho Berardo, R. (1954). La obra referida por Groisman y Sánchez Viamonte es Constantineau, Albert, A Treatise on the de facto doctrine in its relation to public officers and public corporations, Toronto, The Lawyers Co-operative Pub. Co., 1910, traducido al español: Buenos Aires, Edit. Depalma, 2 vol.

“El derecho de resistencia a la opresión, y el estado de necesidad precedentemente considerados, no son sino las justificaciones teóricas -en contradicción con la “integralidad” y la “continuidad” que hacen a la esencia del Constitucionalismo y del Estado de Derecho- a cada una, respectivamente, de las dos fases de discontinuidad señaladas, cuyas concreciones históricas son: con respecto a la primera, la revolución y el golpe de Estado y, con respecto a la segunda, el gobierno *de facto*... producido el acceso a los cargos o roles de gobierno de nuevos ocupantes, sin título jurídico, la discontinuidad jurídica se traduce en la existencia de un llamado gobierno de facto. Se procura justificar, entonces, esa nueva brecha en la continuidad del orden constitucional recurriendo a la doctrina del estado de necesidad” (1996, 104).

Y las consecuencias prácticas buscadas, a su vez, las menciona el gran jurista argentino Carlos S. Fayt:

“La cuestión del reconocimiento de la autoridad de los gobiernos *de facto*, o de los funcionarios de facto, basada en consideraciones de orden público, justicia y necesidad y destinada a proteger a la comunidad o a las personas de los actos realizados por tales gobiernos o funcionarios, se conoce con el nombre de *doctrina de facto*. Partiendo de la base de que la autoridad que ejercen carece de todo fundamento constitucional, parece incontestable que las disposiciones que adoptan y los actos a través de los cuales ejercen el poder, por más que puedan ser denominados “leyes” o “decretos-leyes”, no son otra cosa que órdenes sin otro principio de legitimidad que los que resulten del propio arbitrio” (1988, 135-136).

Cabe tener presente que la “doctrina de facto” fue finalmente eliminada de la jurisprudencia argentina en la reforma de la Constitución nacional de 1994: el art. 36 eliminó la posibilidad de invocar dicha doctrina frente a un eventual golpe de Estado” (Castagnola, 2020). Lo anterior, puesto que como se ha visto, esta doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina implicaba legitimar los golpes de Estado. Se señaló en 1946: “ese alto cuerpo, por dos veces en el transcurso de menos de 15 años, no sólo no ha sabido defender la Constitución, sino que se ha arrogado la facultad que ni la propia Constitución ni ley ninguna le concede, ni le podía conceder, de legitimar gobiernos de facto que la constitución ni admite ni prevé” (Hirschmann, 2011, 278).

El propio Hirschmann precisa que en todo caso la doctrina que primó, según se resolvió por fallo de 1947, fue: “Que los decretos leyes dictados por el gobierno de facto son válidos por razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados por el Congreso mientras no sean derogados de la única manera que éstas pueden serlo, es decir, por otras leyes (art. 17 del Código Civil)” (2011, 291).

En relación con su caducidad automática Ramella (1966, 205) señalaba que ello “implicaría no sólo una perturbación de la paz social y una gravísima inestabilidad de derechos adquiridos al amparo de aquella legislación, sino que retrotrayendo el orden jurídico al estado anterior de cosas desvirtuaría los fines de la revolución desconociendo la nueva realidad jurídica implantada por ella”.

El juicio de algunos autores a esta conducta de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina es lapidario: “la célebre Acordada que legitima la toma del gobierno por la fuerza... da nacimiento a la «doctrina de facto» que luego avalaría los golpes militares de 1943, 1955, 1962, 1966 y 1976” (Sabsay, 2004, 496).

Para el caso del Perú, donde las normas de rango legal de los gobiernos de facto son denominadas también decretos leyes, Belaunde López de Romaña hacía notar que la explicación sobre la actividad legislativa de los gobiernos de facto carecía en la literatura jurídica de un tratamiento acabado:

“Revisando las principales publicaciones jurídicas de los últimos veinticinco años, encontramos que conjuntamente con una actitud sacralizadora de la Constitución, vinculada con las características de la ideología jurídica predominante, ha existido, contradictoriamente, una adecuación casi indiferente a los gobiernos de facto. Similar actitud hemos encontrado tradicionalmente en el Poder Judicial. No existen declaraciones generales -al estilo de las <<Acordadas>> de la corte Suprema Argentina- ni una verdadera doctrina jurisprudencial, como existe en otros países. Generalmente, se ha considerado que este problema no era materia que incumbiera al Poder Judicial” (1974, 94).

Sin embargo, se recurría también a la doctrina del gobierno de facto y ello implicó su validez y la consolidación de las situaciones jurídicas surgidas bajo su imperio. Parte de la doctrina exige, dice Belaunde, derogación expresa por razones de seguridad jurídica no estimando necesaria la ratificación tácita o expresa por entender que el Decreto ley tiene plena vigencia al igual que la ley ordinaria. Por su parte la Corte Suprema peruana: “ha fallado en favor de los decretos-leyes, expresando que aquellos que no han sido derogados o modificados por el Congreso, están aprobados implícitamente” (Furnish, 1972, 64).

La doctrina y la jurisprudencia chilena, por su parte, validaron los decretos leyes dictados en la década de 1920 y 1930. Se recurrió a la doctrina del gobierno de facto para dar cobertura a esta ilegalidad y, además, nuestra jurisprudencia invocó el principio de división de poderes en virtud del cual, se sostuvo por la Corte Suprema, estaba vedado al Poder Judicial pronunciarse sobre la actuación del Poder Ejecutivo y la validez constitucional de sus actos.

Como hemos dicho (Palma, 2017), para el caso de Chile hay que remitir a lo resuelto por la comisión de juristas convocada por el presidente de la República Arturo Alessandri Palma para pronunciarse sobre la validez de los decretos leyes dictados en 1932 (Opazo Quintana, 2014, 63 y ss.). Esta instancia, conformada por los juristas Juan Esteban Montero (profesor de derecho romano, militante radical y ex Presidente de la República en 1931-1932, destituido por un golpe de Estado), Luis Claro Solar, Arturo Alessandri Rodríguez (ambos destacados tratadistas de derecho civil; el primero había sido senador liberal, mientras el segundo era en esos momentos decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile), Luis Antonio Vergara (docente de economía política y varias veces diputado balmacedista), Luis Salas Romo, Víctor Vicente Robles, Armando Quezada Acharán (todos militantes del Partido Radical, ex parlamentarios y ex ministros: Salas fue uno de los constituyentes de 1925; Robles fue profesor de derecho civil y agrícola en el Curso de Leyes de Concepción; Quezada Acharán, catedrático de economía política, fue también rector de la Universidad de Chile), Arturo Prat Carvajal (hijo del héroe naval, dos veces ministro de Hacienda y de antigua filiación nacional), José María Cifuentes, Arturo Ureta Echazarreta (ambos militantes conservadores y profesores de la Universidad Católica, siendo Cifuentes constitucionalista y Ureta civilista, aparte de decano de aquella Facultad), Alfredo Santa María y Leopoldo Ortega (ambos civilistas de la Facultad de Derecho de la U. de Chile), resolvió que eran propios de un período de anarquía en que actuó un gobierno revolucionario, y que eran nulos por haber violado la Constitución de 1925 y atentar contra “numerosos y fundamentales principios sustantivos” de la misma, sin embargo, sostuvo que bajo el imperio del gobierno de facto tenían pleno valor jurídico

¿Qué sucedía con ellos una vez cesada la anormalidad? Según da cuenta el mismo Informe, los poderes del Estado (Corte Suprema, Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo) aceptaron la existencia de varios de ellos y no cuestionaron su validez.

Sin embargo, en el Gobierno de la Unidad Popular encabezado por Salvador Allende, la Corte Suprema puso en tela de juicio a partir de 1972 el uso del decreto ley como consecuencia de haber recurrido el gobierno socialista al decreto ley N°520, aprobado por el gobierno de Carlos Dávila en septiembre de 1932, y que permitió a la Unidad Popular avanzar en sus metas de intervención de la economía y control de ciertas empresas consideradas como estratégicas (Palma, 2017). Esta acción de la Unidad Popular, amparada en una norma de rango legal fue identificada como un antecedente de la crisis del Estado de Derecho en Chile entre 1970 y 1973 (Palma, 1994); esta práctica, denominada “resquicios legales” por el jurista inspirador de este proceso, Eduardo Novoa Monreal, derivaba directamente de la concepción instrumental que éste poseía del derecho:

“Por consiguiente, de la calidad de medio de control social que toca al derecho se desprende su verdadero carácter: un instrumento práctico destinado a la realización concreta del modelo de organización social en una sociedad determinada. La norma jurídica, en cuanto destinada a inducir prescriptivamente determinados efectos en la vida social, pierde conforme a esta explicación ese carácter de célula básica de una institución grandiosa, excelsa y reverenciada (el derecho) y pasa a convertirse en un simple instrumento con finalidad nada trascendente y hasta modesta: que los hombres no lleguen en su actuar externo a hacer nada de aquello que, conforme a la tipificación normativa, amague el modelo de organización social” (1985, 172).

La Junta Militar fue todavía más lejos que el gobierno socialista, a pesar de la posición más reciente de la Corte Suprema y del Colegio de Abogados de rechazar el uso de decretos leyes, recurrió a partir del mismo año de 1973 a este instrumento normativo para expresar su voluntad de dar al país ya no nuevas leyes, sino, un nuevo orden iusfundamental. Pasaron de ser normas de mero rango legal a normas de jerarquía constitucional. Aceptando la Corte Suprema incluso la situación anómala de la derogación tácita de normas constitucionales que el propio régimen propició a través del decreto ley N°788, de 4 de diciembre de 1974 (Opazo Quintana, 2014). En palabras de Zuñiga. “Tales declaraciones iusfundamentales del régimen autoritario son ficciones, que se acoplan con la colaboración esperada por el régimen y querida por la Corte Suprema de la época, y que son parte de la edificación de una institucionalidad para “el gobierno de facto” que se cierra con el decreto ley N°788” (2019, 414).

La anterior situación permeó a todo el Poder Judicial, el cual fue derechamente anquilosado con el beneplácito de la Corte Suprema de la época, la cual en caso alguno cuestionó lo que se disponía desde el Poder Ejecutivo incluso cuando los resultados de sus medidas derivasen en un caos administrativo dentro de la Judicatura. Un ejemplo paradigmático en este sentido es la situación de los tribunales laborales durante la dictadura cívico-militar, en particular después del Plan Laboral de 1981, la cual fue descrita por Palma (1998) y el magistrado del área Álvaro Flores Monardes:

“Claramente el punto de inflexión de 1981 marcó el inicio de la crisis de la Justicia del Trabajo. La supresión de juzgados especiales de primera instancia, de las Cortes del Trabajo y en definitiva la desaparición de la especialidad, avenían claramente -por esos años- con el desmantelamiento, que a la par, sufría la normativa en sus aspectos protectores más significativos. La desastrosa experiencia que significó la supresión de la justicia especializada obligó a la administración castrense de la época a reponer los

Juzgados del Trabajo (quedando, con todo, a firme, la eliminación de las Cortes especiales) resultando de ello, una justicia especial precarizada, en una muy desmedrada posición. En Santiago, por ejemplo, de diez juzgados suprimidos, se restauraron apenas cinco y sólo progresivamente se llegó a los nueve actuales; ello, sin considerar que la regresión iba a contramano del aumento progresivo de la población laboral y otros factores que, en el mediano y largo plazo, aumentarían la demanda por justicia del trabajo” (2005, 150).

3. Las Actas Constitucionales como decretos leyes

El recurso a la fuente formal “decreto ley”, norma jurídica promulgada por un gobierno de facto que aborda materias propias de ley según el sistema de fuentes formales, es la expresión concreta de la autolimitación y legalización del ejercicio del poder público sin que se requiera para ello de un contexto democrático. La dictadura impuso una norma de rango iusfundamental recurriendo a la fuente formal del derecho “decreto ley”. Cabe preguntarse entonces en qué medida la doctrina chilena ha venido contribuyendo con su comprensión del decreto ley a crear un escenario favorable a la aceptación de esta normativa, y por ende, la ha configurado como una opción de creación de derecho eficiente, e incluso legitimada, a la que pueden recurrir regímenes dictatoriales.

¿Dada la nueva jerarquía y, por ende, la nueva función que venía a jugar en el sistema de fuentes se recurrió a la doctrina anterior a 1973 o se construyeron nuevos argumentos? ¿Se destacó esta anomalía de seguir llamando “decreto ley” a una norma que por decisión de la Junta pasaba a tener rango constitucional? ¿Importó a la doctrina civilista o a la ciencia jurídica caracterizar esta nueva función del decreto ley?.

Cabe recordar, según indica Opazo Quintana, que la dogmática chilena tiene consenso en caracterizar al decreto ley como: “1. Un decreto emitido por la autoridad que ejerce el Poder Ejecutivo 2. Dicho decreto debe tratar materias que la Constitución reserva al dominio legal. 3. Que sea dictado en circunstancias anormales, en las que el Poder Legislativo democráticamente elegido, ya sea por haber sido disuelto o desconocido, no puede intervenir en la formación de la ley” (2014, 188).

El tratadista francés Gastón Jèze, define al decreto ley como “la regla de derecho general, impersonal, formulada en los tiempos de dictadura, por individuos que se han declarado dictadores” (1948, 33). Este autor señala, en una perspectiva finalista, que “no existe diferencia jurídica” entre el decreto-ley y la ley propiamente tal, a su vez conceptualizada como “la regla de derecho general e impersonal, formulada por las dos Cámaras y promulgada por el Presidente de la República”, lo anterior debido a que: “En todos estos casos, cualquiera sea la *calidad* del autor del acto, las *formas* seguidas y el *nombre* dado al acto jurídico, hallamos siempre como efecto jurídico querido la creación de una *situación jurídica general, impersonal, objetiva*. Ello es necesario para que exista *acto legislativo en el sentido material*, pero esto basta” (1948, 33-34)⁹.

Convendría, entonces, revisar la explicación al uso en Chile para incorporar también a normas de carácter iusfundamental e incluso a constituciones. Hacerlo favorecería un cuestionamiento de la cultura política y constitucional vigente respecto de la usurpación por parte de la dictadura en 1973 de la soberanía y el poder constituyente, en un contexto de ausencia de la democracia e intención de generar una forma de participación política denominada “democracia protegida”.

⁹ Los destacados son del original.

4. Algunos ejemplos de cómo la dogmática chilena aborda el fenómeno del decreto ley como fuente de normas iusfundamentales

4.1. Doctrina del derecho Público

En 1976, un novel académico de derecho administrativo, Gustavo Fiamma Olivares, discípulo de uno de los juristas fieles de la dictadura, Eduardo Soto Kloss, publicó el trabajo *“Los decretos Leyes ¿son leyes?”*, donde sostuvo que en Chile el decreto ley era “aquel acto legislativo dictado por ejecutivos de facto” (1976, 151). Procuró alterar esta concepción no sin antes hacer notar que existía acuerdo en la dogmática chilena que desde el punto de vista material los decretos leyes eran leyes. Por lo tanto, para contestar a la pregunta sólo cabría elucidar si formalmente lo eran. Afirmó que “frente al decreto, el decreto ley se especifica por la materia y su fuerza y en relación a la ley, se especifica por el órgano de su dictación, esto es, el órgano ejecutivo” (1976, 146).

Reparando el autor en que de acuerdo con el derecho vigente en ese momento la función ejecutiva la realizaba el Presidente de la República (Pinochet) y la legislativa y constituyente el “órgano constituyente y legislativo compuesto por la Junta de Gobierno y el Presidente de la República que actúa como colegislador”, concluía, que los decretos leyes emanaban del Legislativo y el Ejecutivo y por lo tanto no cabe definirlos “como actos legislativos emanados del Ejecutivo”. (1976, 147). Añadiendo que en su actividad creadora de derecho la Junta de Gobierno usaba como sinónimos las voces leyes-decretos leyes y, por lo tanto, siendo doctrinariamente lo más apropiado cabría sostener que los decretos leyes son “auténticas leyes”. De hecho, señalaba, las Actas Constitucionales N°2, N°3 y N°4 permiten realizar esta asimilación porque se refieren a las leyes que deben desarrollar el contenido normativo de las Actas según las normas vigentes, es decir, las que permiten dictar el tipo de ley denominado decreto ley. Deriva de esto que los efectos de los decretos leyes son propios de normas plenamente válidas según el orden constitucional reformado por la Junta Militar y en consecuencia los derechos que de ellos emanan no son precarios.

Lo interesante es que esta *sui generis* fundamentación pseudo-formalista recurre a una socorrida legitimación iusnaturalista:

“El Gobierno actual de la República de Chile no es de facto, de hecho, puesto que su advenimiento está amparado, a la luz de la doctrina clásica, por el primer derecho, el Derecho Natural, que permitió el uso del derecho de resistencia a la opresión. Y, además, su actividad se encuentra totalmente regulada por el Derecho positivo; ningún acto se encuentra desvinculado del ordenamiento jurídico...los gobiernos de hecho, que lo son mientras su actividad se encuentra ajena a la regulación jurídica, dejan de serlo cuando su actividad tiene su fundamento en el Derecho” (1976, 150).

Esta vinculación iusnaturalista tiene una consecuencia en la definición de ley que propone el autor a la luz de la normativa del Acta Constitucional número dos según la cual, a su juicio, la labor de los órganos estatales está orientada por un fin como es promover el bien común, por lo que la ley debe definirse como “todo acto dictado, por el órgano legislador (conforme al procedimiento previsto) con el objeto de procurar el bien común” (1976, 153), sin dejar de citar, por cierto, al mismo Tomás de Aquino.

Entiende Fiamma que en Chile el precedente del decreto ley se encuentra en la normativa dictada entre septiembre de 1924 y diciembre de 1925 (816 decretos leyes), así como entre junio y septiembre de 1932 (669 decretos leyes), que denomina “épocas de anormalidad constitucional” y que están: “técnicamente bien calificados, atendida la falta de competencia de los gobiernos actuantes, que no sólo afectaba el ejercicio de las funciones legislativas sino que también al de las funciones ejecutivas. A estos actos legislativos se les puede denominar libremente <<decretos leyes>>” (1976, 150).

Según su planteamiento la actividad legislativa de Pinochet y la Junta de Gobierno sería muy distinta a la de las etapas referidas: “Ahora, la dictación de los actos legislativos no obedece a delegación de potestades legislativas, ni emanan de <<órgano>> ejecutivo incompetente, en atención, a que se ha estructurado jurídicamente un órgano legislativo dotado de competencia y de las potestades legislativas consecuentes, para la dictación de los actos legislativos, en virtud de las modificaciones que le fueron introducidas a la Constitución Política de la República actualmente vigente” (1976, 151).

Sostuvo en consecuencia que los decretos leyes son “dictados por el poder legislativo, en ejercicio de las potestades que la Constitución le otorga” de lo que resulta agregaba, “la inconveniencia de seguir utilizando una terminología rebasada por el ordenamiento constitucional” (1975, 151-152).

Reflexionando sobre su validez afirmó que la doctrina extranjera aceptaba su plena validez tanto durante el gobierno de facto como luego de su término y sin necesidad de que exista una ratificación del legislador. Citando al tratadista César A. Quintero y su obra Los decretos con valor de ley, publicada en Madrid por el Instituto de Estudios Políticos (riñón intelectual del régimen de Franco) en 1958, se pregunta:

“¿Con qué fundamento jurídico puede un parlamento de jure posterior a un gobierno de facto <<ratificar>> o <<aprobar>> lo que aquel gobierno hizo cuando no existía dicho parlamento ni el ordenamiento jurídico que habría de servir de base para ratificar o no los actos de aquel gobierno? Lo que si pueden hacer los parlamentos subsiguientes es legislar sobre la materia anteriormente reglada por el gobierno de facto y, en consecuencia reformar, derogar o reproducir íntegramente el texto de los decretos de facto. Hacer esto, como es obvio, es cosa distinta a ratificar” (1976, 152).

Cabe rescatar que, en el mes de agosto de 1976, según dan cuenta las actas de las sesiones de la Junta de Gobierno (que en ese momento eran secretas) el General Pinochet planteó la necesidad de revisar la denominación decreto ley y avanzar hacia su sustitución por la de ley:

“Como actualmente están separados los Poderes Ejecutivo y Legislativo y este se encuentra operando perfectamente, estimo que ya no se trata de decretos leyes, sino que de leyes y, por lo tanto, habría que darles esta denominación... Y eso, por muchas razones: da una impresión de transitoriedad y da el aspecto de que hay Gobierno de facto. Entonces, en este momento, en que están atacando por todos lados, creo que sería muy conveniente estudiarlo -se dispone entonces por orden de Pinochet- que se estudien los fundamentos jurídicos y la conveniencia de seguir manteniendo los términos <<decreto ley>> y no <<ley>>, en la denominación de la legislación que se promulgue en el futuro” (Acta 279-A de 1976, pp. 1 y 2).

Lo propio había hecho Argentina,. El gobierno de facto de la etapa 1966-1973 usó la expresión leyes para denominar a la normativa que generó dejando de usar la voz decretos leyes.

En definitiva, no se modificó el decreto ley N°991, de 17 de abril de 1975, que regulaba la formación o tramitación de la fuente formal denominada decreto ley y se mantuvo esta denominación hasta la entrada en vigencia de la Carta otorgada de 1980, lo que ocurrió el 11 de marzo de 1981 y dio paso a la Ley N°17.983, que fijó normas sobre el procedimiento legislativo, disponiendo el artículo segundo que la Junta dictaba “leyes” sujeta al procedimiento fijado en esta normativa (la norma del año 1975 disponía: Artículo 13. “La iniciativa para la dictación de un decreto ley sólo podrá emanar del Presidente de la República o de los demás Miembros de la Junta de Gobierno”).

Hasta aquí puro “*nomen iuris*”, en una labor desplegada para legitimar el régimen autoritario, convirtiendo en una alquimia nominalista su legalidad de facto (decretos leyes) y su legalidad iusfundamental (decretos leyes dictados en el ejercicio del poder constituyente, sean las Actas Constitucionales o la Constitución), en “leyes” y en la Constitución de 1980.

Debemos por lo tanto resignificar la “Constitución de 1980” como un “decreto ley iusfundamental” de la dictadura cívico-militar, la que utiliza el *nomen iuris* “Constitución” para obtener la legitimidad ideológica y simbólica que el constitucionalismo, como doctrina ideológica del liberalismo de los siglos XVIII y XIX brinda.

Pero en rigor la Constitución no es una Constitución, siguiendo las doctrinas del constitucionalismo liberal, democrático y social. A lo sumo es una Constitución formal, propia de la estatalidad, y en esa medida una Constitución otorgada. E incluso más, podría ser concebida a partir del esquema binario -formal-material- de Kelsen (1991, 232-233) como una Constitución material, categoría en la que caben las Actas Constitucionales y los decretos leyes dictados por el régimen en ejercicio del poder constituyente en el período 1973-1976¹⁰.

Coincidentemente, aunque desde un enfoque teórico-metodológico distinto a Kelsen, Duverger destaca sobre el binomio Constitución material-Constitución formal su alcance en las instituciones del Estado: “El concepto material de Constitución se aplica al conjunto de las instituciones políticas de un país, y es sobre este significado que reposa la noción de derecho constitucional. El concepto formal, por el contrario, alude al documento que define y regla dichas instituciones” (1948, 190).

Por ello, insistimos que los decretos leyes iusfundamentales dictados en Chile por la Junta de Gobierno en el periodo 1973-1980 pueden ser integrados a la Constitución material del Estado y de su régimen autocrático. Y la “Constitución de 1980”, expedida como un decreto ley iusfundamental, sometido a una aprobación refrendaria el 11 de septiembre de ese año, el cual fue un fraude plebiscitario en toda la línea, puede ser integrado al concepto de Constitución formal.

Pero la Constitución no es solo la forma del poder político estatal: tiene un contenido, es la forma del poder en las democracias pluralistas contemporáneas; y, en tal medida, en la resignificación imperiosa de la “Constitución de 1980”, esta sigue siendo un decreto ley iusfundamental de la dictadura cívico-militar. Y por ende, esta “Constitución” se aparta de la tradición republicana, de la cultura constitucional en sus tradiciones liberal, democrática y social; carece de un “ADN” o de trazabilidad en las Constituciones del pasado de Chile (1828, 1833, 1925).

10 Kelsen señala que “Si de pronto se observa un orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución. Por constitución se entiende aquí, la constitución en un sentido material, es decir: con esa palabra se designa la norma o normas positivas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Esta constitución puede haber sido producida por vía de la costumbre, o por un acto a ello dirigido de uno o varios individuos, es decir, mediante un acto legislativo”

En este sentido, debemos retomar la idea previamente enunciada de “perversión de la constitución” concebida por Karl Loewenstein, puesto que nos encontramos en un caso paradigmático que refleja este trasfondo cínico y utilitarista detrás del modo con que los autoritarismos usan y abusan del constitucionalismo. La “Constitución de 1980” es una expresión de la “perversión constitucional”: mero *nomen iuris*, el intento del régimen autoritario de detentar el prestigio ideológico y simbólico que las constituciones tienen en las democracias pluralistas. Pero, más aún, y excediendo el marco de la investigación, el régimen político establecido en la “Constitución de 1980” no es una república presidencial democrática, sino una autocracia denominada “democracia protegida”. La transición a la democracia, abierta con el plebiscito de 5 de octubre de 1988, en que es derrotado el continuismo de Pinochet hasta por nueve años más, abre la “Constitución de 1980” a un mero régimen no autoritario, pero constitutivo de una “democracia semisoberana” (Huneeus, 2014), asediada por enclaves autoritarios institucionales o “trampas”, que solo de manera incompleta fueron purgadas tardíamente mediante la reforma constitucional de 2005.

Sintetiza el mismo Loewenstein el alcance que esta dinámica cínico-utilitarista tiene:

“Una constitución democrática reviste siempre a cualquier régimen de una cierta respetabilidad. Los maquiavelistas de última hornada han descubierto que el credo democrático es la pancarta bajo la cual pueden perseguir su sombría tarea. La constitución escrita se ha convertido, por lo tanto, en la tapadera del nudo poder. Aunque el documento constitucional proclame solemnemente las formas del proceso democrático, las relaciones internas no afligen a nadie, a excepción del pueblo al que se le ofrece la forma y se le priva de la substancia. En la mitad del siglo XX, la autocracia iza con ironía la falsa bandera de la democracia. La constitución es, para decirlo con Shakespeare, “solo una rosa para cualquier nombre”. Las manipulaciones de los modernos detentadores del poder autócratas han transformado la constitución, que de ser un instrumento para la libertad, se ha convertido en un instrumento para la opresión. Su *telos* originario, la distribución del poder político entre diversos detentadores del poder con el fin de limitar su poder absoluto, se ha transformado en el efecto contrario” (1983, 214).

Los constitucionalistas chilenos Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira, en su muy difundida obra *Derecho Constitucional* enseñan, tomando la definición del recordado académico Jorge Mario Quinzio, que en el orden jurídico debe entenderse por fuente: “el órgano o medio productor de la norma jurídica en su realidad o contenido concreto o ya el fundamento de validez jurídica de las normas o bien la forma o manifestación de la norma jurídica” (1984, 8).¹¹ Distinguen las fuentes indirectas de las directas o inmediatas del derecho constitucional. Estas últimas son, dicen “normas jurídicas”. Enumeran dichas fuentes directas, dentro de las cuáles no identifican a los decretos leyes.

Seguidamente agregan: “La primera fuente principal y directa del derecho constitucional es el texto de la Carta Fundamental”. Nótese que la expresión empleada es “texto” y que ella no permite formarse una idea clara que la denominada “Constitución de 1980”, actualmente vigente en Chile, es un decreto ley (D.L. N°3.464 de 1980). Los autores no realizan ninguna reflexión crítica que vincule al decreto ley con la Constitución de 1980, texto que es el objeto o fuente central de su libro, aunque dan cuenta del proceso que llevó a la captura del poder político por la Junta de Gobierno y a la apropiación por ésta del poder constituyente a través, precisamente, de

11 La obra referenciada es: Quinzio, Jorge Mario. Manual de Derecho Constitucional. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 30.

un conjunto de decretos leyes: “(D.L. N°s 1, 9, 25, 27, 119, 128, 170, 175, 228, 527, 545, 573, 601, 710, 788, 806, 821, 991, 1008 y Actas Constitucionales N°1 -D.L. N°1.319-, N°2 -D.L. N°1.551-, N°3 -D.L. N°1.552- y N°4 -D.L. N°1.553-) que permanecen total o parcialmente vigentes hasta el 11 de marzo de 1990 como consecuencia de las disposiciones permanentes y las disposiciones transitorias del D.L. N°3.464, de 1980” (Zúñiga y Alvarado, 2021, 17).

Nos recuerdan que el decreto ley N°128, de 16 de noviembre de 1974, dispuso entre otras materias: “La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo...-que- son ejercidos por la Junta de Gobierno mediante decretos leyes...el ordenamiento contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado”.

Reflexionan al respecto:

“Se mantiene así la tradición, a diferencia de otros países latinoamericanos, de que los gobiernos que asumen el poder por un camino no señalado en la Constitución o, en otras palabras, por la vía extralegal, denominen los textos que dictan como <<decretos leyes>> y no como <<leyes>>. Recordemos que así ocurrió en los periodos que van de septiembre de 1924 a diciembre de 1925...recientemente desde el 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1981, fecha en que entró en vigencia la Constitución de 1980, lapso durante el cual se dictaron más de 3600 decretos leyes” (2005, 47, 48).

Pasan seguidamente a estudiar el decreto ley N°527, de 26 de junio de 1974, Estatuto de la Junta de Gobierno, para concluir que la Junta ha asumido los poderes constituyente, legislativo y ejecutivo y que los que ejerce mediante decretos leyes.

Dado que el decreto ley N°527 no precisó como se tramitaba un decreto ley con alcance constitucional, mediante el decreto ley N°788, de 4 de diciembre de 1974, se dispuso que a partir de entonces la Junta debía indicar expresamente que estaba ejerciendo la potestad constituyente¹² o de lo contrario debía entenderse que sólo se ejercía el poder legislativo.

Lo interesante es que a lo largo de las páginas 8 a 56 en que se desarrollan estas materias, en el conocido manual de divulgación de la disciplina, los autores no estiman necesario hacerse cargo de la relación entre decreto ley y Constitución: no señalan en ningún momento al decreto ley como una fuente directa del derecho constitucional chileno ni tampoco dan luces sobre la contradicción entre soberanía nacional, poder constituyente originario y derivado, democracia y decreto ley.

También hay que analizar en este punto la opinión del constitucionalista José Luis Cea Egaña: en su también muy conocida obra *Derecho Constitucional Chileno*, se remite a cuatro fases en la cual, a su juicio, se habría transcurrido de un proceso de “desconstitucionalización del sistema institucional” a una nueva “institucionalización”, la cual sería la “Constitución de 1980”; las etapas previas son denominadas respectivamente “fundacional”, relativa al Bando N°5, de 11 de septiembre de 1973 y al Decreto Ley N°1, publicado una semana después; “de consolidación”, donde aparecen los ya mencionados Decretos Leyes N°128, N°527 y N°788; y “de las Actas Constitucionales”, relativa a los cuerpos normativos así denominados y ya individualizados. Es, en este sentido, un ejemplo de académico comprometido con el orden jurídico

¹² “Artículo 3.o- Los decretos leyes que se dicten en el futuro y que puedan ser contrarios, u oponerse, o ser distintos, en forma expresa o tácita, total o parcial, a alguna norma de la Constitución Política del Estado, tendrán el efecto de modificarla, en lo pertinente sólo si de manera explícita se señala que la Junta de Gobierno lo dicta en el ejercicio de la Potestad Constituyente que le corresponde”

generado por la dictadura cívico-militar, aún intentando desmarcarse del terrorismo de Estado que esta llevó a cabo (formando incluso parte de la “Comisión Rettig” junto con Gonzalo Vial Correa, quien como historiador vivió un proceso parecido). Clarificador respecto de ello es la opinión histórico-jurídica que tiene Cea Egaña sobre este periodo histórico:

“Interesa sí destacar que el régimen militar significó una profunda y vasta, abrupta y represiva involución o reacción, una contrarrevolución, podría decirse, respecto de lo que trató de hacer la izquierda y también, en menor medida, la Democracia Cristiana en los años precedentes. Uno y otro proceso, de direcciones opuestas o antagónicas, se llevaron a cabo con evidentes ingredientes de violencia, aunque ésta llegó a niveles inimaginados, e incomprensibles, en los primeros cuatro años del período militar.

Pero simultáneamente, debe ser reconocido que ese régimen tuvo un sentido fundacional, creativo de instituciones, modificador de otras, rectificador de hábitos, en fin, innovador en los modelos de desarrollo socioeconómico que, con el paso de los años, se tornaron indiscutibles en su acierto y han sido admitidos hasta por sus adversarios.

Precisamente, la trama de aspectos positivos y negativos, de reacción conservadora y de acción innovadora, de desmembramiento cruento del conglomerado marxista, seguida por la represión transgresora a los derechos humanos, pero que terminó con los militares restaurando la democracia y devolviendo el poder a los civiles, torna difícil pronunciarse, ecuánimemente, en torno a los dieciséis años y medio que duró el *interregno de facto*” (2008, 62).

Comparemos lo antes expuesto con lo que el mismo autor señalaba veinte años antes, en la última época de la dictadura cívico-militar:

“La Junta de Gobierno, integrada por los cuatro jefes de las fuerzas uniformadas, asumió el mando supremo del país el 11 de septiembre de 1973. Lo hizo con el patriótico compromiso de restaurar la chilenidad, la justicia y la institucionalidad quebrantadas, garantizando la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial y el respeto tanto de la Constitución como de las leyes en la medida que la situación entonces vigente lo permitiera para el mejor cumplimiento de los objetivos que la Junta propuso.

Comenzó así una etapa sin democracia constitucional, pero para retornar a ella. En una nueva versión de las planificaciones globales, el gobierno militar emprendió la despolitización de los cuerpos intermedios, implantó una política económica, llamada social de mercado, subordinó el Estado al principio de subsidiariedad y llevó a cabo hondas transformaciones en la estructura tanto administrativa como social del país, todo en claro contrapunto con el sistema precedente” (1988, 34).

En este punto no queda sino decir que la exposición de Cea Egaña, tanto en 1988 como en 2008, cae en una conceptualización rayana en la autojustificación de las contradicciones: paradójal resulta ser que, a su juicio, deba poco menos agradecerse al *régimen de facto* por supuestamente “reconstruir” lo destruido por ellos mismos: es, en síntesis, el absurdo de justificar la “perversión constitucional” equiparándola al régimen jurídico de un orden democrático propiamente tal. Esta legitimación del orden espurio surgido de la dictadura cívico-militar se contradice con lo que doctrinariamente el propio Cea Egaña refería, poco tiempo después de promulgarse la “Constitución de 1980”, a la hora de referirse al constitucionalismo y Estado de Derecho:

“Pero el constitucionalismo en su concreción de Estado de Derecho estaba lejos de agotarse en construcciones legal formadas diseñadas para detener las arremetidas de los detentadores del poder. Subyacente a él se hallaba, en realidad, un *telos* (p finalidad) a la consecución del cual habrían necesariamente de entregarse todos los miembros de un cuerpo político” (1988, 5).

Pero, sin embargo, el entredicho vuelve a aparecer inmediatamente después, al validar un constitucionalismo meramente formalista (en el cual sus autores pueden ser, literalmente, “cualesquiera”), para luego volver a recalcar la necesidad de la validación de los principios por sí mismos. “Gimnasia argumental”, en síntesis:

“La simetría entre las decisiones y comportamientos cualesquiera fueran sus autores, de una parte, con el telos del Código Fundamental, de otra, permitía calificar de legales de aquellos y, en principio, reputarlos asimismo legítimos.

Entiéndase, sin embargo, que éste no era un asunto de meros cotejos formales entre la legalidad y las actuaciones de gobernantes o gobernados. Por el contrario, debía partirse del supuesto de que la letra fría de la ley no era una directriz segura ni completa, lo que sí ocurría cuando ella era concebida como parte de un sistema regido por valores explícitamente anunciados como fines supremos en el encabezamiento de la Carta” (1988, 6).

Y ya abordando el sustrato jurídico propiamente tal, expresa respecto del Decreto Ley N°788:

“En él se contienen normas relativas al ejercicio del Poder Constituyente. Se buscó a través de este texto resolver, definitivamente, la compleja situación creada con las **modificaciones tácitas** a la Carta Fundamental de 1925. Para ello, se declaró que esos decretos, dictados por centenares a partir del 4 de diciembre de 1974 -es decir, desde la publicación del mismo decreto ley en estudio- y que fueran contrarios o distintos al Código Político citado, iban a modificarlo sólo si de manera explícita se señalaba que la Junta de Gobierno los había dictado en el ejercicio de la potestad constituyente. Subsistió, entonces, la incertidumbre frente a los decretos leyes dictados con anterioridad a la fecha mencionada” (2008, 65)¹³.

E inmediatamente después, en relación a las Actas Constitucionales:

“La Junta de Gobierno creyó necesario, siguiendo lo planteado en varios discursos por el presidente Pinochet, avanzar paulatinamente o por capítulos, en la derogación expresa de la Constitución de 1925 y en la aplicación de la nueva Carta Fundamental. A tal propósito obedeció la dictación de cuatro Actas Constitucionales, criterio que aplicó el generalísimo Franco en España y el gobierno militar de Brasil a partir de 1964... Se quiso con tales cuerpos normativos, dotados de supremacía constitucional, avanzar, como se ha dicho, en la normalización de la convivencia jurídica chilena, restringiendo los poderes fácticos de la Junta de Gobierno y del Jefe de Estado, y a la vez dotar de mayor eficacia a las acciones cautelares de los derechos humanos” (2008, 65-66).

Los referentes citados por Cea Egaña (otros regímenes cívico-militares como las tres décadas y media de Francisco Franco en España y los veinte años de Castelo Branco - Costa e Silva - Garrastazu Médiçi - Geisel - Figueredo en Brasil: el eterno afán de la perpetuidad en el poder) no hacen sino confirmar el hecho que los regímenes autoritarios se miran entre sí para obtener una justificación a su proceder *de facto*, manifiestamente irregular a los ojos de lo que se ha concebido y desarrollado como un estado constitucional democrático. La última frase, que aborda a las “acciones cautelares de los derechos humanos”, a las que se habría dotado supuestamente de “mayor eficacia”, es de una ceguera injustificable, en vista de lo que nos recuerda Robert Barros:

¹³ El destacado es nuestro: queda acá claro que, incluso para Cea Egaña, la irregularidad jurídico-normativa del *régimen de facto* es imposible de eludir, por mucho que intente remitir su ocurrencia a un determinado período.

“A la luz del alcance, ferocidad y carácter a menudo extralegal de la represión de los primeros años del golpe, la renuncia de la Corte Suprema a sus facultades correccionales respecto de los Consejos de Guerra fue quizá menos perniciosa que su incapacidad para proteger la libertad y la seguridad personales. Durante ese período, decenas de miles de militantes y simpatizantes de los partidos políticos de izquierda y de los sindicatos sufrieron detenciones ilegales, encarcelamiento y tortura y, en miles de casos, recibieron la muerte a manos de agentes del Estado sin enfrentar previamente juicio alguno en los tribunales ordinarios y militares. Pocos de estos individuos, si es que alguno, gozaron de la efectiva protección de sus derechos constitucionales a la vida y a la libertad, a pesar del mandato constitucional que obligaba al Poder Judicial a proteger los derechos individuales” (2005, 173).

Ello nos recuerda otro caso emblemático en este sentido: en 1962, cuando se emitió por la Comisión Internacional de Juristas el informe “El Imperio de la Ley en España”, que denunció la inexistencia del Estado de Derecho y de libertades en el régimen franquista del siguiente modo:

“Después de la segunda guerra mundial, el general Franco consideró oportuno disimular el carácter dictatorial y autoritario de su régimen mediante la promulgación de leyes de apariencia democrática y liberal. Éste fue el principal objetivo perseguido con la promulgación del Fuero de los Españoles, de 13 de julio de 1945, y la Ley de Referéndum, de 22 de octubre de 1945...

En el texto del Fuero se consigna por lo demás una reserva que brinda la posibilidad de “legalizar” las injerencias en los derechos fundamentales. El ejercicio de éstos no puede atentar a la unidad espiritual, nacional y social de España. Esta condición tiene un alcance mucho mayor que las reservas por razón de orden público, salubridad, buenas costumbres, etc. Otra disposición del Fuero autoriza al gobierno a suspender temporalmente derechos fundamentales tan importantes como las libertades de palabra, asociación, asamblea y residencia y la inviolabilidad de la correspondencia y del domicilio, sin que sea necesaria para ello la vigencia del estado de excepción o de guerra...

El ejercicio de algunas libertades enunciadas en el Fuero se ha revelado imposible con el transcurso de los años debido a lo dispuesto en las leyes reguladoras. Esto es particularmente cierto en relación con la legislación de prensa que amordaza totalmente a los periódicos. La libertad de asociación es objeto de trabas análogas. No se concede tal libertad precisamente en la esfera en que más apremiante es crear entidades organizadas y autónomas, es decir, partidos políticos y sindicatos obreros cuya creación se prohíbe y por la que se incurre en delito. Ni siquiera el único partido autorizado, la Falange o Movimiento Nacional, tiene libertad de asociación” (1962, 86-97).

Esto conllevó que un grupo de juristas adictos al régimen franquista, agrupados en el ya mencionado “riñón” que era el Instituto de Estudios Políticos y bajo el amparo del Servicio Informativo Español, decidiese salir, de una manera que solo podríamos denominar como espuria, en defensa del sistema jurídico construido sin más respaldo que la voluntad del autoproclamado caudillo, calificando al Informe como “panfleto de propaganda contra el orden político en España”. En síntesis, nos lo describe Nicolás Sesma Landrín:

“En opinión de sus redactores, el informe de la CIJ ignoraba palmariamente los fundamentos del ordenamiento español, entre los que se hacía mención al Derecho Natural, el Derecho público cristiano y, ante todo, al enlace con la “tradición de la Jurisprudencia española”, cuyas creaciones doctrinales formaban “parte esencial de la civilización del mundo libre” y que habían sido convenientemente actualizadas para responder “a las nuevas realidades del presente”...

Respecto al reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, cuyo establecimiento jurídico-constitucional constituye uno de los ejes indispensables para todo Estado de Derecho, se remitía a la carta de derechos y deberes que servía de preámbulo al Fuero de los Españoles, que en opinión de los redactores de la réplica, era “una tabla de derechos fundamentales similar a la que puede exhibir cualquier otra constitución moderna”. La argumentación no podía ir más allá, puesto que el resto de referencias tenían como base únicamente distintos proyectos legislativos...

Con todo, el aspecto central de la réplica al Informe de la CIJ era la valoración de una de las construcciones jurídicas más completas del régimen franquista en toda su historia, el Estado de Derecho Administrativo implementado desde mediados de los años cincuenta, “aspecto en el que el panorama de nuestro país es notablemente superior al de la mayoría de los demás países” ...

Sin embargo, pese al carácter efectivamente avanzado de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo del Estado, esta parcela no cubría más que una de las tres dimensiones clásicas establecidas por la moderna teoría constitucional sobre el Estado de Derecho. En concreto, quedaba referido al control jurídico de la Administración, precepto indispensable para asegurar la protección de los ciudadanos frente a la actividad administrativa, que perdía su inmunidad judicial. Pero un Estado de Derecho meramente administrativo no era suficiente, pues el ordenamiento franquista eludía al menos las otras dos características necesarias al Estado de Derecho, esto es, el concepto de “reserva de ley”, y sobre todo, la ya clara identificación entre Estado de Derecho y legitimación democrática del poder del Estado” (2006, 53-56).

Hay una fábula (la XXVII) del también español Tomás de Iriarte, nacido varios siglos antes de Franco por lo demás, que habla de un adagio cuyo origen se pierde en tiempo: “Aunque la mona se vista de seda, mona se queda”. Pero para estos efectos, los versos finales de la fábula son mucho más apropiados: “Monos que, aunque se vistan de estudiantes, se han de quedar lo mismo que eran antes.” Así funciona, en palabras llanas y sencillas, la “perversión de la Constitución”, de manera común a todos los regímenes *de facto*. Y por mucho que se intente vestir a estas autocracias de ropajes democráticos constitucionales, en los hechos seguirán siendo, nada más y nada menos, que la suma misma de la ausencia del Estado de Derecho y, ciertamente, de democracia política. Pero quedan en el aire las preguntas que Loewenstein se hace sabiendo que quizá no tendrán respuesta:

“¿Por qué se esfuerzan estos regímenes en demostrar su legitimidad democrática? ¿Para qué necesitan constituciones, elecciones y todo el montaje de la democracia constitucional? ¿Es porque quieren engañar al mundo, a su propio pueblo, a sí mismos? O, ¿con el tiempo, se ha convertido en la víctima de su propio juego, de tal manera que creará en él? (1983, 216).

Como bien puede observarse, no se usa por los autores chilenos estudiados en este apartado una expresión semejante a la propuesta por Hirschmann: “poder constituyente autocrático” (2011, 345). Es más, la dogmática constitucional chilena posterior a 1980 asume como un hecho de la causa, *sine qua non*, la concurrencia de la fuente formal decreto ley en estos años, ni tampoco propone en nota a pie de página revisar la obra de algún constitucionalista chileno o extranjero al respecto. La omisión indica que los autores, aun no teniendo visiones coincidentes necesariamente, comparten una cultura constitucional y política que no estimó necesario generar nuevos argumentos para explicar por qué la fuente formal “decreto” podía seguir llamándose “decreto ley”, a pesar que regulaba materias constitucionales y afectaba la titularidad del poder constituyente, cuando en realidad “se plantea la incidencia que el pro-

cedimiento generativo de la Constitución tiene en la legitimidad sustantiva de sus principios y normas, ya que en el Derecho no todo proceso nomogenético produce resultados legítimos” (Cea, 2008, 82). En síntesis, no se hicieron responsables de abordar esta paradoja.

A nuestro juicio, la dogmática constitucional de hoy, comprometida con el constitucionalismo democrático y social, debe hacer dos ajustes de cuentas. El primero es resignificar la Constitución de 1980 como un decreto ley iusfundamental de la dictadura cívico-militar, fruto de un poder constituyente autocrático y revolucionario, que refuerza exorbitantemente el capitalismo en Chile con su *sustratum* ideológico neoliberal y autoritario. El segundo ajuste de cuentas, aún pendiente, es con la dogmática y práctica constitucional de la dictadura (1973-1990) y de la transición (1990-2010), un constitucionalismo ubicuo y complaciente con la democracia semisoberana que se instala a partir de 1990.

4.2. Doctrina del derecho Privado

En Chile ha sido la dogmática civil la que se ha encargado tradicionalmente de analizar las fuentes formales del Derecho. Ello porque es una materia que el Código Civil chileno regula en sus primeros artículos (Alessandri, 1957)¹⁴.

También han reflexionado sobre el tema los profesores que desarrollan la materia “teoría general del Derecho” (Bascañán Valdés, 1985)¹⁵.

El profesor Gonzalo Figueroa, civilista, sostuvo que el decreto ley es una norma que emana del Poder Ejecutivo, que regula materias que “son propias y exclusivas de la ley. En verdad, son decretos en su forma, pero leyes en su contenido” (2011, 25)

Dice el profesor Figueroa, reiterando la doctrina establecida en la década de 1930:

“Los decretos leyes son el medio de gobernar de los gobiernos de facto. Se trata de los cuerpos legales que estos gobiernos dictan para regular la vida de la nación, a falta de Constitución y de las normas establecidas en ella para regular procedimientos tales como aquellos que establecen la formación de una ley y las autoridades competentes para dictarla. Estos decretos leyes no son cuestionables mientras dure el gobierno de facto que los dictó, puesto que se aplican por la fuerza” (2011, 25).

Respecto de su proyección, luego del término de la dictadura sostuvo:

“Sin embargo, una vez que el gobierno de facto termina de regir, y el Estado vuelve a establecer un sistema constitucional, surge el problema de determinar la validez de estos textos. En estricto derecho, los decretos leyes son inconstitucionales y debería simplemente desconocérselos. Pero en los hechos, ellos echaron a andar instituciones básicas de la vida nacional mientras duró la dictadura, y esas instituciones no pueden simplemente desconocerse ni paralizarse. Al restablecerse el régimen democrático, la supervivencia de la legislación dictada en los tiempos de la dictadura hace posible sostener una especie de ratificación tácita de normas que en estricto derecho eran nulas” (2011, 25).

¹⁴ Véase por todos.

¹⁵ Véase por todos. En fecha más reciente Squella (2014) realizó un análisis muy deficitario de la figura, limitándose a una comparación con el decreto con fuerza de ley.

Pone por encima de la soberanía nacional, de la división de poderes, de la eficacia del derecho penal y administrativo, así como por encima de la democracia la pervivencia y funcionamiento de lo que denomina instituciones básicas de la vida social instauradas por la dictadura.

Agrega que en relación con los decretos leyes del periodo 1973-1981:

“la disposición sexta transitoria de la Constitución Política ha tomado las providencias necesarias para mantener la validez de los decretos leyes dictados desde septiembre de 1973. Esa disposición señala que <<No obstante lo dispuesto en el número 8 del artículo 32 (que señala como atribución del Presidente de la República ejercer la potestad reglamentaria autónoma en todas aquellas materias que no sean propias de ley) mantendrán vigencia los preceptos legales que la fecha de promulgación de esta Constitución hubieren reglado materias comprendidas en el artículo 60 mientras ellas no sean expresamente derogadas por ley” (2011, 25).

Los tres textos doctrinarios, representativos de la dogmática civil y pública, ocultan u omiten la relación entre decreto ley y Constitución. Reconocen a los decretos leyes una función social: echaron a andar instituciones básicas de la vida nacional – luego- esas instituciones no pueden simplemente desconocerse ni paralizarse. La supervivencia de la legislación dictada en los tiempos de la dictadura al restablecerse el régimen democrático, hace posible sostener una especie de ratificación tácita de normas que en estricto derecho eran nulas.

Ello quiere decir que la dogmática chilena está abierta al uso de normas nulas mientras se sustenten en una fuerza capaz de imponerlas, dotándolas incluso de un efecto jurídico que se proyecta a regímenes democráticos si no son derogadas expresamente. Los constitucionalistas como el civilista en comento omiten que la fuente formal decreto ley reguló materias iusfundamentales e incluso estableció un código político como es la “Constitución de 1980”, evitando de este modo la formulación de un juicio de legitimidad democrática de las Actas Constitucionales y de la misma “Constitución”. Ambas normativas son válidas con prescindencia de la democracia, de la soberanía popular, del poder constituyente y de la eficacia del derecho público (penal, administrativo y constitucional).

Queda claro que en estos juristas la declaración del Congreso Internacional de Juristas sobre la acción del Poder Ejecutivo y el imperio de la Ley, Conferencia de Río de diciembre de 1962 (Brasil) causó poco impacto. La Declaración de Río dispuso, entre otras materias, promover la independencia del Poder Judicial, la sujeción del Poder Ejecutivo a la ley, la vigencia del imperio de la ley:

“Incumbe a los abogados de todos los países, tanto en el ejercicio de su profesión como en la vida pública, favorecer la existencia de un poder legislativo representativo que sea elegido según procedimientos democráticos y de un poder judicial independiente y adecuadamente remunerado, y velar siempre por la protección de las libertades civiles y los derechos humanos... Los abogados deben negarse a colaborar con cualquier autoridad en cualquier medida que viole el imperio de la ley” (Piaggio & Kiefer-Marchand, 1962, 170).

La aceptación de la doctrina de decretos leyes de carácter iusfundamental garantiza la proyección de los intereses que protege un régimen dictatorial al futuro contexto democrático. Siguiendo los planteamientos de Quiroga y Morresi (2010) podemos afirmar que estos autores contribuyen a generar legitimidad de ejercicio y de fines para favorecer la acción jurídica de la dictadura, omitiendo referirse al uso de decretos leyes para generar normas iusfundamentales.

La doctrina analizada remite a la juiciosa reflexión de Groisman (1989, 45): “Una cosa, en fin, es acatar la situación impuesta por una fuerza insuperable; otra diferente es aceptar la validez de las normas de facto fundadas en la necesidad y urgencia, y otra distinta es borrar toda distinción entre gobiernos legítimos y poderes de hecho”.

4.3. El decreto ley iusfundamental como mecanismo de control

Las Actas Constitucionales pueden operar como mecanismos de control porque se dictan por un gobierno de facto que cuenta con la fuerza para imponerlas. Dado que es la fuerza del mismo gobierno que las dicta lo que garantiza su eficacia, estaríamos en presencia de un caso de relativo autocontrol. No obstante estar contenida en una fuente formal del tipo decreto ley es posible exigir su cumplimiento. La doctrina considera que esta normativa es aplicable, aunque ella se refiera a materias que normalmente deben ser reguladas por decisiones de órganos dotados de soberanía y en ejercicio del poder constituyente y no por dictaduras.

¿Qué característica tiene el “autocontrol” generado por una dictadura que recurre a la fuente formal decreto ley para ello? Es un caso de relativa limitación no democrática, fruto de la usurpación por parte de la dictadura de la soberanía y el poder constituyente. Es un instrumento del proyecto neoconservador que, como señalaba Lechner (1982, 1) reacciona contra la soberanía popular, la representación parlamentaria y la voluntad de emancipación popular. Puede entenderse como parte del continuo a que se refería Flisfich (1983, 4) desde la represión autoritaria al orden autoritario.

Conclusiones

La doctrina sobre la vigencia de los decretos leyes es un factor que debe tenerse presente al explicar la generación de normas iusfundamentales por dictaduras. Los creadores de estas normas tienen a su disposición una fuente formal que es acatada por juristas y jueces, que está aceptada por la cultura jurídica interna, de manera tal que se da certeza al dictador que podrá dejar instalada normativa jurídica que no cumple con los baremos de una legislación auténticamente democrática y soberana en un sistema democrático.

Tanto los autores como la jurisprudencia chilena recurrieron a la argumentación al uso, que arrancaba de la década de 1930, para validar y amparar la aplicación de los decretos leyes de la dictadura del general Augusto Pinochet. No hay una reflexión desde el punto de vista de las fuentes formales sobre el nuevo rol que pasó a jugar el decreto ley a partir de la decisión de la dictadura de usarlo para dar forma jurídica al ejercicio del poder constituyente.

El discurso legitimador del decreto ley a nombre de la eficacia y la seguridad jurídica contribuye a debilitar la cultura jurídica en el plano de la promoción y defensa de la soberanía popular y la democracia. Se ha recurrido a la noción derechos adquiridos y a los valores de la seguridad jurídica y la paz social. Cabe hacer notar que los autores han desplazado la vigencia de la Constitución, la soberanía nacional o popular, el régimen democrático, la sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil y el Estado de Derecho para imponer los valores e intereses de quienes impulsan y sostienen a los gobiernos de facto. Dado que no se realiza una confrontación entre estos bienes y valores jurídicos al reflexionar sobre la validez del decreto ley, y menos al procurar su legitimación, la dogmática contribuye a darle eficacia al derecho de la dictadura.

La doctrina chilena estudiada no generó nuevos argumentos ante el fenómeno del uso de decretos leyes por parte de la dictadura para imponer normas iusfundamentales, por lo que recurrió a la tesis del gobierno de facto a pesar de que ella solo daba cobertura a la imposición de normas de rango legal. Incluso se detecta el intento de denominar leyes a las normas del gobierno de facto como consecuencia de validar a partir del derecho natural católico el golpe de estado y la producción normativa del régimen de facto por ser manifestación del derecho a rebelión y el compromiso de las Fuerzas Armadas con el derecho natural.

La reiteración de la doctrina del gobierno de facto no tuvo una ampliación en relación con lo sostenido en la década de 1930 por lo que no se percibe en estos autores un intento de caracterizar al decreto ley en tanto que norma de rango iusfundamental.

Constituye una novedad el que la Corte Suprema aceptara la modificación tácita de la Constitución de 1925 por los decretos leyes que dictaba la dictadura, cuestión que se reguló por el propio régimen a partir del decreto ley N°778, de diciembre de 1974.

Se constató que también la propia dictadura cívico-militar reflexionó cambiar la denominación de decreto ley por la de ley, idea que en definitiva no prosperó antes de 1980. Después del 11 de marzo de 1980 en que entró en vigencia parcial la “Constitución de 1980”, los decretos leyes de la Junta de Gobierno pasaron a denominarse “leyes”, retomando su numeración histórica a 1973; en suma, puro *nomen iuris*.

Los autores estudiados permiten concluir que parte de la doctrina chilena contribuyó a proporcionar argumentos para avalar en relación con la dictadura (1973-1990) la triple legitimidad a que se refiere la literatura argentina; de origen, ejercicio y fines.

Lo anterior, de todos modos, no puede caracterizarse como un fenómeno exclusivo de la dictadura chilena: todo lo contrario, siguiendo a Loewenstein, nos encontramos ante uno de tantos casos en los cuales la “perversión de la Constitución” se hace presente por medio de la actuación de un gobierno autoritario deseoso de reconocimiento y autorreconocimiento desde la esfera de lo jurídico.

Bibliografía y fuentes

- Alessandri, A. (1957). Curso de Derecho Civil: basado en las explicaciones de Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga; redactado por Antonio Vodanovic H., Tomo I. 2ª edición. Editorial Nascimento.
- Barros, R. (2005). La junta militar. Pinochet y la Constitución de 1980. Editorial Sudamericana.
- Bascuñán, A. (1985). Teoría General de las Fuentes del Derecho, Primera parte: La Legislación. Apuntes de clases.
- Belaúnde López de Romaña, J. de. (1974). Algunas consideraciones en torno a los gobiernos de facto y las vigencias constitucionales. Derecho PUCP, (32), 93-124. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197401.008>
- Berardo, R. (1954). Gobiernos de facto. Revista de Economía y Estadística. Segunda Época, 7(1-2), 165-191.

- Castagnola, A. (2020). La trampa de la manipulación judicial: un análisis histórico del control político de la Suprema Corte argentina. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 29 (1), 49-80. Recuperado a partir de <http://rucp.cienciassociales.edu.uy/index.php/rucp/article/view/454>.
- Cea, J. L. (1988). *Tratado de la Constitución de 1980. Características generales. Garantías constitucionales*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cea, J. L. (2008). *Derecho Constitucional Chileno, Tomo I*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Comisión Internacional de Juristas (1962). *El Imperio de la Ley en España*. Comisión Internacional de Juristas. Recuperado a partir de <https://www.icj.org/wp-content/uploads/1962/01/Spain-rule-of-law-publications-1962-spa.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1930). *Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación*. Sentencia de 10 de septiembre de 1930. Id SAIJ: FA3099687. Recuperado a partir de <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-acordada-sobre-reconocimiento-gobierno-provincial-nacion-fa30996876-1930-09-10-123456789-678-6990-3ots-eupmocsollaf>.
- Cuevas, G. (1979). *Perspectiva del proceso constitucional en Chile*. *Revista de Ciencia Política (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, 1(2), 3-21. Recuperado a partir de <http://ojs.uc.cl/index.php/rcp/article/view/6262>.
- Duverger, M. (1948). *Manuel de droit constitutionnel et science politique*. Presses Universitaires de France (PUF).
- Groisman, E. (1989). "Los gobiernos de facto en el derecho argentino", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (4), 35-46.
- Fayt, C. S. (1988). *Derecho Político – Tomo II – Teoría de la Constitución. Organización del poder. Gobierno y administración. Estado de necesidad. Revolución. Gobiernos de facto. Sufragio. Sistemas Electorales. Partidos políticos. Opinión pública. Factores de poder y grupos de presión*. Editorial Depalma.
- Fiamma, G. (1976). *Los Decretos Leyes ¿son leyes?* *Revista de Derecho Público*, 19/20, 145-164.
- Figueroa, G. (2011). *Curso de Derecho Civil. El Derecho y sus fuentes. Tomo I – 5º Edición*. Editorial Jurídica de Chile.
- Flores, Á. (2005). *La reforma a la justicia del trabajo*. *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), 149-159. Recuperado a partir de <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15071/15489>.
- Flisfisch, Á. (1983). *El surgimiento de una nueva ideología democrática en América Latina. Crítica y Utopía*, (9), 1-9, Recuperado a partir de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/critica/criticayutopia.htm>
- Furnish, D. (1972). *La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano*. *Revista Derecho PUCP*, (30), 61-80. Recuperado a partir de <https://doi.org/10.18800/derecho-pucp.197201.004>.

- Huneus, C (2014), Editorial Taurus, La Democracia Semisoberana. Chile Después De Pinochet.
- Hirschmann, P. G. (2011). La Desconstitucionalización en la Argentina (1928-2011). Recuperado a partir de <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/03-Hirschman.pdf>
- Jèze, G. (1948). Principios generales del Derecho Administrativo. Tomo I – La técnica jurídica del Derecho Público francés. Editorial Depalma.
- Kelsen, H. (1991). Teoría Pura del Derecho. Traducción de Roberto J. Vernengo. Editorial Porrúa S.A. – Universidad Nacional Autónoma de México.
- Lechner, N. (1982). El proyecto neoconservador y la democracia. *Crítica y Utopía*, 6, 1-19, Recuperado a partir de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/critica/criticayutopia.htm>.
- Linz, J. J. (2009). Obras Escogidas – Tomo III – Sistemas totalitarios y regímenes autoritarios. Edición de José Ramón Montero y Thomas Jeffrey Miley. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Loewenstein, K. (1983). Teoría de la Constitución. Traducción y estudio sobre la obra de Alfredo Gallego Anabitarte. Editorial Ariel.
- López, M. J. (1996). Introducción a los estudios políticos – Volumen II – Formas y fuerzas políticas. Editorial Depalma.
- Morresi, S. (2010). El liberalismo conservador y la ideología del Proceso de Reorganización Nacional. *Sociohistórica - Cuadernos del CISH* (27), 103-135.
- Novoa, E. (1985). Elementos para una crítica y desmistificación del derecho. EDIAR.
- Opazo Quintana, M. A. (2014). El Decreto Ley en el ordenamiento jurídico chileno. Memoria de Prueba. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Recuperado a partir de <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/130284/El-Decreto-Ley-en-el-ordenamiento-jur%C3%ADdico-chileno.pdf?sequence=1>
- Palma, E. (2017), El Estado socialista según la legislación irregular de Carlos Dávila (junio-septiembre de 1932). *Estudios constitucionales*, 15(1), 373-404. Recuperado a partir de <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002017000100012>
- Palma, E (1998), Sobre la intervención del poder judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973. *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, N° 32, 1998, págs. 89-92, recuperado a partir de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174744>.
- Palma, E. (1994). El Estado de Derecho en la doctrina y la práctica político-institucional chilena. Editorial Universidad Nacional Andrés Bello.
- Pinochet Ugarte, A. (1979). Reflexiones en torno a una visión política de Chile. Clase magistral de S.E. el Presidente de la República, general de ejército don Augusto Pinochet Ugarte, con motivo de la inauguración del año académico de la Universidad de Chile, Editorial Universitaria.

- Ramella, P. (1966). Los Decretos Leyes y la situación constitucional de la Argentina. *Revista de Estudios Políticos*, (147-148), 203-240, Recuperado a partir de <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=537&IDA=8739>
- Piaggio, H. & Kiefer-Marchand, J. (1963). Congreso Internacional de Juristas de Río de Janeiro. *Resolución de Río. Derecho PUCP*, (22), 165-175. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/12926>.
- Rouquié, A. (1981). Dictadores, militares y legitimidad en América Latina, *Crítica & Utopía. Latinoamericana de Ciencias Sociales*, (5). Recuperado a partir de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20130610074923/ROUQUIE.pdf>.
- Sabsay, D. A. (2004). El juicio político a la Corte Suprema en la República Argentina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (8), 493-519.
- Sánchez, C. (1957). *El Constitucionalismo. Sus problemas. El orden jurídico positivo. Supremacía, defensa y vigencia de la Constitución*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Sesma, N. (2006). El franquismo, ¿Estado de Derecho? Notas sobre la renovación del lenguaje político de la dictadura durante los años 60. *Pasado y Memoria, Revista de Historia Contemporánea*, (5), 45-58.
- Squella, A. (2014). *Introducción al Derecho*. Thomson Reuters.
- Sotelo, I. (1977). Modelos de explicación del militarismo latinoamericano: una interpretación histórica. *Papers: Revista de Sociología*, (7), 65-89.
- Verdugo, M., Pfeffer, E. & Nogueira, H (1994). *Derecho Constitucional. Tomo I. 1º Edición*. Editorial Jurídica de Chile
- Valenzuela, J. S. (1997). "La Constitución de 1980 y el Inicio de la Redemocratización en Chile", Working Paper - The Helen Kellogg Institute For International Studies, 242. Recuperado a partir de <https://kellogg.nd.edu/publications/workingpapers/WPS/242.pdf>.
- Varela, Á. (1984). Los Decretos con fuerza de ley y decretos leyes. En Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales Universidad de Valparaíso (Ed.), *Estudios en Homenaje de Álex Varela Caballero* (pp. 23-49). Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales Universidad de Valparaíso.
- Zúñiga, F. (2018). El «blanqueo constitucional» y el Tribunal Constitucional. Comentario a la sentencia rol N°2975-2016 y la vigencia de la Constitución. *Estudios Constitucionales*, 16 (1), 427-436.
- Zúñiga, F. (2019). 100 años de Constitucionalismo. Discursos de Apertura del Poder Judicial 1918-2018. En Eduardo Aldunate (Ed.), *100 años – Cuentas Públicas* (pp. 308-509). Poder Judicial – República de Chile.
- Zúñiga, F. y Alvarado, E. (2021). *Nueva Constitución y Política Constitucional*. Thomson Reuters.

Data de Recebimento: 28/10/2021

Data de Aprovação: 02/12/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Genealogia e usos do Ato Institucional – inclusão da excepcionalidade na ordem constitucional¹

*Genealogy and uses of the Institutional Act – inclusion
of exceptionality in the constitutional order*

Heloísa Fernandes Câmara²

¹ Agradeço a ajuda de Giulia Helena Cavassim Medeiros e de Ronaldo Silva na revisão do artigo. Agradeço também aos avaliadores pelas sugestões e indicações que melhoraram o argumento aqui apresentado.

² Universidade Federal do Paraná. ORCID: 0000-0003-3220-9266

RESUMO

O presente artigo faz uma genealogia do ato institucional para compreender as ambiguidades constitutivas do constitucionalismo brasileiro que envolvem a convivência entre normalidade e exceção. Essa forma normativa foi central para a legalidade autoritária estabelecida na ditadura militar brasileira. Foram recuperados debates em assembleias constituintes e em jornais que mostram que mesmo antes de ser formalmente nomeado ato institucional esse termo já era utilizado para descrever ato normativo em que se pretendeu tratar de situação em que convivia poder constituinte e poder constituído. Desta forma, a genealogia do ato institucional nos permite avaliar como foram mobilizados debates que envolviam a resposta jurídica a mudanças da ordem política e constitucional. Neste sentido desvelam os fios que mobilizam revolução, constituição, poder constituinte e poder constituído.

Palavras-chave: Ato institucional, Exceção, História constitucional brasileira.

ABSTRACT

The present article makes a genealogy of the institutional act to understand the constitutive ambiguities of Brazilian constitutionalism that involve the coexistence between normality and exception. This normative form was central to the authoritarian legality established during the Brazilian military dictatorship. Debates in constituent assemblies and in newspapers have been recovered, showing that even before it was formally named an institutional act, this term was already used to describe a normative act that intended to deal with a situation in which constituent and constituted power coexisted. In this way, the genealogy of the institutional act allows us to evaluate how debates were mobilized that involved the legal response to changes in the political and constitutional order. In this sense, it unveils the threads that mobilize revolution, constitution, constituent power, and constituted power.

Keywords: Institutional act, Exception, Brazilian constitutional history.

Introdução

A ditadura brasileira (1964-1985) foi a mais legalizada da América do Sul (Pereira, 2010), o que implicou tanto na produção contínua de legislação, quanto na reinterpretação do direito existente de maneira a adequá-lo ao padrão repressivo. A parte central da criação normativa foram os atos institucionais. Editado em 09 de abril de 1964, o primeiro deles foi elaborado para ser o único, a expressão do que se nomeava como autêntica revolução; entretanto, no decorrer do regime foram criados mais dezesseis atos. A quantidade, a desnecessidade de aprovação legislativa, alinhada à construção de que os atos estavam acima da constituição e a cláusula de exclusão de apreciação judicial tornaram-no a estratégia jurídica central dos juristas do regime, mesmo com as alterações nas regras de emendamento constitucional, técnica também usada para controle da legalidade.

Entretanto, apesar da importância desse tipo normativo, a sua origem tem sido pouco explorada. Neste trabalho proponho uma genealogia do ato institucional³ como forma de compreender a dualidade entre exceção e legalidade, presente na história constitucional brasileira. O objetivo é acompanhar as origens da forma ato institucional e suas mudanças discursivas para sugerir a mudança da própria relação entre exceção e legalidade, o que leva às categorias de revolução e poder constituinte, e, com isso, compreender melhor o percurso das crises políticas e jurídicas no decorrer do século XX no Brasil.

O ponto central para entendermos o padrão de legalidade existente na ditadura pode ser expresso no preâmbulo do Ato Institucional (1): o conflito entre revolução e permanência. Este conflito marca o processo de criação/transformação das bases legais do regime. A partir da genealogia do Ato Institucional busca-se apreender os conflitos e apropriações desta forma legal que foi um dos pilares da legalidade autoritária.

A tentativa de reconstrução deste processo de criação e utilização do Ato Institucional foi feita a partir de jornais entre o final do século XIX e década de 1960⁴ e das Atas da Assembleia Constituinte de 1937 e 1946, e decisões do STF que envolviam atos institucionais durante a década de 1960, em que a despeito da cláusula de exclusão de análise judicial havia algum debate sobre o alcance do ato. O objetivo ao avaliar as decisões do STF foi verificar se a Corte elaborou divergência quanto a existência de ato institucional e algumas das decisões dadas, especialmente quando em conflito com a constituição. A análise dos atos concentrou-se nos dois primeiros, respectivamente de 1964 e 1965. Esta escolha deu-se porque a despeito dos dezessete atos institucionais, foram nos dois primeiros em que a tentativa de legitimação mostra-se mais sofisticada. O primeiro, pretendido como único, traz a fundamentação a partir

3 Uso genealogia inspirada na análise genealógica foucaultiana no sentido que estuda "(...)sua [dos discursos] formação ao mesmo tempo dispersa, descontínua e regular. Na verdade, estas duas tarefas não são nunca inteiramente separáveis; não há, de um lado, as formas da rejeição, da exclusão, do reagrupamento ou da atribuição; e, de outro, em nível mais profundo, o surgimento espontâneo dos discursos que, logo antes ou depois de sua manifestação, são submetidos à seleção e ao controle. A formação regular do discurso pode integrar, sob certas condições e até certo ponto, os procedimentos do controle (é o que se passa, por exemplo, quando uma disciplina toma forma e estatuto de discurso científico); e, inversamente, as figuras do controle podem tomar corpo no interior de uma formação discursiva (assim, a crítica literária como discurso constitutivo do autor): de sorte que toda tarefa crítica, pondo em questão as instâncias do controle, deve analisar ao mesmo tempo as regularidades discursivas através das quais elas se formam; e toda descrição genealógica deve levar em conta os limites que interferem nas formações reais. Entre o empreendimento crítico e o empreendimento genealógico, a diferença não é tanto de objeto ou de domínio mas, sim, de ponto de ataque, de perspectiva e de delimitação" (Foucault, 1996, 65-66).

4 Foram feitas pesquisas nos sites da Hemeroteca Digital e da Folha de São Paulo por "ato institucional" e "acto institucional". Na Hemeroteca Digital. Excluíram-se todas as menções que traziam tema de direito comercial (ato institucional como documento de instituição de empresa). O objetivo da busca foi tanto mapear usos da expressão antes da década de 1960, e acompanhar a repercussão dos atos editados no curso da ditadura militar. Ainda que o objetivo não seja análise quantitativa, considera-se que o banco da Hemeroteca fornece pluralidade de fontes.

da teoria do poder constituinte para colocar-se acima da constituição, sem que houvesse rompimento com a ordem constitucional. Já no segundo o desafio era outro, legitimar a continuidade de uma forma que se colocava como revolucionária e, conseqüentemente, perene. A partir do AI-3 a preocupação com a fundamentação estava parcialmente superada.

Apesar da importância incontestável desta forma normativa, não foram localizados debates jurídicos em revistas e/ou livros jurídicos antes da ditadura militar, o que poderia levar à conclusão que a forma ato institucional foi criada pela ditadura⁵. O que este artigo pretende demonstrar é que não somente isso não é verdade, uma vez que as fontes mostram origem bastante anterior, como que o ato institucional já trazia em si um debate entre normalidade e exceção, conforme veremos adiante. Voltar os olhos ao surgimento e usos do recurso jurídico pode nos oferecer algumas pistas para compreender a história constitucional brasileira.

1. Relação entre Legalidade e Exceção no Constitucionalismo Brasileiro

O ato institucional tem em seu cerne o conflito entre normalidade e exceção, e por isso é central para a compreensão do constitucionalismo autoritário brasileiro. A genealogia do ato permite apreender os conflitos e apropriações dessa forma legal que foi um dos pilares da legalidade autoritária.

O par normalidade e exceção é um dos que perpassam a história constitucional brasileira. Exceção pode ser entendida de várias maneiras: como a suspensão parcial da ordem constitucional, como um estado constante excepcional e como uma dualidade que passa a confundir-se com a ordem constitucional. Exemplo da primeira situação são as invocações de estado de sítio que levaram ao desterro, prisões e suspensão de garantias constitucionais. A segunda situação (estado de exceção) parte da obra de Giorgio Agamben para questionar as fronteiras entre exceção e ordem. Neste artigo parto de terceira possibilidade, avaliar como normas fora da ordem constitucional passam a compor essa mesma ordem. Nessa linha os debates sobre revolução e ordem constituída, e ato institucional e normas constitucionais têm espaço privilegiado para verificar como as duas lógicas foram se incorporando e confundindo.

Em 1964 vigia a constituição promulgada em 1946. Nove dias após o golpe militar foi editado o Ato Institucional assinado pelo Comando Supremo da Revolução, no qual se estabelecia cabalmente que, apesar de poder fazer uma nova constituição, a autoproclamada revolução não faria, autolimitando-se. A escolha de manter a Constituição, usar o poder constituinte como legitimação e não os mecanismos constitucionais de exceção⁶ deve ser enfrentada. Não se trata de assumir a narrativa pelo valor de face, mas para levar a sério a mudança dos fundamentos é imperativo para compreender a legalidade autoritária estabelecida a partir de 1964.

5 Conforme entrevista do professor Carlos Fico, especialista e uma dos maiores conhecedores da ditadura militar brasileira “Os atos institucionais não existiam como diploma legal no Brasil. Quando houve o golpe, para dar uma aparência juridicidade, os advogados que ajudavam os golpistas sugeriram essa fórmula: estabelecer as regras que pautaram o regime militar por meio de um ato.” Betim, 2019.

6 Especialmente estado de sítio, previsto no art. 5º da constituição, e com uso reiterado em nossa história, entre 1891 e 1961 foram 3106 dias sob estado de sítio (Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1964, p. 199). Portanto diante de tradição de uso deste instrumento é válido perguntar o motivo de a estratégia usada da ditadura militar ter sido alterada e incluir o uso de ato institucional.

A construção de uma ordem constitucional e sua relação com o direito “normal” é uma questão basilar a ser enfrentada pelos regimes ditatoriais. Como comparação acerca do uso de tais estratégias normativas, recorde-se o regime ditatorial chileno⁷. O golpe ocorrido em 11 de setembro de 1973, não criou um novo tipo normativo, mas usou decretos-leis para legislar.

Comparativamente ao regime brasileiro, o chileno foi mais agressivo ao não permitir a existência do Poder Legislativo e menos preocupado com a técnica jurídica; porém, da mesma maneira que o caso brasileiro, estabeleceu-se que sua Constituição fosse modificada por decretos-leis (ainda que, no caso brasileiro, os atos institucionais fossem considerados superiores à própria constituição). Ainda, no caso chileno foi difícil acompanhar a legislação excepcional pois os decretos-lei foram emitidos por Ministérios distintos (somente o já citado n.1 foi emitido pela Junta) e com numeração que parece não ser sequencial, dando um aspecto intrincado ao panorama jurídico “revolucionário”.

No Brasil, especificamente, os atos institucionais são fundamentais para compreender o direito produzido à época, primeiro porque mostram uma tentativa de justificar e organizar o regime, e, em segundo lugar, manifestam-se como forma híbrida de conciliação entre o normal e o excepcional. Em vista disso, a tarefa de buscar a forma de construção do ato institucional mostra-se necessária para compreender de que maneira o percurso de justificação do regime militar ocorreu no Brasil.

A despeito da importância, a genealogia dos atos institucionais esbarra em alguns empecilhos. O maior é a escassa bibliografia, embora com importantes contribuições recentes – como exemplo Paixão (2020), Paixão e Barbosa (2008). Vários relatos sobre a ditadura militar (p. ex., Gaspari, 2002) anunciam a criação e a escolha do nome como uma contingência, a escolha deste modelo dentre outras possibilidades, mas sem justificar, o que levaria à conclusão de que o ato foi criado na ditadura.

2. Surgimento do Ato Institucional: retorno ao passado

A “forma legal” do ato institucional não foi uma criação da ditadura militar. A primeira menção encontrada em jornais foi no Jornal O Federalista, de 24 de dezembro de 1891 (D’Antonio Pires, 2020, p. 44). A alusão ocorria em protesto à dissolução do Congresso Nacional em 1891 por “acto institucional da ditadura” do marechal Deodoro da Fonseca, fato que precipitou a renúncia de Júlio de Castilhos da presidência do estado, e, dias depois, do próprio marechal Deodoro da presidência, externando-se como fator importante para a Revolução Federalista.

Depois de décadas sem menções significativa em jornais, em 1931 houve extenso debate no contexto da disputa jurídica entre a Empresa de Melhoramento da Baixada Fluminense e o Governo Federal. A disputa ocorreu porque o Decreto outorgado por Getúlio Vargas em

⁷ O primeiro decreto foi expedido pela Junta de Governo da República do Chile, a qual foi constituída somente na manhã do dia 12 de setembro (Barros, 2004, p. 45); pelo Ministério de Defesa Nacional e pela Subsecretaria de Guerra no dia do golpe, mas publicado somente em 19 de setembro, com data retroativa de 18 de setembro (para coincidir com a data simbólica da independência do Chile). Esse decreto-lei apresentou uma “explicação” para o golpe, sem adotar nenhum aspecto jurídico, estabeleceu a organização do poder ao nomear o Gen. Augusto Pinochet como Presidente da Junta. O decreto-lei foi modificado em 16 de novembro do mesmo ano pelo DL 128, emitido pelo Ministério do Interior que esclareceu que a Junta assumiu desde 11 de setembro os poderes constituinte, Legislativo e Executivo; e que aquelas funções eram exercidas pela Junta mediante decretos-leis com a assinatura de seus membros e, de acordo com a conveniência, com a dos respectivos ministros. Ainda, as disposições dos decretos-leis que modificassem a constituição seriam incorporadas a ela.

1930, instituidor do Governo Provisório⁸, era chamado nos jornais de Acto Institucional⁹. Em decorrência do decreto varguista, a concessão da Empresa de Melhoramento foi declarada nula. Em 1931 vários autores renomados como Clovis Bevilacqua, Carvalho Mourão, Raul Fernandes, Affonso Pena e Mendes Pimentel fizeram uma série de pareceres publicados em jornais em defesa da ilegalidade da decisão sobre a concessão.

Diante desse pano de fundo, merecem menção alguns dos fundamentos dos pareceres na medida em que relacionam revolução, ditadura e legalidade, conforme parecer de Raul Fernandes¹⁰:

Mas, **podendo ser o que quizesse (pois a força, sobretudo em direito publico, é importante fonte de direito), a dictadura do Governo Provisorio não quiz abolir no Brasil o Estado jurídico**. Em consequencia, o seu primeiro acto foi traçar normas à sua propria autoridade, baixando para isso o decreto 19.398 de 11 de novembro de 1930, pelo qual, ao mesmo tempo em que avocava o exercício discricionario das funções dos poderes Executivo e Legislativo (art. 1º), mandava continuar em vigor a Constituição Federal, sujeita, porém, às modificações e restricções estabelecidas por esse decreto ou por actos ulteriores do mesmo Governo Provisorio (O JORNAL, 1931, p. 3, grifos meus¹¹).

Ditadura no contexto trazido não tinha sentido de limitação de direitos, e sim aproximava-se de um governo com poderes absolutos, de forma que tanto apoiadores quanto opositores ao regime usavam o termo.

O parecer de Mendes Pimentel¹² foi no mesmo sentido de que a “revolução victoriosa, investiu-se no exercício discricionário, em toda sua plenitude, (...) até que, eleita a Assembleia Constituinte, estabeleça essa a reorganização constitucional do paiz”, mas que uma vez que “declarou, desde logo, o código institucional do Poder Revolucionario, cerceou o próprio arbítrio, declarou a auto-limitação de suas funções governamentais” (O JORNAL, 1931, p. 2¹³). Desta forma os pareceres reconheceram os atos do governo revolucionário, porém demandaram que se cumprisse a legalidade diante da autolimitação. A retórica, como se vê, tem o mesmo fio condutor do embate entre normalidade e exceção que está presente no preâmbulo do Ato Institucional (1).

A menção de atos institucionais em jornais para designar o decreto institucional do Governo provisório permanece até 1939 (D’Antonio Pires, 2020, p. 48).

8 Decreto 19.398 de 11 de novembro de 1930.

9 Essa designação aparece no contexto da publicação dos pareceres em jornais no ano de 1931. Foram localizados em: O Jornal, Diário de Notícias, Correio da Manhã e Jornal do Commercio.

10 Nascido em 1877, graduado em ciências sociais e jurídicas, advogado, vereador, promotor, deputado estadual, delegado plenipotenciário à Conferência de Paz de Versalhes, delegado do Brasil nas assembleias da Liga das Nações em Genebra, presidente do estado do Rio de Janeiro; consultor-geral da República; constituinte, ministro de Relações Exteriores (CPDOC).

11 Edição de 26 de março de 1931.

12 Nascido em 1869, deputado estadual, deputado federal, advogado, professor da Faculdade Livre de Direito, presidente da instituição por 19 anos. Primeiro-Secretário do Instituto Histórico e Geográfico de Minas Gerais. Primeiro reitor da UFMG, membro da Comissão Permanente de Codificação do Direito Internacional Público, promotor, e árbitro brasileiro na Corte Permanente de Arbitragem, articulista em jornais e doutor *honoris causa* pela Faculdade de Direito de São Paulo (CPDOC).

13 Edição de 18 de abril de 1931.

2.1. Constituinte de 1933

Os assuntos sobre revolução e autolimitação tiveram espaço privilegiado na constituinte instaurada em 15 de novembro de 1933. O Decreto 22.621 de 07 de abril de 1933 convocou a constituinte e estabeleceu seu regimento interno, gerando questões acerca da soberania da constituinte. O tema foi objeto de parecer de Hans Kelsen (Kelsen, 1934) e de debates na Assembleia Nacional Constituinte (ANC).

Em resposta aos quesitos apresentados, Kelsen estabeleceu que para o direito positivo não há diferença essencial entre governo de fato e de direito, e que somente caberia falar em soberania da ANC se ela se fundasse diretamente da revolução; como não era o caso, a sua existência e competência derivavam do decreto instituidor¹⁴.

Apesar de ser publicado em revista em janeiro de 1934, o parecer foi citado na constituinte no ano anterior. A questão da elaboração do regimento foi apresentada já na 1ª sessão preparatória, em 10 de novembro de 1933, o que a despeito da solicitação de J. J. Seabra não pôde ser avaliada na sessão porque os membros ainda não haviam sido diplomados, e, formalmente, não era uma assembleia constituinte.

O debate sobre a relação entre o ordenamento constitucional e o do governo discricionário¹⁵ foi constante nas sessões iniciais. Na primeira, foi aventado por Medeiros Netto a ratificação dos atos do Governo Provisório, inclusive seu decreto instituidor. Entretanto, tal solicitação teve objeções no sentido de que não caberia à ANC ratificar o decreto proveniente da Revolução. Alguns dos parlamentares argumentaram que o chefe do governo implicitamente havia delegado a soberania à Assembleia Constituinte. Levi Carneiro, com o fundamento de ser sido um dos que escreveu o decreto, argumentou que os poderes discricionários do Governo Provisório persistiriam até a Constituinte. E que a interpretação do art. 1º do decreto 22.621 – de que é competência da ANC a aprovação dos atos do Governo Provisório – deveria ser entendido como direcionado aos atos que ocorressem na vigência da constituinte. Seja de forma simbólica ou não, o decreto foi aprovado.

O constituinte Fábio Sodré, do Partido Popular Radical do Rio de Janeiro, colocou a questão da necessidade de elaborar a transição de um regime discricionário ditatorial para um constitucional, o que seria feito através de uma constituição provisória. Inspirada na Constituição Provisória de Weimar, teria como indicação a manutenção da constituição de 1891 com as modificações estipuladas na lei constitucional provisória. A proposta não foi aprovada, mas foi reabilitada na Constituinte de 1946.

14 “A Assembléia Nacional Constituinte não possui outros direitos além dos que lhe foram outorgados pelo Regimento de 7 de abril de 1933. Por isso ela não tem o direito de revogar o regimento e substituí-lo por outro. O regimento obriga a Assembléia Nacional Constituinte no sentido em que lhe regula a função e especialmente determina a competência” (Kelsen, 1934, p. 37).

15 O governo provisório é tratado como governo discricionário para designar governo em que não segue a constituição, mas os auto-limites. Embora alguns tratem como sinônimo de ditadura, outros tentam estabelecer limites jurídicos. Exemplo da primeira situação, o constituinte João Villasboas “É preciso que nos convençamos desde logo que instalada esta Assembléia, os poderes discricionários, de que se investira o Ditador, deixam de ter a amplitude com que vieram de outubro de 1930, para se restringirem ao exercício da função executiva, subordinada às diretivas que aquela lhe traçar” (ANC, 1933, p. 179). Exemplo da segunda postura artigo de Nelson Masseno (1934), que estabelece que ato discricionário deve, necessariamente, seguir a lei, e que o Governo Provisório estabeleceu diversos limites, como a manutenção das constituições estaduais e poder judiciário. Desta maneira ato discricionário deve seguir essas disposições legais. Nessa linha considerou desnecessária e condenável a disposição de que cabe à ANC aprovar os atos do Governo Provisório. Isso porque ou o ato “é válido por si e não se faz mister aprova-lo para produzir efeitos, ou não é válido e, se não o for, é nulo e não é possível, juridicamente, ratificá-lo, validá-lo, aprová-lo” (Masseno, 1934, p. 103)

Na Constituinte de 1933 não houve registro de o decreto 19.398 ser chamado de ato institucional. Alguns parlamentares o nomearam como decreto institucional, e Levi Carneiro o chamou de Lei Orgânica do Governo Provisório. Entretanto, o uso do nome pelos jornais, a reiterada menção à autolimitação da revolução, bem como a existência de conflitos entre normalidade e exceção, ordenamento revolucionário e constitucional, antecipam alguns dos debates que ocorrerão em 1964. Todavia, uma diferença notável é que ainda que o impulso de volta à constitucionalidade seja parcial, ao menos discursivamente, defende-se que haverá a constitucionalização. Em 1964 a invocação à revolução é mais radical e inicialmente não prevê constituinte.

2.2 Constituinte 1946

Na Constituinte de 1946 o tema voltou à tona, relacionados à manutenção ou revogação da Constituição de 1937. Os constituintes Otávio Mangabeira (UDN/BA) e, especialmente, Amando Fontes (PR-UDN/SE), defenderam na 20ª Sessão da Constituinte, em 20 de fevereiro de 1946, que a Constituição de 1937 fosse expressamente revogada e fosse feito um “ato institucional provisório” para que regesse o país até a promulgação da constituição definitiva e libertasse o Brasil do caos legislativo. Segundo Fontes “êsse documento [Constituição de 1937] norma de fato provisório, que tinha por escopo estruturar o Estado Brasileiro em moldes autoritários, não chegou, nunca, a adquirir fôrça constitucional” (ANC, 1946, v. 2, p. 75, grifos meus):

Ora, todos sabemos que a Carta de 37 foi a outorga de um govêrno de fato, estabelecido no Brasil em conseqüência de um golpe de Estado. **Governos revolucionários, como era aquêle, podem ditar leis, estatutos provisórios, para disciplinar os negócios públicos, enquanto dura a sua ação, sempre transitória. Nunca, porém, lhes foi permitido traçar, por sua própria autoridade, as linhas definitivas de organização política da Nação a que se impuseram.** E isso, porque lhes falta o essencial, que é justamente o poder soberano, há pouco aludido (...).

O argumento expresso por Fontes é o de que a Constituição de 1937 nunca chegou a ser efetivamente constituição, de maneira que manter a vigência deste documento autoritário poderia ocasionar graves conflitos, inclusive quanto ao alcance dos poderes da assembleia constituinte. O parlamentar defendeu que as leis¹⁶ que convocaram a constituinte consideraram inexistente a Constituição anterior, e se a Constituição subsistisse durante os trabalhos constituintes, essa atividade não seria ilimitada, mas uma mera reforma da Constituição de 1937 (ANC, 1946, v. 2, p. 80).

A luta pelo sentido de constituição manifesta-se na defesa do “ato institucional temporário”, como a outra face da desconsideração da Constituição de 1937 enquanto constituição. E percebe-se que se em 1933 “ato institucional” designava nos jornais o decreto do Governo Provisório que suspendeu a Constituição; na Constituinte na década seguinte, o ato institucional seria justamente a constituição provisória. A despeito dos argumentos invocados e das cartas enviadas por Comissões Pró Revogação¹⁷, a proposta não foi aprovada pela constituinte

16 A Constituição de 1937 determinava uma plebiscito para confirma-la, mas nunca foi feito. Em 1945 foi estipulada eleição, em consulta ao TSE sobre a extensão dos poderes do Congresso a ser eleito, a corte estabeleceu na Resolução 215 que o Parlamento teria poderes constituintes e “apenas sujeito aos limites que ele mesmo prescrever”. Em seguimento, José Linhares editou as leis constitucionais 13 e 15 reafirmando os poderes ilimitados da assembleia constituinte.

17 Na ata da constituinte são mencionadas comissões pró-revogação da constituição de 1937, como a Comissão Paulista Pro Revogação, além de cartas recebidas pela bancada comunista por associações de classe (ANC, 1946, v.2, p. 87-90, 343-344).

e a Constituição de 1937 permaneceu vigente até o final dos trabalhos. Esse sentido de ato institucional é retratado em jornais. O jornal *O Estado de São Paulo* publicou matérias em 1946¹⁸, 1949¹⁹ e 1952²⁰.

Em 1960, o Estado de São Paulo publicou a matéria *Cavalcanti Defende Ato Institucional*²¹. Trata-se de discurso do deputado do estado da Guanabara, Themístocles Cavalcanti²². Cavalcanti defendeu a capacidade da Assembleia para “exercer em toda a sua plenitude os poderes constituintes nesta fase que precedeu a promulgação da carta magna do Estado”. Para o deputado, a fase era difícil e exigia uma construção jurídica nova no sistema constitucional, pois era a primeira vez que um estado da federação era organizado na vigência de um regime constitucional em funcionamento. Nos casos anteriores os governos estaduais tinham plenitude de poderes, de modo que poderiam regular o funcionamento das assembleias estaduais e estabelecer limites, inclusive a expedição de decretos-lei durante o período entre a convocação da Constituinte e a proclamação da lei fundamental.

Cavalcanti (1960) argumentou que a única limitação ao trabalho constituinte seria o art. 18 da Constituição de 1946²³, então vigente. Entretanto, para o deputado, a Lei San Thiago Dantas extrapolou seus limites ao fixar normas à Assembleia que iam além da determinação do processo e das leis adjetivas que organizariam o trabalho da constituinte. Cavalcanti (1960) defendeu o ato constitucional “fixando a competência sem levar em consideração qualquer outra circunstância, sem procurar cassar mandato de ninguém, mas como uma afirmação da Assembleia”. Semanticamente, a confusão entre ato institucional e ato constitucional revela uma tentativa de normalização de um ato ligado à excepcionalidade, que aqui é apresentada como o momento prévio à construção de uma constituição da entidade subnacional.

18 *O Estado de São Paulo*, 3 de setembro de 1946, Geral, p. 4, *A posição da U.D.N. no momento político*. No trecho consta: “Foi com esse espírito – continuou o orador [Otávio Mangabeira] – que entramos na Assembleia Constituinte, onde logo percebemos que era preciso continuar a luta contra as reminiscências da ditadura [de 1937]. O nosso primeiro ato foi por uso contra a chamada Constituição de 37, pugnando por que se votasse um ato institucional provisório. A maioria, porém, pelo seu voto, não entendeu assim”.

19 *O Estado de São Paulo*, 2 de novembro de 1949, p. 14. *Notícias do Rio: Punição de alunos da Faculdade de Direito de São Paulo*. “Tenha-se em vista que, de 1930 até a promulgação da Constituição de 34, o Governo Provisório que se instituiu pelas forças vitoriosas da Revolução de 30 se regia pelo Ato Institucional que baixou, e os seus atos, matéria normativa que fossem ou providencias administrativas de caráter geral, simples medidas de expediente, como nomeações ou demissões, ou designações assumiram sempre a forma imprecisa e única de decretos. Há de necessariamente indagar-se, portanto, se a matéria que o decreto disciplinou é objeto de lei, no sentido técnico em que é usada, ou mero expediente ou matéria regulamentar, para daí concluir-se se tal ou qual decreto do Governo provisório é revogável por lei ou por simples decreto legislativo”. Percebe-se nesse trecho um debate sobre o próprio sentido de lei e a diferenciação com outras formas normativas.

20 Reprodução de parecer do então PGR, Plínio de Freitas Travassos. O parecer foi elaborado em um caso de representação interventiva por solicitação da Câmara de Vereadores de São Paulo, por suposta violação da autonomia do município por parte do Governador de estado. *O Estado de São Paulo*, 23 de novembro de 1952, p. 16. *Deve o Prefeito ser Mantido no Exercício do Cargo até a Eleição e Posse do Novo Prefeito*. A menção ao ato institucional é bastante sucinta. “Não será um ato governamental, que encontrará remédio, se houver um direito subjetivo prejudicado, em outros meios judiciais adequados. Será, no entendimento natural do dispositivo constitucional, o ato institucional do Estado e as leis orgânicas que o complementam”.

21 Edição 15 de dezembro de 1960, p. 5.

22 A lei 3.752 de 14 de abril de 1960 (conhecida também como Lei San Thiago Dantas) estabeleceu a convocação de uma Assembleia Constituinte para o estado da Guanabara, criado a partir da mudança da Capital Federal para a região central do país. Segundo o art. 5º da lei: “A Assembléia Legislativa, constituída de trinta Deputados, terá o prazo de quatro meses, a contar de sua instalação, para elaborar e promulgar a Constituição. Parágrafo único. Se, esgotado esse prazo, não estiver promulgada a Constituição, o Estado da Guanabara passará a reger-se pela do Estado do Rio de Janeiro, a qual poderá ser reformada pelos processos nela estabelecidos”. No art. 9º estabelece-se que continuam vigentes (até revogação ou modificação) as “leis, regulamentos, decretos, portarias e quaisquer normas que se acharem em vigor no atual Distrito Federal no momento em que este passar a constituir aquela unidade federativa”.

23 “Art 18 - Cada Estado se regerá pela Constituição e pelas leis que adotar, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - Aos Estados se reservam todos os poderes que, implícita ou explicitamente, não lhes sejam vedados por esta Constituição.

§ 2º - Os Estados proverão às necessidades do seu Governo e da sua Administração, cabendo à União prestar-lhes socorro, em caso de calamidade pública.

§ 3º - Mediante acordo com a União, os Estados poderão encarregar funcionários federais da execução de leis e serviços estaduais ou de atos e decisões das suas autoridades; e, reciprocamente, a União poderá, em matéria da sua competência, cometer a funcionários estaduais encargos análogos, provendo às necessárias despesas.”

Themístocles Cavalcanti voltou a tratar de ato institucional, agora em livro, considerando que a imposição, por meio da força, de normas especiais por governos revolucionários já havia ocorrido em 1889 e 1930. A diferença é que naquelas experiências não havia poderes constitucionais, ou por não terem ainda sido criados, ou por terem sido dissolvidos (Cavalcanti, 1966, p. 27).

Há, portanto, uma história do ato institucional antes da ditadura, ainda que seja durante este regime que o uso torna-se disseminado e adquire importância central na compreensão da ordem jurídica autoritária.

3. Ato Institucional (1): a inclusão da exceção na ordem constitucional

Do panorama acima, verifica-se que a forma ato institucional não foi uma criação dos juristas em 1964, mas esteve no centro da questão sobre como uma constituinte deveria organizar-se e qual a relação entre situações constituintes e desconstituintes com os poderes constituídos. Do sentido original de ato provisório até que houvesse um ato constituinte, o ato institucional (1) promove deslocamento e justifica-se como exercício de um poder constituinte inexistente, em um lugar vazio constituinte.

O ato institucional é relevante não somente pelo que contém: seus dispositivos, a limitação de direitos, a reestruturação de partes sensíveis do Estado, mas também por sua própria estrutura normativa e discursiva, as quais trazem conceitos fundamentais para o direito constitucional em uma tentativa de apropriação e ressignificação de uma narrativa construída para a posteridade²⁴.

O ato institucional teve ciclos distintos, indicando que esse tipo legislativo incorporou os movimentos de abertura e recrudescimento, tal como outras áreas do regime (Ciotola, 1997, p. 105). Ciotola (1997) estabeleceu a existência de três ciclos políticos no processo revolucionário. O primeiro deles estendeu-se da edição do AI (1) até outubro de 1965, quando houve a edição do AI-2. Esse primeiro ciclo poderia ser considerado como a defesa de uma legalidade revolucionária, pois a revolução teria a potencialidade de agir além das instituições. A segunda fase foi marcada pela reforma política para garantir sua continuidade. Ou, em termos de Pereira (2010), o AI-2 representou uma modificação no sentido de institucionalização do regime. Esse período estendeu-se até a edição do AI-5, em dezembro de 1968. O terceiro ciclo seria marcado pelo aumento da repressão do regime.

Outra possibilidade de análise dos atos institucionais é quanto aos atores que os editaram.

O AI (1) foi editado pelo automeado Comando Supremo da Revolução²⁵. Onze atos institucionais foram decretados pelos Presidentes da República: do AI-2 ao AI-4, por Castelo Branco; e do AI-5 ao AI-11, por Costa e Silva. Esse padrão mostra que, no decorrer da ditadura, passou-se a se afastar do discurso revolucionário com o qual o regime havia sido “inaugurado” do ponto de vista jurídico, assumindo um papel mais conservador na garantia de instituições estabilizadas. A revolução havia se mostrado um conceito cujo significado estava se moldando

24 Segundo Cristiano Paixão (2014) “Esse é o legado deixado pela ditadura militar. Articulando categorias do constitucionalismo democrático, o regime procurou legitimar seus atos. Os autores e responsáveis pelos atos institucionais sabiam que estavam falando para as gerações futuras”.

25 Composto pelos ministros militares da Aeronáutica Francisco de Assis Correia de Melo; da Marinha, Augusto Hamann Rademaker; e da Guerra, Arthur da Costa e Silva.

às necessidades políticas do momento. Ora era saudada por ser uma revolução autocontida, ora necessária ser radicalizada²⁶.

Mas mesmo depois de ter assumido esse papel conservador, voltava à cena a Junta Militar. Isso ocorreu devido à doença do Presidente Costa e Silva e o afastamento do Vice-Presidente, Pedro Aleixo, que foi impedido de assumir o cargo, pois enquanto civil era considerado desqualificado para exercê-lo. A Junta Militar editou do AI-12 ao AI-17.

Segundo as conclusões de Elio Gaspari (2002) e Carlos Chagas (2014), o primeiro ato institucional teve um processo de confecção marcado pelo casuísmo e pela variedade de alternativas. Para Gaspari (2002, pp. 121-122):

Foram inúmeras as propostas de demolição das franquias constitucionais. Uma das primeiras foi mandada a Costa e Silva pelo empresário Antonio Gallotti, presidente da Light, empresa de capital canadense concessionária da produção e distribuição de energia elétrica no Rio de Janeiro e em São Paulo. Golbery guardou consigo uma outra, intitulada Decreto Institucional. Previa a suspensão das garantias constitucionais por seis meses, a cassação dos direitos políticos e o banimento de Jango, de três governadores e de uma quantidade indefinida de deputados e senadores. Uma terceira proposta vinha do jornalista Júlio de Mesquita Filho, proprietário d'*O Estado de S. Paulo*. Redigida com a colaboração do advogado Vicente Ráo, catedrático de Direito Civil da Universidade de São Paulo e ministro da Justiça no Estado Novo, foi a primeira a chamar-se Ato Institucional. Sugeriu a dissolução do Senado, Câmara e assembleias legislativas, anulava o mandato dos governadores e prefeitos, suspendia o habeas corpus e pressupunha que seria o primeiro de uma série. Um quarto projeto, chamado Ato Operacional Revolucionário, cujo texto é desconhecido, foi farejado pela CIA no dia 5 de abril. Previa o expurgo do Congresso como recurso extremo, capaz de evitar seu fechamento. Conhece-se também um manuscrito, produzido no Ministério da Aeronáutica, em que além dos expurgos civis, propunha-se o banimento dos militares comunistas.

Ainda segundo Gaspari (2002), formou-se em Brasília um grupo com oito notáveis²⁷ para a redação de um esboço de documento, pois havia um acordo de que o Congresso não faria expurgos, estes deveriam vir de fora. Entretanto, Costa e Silva recusou a ajuda assim que tomou conhecimento do manuscrito, pois Francisco Campos e Carlos Medeiros Silva já estavam incumbidos de produzir o documento.

Francisco Campos teve papel fundamental na elaboração da estratégia de legitimação jurídica do regime militar. Desde 7 de abril, Campos esteve no gabinete do General Costa e Silva, onde explicou a legalidade do poder revolucionário. Com algumas alterações no Ato Constitucional Provisório, escrito por Carlos Medeiros Silva, e a introdução escrita por Campos, estava formado o primeiro Ato Institucional.

26 Essa dualidade do sentido de revolução não ocorreu de maneira sequencial, mas foi fruto de debate interno, já presente no próprio movimento de tomada do poder em 1964. Esse conflito costuma ser apresentado por seus dois pólos, um da "linha dura" e outro dos "moderados". A escolha de Castelo Branco como Presidente, e seu perfil legalista, mantiveram esse perfil nos primeiros momentos após o golpe. Entretanto conforme as crises foram surgindo, o bloco mais punitivista começa a ganhar força, como pode ser visto pela outorga do AI-2.

27 Todos identificados ao liberalismo da Constituição de 1946: Aduacto Lúcio Cardoso, Ulysses Guimarães, Daniel Krieger, Martins Rodrigues, Bilac Pinto, Paulo Sarasate, Pedro Aleixo e João Agripino.

Carlos Medeiros Silva apresentou uma versão mais detalhada sobre a elaboração do Ato Institucional (1), em carta de 8 de maio de 1972²⁸ endereçada à Luís Viana Filho²⁹.

O relato de Silva começou com a ligação que recebeu em 4 de abril de 1964 de Bilac Pinto, seu amigo há mais de duas décadas, informando da precariedade das relações entre os Chefes Militares e Ranieri Mazzilli³⁰, Presidente da República em exercício. Bilac Pinto solicitou a Silva que pensasse em medidas para a resolução da crise. No dia seguinte, domingo, em visita à residência de Silva, o parlamentar detalhou os acontecimentos e o informou que deveriam apressar a eleição indireta, e que Castelo Branco deveria livrar-se da inelegibilidade³¹. Silva foi informado dos propósitos dos Chefes revolucionários de suspender direitos políticos e cassar mandatos eletivos, e teria então respondido que havia a necessidade de conferir maiores poderes, em caráter extraordinário, ao Presidente da República. Ele comprometeu-se a elaborar um projeto “removendo aqueles obstáculos constitucionais” para conceder tais poderes ao presidente.

Assim, conforme seu relato, Silva elaborou um projeto a partir de “ideias antigas, expedidas em trabalhos sobre direito constitucional e administrativo, e de opiniões recolhidas de estudiosos da matéria” (Arquivo Nacional, 1972, p. 43) e apresentou, na noite de 5 de abril a Bilac Pinto e Pedro Aleixo. Em seguida, levaram o esboço à casa de Castelo Branco. O texto foi lido para todos, pelo deputado José Maria Alkimin, e em seguida enviado ao então Ministro da Guerra, Costa e Silva, que comunicou o Presidente do Congresso Nacional, Auro de Moura Andrade³². No dia 6 de abril o senador entregou o texto a Mazzilli e a outros deputados.

Na terça-feira (07/04), Mazzilli com a assessoria de Ulysses Guimarães teve reunião no Palácio das Laranjeiras sobre as estratégias a serem tomadas a fim de tramitar no Congresso Nacional um texto como emenda constitucional.

No entanto, foram apresentadas dificuldades para a sua aprovação como emenda, e, naquela noite, não foi estabelecida a fórmula a ser adotada. Bilac Pinto voltou a Brasília e ligou a Silva sugerindo que visitasse Francisco Campos para ouvir sua opinião sobre o texto. Após a visita, reuniram-se com os militares responsáveis pela Marinha, Exército e Aeronáutica e o Gen. Costa e Silva informou-lhes dos mesmos obstáculos para aprovação do texto no Congresso Nacional.

28 A carta foi escrita por solicitação do então Governador e instruída com cópia dos artigos que Medeiros Silva publicou sobre o ato institucional. A solicitação seria decorrente do trabalho de Viana Filho de pesquisa sobre o governo Castelo Branco, no que se tornou o livro *O Governo Castelo Branco* (1975) no qual cita diretamente a carta de Silva nas páginas 55 e 56. Documento presente no Arquivo Nacional com o título “Correspondência de Luiz [sic] Viana Filho e discurso de Castelo Branco”.

29 Nascido em 1908, foi jornalista e graduou-se em ciências jurídicas e sociais na Bahia (onde era amigo, dentre outros, de Aliomar Baleeiro e Hermes Lima). Em 1933 tornou-se professor de direito internacional público na Faculdade de Direito da Bahia. Eleito em 1934, para a Câmara dos Deputados, em candidatura oposicionista. Em 1940, conquistou a cátedra de direito internacional privado, e, em 1943, a de história do Brasil, na Universidade da Bahia. Deputado na ANC (1945), e, em 1950, deputado federal, ambos pela UDN. Eleito para Academia Brasileira de Letras (1945), deputado federal (1958). Em 1964, apoiou o movimento que depôs Goulart e, a convite de Castelo Branco, exerceu o cargo de chefe do Gabinete Civil da Presidência da República. Em 1965, em meio à crise que desencadeou o AI-2, exerceu interinamente o cargo de Ministro da Justiça, após a exoneração de Milton Campos. Governador da Bahia (1967-1971), em 1974, foi um dos arenistas mais votados no país para o Senado. Participou da ANC em 1987 (CPDOC).

30 Formado em direito na Faculdade de Direito de Niterói, foi jornalista especializado em assuntos fiscais. Deputado federal por São Paulo pelo PSD, (1950, reeleito em 1954). Presidente da Câmara em 1959, reelegeu-se ao cargo cinco vezes seguidas. Nesta condição assumiu a Presidência da República em dois momentos de crise. A primeira foi na renúncia de Jânio Quadros, e a segunda após a declaração da vacância do cargo após o golpe militar, até a eleição indireta do Gen. Humberto Castelo Branco. Em 1966, não conseguiu reeleger-se deputado federal (CPDOC).

31 CF 1946 art. 139, I, c.

32 Moura Andrade envolveu-se na Revolução Constitucionalista (1932), formou-se em direito em 1938. Em 1947 foi eleito para a Assembleia Constituinte paulista pela UDN. Em 1950 eleger-se deputado federal, em 1951 desligou-se da UDN. Em 1961 tornou-se Vice-Presidente do Senado. Eleger-se Presidente do Senado em 1962, e foi reeleito para o posto em 1963 e 1964. Após o golpe militar, Moura Andrade declarou vago o posto presidencial em 2 de abril de 1964 (CPDOC).

Campos teria explicado que se não fosse votado no Congresso, o texto poderia ser outorgado pela “revolução”. Então, Campos propôs redigir um preâmbulo para o texto em substituição aos *consideranda*, o que foi feito de pronto. Dessa forma foram feitas alterações na redação do texto, e este foi nomeado como ato institucional, e do seu preâmbulo fez-se um “Manifesto à Nação”.

Silva não informa o motivo da escolha de ato institucional³³, ao invés das outras propostas, e tampouco relacionou essa forma com os debates apresentados anteriormente. A outorga do ato foi definida depois que Auro de Moura Andrade e Mazzilli consideraram que seria impossível a aprovação imediata sem modificações importantes no Congresso Nacional. E assim foi outorgado o ato que permitiu a cassação de direitos políticos dos considerados entraves à revolução. Não foram localizadas na imprensa reações negativas ao ato³⁴.

Francisco Campos foi personagem central na redação do Ato Institucional, uma vez que escreveu suas fundamentações. A estratégia utilizada é bastante distinta da usada por ele no Estado Novo, momento em que redigiu a Constituição de 1937, apresentada por Campos, enquanto Ministro da Justiça de Getúlio Vargas, em 7 de novembro de 1937. Essa constituição foi considerada tão restritiva de direitos e garantias de funcionamento do Parlamento que Plínio Salgado, líder integralista recusou-se a apoiá-la (Marques, 2011, p. 132). Campos defendia a concepção de que o Estado deveria ser forte para garantir as condições materiais adequadas. Crítico da democracia liberal, entendia o Parlamento como incapaz de dar respostas adequadas aos desafios cada vez maiores enfrentados nas modernas democracias, tendo incorporado a perspectiva schmittiana de que o Presidente é o soberano ao decidir sobre o estado de exceção.

A resposta dada em 1937, de uma constituição claramente autoritária e fechamento do Parlamento, não foi seguida em 1964. De forma que, ainda que haja paralelos entre as ditaduras de 1937 e 1964, a resposta nesta última foi distinta, ao menos num primeiro momento³⁵. O discurso inicial de autocontenção, aliado a um certo liberalismo político³⁶, refletiu-se no preâmbulo do AI (1) e foi marcado pela contradição entre as diferentes perspectivas do regime que se inaugurava.

O preâmbulo fornece oportunidade ímpar de verificar como conceitos tradicionalmente debatidos foram apropriados para entrelaçar jurídica e politicamente os rumos do golpe militar. Destaquem-se da narrativa construída: a menção à uma “autêntica revolução”; a legitimação pela Nação, a qual teria o exercício do Poder Constituinte sem limitações; a inexistência de limitação normativa; a preocupação em assegurar ao novo governo meios de enfrentar os problemas; além do binômio institucionalização e plenos poderes, estes como eixos de debates existentes em constituintes anteriores e ressignificadas por Francisco Campos.

33 Tampouco Viana Filho (1975, p. 55) traz considerações a esse respeito: “Culto, experiente, pragmático, tendo mais o gosto das soluções do que das discussões, Bilac, no ambiente de perplexidade que se formara, foi quem deu maior impulso à idéia do Ato, já então designado de Institucional”.

34 “E, após um período de tensão e incerteza, o Ato representou alívio, ao qual ninguém pensou em opor embaraços. A Câmara dos Deputados, cientificada pelo Conselho de Segurança Nacional, convocou imediatamente os suplentes dos que perdiam os mandatos. Nem do Supremo Tribunal Federal partiu qualquer restrição” (Viana Filho, 1975, p. 57).

35 A comparação entre os dois momentos ditatoriais foi feita pelo jornalista Carlos Castello Branco, o qual em várias situações citara a máxima de Tancredo Neves, para quem a ditadura de 1964 era o “Estado Novo da UDN”, ao que Castello Branco complementou a frase para acrescentar “com ajuda do PSD e PTB” (Grinberg, 2014, p.15).

36 Lucia Grinberg (2014) seguindo as indicações de Bolívar Lamounier (1988) considerou que os antecedentes liberais no país (sistema partidário, eleições, imprensa etc.) não foram suficientemente estudados (o artigo de Lamounier é de 1988, entretanto, tal constatação se mostra verdadeira ainda hoje). A tentativa de acomodação de tais antecedentes fica clara no primeiro ato institucional.

A tese da autolimitação dialoga diretamente com o Decreto 19.398, mas aqui é mais específica: “Para demonstrar que não pretendemos radicalizar o processo revolucionário, decidimos manter a Constituição de 1946, limitando-nos a modificá-la, apenas, na parte relativa aos poderes do Presidente da República (...)”. O debate sobre a existência de soberania ou não do Poder Constituinte é esclarecido nos seguintes termos “a revolução não procura legitimar-se através do Congresso. Este é que recebe deste Ato Institucional, resultante do exercício do Poder Constituinte, inerente a todas as revoluções, a sua legitimação”³⁷.

O preâmbulo apresenta a síntese do conflito inicial do regime, o qual pode ser expresso no embate entre as noções de reforma e revolução. Ao mesmo tempo em que se ancora na teoria do poder constituinte do francês Emmanuel-Joseph Sièyes, estabelece autorrestrição, à primeira vista incompatível, com o processo revolucionário. Manteve-se a Constituição de 1946, porém submetida ao ato institucional – que foi considerado, hierarquicamente, lei constitucional especial. O Congresso permanecia em funcionamento, embora com expurgos e com a mensagem clara de que a revolução não precisava do Legislativo para existir. Eis uma revolução conservadora, no sentido de conservação das estruturas político-jurídicas³⁸.

Os principais jornais do Brasil trouxeram informações distintas acerca do primeiro ato institucional, entretanto, nos três consultados em edições de abril de 1964 – Folha de S. Paulo, Jornal do Brasil e Estado de S. Paulo –, louvou-se o impulso legalista e a autolimitação da revolução³⁹.

Inicialmente, a outorga do ato seria feita pelo poder militar, mas sucederam-se discordâncias entre a Junta Militar, o Presidente da República em exercício, e o Presidente do Congresso Nacional. Os líderes partidários, assessorados pelo Ministro da Justiça, elaboraram uma nova minuta do ato que seria decretado pelo Congresso, com apoio das forças militares. Entretanto, Francisco Campos orientou que a outorga fosse feita pelo Comando Supremo da Revolução. Segundo ele:

(...) todo Ato Institucional que saísse sob responsabilidade do Congresso, ainda que expressamente apoiado pelas forças militares, seria sempre um ato discutível perante a Justiça. “Só a força – opinou ainda o sr. Campos – tem autoridade para dizer ao Congresso, à Justiça, que o quer fazer tais e quais coisas, e não haverá nunca remédio contra essa sua decisão” (Folha De São Paulo, 1964, p. 15).

37 Como anota Chagas (2014, p. 220), Francisco Campos foi fiel às premissas que redigira para o ato institucional. Procurado em julho de 1964 para reelaborar/reforçar o ato, negou-se a tanto: “Foi apenas na segunda-feira, dia 20, que os vespertinos (os matutinos não circulavam naquele dia da semana) noticiaram as perigosas consultas feitas pelos chefes militares ao professor Francisco Campos, autor do preâmbulo do Ato Institucional, sobre a possibilidade de ser revigorado aquele instrumento revolucionário. De forma curta e grossa, o jurista, que os adversários chamavam de ‘jurila’ (misto de jurista e de gorila), respondeu que apenas outra revolução justificaria outro Ato Institucional. Para ele, nem o Presidente da República, nem o Congresso poderia alterar ou prorrogar o Ato, que juridicamente estava acima da Constituição e das atribuições do chefe do governo. Os fatos, pouco mais de um ano depois, iriam desmenti-lo.”

38 “Revolução conservadora” é aqui utilizada como uma variação da distinção entre legalidade conservadora e legalidade revolucionária (Pereira, 2014, p. 118). “No tipo conservador, uma entidade legal já existente autoriza a ditadura, a antiga constituição permanece como ponto de referência e a ditadura não exerce poderes legislativos. Uma ditadura revolucionária, pelo contrário, rejeita a necessidade de continuidade legal, funde os poderes Executivo e Legislativo e tenta adquirir legitimidade invocando a “vontade do povo” ou a revolução e não uma constituição pré-existente” (Pereira, 2010, p. 118). Tal distinção parte da célebre análise de Carl Schmitt que diferencia ditadura comissária como a que ocorre quando algum fato põe em risco a existência de um governo e o objetivo é mantê-lo, e ditadura soberana, a qual existe quando o objetivo é justamente a mudança de um governo ocorrido através de uma revolução (Schmitt, 1968).

39 Os jornais da época perceberam essa contradição; no entanto, a interpretaram de maneira positiva, como um compromisso com o não abuso de poder. Ou seja, a disputa conceitual teve uma resposta positiva tanto da opinião pública quanto na literatura jurídica.

O deputado marechal Juarez Távora mostrou-se aliviado pelos expurgos não serem de responsabilidade do legislativo:

(...) é provável que haja muitas exceções drásticas para que aqueles que fizeram a revolução se sintam à vontade, tenham os instrumentos necessários para realizar aquilo que eles chamam de expurgo necessário. (...) mas, de qualquer maneira, gostaria de dizer à casa que senti um alívio quando me certifiquei de que não vamos assumir a responsabilidade daquilo que só a força pode fazer, e a força, neste caso, não somos nós, senão dentro da lei. A força está lá, dentro ou fora da lei (Folha De São Paulo, p. 15⁴⁰).

No *Jornal do Brasil*, as manchetes do dia 9 de abril de 1964 foram claramente favoráveis ao “movimento revolucionário”, conforme a primeira página:

Os políticos e a lideranças partidárias agem como se não houvesse no País uma legalidade revolucionária. Mas há. Existe uma legalidade revolucionária. Os limites dessa legalidade não estão inscritos na Constituição por força dos fatos do poder. Os chefes dessa legalidade desejam voltar à obediência integral da Constituição, depois de cumpridos os objetivos de depuração do País daqueles brasileiros que pretenderam ferir a Constituição na sua essência: a ordem econômica e social, extinguindo-se, ao mesmo tempo, a democracia representativa. Desejam voltar ao império total da lei escrita. Não consentirão, porém, que ela lhes tolha os atos essenciais aos fins visados. E entre esses fins está o restabelecimento imediato do Executivo novo. (...) Os homens passam e as instituições devem continuar. Continuar, porém, purificadas, como se impõe.

Na coluna do jornalista Carlos Castello Branco há uma nota intitulada *Candidatura Dutra e fórmula Arinos para o expurgo*⁴¹, na qual estabelecia a existência de indecisão no comando militar sobre o assunto. Mais adiante, contudo, mencionava-se um estudo feito pelo senador Afonso Arinos, que teria sido transmitido a Bilac Pinto. Nesse estudo:

(...) o Senador fixa a realidade histórica de que o direito, em sua origem, tanto é instituído como outorgado, citando exemplo de direitos gerados por revoluções. Fixada a tese, sugere que o Congresso vote uma lei revolucionária de fato e constatando os objetivos declarados da revolução para finalmente, autorizar o Presidente da República a presidir um conselho constituído de Ministros militares com a finalidade de executar, por determinado espaço de tempo, o programa da revolução. Trata-se, no fundo, de uma adaptação da solução francesa, dada quando da intervenção do General De Gaulle na situação do País, com a diferença de que na França se pôs o Congresso em recesso e aqui o Congresso continuaria funcionando. **A lei criaria um estado de sítio virtual para fins não contemplados pela Constituição.** A fórmula teve pronta receptividade nos meios político-partidários, pois parece ser o instrumento adequado a compor o empenho revolucionário com os compromissos legalistas do Congresso. Os líderes parlamentares deslocaram-se ontem, em massa, para o Rio, a fim de examinar a viabilidade desse projeto (grifos meus).

40 Edição de 10 de abril de 1964.

41 A redação apresentada na citação é ligeiramente diversa da apresentada no site <www.carloscastellobranco.com.br>, conforme a seguir: “As indecisões do comando militar com relação ao assunto parecem ter liquidado a possibilidade da proclamação dos princípios institucionais da revolução sem que tenha sido abandonada, no entanto, a ideia de promover o expurgo considerado indispensável pelos vitoriosos. A fim de solucionar o impasse, que se prolongou em sucessivas reuniões político militares no Rio de Janeiro, o Senador Afonso Arinos elaborou um estudo, que fez transmitir pelo telex do Senado ao Sr. Bilac Pinto.

Trata-se, no fundo, de uma adaptação da solução francesa, dada quando da intervenção do General De Gaulle na situação do País, com a diferença de que, na França, se pôs o Congresso em recesso e aqui o Congresso continuaria funcionando. A lei criaria um estado de sítio virtual para fins não contemplados pela Constituição.

A fórmula teve pronta receptividade nos meios político-parlamentares, pois parece ser o instrumento adequado a compor o empenho revolucionário com os compromissos legalistas do Congresso. Os líderes parlamentares deslocaram-se ontem, em massa, para o Rio, a fim de examinar a viabilidade desse projeto.” (Castello Branco, 1964). Acesso em 14/05/2017.

No âmbito de periódicos de Direito, Carlos Medeiros Silva atuou de maneira marcante na defesa dos atos institucionais através de uma intensa produção teórica publicada (e republicada). Esses artigos foram republicações de manifestações feitas no jornal *O Globo* e em palestra, ocorrida no Conselho Técnico da Conferência Nacional do Comércio, demonstrando o esforço para legitimação no campo jurídico, mas especialmente perante a opinião pública.

Para Silva, o ato institucional é uma lei constitucional temporária, e, em caso de conflito com normas da Constituição, prevaleceria aquele: “alguns preceitos da Constituição de 1946 deixarão de vigorar porque outros, também de natureza constitucional, inscritos no próprio Ato, sobre aqueles prevalecerão” (Silva, 1964a). Na análise de Silva, o Comando da Revolução escolheu manter a Constituição, com derrogação por prazo certo naquilo que tornou explícito.

Em artigo publicado na Revista Forense em outubro de 1964, resumo de entrevista publicada no jornal *O Globo*, foi feito um balanço dos seis primeiros meses de aplicação do ato institucional:

O Ato Institucional foi o instrumento jurídico da revolução e sem ele o movimento civil e militar de março se confundiria com um golpe de Estado ou uma revolta destinada apenas a substituir ou afastar pessoas dos postos de comando e de influência no governo. A opinião pública vitoriosa reclamava sobretudo a imediata restauração da ordem administrativa, econômica e financeira do País e a prática de atos destinados a impedir a deterioração do regime democrático (Silva, 1964b, p. 375, grifos meus).

Ou seja, para Silva seria a forma jurídica que conferia a legitimidade do movimento militar, e sua ausência o movimento seria um golpe. Mas, ao mesmo tempo que se defendia a excepcionalidade do movimento, que, caso quisesse, poderia revogar a Constituição, também se utilizava o instrumento jurídico para tornar claro que não se tratava de um golpe de Estado. Esse paradoxo faz-se presente no seguinte trecho:

Um instrumento de natureza constitucional era indispensável e este foi editado com o propósito de restabelecer imediatamente, com a eleição do novo presidente, a ordem jurídica em todo o País. (...) **A manutenção dos poderes constituídos, no plano nacional o [sic] estadual, com as exceções que a própria natureza da revolução impunha, foi a primeira manifestação de que o Ato não tinha por objetivo a criação de um regime autocrático, desvinculado do passado e do presente**⁴². (...) Preservados os órgãos da soberania nacional, como o foram, o afastamento imediato de pessoas ou postos eletivos ou de natureza judicial, ou administrativa, como sói acontecer em época revolucionária, visava a possibilitar-lhes o pleno e regular funcionamento, sem o risco de perturbar-se a realização da ingente tarefa que o Governo tinha que enfrentar. Com esse propósito o ato definiu claramente o seu objetivo fixando prazos e estabelecimento de limitações, a fim de livrar as instituições e os seus órgãos daqueles que não souberam ou não quiseram cumprir os compromissos assumidos perante a Nação. Este aspecto do Ato que alguns denunciam como incompatível e contraditório com a revolução foi sua mais feliz inspiração (Silva, 1964b, p. 375, grifos meus).

42 A “gestão” do tempo nos discursos relacionados ao AI traz um aspecto interessante. A gramática trazida no preâmbulo do AI (1) é herdeira e remete às revoluções americana e francesa. As chamadas revoluções modernas têm por característica a criação de um “novo tempo”. Segundo Arendt (2011, p. 56): “O conceito moderno de revolução, [está] indissociavelmente ligado a ideia de que o curso da história de repente se inicia de novo, de que está para se desenrolar uma história totalmente nova, uma história jamais narrada ou conhecida antes (...)”. Entretanto, Silva identifica a falta de menção no passado à regimes autocráticos, distorcendo justamente um dos componentes do conceito moderno de revolução.

4. AI-2 e a tensão de normalizar o excepcional

Em 27 de dezembro de 1965, foi outorgado por Castelo Branco o AI-2, com um período de vigência definido até 15 de março de 1967. Esse ato institucional surgiu como o documento de registro de uma crise, bem como o testemunho da frustração do plano inicial sobre a temporariedade da exceção. A menção à revolução, que nortearia o primeiro ato institucional, voltaria a aparecer no AI-2. Entretanto, aqui a relação entre revolução e o tempo de sua ocorrência estava deslocada, no sentido em que se ressaltava a sua “continuidade”.

As circunstâncias do seu surgimento apontam para um conflito interno⁴³ entre os grupos militares comumente chamados de moderados e linha dura. Mas além do conflito entre os expoentes militares, o AI-2 representou o processo de maior cerceamento democrático como forma de resolução das crises políticas existentes.

Segundo Rafael Mafei Rabelo Queiroz (2015), o AI-2 teve como um dos fatores determinantes para sua edição a disputa pública entre o Presidente do STF, Min. Ribeiro da Costa, e o Ministro da Guerra, Gen. Artur da Costa e Silva, conforme será tratado no próximo capítulo. A interpretação foi de que o AI-2 seria um cerceamento do Judiciário, especialmente do STF, como represália por algumas decisões que desagradaram a linha dura⁴⁴.

Entretanto, essa não é a única causa do Ato: um relato complementar explica-o pela derrota sofrida pelo governo nas eleições estaduais de 1965. Após os primeiros momentos do golpe militar surgiu a questão sobre a manutenção das eleições, em outubro 1965.

Por disposição do AI (1), o mandato do Presidente Castelo Branco iria até 31 de janeiro de 1966. Entretanto, começou movimento político argumentando que o prazo era muito exíguo para instituir as mudanças necessárias, e com isso seria necessária a ampliação do mandato presidencial, o que foi interpretado como resposta às pretensões de Carlos Lacerda à Presidência (Viana Filho, 1975, p. 107).

A EC 9, promulgada em 22 de julho de 1964, estabeleceu que a próxima eleição ocorreria em 1966, e os mandatos de presidente e vice terminariam em 15 de março de 1967. Assim, a questão estaria em definir se as eleições estaduais deveriam ser mantidas e, em caso positivo, como ocorreriam. Havia ao menos cinco propostas acerca da sucessão nos estados: 1) prorrogação dos mandatos; 2) o vice-governador assume; 3) elege-se um governador por 5 anos; 4) elege-se pela Assembléia um governador por um ano; e, 5) o Presidente da Assembléia assume por um ano (Viana Filho, 1975, p. 292). As propostas conflitavam entre si e levavam em conta os cálculos de possibilidade de vitória de aliados e opositores.

43 Gaspari (2002, p. 258) aponta que: “A disposição da linha dura exacerbou-se no dia 4 de outubro, quando as urnas mal tinham começado a falar e os quartéis da Zona Norte do Rio entraram em assembleia permanente. Nesse dia, o coronel e deputado José Costa Cavalcanti, expoente do radicalismo e da indisciplina, subiu ao palácio Laranjeiras preocupado com a hipótese de ‘um bando de malucos tomarem o palácio’. Os malucos não foram ao Laranjeiras. Costa e Silva foi à Vila e, com a promessa de um ato institucional, acalmou aquilo que teria sido uma rebelião”.

44 Segundo Queiroz (2015, p. 328), ao menos duas decisões proferidas pelo STF podem ser apontadas como o estopim do desagrado dos militares da linha dura com o STF: a concessão dos *habeas corpus* em que eram pacientes Mauro Borges (HC 41.296), Governador de Goiás, e Miguel Arraes (HC 42.108), Governador de Pernambuco. A concessão do *habeas corpus* em favor de Mauro Borges desencadeou como resposta a intervenção federal no estado. A concessão do instrumento ocorreu em 23 de novembro de 1964, e, em 26 do mesmo mês o Presidente da República enviou o Decreto 55.082 para estabelecer a intervenção federal em Goiás de maneira que, mesmo sem desrespeitar a decisão do STF, esta ficou gravemente prejudicada.

Prevaleceu a fórmula da eleição direta. Para minimizar os riscos decorrentes dessa escolha, foi promulgada a lei de inelegibilidades (lei 4.738/1965). A lei ampliou essas hipóteses, já tratadas pela EC nº 14⁴⁵, tendo sido enviada pelo Executivo em 22 de junho de 1965 e aprovada no mês seguinte. O Ministro da Justiça, Milton Campos, apontou na Exposição de Motivos (Diário do Congresso Nacional, 23/06/1965, p. 4760) que a lei buscava resguardar o processo legislativo do abuso de poder econômico, da corrupção e da subversão. Trouxe como referências os sistemas italiano, alemão e americano, nos quais houve restrições à liberdade política (notadamente, pela criação de partidos) como forma de resguardar a democracia. Também, foi ressaltado que nos três casos citados a decisão final fora de competência do Judiciário, e, portanto, seria mais protetivo para os direitos fundamentais.

Defendeu-se o fortalecimento do poder Judiciário como o mais adequado para fazer a análise quanto à inelegibilidade. O art. 7º da lei expressamente dispôs que caberia à justiça eleitoral decidir sobre o tema. Campos citou como precedente do controle jurisdicional a decisão do STF, no Mandado de Segurança 900, que tratava sobre a cassação do registro do Partido Comunista no Brasil. A decisão foi unânime no sentido de negar a medida contra a cassação de mandatos de membros do partido. Aqui, pode-se inferir que Campos usou decisões anteriores do STF como forma de calcular uma posição favorável do Judiciário aos pedidos de impugnação, como de fato ocorreu.

No entanto, acabou por falhar a estratégia de Castelo Branco de compatibilizar a ordem jurídica com a revolucionária, que à época o jornalista Carlos Castelo Branco havia chamado de “estratégia de beira de abismo” (apud Viana Filho, 1975, p. 317). O clima estava tenso devido a existência de uma crise militar, e mesmo com as medidas adotadas pelo governo, este perdeu as eleições para dois políticos marcadamente juscelistas em estados importantes⁴⁶: Negrão de Lima, na Guanabara, e Israel Pinheiro, em Minas Gerais. A derrota, aliada ao retorno de Juscelino Kubitschek ao Brasil⁴⁷, foi o estopim para que parte dos militares exigisse medidas mais rígidas, inclusive com alguns focos defendendo que não se poderia aceitar o resultado das urnas na Guanabara e em Minas Gerais. As primeiras medidas legislativas rascunhadas foram no sentido de diminuir o poder dos governadores eleitos através de:

(...) eleição indireta do Presidente através de um colégio eleitoral; a adoção de legislação especial para os cassados cujas atividades políticas ficariam nulas; a exigência de as Secretarias de Segurança e as Polícias Militares serem dirigidas por pessoas previamente aprovadas pelo Governo Federal; a ampliação dos casos de intervenção federal nos estados (Viana Filho, 1975, p. 333).

Diante da crise política e militar, não houve resposta jurídica pronta, mas a análise dos instrumentos que permitiriam debelar a situação e manter o poder e, por outro lado, não recair em um regime abertamente ditatorial. Afonso Arinos apresentou três propostas. A primeira, foi elaborar a emenda constitucional com o fortalecimento dos poderes do Presidente da Repúbli-

45 A Constituição de 1946 não admitia outras hipóteses de inelegibilidade além das previstas em seu texto. As EC 9 e 14 alteraram esse panorama ao permitir que uma lei ordinária ampliasse as hipóteses.

46 O governo ganhou em nove estados: Agripino, na Paraíba; Sarney, no Maranhão; Alacid Nunes, no Pará; Otávio Laje, em Goiás; Paulo Pimentel, no Paraná; Pedro Pedrossian, em Mato Grosso; Ivo Silveira, em Santa Catarina; e Valfredo Gurgel, no Rio Grande do Norte. Em Alagoas, concorreram três candidatos (Rui Palmeira, Muniz Falcão e Arnon de Melo) e nenhum alcançara maioria absoluta, o que levou a nomeação de um interventor, o general João José Batista Tubino (Viana Filho, 1975, p. 332).

47 JK teve seus direitos políticos cassados em 1964 (08/06) e saiu do país em uma espécie de exílio voluntário. Seu regresso no dia posterior às eleições foi visto como ato de provocação em um ambiente já tenso (Viana Filho, 1977, p. 332).

ca, especialmente na eventualidade de se invocar o estado de sítio. A segunda foi a decretação do estado de sítio. A terceira opção, seguiu à decretação do estado de necessidade. Para Arinos “com esta Constituição, com este regime, o Brasil não encontrará, de novo, a ordem jurídica. Só a instalação de um sistema adequado, de fundo parlamentarista, resolverá a situação, dentro da ordem democrática” (apud Viana Filho, 1975, p. 346).

Consultou-se Vicente Ráo para saber das possibilidades da feitura de um ato institucional com as limitações sugeridas. Ráo aprovou a maioria delas e, contrariando Costa e Silva, que pretendia que o ato fosse feito em nome do Comando Revolucionário, opinava que a fonte do poder poderia continuar nas mãos do Presidente da República. Assim, em 11 de outubro de 1965 foi apresentado um rascunho do AI-2. No dia 12, houve uma nova proposta de ato institucional apresentada por Gama e Silva. Considerado radical no governo, o seu projeto de Ato Adicional previa suspensão do funcionamento do Congresso, das Assembleias Legislativas, das Câmaras Municipais, e a decretação da intervenção federal em todos os estados e territórios. Sua adoção equivaleria a uma ditadura escancarada. O Ministro da Justiça, Milton Campos, não se sentiu confortável com os novos rumos do governo e pediu exoneração (Viana Filho, 1975, p. 333-351).

Decidido pelo uso da legislação, a questão acerca do uso de emenda ou ato institucional permaneceu. A estratégia de alterar a constituição foi descartada pela falta de apoio no Congresso. Foram contabilizados apenas 174 votos favoráveis na Câmara. A decisão foi, portanto, pelo uso do ato revolucionário. A partir daí, deu-se início a atuação dos juristas que dariam forma mais clara às restrições. Participaram da redação do documento Nehemias Gueiros⁴⁸ e Gueiros Leite⁴⁹. Viana Filho (1975, p. 352) relatou que Francisco Campos considerou o ato muito fraco e teria dito “com isso a Revolução não se aguenta”. Foi nesse contexto de divergências intramilitares que o AI-2 foi outorgado e, após vários debates acerca da forma e conteúdo do ato, no dia 27 de outubro deu-se a sua leitura. Houve, então, o que Viana Filho chamou de “a revolução dentro da Revolução” (Viana Filho, 1975, p. 355).

As contradições entre a normalidade e a exceção foram percebidas. A constituição efetivamente não era mais suficiente para manter o poder dos militares. Tinha-se que propor um novo uso dos instrumentos normativos vigentes, o da excepcionalidade.

Aliás, por curiosa contradição, os fatos haviam-se encaminhado de tal modo, que, na realidade, o dilema não era o de manter ou quebrar a legalidade, mas permitir ou não que o país ficasse irremediavelmente entre uma ditadura de direita, de tipo fascista, e a volta dos elementos depostos em 1964. Contudo, por algum tempo, a impressão do país em face do novo Ato era a de entrar-se numa ditadura. Para Gueiros a necessidade do Ato demonstrava que o período de seis meses de poderes excepcionais estabelecido pelo Ato I não havia sido suficiente. “Havia, ainda, muito o que construir — disse a um jornalista —, o que ordenar e preordenar, com os poderes revolucionários, sem as peias e as limitações da legalidade formal, e a Revolução, entretanto, declarou encerrado o episódio que ela pretendia representar, quando, mais do que o episódio, ela era, e ainda é, uma força permanente: a necessidade de manter e preservar a disciplina e a hierarquia nas Forças Armadas, destroçadas no regime anterior, assim como de erradicar a corrupção e a subversão, instaladas em quase todas as faixas das atividades públicas e privadas. Responde, pois, sem tergiversar. O Ato Institucional n.º 2 representa sem dúvida uma demonstração de que não foi possível conciliar, em tão curto espaço de tempo, a

48 Jurista, graduado em direito em 1932 na UFPE, Presidente da OAB (1956), um dos responsáveis pelo Estatuto do Advogado, livre docente da Faculdade de Direito de Recife, representante do Brasil na ONU, integrante de sua Comissão de Comércio Internacional (Barcellos, 2009).

49 Então chefe do gabinete do Ministro da Justiça (Vianna Filho, 1977, p. 352).

Revolução e a legalidade formal. Podia uma revolução realizar os seus objetivos apenas em seis meses?" Afinal era o malogro do imenso esforço de Castelo para unir aquelas duas pontas do dilema político: A Revolução e a ordem legal. Na prática, eram inconciliáveis. E nasceria uma nova revolução do ventre da Revolução (Viana Filho, 1975, p. 353-4).

Se o AI (1) não foi numerado porque se dispunha que seria o único, o AI-2 pode ser considerado a verdadeira certidão de nascimento da excepcionalidade enquanto exceção permanente.

O AI-2 tornou a eleição presidencial indireta, restringiu a competência do Judiciário para julgar processos políticos, modificou o processo legislativo e de emendas constitucionais, recriou a Justiça Federal, dentre outras alterações. Acabou aqui o a retórica de um regime "autocontido". A limitação como argumento trazido pelo AI (1) foi enfrentada no preâmbulo do AI-2:

A autolimitação que a revolução se impôs no Ato Institucional, de 9 de abril de 1964 não significa, portanto, que tendo poderes para limitar-se, se tenha negado a si mesma por essa limitação, ou se tenha despojado da carga de poder que lhe é inerente como movimento.

O preâmbulo do AI-2 invocaria novamente a teoria do poder constituinte, e dialogaria diretamente com o ato institucional anterior, ao consignar que seria importante deixar claro que, mais de um ano depois, o *movimento que houve e continuará a haver é uma autêntica revolução (sic)*. Entretanto, estabelecia-se também que essa revolução que continuava precisava de tranquilidade. Assim, voltava-se de maneira indireta à ideia de suspensão da ordem constitucional ao trazer "responsabilidade", juntamente com a "liberdade" e a autoridade como condições da ordem.

Tal como o primeiro ato institucional, esse também continha uma cláusula de exclusão da apreciação pelo Judiciário, o qual somente poderia analisar as formalidades extrínsecas dos atos praticados com base no AI-2.

A repercussão jornalística do AI-2 não trouxe o contexto de crise da sua decretação. O jornal *O Estado de São Paulo* de 28 de outubro de 1965 informou na capa a decretação do novo ato institucional. Além de caracterizar como "ato histórico", o jornal trouxe uma seção com o título *O Presidente justifica a decretação da medida*. Nessa seção, o Presidente tratou da "revolução que está viva e não retroage", e mencionou que a revolução estava sujeita a contingências, cabendo ao governo garantir a conquista de seus objetivos. Na coluna *Governadores dão apoio total*, publicada na mesma edição do *O Estado de São Paulo*, informava-se que o Ministro da Justiça, Juracy Magalhães enviou telegrama aos governadores comunicando sobre o AI-2 e que seria divulgado pela imprensa escrita e falada, o que indicava cuidado com a repercussão pública da edição do ato. O jornal ainda noticiou que o Ministro da Justiça⁵⁰ garantiu a posse dos eleitos e que não haveria decretação de estado de sítio, "embora o decreto esteja pronto".

Já a matéria de capa da *Folha de São Paulo* do dia 28 de outubro de 1965 foi ainda mais favorável à medida, com o título *País recebe tranquilo Ato Institucional n. 2*. O jornal informava que o ato já era aguardado há alguns dias em decorrência da crise político-militar, a qual não apresentava solução satisfatória, e que o Presidente recebeu manifestações de solidariedade

50 Juracy Magalhães justificou o AI-2 e sua atuação no processo a partir de sua biografia: "Da minha parte, eu tenho também uma tradição de vida republicana democrática. Líder de partido que fui, deputado, senador, governador, com um tirocínio de mais de 30 anos de vida pública, tendo deixado bem jovem o governo da Bahia para não servir a uma ditadura, neste instante, eu seria incapaz de servir a uma ditadura" (*O Estado de São Paulo*, 1965c).

tanto de governadores como de militares.

Na mesma edição do jornal tratou-se também das respostas do Legislativo e do Judiciário. As lideranças partidárias teriam sido pegas de surpresa, não pelo ato, mas pela extinção dos partidos. A Câmara realizou sessão de 3 minutos e meio, em que oficializou a retirada das mensagens presidenciais do “Estatuto dos Cassados”⁵¹ e das emendas, ambas por terem perdido seu objeto. No Senado houve debates, mas, segundo o jornal, “sem maiores repercussões”⁵². Segundo a nota, o judiciário também fora atingido, mas não criou atritos com o governo. No Supremo Tribunal houve reunião sigilosa, mas se manteve absoluto silêncio sobre o Ato, e, em sessão normal, somente submeteu a julgamento os processos que não envolviam aspectos políticos⁵³.

O AI-2 foi representado externamente como uma derrota do Presidente Castelo Branco. No memorando número 29-65, da *Central Intelligence Agency* norte-americana, escrito em 29 de novembro de 1965, o ato institucional foi descrito como um contratempo aos planos do Presidente de promover um retorno gradual à normalidade constitucional⁵⁴. Apontava-se que o motivo para decretar o AI-2 seria a crise pós-eleição, e a diminuição de sua influência informal sobre os militares e a esfera política. No mesmo memorando, considerava-se que, em caso de eventual renúncia de Castelo Branco, seu substituto assumiria posição mais autoritária⁵⁵.

Esta relação dúbia entre constituição e atos institucionais gerou uma curiosa resposta teórica, a de que os atos institucionais eram considerados leis superiores à própria Constituição, na medida em que poderiam alterá-la a partir de si mesmos. Essa relação, às vezes conflitiva, formava parte importante da memória do STF, que, apesar da cláusula de exclusão da apreciação judicial⁵⁶ foi chamado a decidir alguns casos envolvendo atos institucionais.

Nessas provocações, o STF não discutiu a validade dos atos institucionais ou de suas prescrições, dando, ao contrário, expresso reconhecimento à validade de sua modalidade normativa. Um exemplo é a Representação de Inconstitucionalidade (doravante Rp) 633, julgada em 21 de outubro de 1965. O relator, Min. Hermes Lima, escreveu: “O Ato Institucional, elaborado por uma das modalidades de Poder Constituinte, fica, por essa natureza, sujeito às regras de interpretação adequadas à inteligência dos diplomas constitucionais”.

51 Segundo Maria Helena Moreira Alves (1989, p. 93): “Este artigo [16, o qual previa as atividades dos cassados e dos punidos por qualquer dos atos institucionais], que se tornou conhecido como o ‘Estatuto dos Cassados’, destinava-se com toda evidência a eliminar da vida política ou de atividades sindicais todos aqueles que no entendimento do Estado de Segurança Nacional constituíam o inimigo interno”. Ainda, segundo Alves, o artigo tornou-se ainda mais repressivo com a promulgação dos Atos Complementares 1 e 3.

52 Entretanto, logo em seguida menciona-se que o PTB e o PSD lançaram nota informando que não haviam participado do entendimento para a decretação do ato, enquanto a UDN sustava a divulgação de nota de igual sentido. Ou seja, havia-se instalado evidente desacordo entre os apoiadores dos partidos políticos e os setores militares.

53 Informações presentes na capa do jornal Folha de São Paulo de 28 de outubro de 1965.

54 No original: “President Castelo Branco’s proclamation in late October of a second Institutional Act, under which he assumed near dictatorial powers, represented a major setback for his efforts to promote a gradual return to constitutional normality in Brazil while at the same time pursuing what he believed to be the priority goals of the April military revolution” (CIA, 1965, p.1).

55 “He reluctantly chose to increase his formal authority when he realized, from his inability to stem the recent post-election crisis, how far his influence over the military and political establishment had declined. He probably still hopes to steer a moderate political course and to retain control of the situation until the end of his term (March 1967), with as little use of his new powers as possible. Should he begin to feel that he was losing his ability to keep his control, we think the chances are better than even he would resign. In this case, his successor would almost certainly be a more authoritarian military ruler” (CIA, 1965, p.1).

56 As cláusulas de exclusão estabeleciam que os atos praticados com base nos atos institucionais e complementares não poderiam ser avaliados pelo judiciário. Presentes nos atos institucionais e nas constituições de 1967 e 1969, seguiu a fórmula prevista no Decreto 19.398, instituidor do Governo Provisório. No art. 5º do decreto estabeleceu-se que “Ficam suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do Governo Provisório ou dos interventores federais, praticados na conformidade da presente lei ou de suas modificações ulteriores”.

Sobre o tema específico dos atos institucionais, houve questões relacionadas à restrição de direitos, bem como demandas nas quais a interpretação desse tipo normativo foi parte fundamental de sua atuação.

Na Rp 602, debateu-se se os governadores dos estados poderiam utilizar a previsão do AI (1) de aprovação de lei por decurso de tempo, ou se esta possibilidade era privativa do Presidente da República. O caso teve tramitação bastante rápida, pois foi proposto em 28 de setembro de 1964, e julgado em 30 de novembro do mesmo ano.

O então Governador da Guanabara, Carlos Lacerda⁵⁷, enviou projetos de lei, e, como eles não foram votados no prazo de 30 dias, ele os considerou aprovados em decorrência do art. 4º do AI (1). O Procurador Geral da República⁵⁸ propôs a ação com a alegação de que a aplicação do ato institucional pelo Executivo estadual era descabida, uma vez que o dispositivo invocado conferia atribuição privativa ao Presidente da República. Assim, foi solicitada a declaração de inconstitucionalidade das leis sancionadas pelo Governador, por usurpação de competência privativa da Assembleia Legislativa estadual. O caso pareceu tornar-se mais complexo do ponto de vista de relação entre os poderes, quando o Procurador do Estado ofereceu pedido de suspeição contra cinco dos nove ministros em exercício⁵⁹.

O Min. Gonçalves de Oliveira, relator do processo, expressava a importância do caso, pois era de interesse de todos os governadores e assembleias legislativas. Ao tratar do ato institucional e sua não aplicação em âmbito estadual, escreveu que:

O Ato Institucional, como foi notoriamente divulgado com o “manifesto à Nação”, teve em vista armar o Presidente da República, somente o Presidente da República, de poderes especiais para elaborar as reformas, que a Revolução julga necessárias. Tais reformas nada que ver com problemas estaduais. Os Governadores, muitos deles, nem expressam os ideais revolucionários e, de abril até o corrente mês, muitos tem sido substituídos (...) (Rp 602).

O relator, portanto, acatou a validade do ato, por meio da revolução que o gerou e, ainda, por interpretá-lo a partir dos objetivos da própria condição revolucionária.

A partir de uma conceituação tipológica, os ministros Evandro Lins e Hermes Lima trataram o ato institucional como parte das “normas emergenciais transitórias do Direito Constitucional”. E ambos consideraram por motivos diversos, que o ato institucional se aplicaria somente em âmbito federal. Victor Nunes Leal foi além nesta questão e recordou os

57 Carlos Lacerda foi político udenista, apoiador no primeiro momento do golpe de 1964, dando suporte à escolha para presidência do Gen. Castelo Branco. Em maio de 1964, viajou à Europa para divulgação dos objetivos do novo regime. Entretanto, logo começou a tecer críticas ao governo e divergir da orientação adotada por ele. Sua pretensão de concorrer à Presidência ficou frustrada com a extensão do mandato de Castelo Branco até 1967, via EC 9. Em 16 de julho de 1964, o *Jornal do Brasil* publicara a matéria *Lacerda Lembra que a Última Prorrogação deu em Estado Novo*, na qual dizia que a revolução não poderia se esconder do povo, e que não havia necessidade de emendas à Constituição, mas os emendistas, sim, que deveriam ser emendados. Em 1968, após o AI-5, Lacerda foi preso e teve seus direitos políticos cassados por dez anos (CPDOC).

58 Por solicitação da Mesa da Assembleia Legislativa do Estado da Guanabara e pelo Bloco Parlamentar de Resistência Democrática.

59 Segundo o Min. Luiz Galotti (Presidente do Tribunal): “Proferi despacho de indeferimento, que o Tribunal conhece. Despacho talvez demasiadamente sereno, se é que pode existir demasia quando o juiz cumpre seu dever de serenidade. Esta, porém, no que leio na imprensa não foi compreendida pelo procurador do Estado, pois eu poderia ter dito e não disse: que a exceção, como foi formulada, era um desrespeito a esta Corte de Justiça, e a ninguém, mais que no seu Presidente, incumbe zelar pelo respeito a ela devido; que, englobando no mesmo requerimento, a exceção contra cinco juízes, em vez de formular uma relativamente a cada juiz, como devera [sic], o procurador, escapando por suas notórias habilidades à suposição de inépcia, deixava patente o seu propósito malicioso: tornar impossível o julgamento da exceção, fazendo com que cinco dos nove juízes ficassem globalmente impedidos, quando, na verdade, cada um dos cinco somente o seria em relação ao seu caso; que a petição feita assim, não tinha viabilidade processual nem a seriedade necessária para ser distribuída e lograr seguimento” (Rp 602).

precedentes judiciais envolvendo a disputa federativa (como a Rp 467, julgada em 1961). Os demais juízes seguiram o relator, e em mais de um momento, foi feita menção à entrevista de Seabra Fagundes ao jornal *O Globo* em 22 de agosto de 1964, na qual havia reafirmado o caráter federal do ato institucional.

O último voto foi de Luís Gallotti, que afastou a crítica de que com a acolhida da representação, o tribunal estaria fazendo contrarrevolução por acórdão⁶⁰. A demanda foi provida por unanimidade e o seu Presidente deixou claro que ao STF não caberia opor-se à “revolução”, e tampouco ampliar a legislação para incluir os estados.

Segundo Luís Viana Filho (1975, p. 182) a derrota sofrida no STF fez com que Lacerda acirrasse a oposição a Castelo Branco⁶¹. Em correspondências enviadas nos dias 22 e 30 de novembro de 1964, Lacerda criticou os rumos econômicos que estavam sendo tomados, considerados de teor “antipatriótico” (Arquivo Nacional, 1972).

Em 1966, a questão sobre aplicação de ato institucional aos atos dos governadores voltou a ser enfrentada pelo STF. No Recurso em Mandado de Segurança (RMS) 15.596, decidido em 28 de novembro de 1966 na Primeira Turma, o assunto envolvia a demissão de funcionário do estado do Piauí após formação de Comissão para a execução do AI (1) no estado. Assentou-se na decisão⁶² que a cláusula de exclusão sobre a apreciação do mérito dos atos praticados pelo Judiciário, dada com fundamento no AI (1) (art. 7º), somente se aplicaria aos atos do Comando Supremo da Revolução, do Presidente da República, das Assembleias Legislativas e Câmara dos Vereadores quanto à cassação de mandato. Portanto, não abrangia os atos efetuados por comissões. A indicação para a composição da comissão pelo Procurador Geral de Justiça, o qual estava em período de férias, além do cerceamento do direito de defesa do recorrente, foram apontados como motivo de nulidade do processo⁶³.

No HC 43.071 (1966), uma das questões enfrentadas foi a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei 2/1966, a partir do art. 30 do AI-2⁶⁴. O citado artigo do Decreto-Lei ampliava a competência da Justiça Militar para julgar casos relacionados à requisição de bens e serviços para abastecimento. Para o relator, Min. Lafayette de Andrade, o conceito de segurança nacional poderia incluir o de defesa da economia popular. Para Carlos Medeiros Silva havia uma distinção entre crimes contra a economia nacional e aqueles contra a segurança nacional. Entretanto, o ato institucional, por sua natureza de ato de emergência, como ato constitucional de inspiração revolucionária, autorizaria o Presidente a dispor sobre o tema sem respeitar as distinções anteriores. Para ele, o propósito que inspirou o AI-2 deveria inspirar a própria interpretação do ato.

60 “Isso é o que há de mais fantasioso. Admitir tal propósito seria fazer injúria a juízes que juraram cumprir a Constituição e as leis, e empenham sua honra de magistrados na fidelidade a esse juramento. E que contra-revolução seria essa promovida por um dos autores notórios do Ato Institucional, o ilustre jurista que é o advogado da Assembleia Legislativa neste feito? Que contra-revolução seria essa, ajudada pelo eminente Procurador-Geral da República, Professor Oswaldo Trigueiro, Chefe do Ministério Público Federal por escolha e confiança do insigne Presidente Castelo Branco e que, em seu parecer nos autos, demonstra o cabimento da representação formulada pela Assembleia Legislativa e se abstém de opinar quanto ao mérito, deixando assim de impugnar o que constituiria uma fase da contra-revolução?” (Rp 602).

61 “A agressão servia também para encobrir a derrota sofrida pelo Governador da Guanabara, cujos atos, com fundamentos no Ato Institucional n.º 1, haviam sido declarados inconstitucionais pela unanimidade do Supremo Tribunal Federal, e cujo presidente, ministro Ribeiro da Costa, repelira as injúrias de Lacerda a vários ministros, por este declarados suspeitos. Agora, voltava-se contra o Presidente Castelo, que replicou no mesmo tom, examinando item por item as críticas formuladas (...)” (Viana Filho, 1975, p. 182).

62 Com a citação dos casos anteriores em que foi adotada a mesma tese: RMS 16.400, RMS 16.527, RMS 16.565, RMS 15.834, RMS 16.813.

63 De forma atípica na ementa da decisão é mencionado o fato de que o recorrente tinha 38 anos de serviço prestado e 23 filhos, dos quais 15 menores e em sua dependência econômica. Resta avaliar a relevância da situação familiar para o provimento por unanimidade do recurso.

64 “Art. 30 - O Presidente da República poderá baixar atos complementares do presente, bem como decretos-leis sobre matéria de segurança nacional.”

O Min. Evandro Lins discordou desse entendimento, embora compreendesse “os elevados objetivos do Governo”. Para Lins, o pedido deveria ser conhecido, até porque seu objeto não se enquadraria no art. 19 do AI-2, que definia a proibição de apreciação judicial. Ele refutou a tese de que a proteção da economia popular pudesse ser enquadrada como objeto de “segurança nacional”⁶⁵. Para Lins, “Se se trata de norma de direito excepcional, há de ter interpretação restritiva. Isto me parece tão claro, que que a minha dificuldade é demonstrar o óbvio”⁶⁶. Na esteira do que foi sugerido pelo PGR, o Min. Carlos Medeiros Silva defendeu a alteração/evolução dos conceitos dos dois crimes, equiparando-os entre si. O Min. Luiz Gallotti também considerou que não é possível considerar crime contra a segurança nacional o mero fato de alguém vender mercadoria por preço superior ao da tabela. O Min. Vilas Boas concedeu a ordem sem “divagações doutrinárias” – uma expressão que foi bastante repetida em seu voto –, pautado na aplicação retroativa do decreto-lei.

Em uma apropriação da narrativa constitucional da crise, o Min. Hermes Lima considerou que a situação constitucional era anormal, mas que os pressupostos da vida republicana ainda não haviam sido negados. Em seu voto, o Min. Ribeiro da Costa fez uma descrição em tons laudatórios do Presidente Castelo Branco, uma manifestação atípica em processo:

Reconheço que S. Exm., forçado de um espírito meditativo, calmo, até, posso dizer, frio, pois na convivência se percebe a natureza do caráter do indivíduo – o Sr. Marechal Castelo Branco é, realmente, um militar, tem fibra militar, sereno, calmo, meditativo, não se altera, – se terá inclinado à atender à alarmante repercussão dos atos de negociantes que, a todo momento, cobram preços abusivos sobre as utilidades que o homem procura. (...) esta competência deve ser entendida em caráter restritivo (...) Se se desse esse poder ao Presidente da República, estar-se-ia cometendo um grave erro, pois que o Presidente da República é um homem como todos nós, possível de exacerbar-se também no cometimento de seus atos, nos seus atos de função (...)

A arguição de inconstitucionalidade do decreto-lei nº 2 foi rejeitada contra os votos dos Min. Evandro Lins, Gonçalves de Oliveira, Luiz Gallotti e Ribeiro da Costa. Mas a ordem foi concedida com o fundamento da irretroatividade da lei penal.

Por via da Rp⁶⁷ 697 o STF decidiu acerca dos efeitos do AI (1). A Assembleia Legislativa de São Paulo promulgou a Lei 8720/1965, em que se estabeleceram pensões a seis ex-deputados que foram cassados⁶⁸ ou tiveram seus votos tornados nulos por decisão do TRE. O Governador do estado solicitou ao PGR a propositura da representação, arguindo que a lei tornou ilegítimo o ato institucional ao não respeitar os efeitos atribuídos. O Governador ainda considerou que a lei foi uma “manifestação antirrevolucionária, que tem por escopo frustrar os objetivos do

65 Nos fundamentos de seu voto, o ministro retomou o tratamento da matéria na CF 1937. O art. 122 estabelecia que ambos os crimes (contra a segurança do Estado e contra a economia popular) seriam julgados por tribunal especial. Entretanto, o argumento do ministro foi de que mesmo neste dispositivo não havia uma equiparação dos dois tipos penais.

66 Em trecho de seu voto o Min. Evandro Lins mostra preocupação com a interpretação ampliada do AI-2 “(...) Nós estamos alargando o Ato Institucional, quase eliminando a ação do Legislativo. Digo mais: amanhã também um problema de locação, que diga respeito a habitação, poderá ser objeto de decreto-lei, como infração à segurança nacional. Assim também os despejos contra os inquilinos. Dir-se-á: isso é matéria que afeta a segurança nacional, porque pode, eventualmente, perturbar a paz pública. Tudo seria deslocado, por força dessa interpretação ampliada, para o julgamento na Justiça Militar”. Carlos Medeiros chama esse argumento de “terrorista”. Ironicamente, os REs 62.731 e 62.739 (1967) trataram justamente de normas acerca de locação que envolveriam os conceitos de segurança nacional.

67 Já na vigência e amparando-se na EC 16/1965.

68 Com o fundamento no art. 10 do AI (1) e por indicação do Conselho de Segurança Nacional.

Ato Institucional editado pela Revolução” (Rp 697). Dentre os argumentos da Assembleia Legislativa do estado, estaria em sua defesa o fato de que a lei seguiu os parâmetros estabelecidos na norma federal 4.656/1965⁶⁹.

Sob relatoria do Min. Aducto Cardoso, o caso foi julgado prejudicado em 28 de setembro de 1967, pois a legislatura já havia sido encerrada. Esse caso mostra a complexidade envolvida nas tentativas de se controlar todas as variáveis do campo jurídico. Primeiramente, porque diante de punições estabelecidas pelo ato institucional, as sanções financeiras foram parcialmente revertidas pelo Legislativo, levando a uma minimização dos efeitos do ato. E, depois, no questionamento judicial no ato, o STF tomou sua decisão somente após o término dos efeitos da lei, ou seja, não atuou na intermediação do conflito em questão⁷⁰.

Até 1966, a Constituição de 1946 conviveu com emendas constitucionais, atos institucionais e atos complementares. Em 1966, porém, começava a surgir a defesa de que a constituição não seria mais capaz de lidar com as novas demandas. A partir daí passavam a ser publicados artigos sobre a necessidade de promulgar um novo texto constitucional. Assim, a nova constituição foi promulgada⁷¹ em 24 de janeiro de 1967, entrando em vigor em 15 de março de 1967, com a posse do novo Presidente, o marechal Costa e Silva⁷².

Considerações Finais

A história constitucional brasileira pode ser contada através do binômio normalidade e exceção. A existência de oito constituições, diversas crises políticas e constitucionais e legalismo deixaram como marca a relação paradoxal entre os dois itens.

O que pode parecer uma contradição, expressa-se como ambiguidade constitutiva no sentido de que se a exceção perpassou a nossa história constitucional, as soluções dadas variaram, usando estratégias como o estado de sítio, a criação de novo tipo normativo, a retórica da revolução, prevalecendo algum arranjo de legalidade autoritária, em contraposição à opção de governar completamente fora do direito.

Neste contexto, o ato institucional permite tanto comparar as estratégias de legalidade autoritária, quanto os usos e interpretações dadas. A busca pela genealogia e usos do ato institucional é mais do que buscar as origens em um sentido de “início”, mas implica em passar pelos debates que o ato mobiliza. Esses debates envolvem a relação entre os poderes constituído e constituinte, alcance da soberania constituinte, sentido de revolução e de constituição. É sintomático que o ato institucional tenha sido o termo usado pelos jornais para referir-se ao

69 Art. 1º - Aos beneficiários dos funcionários públicos civis e dos servidores da administração pública descentralizada que, em 9 de abril de 1964, gozavam de estabilidade ou vitaliciedade, bem como aos dos empregados estáveis das sociedades de economia mista, demitidos em decorrência do Ato Institucional, será concedida uma pensão especial.

70 Não é possível afirmar que a perda de objeto advenha de uma escolha da Presidente. Entretanto, deve-se ressaltar a ineficácia do uso judicial em situações urgentes. A cronologia do caso comprova tal situação: uma demanda foi enviada pelo Governador Ademar de Barros em 29 de setembro de 1965, com propositura feita em 22 de março de 1966, recebendo a decisão final do STF em 28 de setembro de 1967. Considerando que o mandato se encerrou em 14 de março de 1966, percebe-se o descompasso temporal entre o tempo da corte e o tempo da política.

71 A constituição teve um caminho acidentado em que contou com comissão de notáveis composta em abril de 1966, convocação de constituinte através do AI-4, anteprojeto enviado pelo Ministério da Justiça e prazos exíguos para deliberação e votação. O trabalho da constituinte iniciou-se em 12 de dezembro de 1966, e a constituição foi promulgada em 24 de janeiro de 1967.

72 Uma das hipóteses para a feitura da Constituição é que ela limitaria o poder de Costa e Silva, este pertencente à linha dura (Barbosa, 2012, p. 87).

decreto instituidor do governo provisório. O conflito sobre a concessão administrativa mobilizou juristas experientes e reconhecidos que para tratar de contratos usaram arsenal jurídico que envolveu ditadura, legalidade e revoluções.

Nesse percurso, a ditadura militar utilizou um arsenal já existente, porém deslocando seu sentido de uma ato que perduraria até que houvesse uma constituinte, para um ato que representa o resultado constituinte, mesmo sem a existência de assembleia constituinte. O uso do ato institucional teve objetivo a legitimação política e jurídica, e mesmo com a estrutura presente no AI (1) de que seria o único, as mudanças políticas levaram à edição de mais dezesseis atos, demonstrando as alterações nos fundamentos e estruturas do ato institucional durante o regime ditatorial.

Ao apontar elementos da genealogia e usos do ato institucional pretende-se oferecer subsídios para que esta linha de pesquisa seja aprofundada, para compreender a relação entre normalidade e exceções em nossa história constitucional, tema que tem tido impulsos importantes, mas ainda há caminhos a serem trilhados.

Referências

- Alves, M. H. M. (1989). *Estado e Oposição no Brasil (1964-1984)*. Vozes.
- Arquivo Nacional. (1972). *Correspondência de Luiz Viana Filho e discursos de Castelo Branco*. (BR AN, RIO RH.0.0.66). Disponível em: http://sian.an.gov.br/sianex/Consulta/Pesquisa_Livre_Painel_Resultado.asp?v_CodReferencia_id=1197967&v_abas=2. Acesso em 28 dez. 2016.
- Barbosa, L. A. de A. (2012). *História Constitucional Brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Câmara dos Deputados, Edições Câmara.
- Barcellos, D. S. F. de. (2009). *De Bacharel a Jurista: perfil dos artífices da codificação civil*. Trabalho apresentado à ILASSA29 Student Conference on Latin America. University of Texas, Houston. Disponível em: <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2009/barcellos.pdf>. Acesso em 14 mai. 2017
- Barros, Robert. (2004). *Constitutionalism and dictatorship: Pinochet, the Junta, and the 1980 constitution*. Cambridge University Press.
- Betim, F. (2019). O que significou o AI-5 para o Brasil, segundo o historiador Carlos Fico. *El País*, 26 nov. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/26/politica/1574785901_729738.html.
- Cavalcanti, T. B. (1966). *Do controle da constitucionalidade*. Forense.
- Chagas, C. (2014). *A ditadura militar e os golpes dentro do golpe 1964-1969: A história contada por jornais e jornalistas*. Editora Record.
- Castello Branco, C. (1964). Candidatura Dutra e fórmula Arinos para o expurgo. *Jornal do Brasil*. 09 abr. p. 4.
- Central Intelligence Agency (CIA). (1965) *Special Memorandum 29-65*. Subject: The Political Situation in Brazil: the meaning of the Second Institutional Act.

- Ciotola, M. (1997). *Os atos institucionais e o regime autoritário no Brasil*. Lumen Juris.
- D'Antonio Pires, M A. (2020). *Constitucionalismo e Exceção: Disputas conceituais na teoria da constituição durante o regime militar (1964- 1985)*. Dissertação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- Estado de São Paulo. (1946). *A posição da U.D.N. no momento político*. 3 de set. p. 4
- Estado de São Paulo. (1949). *Notícias do Rio: Punição de alunos da Faculdade de Direito de São Paulo*. 02 nov. p. 14. Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19491102-22843-nac-0014-999-14not/tela/fullscreen>.
- Estado de São Paulo. (1952). *Deve o Prefeito ser Mantido no Exercício do Cargo até a Eleição e Posse do Novo Prefeito*. 23 nov. p.16. Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19521123-23785-nac-0016-999-16-not>.
- Estado de São Paulo. (1960). *Cavalcanti Defende Ato Institucional*. 15 dez. p. 5.
- Estado de São Paulo. (1965). *Governadores dão apoio total*. 28 out. p. 1. Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19651028-27770-nac-0001-999-1-not>. Acesso em 10 jul. 2014.
- Estado de São Paulo. (1965). *Juracy: reincidentes serão punidos*. 28 out. p. 1. Disponível em: <http://acervo.estadao.com.br/pagina/#!/19651028-27770-nac-0001-999-1-not>. Acesso em 10 jul. 2014.
- Folha de São Paulo. (1964). *Juarez Tavora Conta à Câmara a História do Ato Institucional*. São Paulo, 9 abr. Disponível em: <http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/1964/04/09/21>. Acesso em 03 jul 2014
- Folha de São Paulo. (1965). *País recebe tranquilo Ato Institucional n. 2*. 28 out. Capa. Disponível em: <http://acervo.folha.uol.com.br/fsp/1965/10/28/2/#>. Acesso em 31 out. 2016.
- Foucault, M. (1996). *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Edições Loyola.
- Gaspari, E. (2002). *A ditadura envergonhada*. Companhia das Letras.
- Grinberg, L. (2014). "O Estado Novo da UDN": memórias da vida política partidária na Coluna do Castello. *Acervo*, 27(1), 121-136.
- Jornal do Brasil. (1964). *Decisão Imediata*. Rio de Janeiro, 9 de abr. Ano LXXIV, n. 83.
- Kelsen, H. (1934) *A competência da assembleia nacional constituinte*. *Política: Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia*. 1 (1), 34-43.
- Lamounier, B. (1988). *O Brasil autoritário revisitado: o impacto das eleições sobre a abertura*. In: STEPAN, Alfred (org.). *Democratizando o Brasil*. Paz e Terra.
- Marques, R. P. D. P (2011). *Repressão política e usos da constituição no governo Vargas (1935-1937): a segurança nacional e o combate ao comunismo*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito.

- Masseno, N. (1934) O que significa, juridicamente, 'poder discricionário'. *Política: Revista de Direito Público, Legislação Social e Economia*, v. I, 87-103,
- Paixão, C. (2020). Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, 1(1), 219-232.
- Paixão, C. (2012). A constituição em disputa: transição ou ruptura. *História do Direito e construção do Estado*. São Paulo: Quartier Latin.
- Paixão, C. (2014). Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964- 2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460.
- Pereira, A. W. (2010). *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. Paz e Terra.
- Queiroz, R. M. R. (2015). Cinquenta anos de um conflito: o embate entre o ministro Ribeiro da Costa e o general Costa e Silva sobre a reforma do STF (1965). *Revista Direito GV*, 11, 323-342.
- Revista Brasileira de Estudos Políticos. (1964). Declaração, Prorrogação e Suspensão de Estado de Sítio, de 1891 a 6 de Outubro de 1963, 17, 199-210.
- Schmitt, C. (1968). *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Revista de Occidente.
- Silva, C. M. (1964a). O Ato Institucional e a elaboração legislativa. *Revista dos Tribunais*, 207, 7-17.
- Silva, C. M. (1964b). Seis meses de aplicação do ato institucional. *Revista de Direito Administrativo*, 78, 449-452.
- Viana Filho, L. (1975). *O governo Castelo Branco* (Vol. 1). Biblioteca do Exército.

Acervos

Anais da Assembleia Nacional Constituinte 1934, 1937 e 1946.

Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil (CPDOC).

Hemeroteca Digital. Período 1890-1970.

Supremo Tribunal Federal.

Data de Recebimento: 22/09/2021

Data de Aprovação: 29/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Mudança constitucional, luta política e o caminho para a democracia:

Uma análise do “emendão” de 1982

Constitutional change, political struggle and the road to democracy:

An analysis of the 1982 “great amendment”

Cristiano Paixão¹

Claudia Paiva Carvalho²

¹ Universidade de Brasília. ORCID: 0000-0003-3257-2014

² Universidade Federal do Rio de Janeiro. ORCID: 0000-0002-1020-255X

RESUMO

O artigo analisa a tramitação da Emenda Constitucional n. 22/1982, apresentada pelo último governo ditatorial e aprovada em junho de 1982, no contexto da abertura democrática no Brasil. A emenda promoveu um amplo pacote de reforma constitucional e, entre outras medidas, restaurou a exigência do quórum qualificado de 2/3 para a aprovação de emendas constitucionais. O quórum então vigente, de maioria absoluta, havia sido imposto pelo presidente Ernesto Geisel no âmbito do chamado “Pacote de Abril”, de 1977. Por meio de uma análise bibliográfica e documental, o artigo demonstra que a proposta do governo reiterou a prática da ditadura de alterar as regras do processo legislativo e as normas eleitorais com a finalidade de conservação do poder. A conclusão reforça que as ações do regime não eram destinadas à promoção de uma transição para a democracia, mas visavam sobretudo a manter controle sobre o processo de abertura. Além disso, as considerações finais trazem reflexões em torno das alterações constitucionais empreendidas ao longo da ditadura brasileira sob a perspectiva da forma constitucional e acerca das repercussões da Emenda n. 22 no processo de convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988.

Palavras-chave: Ditadura militar, Reforma constitucional, Processo legislativo, Redemocratização.

ABSTRACT

The article analyzes the processing of Constitutional Amendment n. 22/1982, proposed by the last dictatorial government and approved in June 1982, in the context of democratic liberalization in Brazil. The amendment promoted a broad package of constitutional reform and, among other measures, restored the requirement of a qualified 2/3 quorum for the approval of constitutional amendments. The then-current quorum, of absolute majority, had been imposed by President Ernesto Geisel in the scope of the 1977 “April Package”. Through a bibliographic and documental analysis, the article demonstrates that the government’s proposal reiterated the dictatorship’s practice of changing the rules of the legislative process and electoral norms in order to conserve power. The conclusion reinforces that the regime’s actions were not aimed at promoting a transition to democracy, but rather aimed primarily at maintaining control over the political opening process. In addition, the concluding remarks reflect on the constitutional changes undertaken during the Brazilian dictatorship from the perspective of constitutional form and the implications of Constitutional Amendment 22 in the process of convening the 1987-1988 National Constituent Assembly.

Keywords: Military dictatorship, Constitutional reform, Legislative process, Redemocratization.

1. Introdução

O presente artigo tem como ponto central a análise da tramitação de uma proposta de emenda constitucional apresentada pelo governo federal que obteve aprovação no ano de 1982. Trata-se da Emenda Constitucional n. 22, de junho de 1982 que, entre outras medidas, restaurou a exigência do quórum qualificado de 2/3 para a aprovação de emendas constitucionais. O quórum então vigente, de maioria absoluta, havia sido imposto pelo presidente Ernesto Geisel no âmbito do chamado “Pacote de Abril”, de 1977. A proposta de emenda foi referida à época como um “emendão” do governo, uma vez que aglutinava um amplo pacote de reforma constitucional em várias matérias, desde questões relativas a prerrogativas do Poder Legislativo e a imunidades parlamentares, até assuntos eleitorais, como a composição do Colégio Eleitoral que seria responsável pela escolha do sucessor de João Figueiredo em 1985.

A aprovação, em 1982, dessa proposta de emenda, com alteração das regras do processo de reforma constitucional, não é um dado fortuito.

A observação diacrônica dos eventos ocorridos em 1982 permite uma interpretação específica sobre aquele momento. O chamado “emendão” pode ser considerado como um ponto privilegiado de inflexão do regime autoritário iniciado em 1964, já que ele, por um lado, concentra, em seu planejamento e realização, uma tendência geral do regime em relação às normas do direito. Por outro lado, a proposta já traz elementos de definição política que marcariam os anos subsequentes. O ano de 1982 surge, portanto, como uma espécie de prisma: filtrando elementos do passado e produzindo comunicação política para o futuro, a tramitação da proposta de emenda e o êxito do governo em sua aprovação foram essenciais para o lento e controlado final do regime militar.

Ao espelhar o passado, a proposta do governo deu continuidade à estratégia autoritária de alteração das regras do processo legislativo conforme as conveniências e os objetivos políticos do momento. Ao projetar o futuro, buscou controlar o tempo da política e bloquear mudanças jurídicas que poderiam impactar o curso da sucessão presidencial ou reforçar os caminhos para uma constituinte.

O texto se organiza em duas partes: na primeira, abordamos o contexto político e jurídico no qual a proposta do “emendão” deve ser compreendida; na segunda parte, discutimos o texto da emenda constitucional e seu processo de aprovação, levando em conta (i) a estratégia do governo de alterar as regras de reforma da constituição como uma continuidade das práticas autoritárias pós-1964; e (ii) os efeitos de blindagem pretendidos e efetivamente produzidos pela emenda constitucional. Para reconstruir a tramitação da proposta de emenda, os debates e as repercussões, foram analisadas fontes legislativas e da imprensa, especificamente dos jornais *Correio Braziliense* e *Jornal do Brasil*, consultados pela página da Hemeroteca Digital.

2. 1979-1982: o contexto político e jurídico do “emendão”

Como afirmou Antônio Sérgio Rocha (2013, p. 47), no ano de 1982, “a transição política brasileira conheceria seu decisivo ponto de inflexão”. É a curiosa “transição” brasileira. Na exata definição de Bernardo Kucinski, a passagem do poder aos civis foi “a mais lenta de todas as transições das ditaduras latino-americanas dos anos 1960” (2001, p. 139). Como se sabe, desde 1974 o regime militar começou a preparar essa transferência de poder aos civis (o que não significava “transição para a democracia”). Apenas em março de 1985 um civil tomou posse como Presidente da República, e somente em outubro de 1988 uma nova constituição foi promulgada.

No plano jurídico, tanto na perspectiva das oposições como do próprio governo, o processo de distensão política demandaria mudanças no campo constitucional. Essa necessidade decorria da estratégia adotada pela ditadura, desde 1964, de não apenas recorrer à chamada legislação revolucionária, mas também de utilizar amplamente a produção legislativa e constitucional para institucionalizar suas estruturas e mecanismos autoritários. A revogação dos atos institucionais, procedida pela Emenda Constitucional n. 11 de 1978, não seria suficiente sequer a um processo de liberalização, diante da natureza fortemente antiliberal da Carta de 1969 (Emenda Constitucional n. 1/1969), outorgada pela Junta Militar, que ainda sofreu emendas que aprofundaram seus traços autoritários, a exemplo das medidas impostas pelo “Pacote de Abril”, como a criação da figura dos senadores biônicos, eleitos indiretamente.

É fundamental assinalar, ainda, que as transformações ocorridas pelo “Pacote” reafirmaram a capacidade do regime de baixar medidas de exceção. Ao mesmo tempo em que foi suprimida a possibilidade de decretação de atos institucionais, foi inserida, no texto constitucional, uma nova modalidade de intervenção autoritária na política: as chamadas “medidas de emergência”, que permitiam a decretação das mesmas medidas do estado de sítio, mas *sem a necessidade de aprovação pelo Congresso Nacional*. É necessário lembrar, por fim, que a revogação dos atos institucionais foi atípica; os atos propriamente ditos foram revogados, mas, na dicção do art. 3º da Emenda Constitucional nº 11/78, foram “ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles”. O dispositivo ainda assegura que esses efeitos “estão excluídos de apreciação judicial”. Por essa via oblíqua, foram referendados efeitos dos atos complementares praticados com base nos atos institucionais, com a blindagem acerca da sua apreciação pelo Judiciário.

A intensidade e a direção dessas mudanças foram intensamente disputadas ao longo do período compreendido entre 1974 e 1985. O projeto de distensão que havia sido anunciado pelo regime propunha uma abertura política “lenta, gradual e segura” por meio de reformas que paulatinamente restabelecessem características de um Estado de Direito (GASPARI, 2003). Contrapunha-se, por parte dos setores da oposição, a crescente defesa pela convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, que ganhou força no final da década de 1970 não só no ambiente político, mas na sociedade civil organizada e movimentos sociais (BARBOSA, 2012; PAIXÃO, 2011).

A tese da Constituinte não era, no entanto, unânime no campo oposicionista, especialmente naqueles primeiros anos de abertura. Raymundo Faoro, por exemplo, que foi presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) entre 1977 e 1979 e teve um papel destacado no processo de reconstitucionalização, inicialmente discordou que a abertura de um processo constituinte fosse a melhor estratégia para pavimentar o retorno à democracia. A seu ver, a Constituinte – e toda a gama de disputas que ela suscitaria – tiraria o foco do objetivo prioritário de remover os “entulhos autoritários” que restringiam direitos e garantias das instituições e dos cidadãos (ROCHA, 2013, p. 42). Faoro chegou a manter negociações com o grupo reformista do governo Geisel, liderado por Petrônio Portella, e viria a reconhecer a contribuição do ministro para a redemocratização.³

³ Posteriormente, o ex-presidente da OAB se tornaria um dos grandes defensores da convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte, tendo escrito um contundente libelo em seu apoio como condição à restauração da legitimidade política (FAORO, 1981). Os argumentos de Faoro reforçavam a necessidade de uma Constituinte exclusiva e soberana, que representasse uma ruptura com a ordem autoritária, opondo-se à opção de uma constituinte congressual defendida pelo regime e seus aliados.

No campo partidário, ainda em 1979, foi lançado o “Manifesto dos Fundadores do PMDB” que trazia expresso o compromisso do partido com a luta pela convocação de uma Constituinte, em continuidade à posição firmada pelo antecessor MDB (ROCHA, 2013, p. 40). A defesa da Constituinte se tornou predominante entre partidos de oposição que acabavam de se institucionalizar, mas não afastou divergências entre eles e também não eliminou diferenças internas. No Partido Popular (PP), parte da liderança, com destaque para Tancredo Neves, defendia uma Constituinte indireta, cabendo ao Congresso realizar amplas reformas na Constituição (*Tancredo assina emenda das prerrogativas do Congresso, JB 12/1/1980*). Um grupo do PP chegou a anunciar a apresentação de um projeto global de reforma da Constituição, contando com a assessoria, entre outros, do ex-presidente da OAB Raymundo Faoro (*Deputado só crê em Constituinte, JB, 12/1/1980; Partido conversa com Faoro, JB, 19/1/1980*).

O debate sobre a estratégia mais ampla de substituição ou alteração global da Emenda Constitucional nº 1/69 convivia com outra frente de atuação aberta aos partidos naquele momento, de aprovação de reformas por meio de emendas constitucionais. Tratava-se de uma via de abrangência mais restrita, mas com a vantagem de produzir efeitos imediatos que poderiam auxiliar e reforçar o processo de reconstitucionalização. Nesse sentido, o PMDB indicava seu apoio a reformas constitucionais que trouxessem avanços democráticos, sem que isso comprometesse a defesa da Constituinte (*Nobre afirma que PMDB reforma Carta mas não desiste de Constituinte, JB, 4/1/1980*). O deputado do PP, Miro Teixeira, temporizando as divergências internas ao partido, afirmou que as posições não eram inconciliáveis: a defesa da Constituinte não afastava o recurso à faculdade do Congresso de, desde logo, emendar a Constituição (*Miro afirma que PP quer eleição direta para tudo, JB, 7/1/1980*). A estratégia de promover mudanças por meio de emendas constitucionais era facilitada pelo quórum de maioria absoluta e pelo prazo de 90 dias para aprovação, o que a tornava uma via mais eficaz, inclusive, do que alterar a legislação ordinária, uma vez que os projetos de lei aprovados pelo Congresso ficavam à mercê da abusiva prerrogativa de veto então assegurada ao presidente da República.⁴ Aqui ficava já claro o elemento casuístico do Pacote de Abril: a transformação nas regras de mudança constitucional, com diminuição do quórum para aprovação de emendas, agora ameaçava a própria continuidade da ditadura e passava a figurar entre as estratégias da oposição para derrotar o regime. Tudo dependeria do resultado das eleições de 1982.

O próprio PDS, sucessor da Arena, seguindo o compromisso assumido em seu programa de retorno ao Estado de Direito, tomou a iniciativa de apresentar variadas propostas de emenda à Constituição, entre as quais se destacam duas que estiveram no centro dos debates no ano de 1980: a proposta do deputado Edison Lobão de restabelecimento das eleições diretas para os governos estaduais e a proposta do deputado Flávio Márcilio de restauração de prerrogativas do Poder Legislativo. As duas propostas, que ficaram conhecidas como emenda Lobão e emenda Márcilio, contavam com o apoio dos principais partidos de oposição, mesmo que buscassem, em alguns pontos, aprofundar as mudanças indicadas. O cenário era favorável, portanto, a uma aceleração do processo de reformas constitucionais no Congresso (*Congresso acelera emendas, JB, 11/2/1980*).

⁴ A Carta de 1969, em seu art. 59, assegurava ao presidente amplo poder de veto, que poderia ser exercido integral ou parcialmente, e exigia quórum de 2/3 para a derrubada do veto, a ser apreciado no prazo de 45 dias, findo o qual o veto era considerado mantido.

Essa perspectiva se afastava, contudo, dos planos do regime. Logo no início de 1980, o governo Figueiredo anunciava que, em linha com a estratégia desenhada por Petrônio Portela, então recentemente falecido, o governo não apresentaria ao Congresso nenhum projeto importante a ser votado naquele ano. Explicou o jornalista Carlos Castello Branco:

Qualquer iniciativa governamental, embora estudada antes, somente seria formalizada no fim do ano para discussão e votação em 1981. O argumento que pesou na decisão oficial é que a concessão imediata de todas as medidas de democratização deslocaria as reivindicações até um limite além daquele que o Governo se traçou no caminho da liberalização. (...) Conceder tudo agora seria abrir caminho à Oposição para reivindicações que não estão na pauta do sistema (*Carlos Castello Branco. As reformas só em 1981, JB, 13/1/1980*)

É verdade que a estratégia oficial mudava de acordo com as circunstâncias e que, dentro do governo, conviviam posições distintas sobre como proceder no campo constitucional. Ainda nos primeiros meses de 1980, circulariam informações sobre debates e planos de membros do governo em torno da realização de uma ampla reforma constitucional ou mesmo de uma Constituinte (*Flamarion Mossri. Oposição aceita em 82 Constituinte com João, JB, 10/3/1980; Reforma constitucional não está em estudos, diz Ackel, CB, 1/3/1980*). Qualquer que fosse o caminho, a preocupação do governo, que perpassava todas as propostas, era controlar o tempo da abertura e calibrar as medidas de liberalização. Isso implicava evitar avanços não desejados que poderiam ocorrer a partir de uma aceleração do ritmo das mudanças constitucionais.

Essa postura colocou o governo Figueiredo contra as duas emendas propostas pelos parlamentares do seu próprio partido de sustentação no Congresso, o PDS. No caso da emenda Lobão, o paradoxo era maior, uma vez que o retorno às eleições diretas para governadores era uma medida apoiada oficialmente pelo próprio governo. Já em relação à emenda Marcílio o governo tinha divergências no mérito, por não concordar com a escala de autonomia que se pretendia devolver ao Congresso. As disputas em torno das duas propostas, seus desfechos e desdobramentos ajudam a compreender melhor a relação entre redemocratização e mudança constitucional nesse estágio da abertura política.

A emenda Lobão foi apresentada em 1979. Seu proponente, Edison Lobão, tinha sido eleito deputado federal pela ARENA/MA em 1978, assumindo já no seu primeiro mandato a vice-liderança do partido. Com o retorno ao multipartidarismo, filiou-se ao PDS, cultivando sempre boas relações com o regime (VERBETE, 2001a). Esperava, assim, contar com o apoio do governo Figueiredo à proposta que, pelo prazo de apreciação, teria que ser votada até o final de março de 1980.

Como o governo dizia estar de acordo com o mérito da proposta, justificava sua oposição sob o argumento de inoportunidade: a emenda precipitaria o processo de sucessão nos Estados e tumultuaria o processo de reorganização dos partidos (*Lobão encontra Golbery e insiste na emenda das Diretas, JB, 16/1/1980*). Além disso, a iniciativa do processo de liberalização deveria ficar nas mãos do presidente da República, que comandaria sua direção e seu ritmo. Novamente o jornalista Carlos Castello Branco traduziu as declarações feitas pelo Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel:

Fundamenta-se o Ministro no princípio de que ao Presidente da República não deve ser tirada a iniciativa dos projetos de abertura política. A estratégia é do Governo e a cronologia das medidas deve seguir uma ordem de prioridades e um ritmo gradualista que inspiram o planejamento oficial. O Sr. Lobão tentou subverter a estratégia, tomando uma iniciativa isolada e pessoal que desloca para o Congresso o comando das reformas (*Carlos Castello Branco, O que pode o Congresso, JB 22/1/1980*)

A estratégia adotada pelo governo para impedir a aprovação da emenda em março de 1980 dividiu-se em (i) apresentar uma proposta mais ampla que, além de restabelecer o pleito direto nos Estados, extinguiu o mandato dos senadores biônicos em 1986 e (ii) orientar a bancada do PDS a não comparecer à votação, para que a emenda fosse arquivada por ausência de quórum. Com essa saída negociada, o governo buscava evitar constrangimentos ao seu vice-líder (*Governo envia ao Congresso em março emenda das diretas, JB, 24/1/1980; Governo deflagra movimento para arquivar emenda Lobão, JB, 11/2/1980*). Quanto a Lobão, embora tivesse inicialmente esboçado uma contrariedade à obstrução articulada pelo governo, ao final disse que não se sentia desprestigiado, louvou o governo por aderir ao projeto e ampliá-lo e, inclusive, liberou os colegas do apoio à sua proposta no dia da votação (*Lobão libera quem assinou sua Emenda, CB, 28/2/1980*).

A proposta de emenda alternativa apresentada pelo governo foi encaminhada ao Congresso no final de fevereiro. A mensagem presidencial que a acompanhou afirmava que as medidas exprimiam “o compromisso democrático livremente assumido pelo governo” e que:

Tal compromisso, por envolver a reformulação ampla das instituições políticas nacionais, há de contrapor-se, pela necessidade de sua formulação global, a projetos isolados que, embora coincidentes com algum de seus objetivos, se apartam da concepção necessariamente integral do problema (*Diretas de João podem ter sua aprovação retardada em meses, CB, 28/2/1980*)

A mensagem reforça o objetivo do governo de reter a iniciativa relacionada às medidas de liberalização⁵, controlando, com isso, o tempo dessas medidas. O cálculo feito pelo governo contava que sua emenda das diretas nos Estados seria votada somente em 1981. Isso porque o prazo de 90 dias para aprovação começaria a correr somente após a leitura da emenda, o que, segundo as projeções do governo, deveria ocorrer apenas no final de 1980 ou início de 1981, uma vez que havia 46 propostas anteriores que teriam que ser lidas primeiro (*Diretas de João podem ter sua aprovação retardada em meses, CB, 28/2/1980*).

Um desdobramento imprevisto, no entanto, atrapalhou a cronologia desejada pelo governo. Uma comissão interpartidária da oposição organizou um movimento de retirada das assinaturas de propostas de emendas anteriores para desobstruir o processo legislativo (*Oposição conseguiu retirar 30 emendas. E promete continuar, CB, 12 abril 1980*). Com isso, foi possível antecipar a leitura e, em agosto, foi constituída a comissão mista incumbida de apreciar a proposta. Escolhido como relator, Lobão tentou ampliar o objeto da emenda para propor, por exemplo, a extensão do pleito direto para a escolha de prefeitos de municípios considerados áreas de segurança nacional, à exceção daqueles localizados em região de fronteira. No entanto, diante de nova iniciativa do governo insistindo que cabia ao presidente definir quais as medidas de liberalização e quando seriam adotadas, Lobão recuou. Em seu relatório, não apenas retirou suas propostas como rejeitou aquelas apresentadas pela oposição (VERBETE, 2001a).

Ao final, a emenda constitucional que restabeleceu o voto direto para a eleição de governadores estaduais e senadores foi aprovada no dia 13 de novembro, por unanimidade de votos. Foi a primeira vez desde o Estado Novo que uma emenda foi aprovada sem nenhum

⁵ Nesse sentido comentou Carlos Castello Branco: “o item dominante da estratégia é ainda a exclusão da iniciativa parlamentar em matéria de liberalização das instituições. O Congresso e os Partidos ainda não estão liberados para propor com êxito medidas que alterem a Constituição ou a legislação dita revolucionária” (*Carlos Castello Branco, Reserva de iniciativa, JB, 29/2/1980*).

voto contrário (*O Congresso aprova a eleição direta em 1982, Folha de São Paulo, 14/11/1980*). O governo foi bem sucedido em impedir que a proposta passasse em março, em garantir a iniciativa governamental em matéria de abertura política e em afastar as tentativas de ampliação do seu objeto. Mas não havia conseguido controlar por completo o tempo de apreciação e aprovação da medida.

A estratégia de desobstrução da pauta legislativa comandada pela oposição também teve o objetivo de favorecer a emenda Marcílio, que tratava de um tema caro aos parlamentares – a restituição das prerrogativas do Poder Legislativo. O proponente, deputado Flávio Marcílio, em seu quinto mandato parlamentar, era o presidente da Câmara dos Deputados, cargo que assumiu, pela segunda vez, em 1979, com um discurso em defesa da redemocratização e do fortalecimento da instituição parlamentar (VERBETE, 2001b). No início do ano, ele nomeou uma comissão suprapartidária, composta pelos deputados Célio Borja e Djalma Marinho, para elaborar uma proposta de emenda constitucional que tratasse do revigoramento do Poder Legislativo. Com base nas contribuições da comissão, a emenda foi apresentada em fevereiro de 1980, com amplo apoio de parlamentares de todas tendências e agremiações políticas.

Já o governo opôs sérias restrições à emenda, dessa vez não apenas quanto à oportunidade, mas também relacionadas ao mérito. O Ministro da Justiça reforçou o argumento de que o presidente da República deveria ser o “principal condutor” do processo de abertura, que a prioridade naquele momento era a “consolidação dos partidos” e que a iniciativa da emenda Marcílio era precipitada e isolada ao colocar o tema da devolução das prerrogativas do Congresso fora de uma reforma constitucional mais ampla (*Governo não aprova emenda de Marcílio sobre prerrogativas, JB, 25/2/1980*). No mérito, entre os pontos desaprovados pelo governo estavam a restituição ao Congresso da competência de legislar em matéria financeira, a redução da competência do Executivo para baixar decretos-leis em áreas financeira e de segurança nacional e a supressão do mecanismo de aprovação de projetos de lei de iniciativa do Executivo por decurso do prazo (*Carlos Castello Branco, A autonomia e os privilégios, 21/2/1980*). Neste ponto, a emenda Marcílio propunha como alternativa, caso a proposição do Executivo não fosse apreciada no prazo, o sobrestamento da pauta legislativa até sua votação.

Durante a tramitação da proposta, o governo articulou com o relator na Comissão Mista, o deputado Aloísio Chaves (PDS), a elaboração de substitutivo que removia os itens considerados mais incômodos. No entanto, a Comissão contava com maioria oposicionista, que rejeitou o substitutivo e aprovou o parecer do deputado Célio Borja, que acolhia o texto original (*Congresso vota texto original das prerrogativas, JB, 3/10/1980*). Com a derrota na comissão, o governo orientou o PDS a negar quórum à votação da emenda. Parlamentares pedessistas, entre os quais o presidente do Senado, Luís Vianna Filho, acusaram a oposição de radicalismo por recusar o acordo com o governo (*PDS negará quórum para as prerrogativas, JB, 7/10/1980*). Nesse cenário, mesmo que passasse na Câmara, a perspectiva era de derrota da proposição no Senado, que tinha maior alinhamento com o governo. Ao comentar tal perspectiva, o deputado Flávio Marcílio afirmou que o governo “jamais desejou a aprovação da emenda das prerrogativas porque ela representa a colocação do Poder Legislativo ao lado dos demais Poderes” (*Marcílio se diz aborrecido com Senado e confia na Câmara, JB, 6/10/1982*). Em outubro, a emenda foi arquivada por ausência de quórum na Câmara: precisava de 211 votos favoráveis e recebeu 196, sendo 15 de parlamentares do PDS (*Prerrogativas são arquivadas por falta de quórum, JB, 16/10/1980*).

A partir da análise da tramitação e da movimentação política em torno das duas emendas, podemos extrair algumas conclusões. Sem afastar a exigência de substituição da Carta de 1969, a aprovação de emendas constitucionais se tornou um trunfo para os partidos de oposição, uma via para obter mudanças jurídicas que poderiam acelerar o processo de redemocratização. Em segundo lugar, como mostrou o caso da emenda das prerrogativas, e embora o governo mantivesse significativo controle sobre o PDS, as disputas no campo político e constitucional não opunham somente governo e oposição, mas também Executivo e Legislativo. Por fim, apesar de as articulações do governo terem sido, no geral, bem sucedidas, fica claro que o processo de reforma constitucional se tornou um problema para o regime no início dos anos 1980.⁶ A reação veio na forma de uma proposta de emenda que, em 1982, aumentaria o quórum de aprovação das emendas à Constituição, como veremos a seguir.

3. Uma emenda *para* a mudança constitucional

Em 10 de maio de 1982, o presidente João Figueiredo encaminhou ao Congresso Nacional, por meio da Mensagem nº 50, uma proposta de emenda constitucional que alterava diversos dispositivos da Constituição. A mensagem foi lida em sessão conjunta do Congresso de 18 de maio, dando início à tramitação da PEC 25/1982. Proposta sobre matéria análoga foi apresentada por parlamentares do PDS (PEC 27/1982), tendo sido anexada para tramitar em conjunto com a PEC 25. Outra proposta apresentada por diversos parlamentares (PEC 30) também foi anexada às duas anteriores por dispor sobre temas correlatos.

As propostas aglutinadas deram origem ao que se chamou à época de “emendão” ou de “pacote” de reforma constitucional do governo que, após uma certa dose de ajustes e de negociações, aliada a uma manobra fundamental do governo – o fechamento de questão no PDS –, foi aprovado no final de junho e resultou na Emenda Constitucional n. 22/1982. A emenda promoveu alterações em muitas e variadas matérias da Constituição: restabeleceu prerrogativas do Congresso e dos parlamentares; modificou a composição do Colégio Eleitoral que escolheria o sucessor de Figueiredo em 1984; determinou o fim da simultaneidade na realização das eleições municipais, estaduais e federais; estabeleceu regras sobre o mandato de prefeitos e o número de vereadores; fixou a eleição presidencial em 15 de janeiro; previu a adoção do sistema distrital misto a partir de 1986 (a depender, no entanto, de regulamentação pelo Poder Legislativo); transferiu para 1986 a exigência aos partidos de obter percentual do eleitorado e distribuição geográfica.

Uma alteração se destacou e teve especial repercussão: o aumento do quórum de aprovação de emendas constitucionais para 2/3. A regra então vigente havia sido imposta pelo Pacote de Abril de 1977 e previa a aprovação por maioria absoluta e no prazo de 90 dias, exigência que também foi afastada pela EC 22/1982. Essa mudança ocorreu em um contexto no qual, como visto, o processo de emenda constitucional constituía um campo de disputa sobre os sentidos, caminhos e ritmo da abertura política.

⁶ O senador Jarbas Passarinho (PDS), que mantinha relações próximas com o governo, teria defendido “um estudo sobre a necessidade de se estar promovendo tantas modificações no texto constitucional, através de facilidades como as existentes hoje”, a embasar mudanças como a adoção de quórum qualificado ou a criação de “mecanismos que impeçam tal coisa” (*Reforma constitucional não está em estudos, diz Ackel, CB, 1/3/1980*).

Como demonstram as fontes consultadas, a alteração do quórum era o principal objetivo do governo com o “emendão” e o único ponto considerado inegociável. (*Agora só quórum de dois terços será inegociável, CB, 8/6/1982*). Pela apuração do *Correio Braziliense*, seria “a única [medida] que realmente interessa ao Governo. As demais como revelou ontem alta fonte do PDS são ‘perfumarias.’” (*O “pacote” ainda não é tudo, CB, 7/5/1982*). No entanto, o fato de a medida ter sido apresentada em meio a um amplo pacote de reforma não foi sem propósito. Podemos identificar dois bons motivos para a estratégia do governo.

Em primeiro lugar, permitia diluir a mudança das regras de reforma da Constituição em um conjunto vasto de outras alterações. Nesse conjunto, o governo aproveitou para mudar a composição do Colégio Eleitoral de modo a favorecer a representação do PDS⁷, o que constituiu uma jogada dupla: ao mesmo tempo em que realizava a manobra eleitoral para manter o controle sobre a sucessão presidencial, dificultava que essa definição fosse revista ou alterada pelo Congresso, que passaria a depender de uma maioria qualificada de 2/3 para tanto.

Um segundo motivo era possibilitar que outras medidas fossem negociadas como moeda de troca. Neste ponto, a proposta de restituir prerrogativas do Congresso e dos parlamentares teve especial importância. Como visto no tópico anterior, a emenda Marcílio, que tinha o objetivo de fortalecer a instituição parlamentar e de resgatar a autonomia do Poder Legislativo, havia sido derrotada por articulação do governo em 1980. O tema não apenas era elementar a uma agenda mínima de liberalização, que deveria desconcentrar o poder político e garantir a independência entre os poderes, mas era do maior interesse dos parlamentares, inclusive da base governista. Nesse sentido, o governo buscou acomodar demandas para garantir apoio à emenda, sem abrir mão do controle sobre a medida e a extensão do que seria concedido. Ao final, a EC 22/1982 restaurou importantes prerrogativas⁸ e atendeu a interesses político-partidários⁹, mas preservou as principais fontes de usurpação da competência legislativa: a aprovação de projetos de iniciativa do Executivo e decretos-leis por decurso de prazo¹⁰ e o amplo poder do Presidente de edição de decretos-leis.

7 A emenda previu que o Colégio Eleitoral seria composto pelos membros do Congresso Nacional e por 6 delegados por Assembleia Legislativa indicados pelo partido majoritário. A medida favorecia a representação do PDS no colégio eleitoral, uma vez que o partido tendia a vencer em mais estados, ainda que menos populosos e, portanto, recebendo menos votos. A regra anterior previa que cada Assembleia deveria três delegados “e mais um por quinhentos mil eleitores inscritos no Estado, não podendo nenhuma representação ter menos de quatro delegados” (art. 74, §2º, EC 1/1969), favorecendo a representação de Estados com maior colégio eleitoral.

8 Entre as prerrogativas devolvidas ao Congresso estavam: (i) a possibilidade de auto-convocação (pela regra vigente o Congresso só poderia ser convocado pelo Presidente da República); (ii) o reforço à inviolabilidade parlamentar, afastando a exceção à imunidade em caso de crime contra a segurança nacional; (iii) a revogação do limite de sessões ordinárias; (iv) a obrigatoriedade de o Executivo responder a pedidos de informação do Legislativo; (v) a possibilidade de Comissões Parlamentares de Inquérito realizarem viagens para o aprofundamento das investigações; (vi) a dispensa de autorização do Presidente da República para parlamentares viajarem ao exterior em missão diplomática ou cultural (*Constituição muda em pontos importantes, JB, 25/6/1982*).

9 O aumento do número de deputados, por exemplo, era medida que interessava particularmente aos parlamentares do PDS interessados em reforçar sua bancada. Estava entre os atrativos inseridos no pacote, a que Lustosa da Costa, articulista do *Correio Braziliense*, chamou de “bombons do PDS” (*Lustosa da Costa. Os bombons do PDS, CB, 5/6/1982*).

10 Neste ponto, o governo concedeu um “abrandamento” do mecanismo de aprovação por decurso de prazo ao prever que projetos de lei do executivo e decretos-leis não aprovados nos prazos entrariam na pauta preferencial por dez sessões consecutivas, conferindo maior possibilidade de o Congresso apreciar a matéria antes da aprovação por decurso de prazo. Assim dispôs o texto aprovado pela emenda: “Art. 51 (...) § 3º - Na falta de deliberação dentro dos prazos estabelecidos neste artigo e no parágrafo anterior, cada projeto será incluído automaticamente na ordem do dia, em regime de urgência, nas dez sessões subseqüentes em dias sucessivos, se, ao final dessas, não for apreciado, considerar-se-á definitivamente aprovado.”

A barganha política, vale ressaltar, não foi suficiente para assegurar o apoio necessário à aprovação da emenda na própria base governista, o que levou o governo a recorrer a um artifício engenhoso: o fechamento da questão no PDS (*Fechamento agora é sobre a emenda, CB, 19/6/1982; PDS escolheu mesmo a questão fechada, CB, 22/6/1982*). Por esse mecanismo de disciplina partidária, os parlamentares da legenda ficaram obrigados a comparecer e a votar favoravelmente à emenda, conforme encaminhamento da direção do partido, sob pena de perder o mandato. A estratégia usada pelo governo colocou em evidência suas dificuldades de articulação política diante das resistências internas ao PDS. De fato, estimava-se que cerca de 30 pedessistas seriam contrários à proposta, o que poderia inviabilizar a sua aprovação (*Tudo o que é preciso saber para entender o “emendão”, JB, 24/6/1982*). Com a questão fechada no partido, o projeto foi aprovado exclusivamente por parlamentares do PDS, que reuniu 222 deputados e 35 senadores (*PDS comparece e faz “emendão” ser aprovado, JB, 25/6/1982*).¹¹ Os parlamentares de oposição se engajaram intensamente contra a proposta de emenda e, depois de inúmeras tentativas de obstrução para impedir a votação da matéria¹², retiraram-se do Plenário, nas palavras do líder do PMDB, deputado Odacir Klein, “para não se tornarem parceiros do autoritarismo e da legitimação do arbítrio” (*Congresso aprova o “emendão” só com votos do PDS, JB, 25/6/1982*).

O principal alvo de denúncia da oposição era justamente o ponto central da reforma – o aumento do quórum de aprovação de emendas constitucionais. A medida, a nosso ver, desdobra-se em dois aspectos cruciais que caracterizam um ponto de inflexão do processo de abertura política em 1982: (i) a continuidade da estratégia autoritária de alteração das regras do processo legislativo e (ii) a tentativa de blindar as mudanças políticas e constitucionais que surgiam no horizonte.

3.1. A estratégia e o paradoxo da alteração das regras de reforma constitucional

A exposição de motivos da PEC 27, apresentada por parlamentares do PDS “comprometidos com o projeto político do Governo” e parte integrante do emendão do governo Figueiredo, justificou o restabelecimento do quórum de 2/3 para a aprovação de reformas constitucionais com base na tradição constitucional brasileira de “extremas cautelas quanto à emendabilidade”. Após percorrer o histórico das regras de alteração constitucional nos textos das Constituições brasileiras desde o Império, concluía que o regime então vigente era o que oferecia “menores obstáculos à modificação do texto constitucional”, com efeitos que reputava bastante negativos:

Dessa facilidade decorrem dois grandes perigos. O primeiro deles é o encorajamento ao abuso desse instrumento, a Proposta de Emenda, com a conseqüente transformação, que já se pode suspeitar, da Lei Magna em uma colcha de retalhos, com perda de unidade na substância e na forma, com o conflito de dispositivos e, pior, com uma certa desmoralização do estatuto máximo. O segundo perigo, reputamo-lo mais grave: é o de colocar, potencialmente, nas mãos de maioria eventual, numericamente pouco expressiva,

11 Os jornais noticiaram que a mobilização da bancada do PDS incluiu parlamentares doentes, de cadeira de rodas, muletas e mão engessada (*Doentes ou feridos, todos foram votar, JB, 25/6/1982*). Um parlamentar que se ausentou da votação enfrentou processo de perda do cargo (*Comissão de ética julgará pedessista que não votou emendão, JB, 22/7/1982*).

12 Entre as táticas de obstrução, além de levantar inúmeras questões de ordem, a bancada do PMDB chegou a coordenar um movimento de protesto batendo palmas com ritmo para impedir a leitura do substitutivo que seria votado (*Congresso poderá votar hoje projeto do Governo, JB, 24/6/1982*).

a faculdade de dar à Carta política da Nação diretrizes novas que, por sua repercussão nos destinos desta teriam de merecer apoio forte, indiscutível, maciço mesmo, da representação nacional (DCN, sessão conjunta, 19/5/1982, p. 888).

A estratégia argumentativa invocava razões clássicas que fundamentam a opção pela rigidez constitucional. Sob uma perspectiva teórica, não há dúvida de que a decisão de tornar o processo de alteração das normas da Constituição mais rigoroso e exigente se justifica pela preocupação de conferir estabilidade ao seu texto, tendo em vista sua fonte de legitimidade, sua qualidade de norma superior e sua função de definir as bases da organização jurídica e política. Já o apelo do governo Figueiredo a esses argumentos era uma demonstração de cinismo constitucional, uma vez que o próprio regime havia usado em seu favor o expediente de reduzir o quórum para alterar a Constituição. O governo se valia, então, da mesma estratégia adotada no Pacote de Abril, apenas com sinal trocado.

Nos trabalhos da comissão mista, parlamentares do PMDB apresentaram uma emenda substitutiva contra a proposta de aumento do quórum, a qual caracterizaram como “requite de casuísmo” decorrente “do medo do Governo de perder a maioria numa ou em ambas as Casas do Congresso”. Não havia outra justificativa para o governo dificultar a alteração de uma constituição que, lembravam os opositoristas, já havia sido emendada por junta militar e por ato unilateral do Presidente da República. Por fim, denunciaram o objetivo do governo de impedir o avanço do processo de redemocratização:

Agora querem negar à maioria do Congresso que vai nascer do primeiro pleito sem cassados e sem centenas de pessoas com direitos políticos suspensos, portanto um Congresso mais legítimo e representativo, o direito de emendá-la. (...) Hoje, os dois terços serão convertidos em instrumento do poder autoritário remanescente para bloquear o avanço da sociedade brasileira na conquista de uma vida democrática (R. Inf. legisl. Brasília, a. 19, n. 75, jul./set. 1982, p. 337)

Os signatários da emenda eram favoráveis à manutenção do quórum de maioria absoluta até que a decisão sobre as regras de alteração da constituição fosse tomada por uma Assembleia Nacional Constituinte. Também eram favoráveis ao prazo de 90 dias para apreciação, que a proposta do governo excluía, uma vez que impedia que as emendas se acumulassem e contribuía para a mobilização dos parlamentares.

O relator da proposta, deputado Jairo Magalhães (PDS/MG), opinou pela aprovação do “emendão” do governo nos termos do substitutivo apresentado, que foi discutido e validado com representantes do governo (*Arremate ao “pacote” será hoje com Leitão, CB, 15/6/1982*). O substitutivo manteve, nos termos da proposta do governo, a ampliação do quórum de aprovação de emendas constitucionais para 2/3. O relator afirmou que a medida atendia “a um imperativo imposto pela natureza das Constituições, as quais devem ser dotadas de uma relativa rigidez que lhes assegure uma certa estabilidade”. Reiterou, ainda, o argumento da exposição de motivos segundo o qual seria “da tradição de nossas Constituições cercar de cautelas o poder de emendar o texto constitucional” (*R. Inf. legisl. Brasília, a. 19, n. 75, jul./set. 1982, p. 362*). Como esperado, rejeitou integralmente a emenda apresentada pelo PMDB, limitando-se a dizer, quanto ao ponto relativo ao quórum, que já havia sido analisado no relatório (*Idem, p. 366*).

Vale mencionar que a posição do PDS não era unânime. Havia resistência ao quórum de 2/3 entre pedessistas que entendiam que a mudança deveria ocorrer somente depois de uma reforma constitucional ampla (*Nilo ainda contra a questão fechada, CB, 17/6/1982*). Não obstante, como visto, os parlamentares do PDS foram disciplinados por meio do mecanismo de fechamento de questão, que garantiu a aprovação do substitutivo pelo plenário do Congresso Nacional no dia 24 de junho, dando origem à EC 22/1985¹³.

Perguntado sobre o que achava do retorno à exigência de 2/3 para aprovação de emendas constitucionais, o ex-presidente Ernesto Geisel disse que apoiava a mudança. Geisel, que havia justamente reduzido o quórum para maioria absoluta quando baixou o Pacote de Abril, após enfrentar dificuldades para aprovar reformas no Parlamento, explicou: “Eu modifiquei o quórum de dois terços na época por razões que na ocasião se justificaram. Possivelmente agora o Governo tem razões para voltar ao quórum de dois terços”. Por mais lacônica que tenha sido, a explicação deixa claro que a definição do quórum seguia razões de conveniência. Uma vez que os problemas do governo Figueiredo eram outros, Geisel disse que não se devia ser renitente – “tem que ter flexibilidade”, completou (*“Quórum” de 2/3 tem o apoio de Geisel, CB, 8/6/1982*).

Em artigo publicado no *Jornal do Brasil*, Carlos Drummond de Andrade resumiria bem a equivalência entre a ação de Geisel e a de Figueiredo:

- O Geisel queria bulir na Constituição e determinou que isto se fizesse por maioria simples de voto. Agora o Figueiredo receia que a Oposição vença as eleições em novembro e queria também bulir na Constituição: restabelece a exigência do quórum de dois terços para aprovação de emendas constitucionais. Um encolhe, outro espicha. No fim é a mesma coisa. Amanhã, se for o caso, o Planalto esquece os dois terços e volta à maioria simples (*Carlos Drummond de Andrade. O emendão e a emendinha. JB, 29/6/1982*).

“No fim é a mesma coisa”. A conclusão de Drummond se aplica para identificar uma estratégia comum não só a Geisel e Figueiredo, mas a todos os governos do período ditatorial. Como demonstra a pesquisa de Leonardo Barbosa, a alteração das regras de reforma constitucional foi um expediente utilizado diversas vezes durante toda a ditadura e desde o seu início. O primeiro ato institucional, de 9 de abril de 1964, já estabelecia “uma regra de reforma excepcional para as proposições iniciadas pelo presidente” (BARBOSA, 2012, p. 58). Posteriormente, o ato institucional nº 2, de 1965, incorporou à Constituição de 1946 a regra que reduzia o quórum de aprovação de 2/3 para maioria absoluta e que suprimia a necessidade de interstício entre o primeiro e segundo turno de votação para emendas propostas pelo Executivo (BARBOSA, 2012, p. 81). Como indica o autor, a mudança das regras foi bastante útil aos governos ditatoriais:

Tanto o Ato Institucional de abril de 1964 quanto o Ato Institucional nº 2 reservavam o rito facilitado de tramitação das emendas às proposições iniciadas pelo chefe do Executivo. Essa prerrogativa seria utilizada com sucesso pelo Presidente Castello Branco por mais cinco vezes em um período de um ano. Após o Ato Institucional nº 2, as emendas constitucionais propostas pelo governo seguiram uma agenda quase exclusivamente voltada à reforma do Estado, com alterações no funcionamento do Judiciário, do Legislativo e do sistema tributário nacional (BARBOSA, 2012, p. 82)

13 Os dissidentes do PDS eram liderados pelo Senador Haroldo Sanford, que no dia da votação apresentou declaração de voto em que dizia: “o conceito de que ‘o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, a menos que transforme a força em direito e a obediência em dever’ nunca esteve tão vivo como neste momento, porquanto pela aspereza de uma legislação revolucionária excrescente, transforma-se a força em direito e a obediência em dever”. Ao final disse que “o triunfo desta batalha coube à prepotência, mas a honra da luta ficou com os que protestaram” (*R. Inf. legisl. Brasília*, a. 19, n. 75, jul./set. 1982, pp. 376-377).

O episódio do emendão de 1982, ao aumentar o quórum e retirar o prazo de aprovação de emendas, representa, assim, mais um capítulo da série. Como a facilidade de mudança constitucional se tornara inconveniente, o governo Figueiredo apelou ao tão usado expediente de manipular as regras do processo legislativo em favor dos objetivos políticos do regime. Evidentemente, a iniciativa do governo não ocorreu pela necessidade de uma mudança de rumos, mas por uma opção deliberada pela continuidade autoritária.

3.2. Objetivos e efeitos da emenda sobre o processo político e jurídico da abertura

Desde o momento em que a proposta do “emendão” foi apresentada, a ampliação do quórum para aprovação de emendas constitucionais foi entendida como uma manobra do governo para, diante da possível derrota nas eleições de 1982, evitar que a maioria parlamentar oposicionista promovesse alterações constitucionais. Ao comentar quais seriam as alterações temidas pelo governo, uma alta fonte do PDS indicou que:

podem significar desde a revogação de instrumentos cuja inexistência dificultaria o próprio exercício do Governo, como o decurso de prazo, até medidas como as eleições diretas para a Presidência da República ou a convocação de uma Assembleia Constituinte (*O “pacote” ainda não é tudo, CB, 7/5/1982*).

Após a aprovação da emenda, as reações e repercussões na imprensa destacaram, em um plano mais imediato, o objetivo do governo de manter o controle sobre a escolha do sucessor de Figueiredo, complementando a alteração do Colégio Eleitoral com o restabelecimento do quórum de 2/3. “O Governo ajeita o colégio Eleitoral no modelo da sua conveniência e impede que o Congresso retoque a sua obra”, resumiu o articulista Villas-Bôas Corrêa (*A barganha respeitosa, JB, 24/6/1982*). Editorial do *Jornal do Brasil* afirmou que “Toda a montagem do feitiço dos pacotes mirou, como alvo permanente, assegurar o controle da indicação do sucessor do Presidente João Figueiredo” (*A estratégia e os casuísmos, JB, 15/11/1982*).

De forma mais ampla, a crítica dos setores de oposição e da imprensa apontava que o governo pretendia *perenizar* a Carta autoritária, *imobilizar* as instituições e *bloquear* os caminhos da abertura democrática. Segundo o líder do PMDB, Ulysses Guimarães, a emenda, por ele qualificada como “a ressurreição do AI-5”, representava a “institucionalização do continuísmo” porque dava a uma minoria o poder de perpetuar a constituição vigente, que impedia a democracia (*Para Ulysses, pacote revive força do AI-5, CB, 24/6/1982*). Outros comentaristas políticos entendiam que o governo havia optado estrategicamente pela própria inércia para conservar o *status quo* político seguindo a “ponderada deliberação de não fazer nada durante uma estação hostil” (*Marcos Sá Corrêa. O governo vai hibernar. JB, 26/6/1982; Lustosa da Costa. Instituições no freezer, CB, 25/6/1982*)¹⁴.

Como tivemos a oportunidade de observar, o governo Figueiredo mobilizou toda a sua força no Congresso para a aprovação do “Emendão”. O recurso ao fechamento da questão pela bancada do PDS mostra a importância, para o regime, da modificação do quórum para emendas constitucionais. Não à toa, Ulysses Guimarães comparou o conjunto de medidas propostas pelo governo com o AI-5.

14 No mesmo sentido é a avaliação de Maria Helena Moreira Alves (2005, p. 337): “Foi uma tentativa bem urdida de congelar a abertura no ponto m que se encontrava, de modo que, mesmo que o PDS fosse derrotado nas eleições, os ocupantes do poder não perderiam o controle do governo”.

Não foi um simples gesto retórico. Ulysses, na verdade, entendeu perfeitamente a estratégia do regime, que era de manter, a todo custo, o controle da abertura política, ainda que, para isso, fosse necessário utilizar medidas de exceção. O que estava ocorrendo em 1982 era muito similar ao que havia se colocado em 1977. Combinando medidas de exceção com alterações nas regras do processo legislativo, o regime estabelecia o tempo das mudanças políticas¹⁵.

E não demoraria para o regime utilizar essa combinação em seu favor. O que impediu, em 1984, a aprovação da chamada Emenda Dante de Oliveira foi exatamente essa capacidade de decretar a exceção. Como se sabe, o movimento das Diretas Já, que começara de forma tímida em finais de 1983, passou a dominar a agenda política no início de 1984 e mobilizou grande parte da sociedade brasileira. Entre janeiro e abril de 1984 as ruas foram ocupadas, formou-se uma grande frente de partidos e políticos de oposição, houve adesão de artistas, cantores e personalidades conhecidas do público em geral e foram realizados comícios com grande participação popular¹⁶.

Para evitar a aprovação da Emenda Dante de Oliveira – e, assim, perder inteiramente o controle do processo de transferência de poder para o sucessor de Figueiredo –, o regime precisou ativar a sua capacidade de gerar atos de exceção. No dia 18 de abril foram decretadas medidas de emergência no Distrito Federal e em nove cidades do Estado de Goiás. Emissoras de rádio e televisão foram censuradas, tropas do Exército passaram a patrulhar as ruas de Brasília, barreiras foram colocadas nas entradas da cidade, foi suspensa a liberdade de reunião e de associação, entre outras medidas (*Medidas de emergência, JB, 19/4/1984*).

A ditadura conseguiu, assim, conter o movimento pelas eleições diretas, evitando que ele obtivesse expressão jurídica. Faltaram 22 votos na Câmara dos Deputados, na sessão ocorrida na madrugada do dia 26 de abril de 1984, para que fosse atingido o quórum necessário para aprovação, em primeiro turno, da proposta de emenda (*Congresso rejeita Diretas, JB, 26/4/1984*). Derrotada a proposta das Diretas Já, só restou à oposição construir uma alternativa para a sucessão de Figueiredo com a utilização do Colégio Eleitoral criado pelo AI-2.

Sob essa perspectiva, o regime “venceu” a disputa com a oposição, já que logrou impor, no último ano do mandato do último general presidente, a forma de escolha do primeiro presidente civil desde 1964. A questão, todavia, é mais complexa. Se analisada toda a conjuntura política da década de 1980, veremos que o regime pode ter obtido êxito em *adiar* a realização de eleições diretas para Presidente da República. Mas, para tanto, pode ter sido obrigado a pagar um preço muito alto (para seus objetivos): a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Chama atenção, entre alguns analistas, uma curiosa aposta em relação aos desdobramentos do “Emendão”: na contramão do intento do governo de dificultar a mudança constitucional, previam que a ampliação do quórum para reforma da Constituição fortaleceria a campanha da Constituinte, como único caminho para a superação da Carta autoritária (*Lustosa da Costa. Um fórum de debates, CB, 26/6/1982; Marcos Sá Corrêa. O governo vai hibernar. JB, 26/6/1982*).

15 Essa foi uma característica estruturante do regime militar brasileiro. Sempre combinando a edição de atos de força (como os atos institucionais e complementares) com a realização de mudanças nos textos constitucionais (diversas emendas às Constituições de 1946 e 1967), sem nunca definir uma hierarquia entre essas duas formas de normatividade, o regime criou uma “textura aberta da exceção”. Para uma abordagem mais pormenorizada dessa atitude, tomamos a liberdade de remeter o leitor ao texto de Paixão (2021) publicado no primeiro número da Revista História do Direito.

16 Cf., para o contexto da campanha por eleições diretas, Bertoncelo (2009), Napolitano (2006, p. 105-144) e Bucci (2004, p. 191-219 e 220-240).

Essa intuição acabaria por se confirmar. Um dos objetivos da introdução do pluripartidarismo em 1979 era evitar a lógica da polarização. O grande temor do regime era a possibilidade de o MDB, único partido consentido na oposição, obter maioria nas Casas Legislativas. A abertura para novos partidos, trazida pela Lei nº 6.767/79, tiraria o protagonismo do MDB e poderia resultar na criação de agremiações partidárias com orientação de centro ou centro-direita, que poderiam funcionar como forças auxiliares do partido da situação (o PDS, criado a partir da Arena) e diluir o poder atrativo do MDB (logo transformado em PMDB) como força de oposição. Essa seria, na verdade, a importante função a ser desempenhada pelo PP e pelo PTB, ambos partidos destinados a acolher setores moderados da política brasileira.

Ocorre, contudo, que em 1982, com a crescente perda de popularidade do governo, foi necessário, no bojo das mudanças trazidas com o “Emendão”, estabelecer regras eleitorais mais rígidas para beneficiar o PDS em estados nos quais seu poder era ameaçado. Para isso foi necessário proibir as coligações partidárias e criar o chamado “voto vinculado”, por meio do qual o eleitor precisava concentrar todos os seus votos em candidatos do mesmo partido. Como descrito por Américo Freire, essa opção do regime acabou por fortalecer o PMDB, por duas razões: (1) inviabilizou a permanência do PP, que se incorporou ao PMDB e (2) imprimiu uma lógica polarizada no jogo político.

A partir dessas mudanças eleitorais, o PMDB, que perdera alguns integrantes da “ala moderada” ao PP, tinha renovado seu vocabulário político:

com Ulysses Guimarães à frente, abriu espaço para a formulação de um discurso para a legenda que deveria atender às exigências políticas da conjuntura, quais sejam, a de reafirmar as bandeiras da liberal-democracia por meio do combate direto ao autoritarismo, sem descurar de colocar também em pauta teses e proposições ditas “progressistas”, ou seja, caras às esquerdas, com vistas a manter íntegra a frente político-partidária que compunha o partido (FREIRE, 2014, p. 25)

E efetivamente, como ficaria claro a partir de 1985, o PMDB se transformou na principal força política brasileira, tendo controlado desde o início o processo que levou à convocação da Assembleia Nacional Constituinte, o que se concretizou por meio da aprovação da Emenda Constitucional nº 26/85. O partido obteve uma expressiva vitória nas eleições de 1986, que o colocaram como o maior partido na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Não é possível compreender a dimensão inovadora dos trabalhos constituintes e do resultado de todo o processo sem levar em consideração a centralidade do PMDB naquele contexto (com suas contradições e disputas internas)¹⁷.

4. Considerações finais

Procuramos, no presente texto, ressaltar a importância, para a história constitucional brasileira contemporânea, das reformas realizadas pelo regime militar em 1982, que foram aprovadas pelo Congresso sob o nome de “Emendão”. Como ficou demonstrado, foi reiterada ali a prática da ditadura, que se originara na deflagração do golpe de estado de 1964, de promover alterações nas regras de processo legislativo e nas normas eleitorais com o objetivo de conservar a maioria para deliberações que seriam decisivas para a própria subsistência do regime.

¹⁷ Cf., a esse respeito, a análise proposta por Paixão (2014) acerca das circunstâncias que levaram à convocação da Assembleia Nacional Constituinte e também sobre o papel desempenhado pela eleição, para o cargo de líder do PMDB na Constituinte, do então Senador Mário Covas, e seus efeitos no processo constituinte.

No caso do Emendão podemos verificar uma circunstância ainda mais interessante na perspectiva histórica: o ano de 1982 marca um ponto de condensação de práticas políticas e jurídicas que remetem ao passado e ao futuro da conjuntura ali vivida. Como observado, tratou-se de uma atualização das práticas pretéritas do regime em relação à alteração do ordenamento jurídico com finalidades de conservação do poder. Além disso, já se manifestaram naquela oportunidade pretensões e projetos ligados à reconstitucionalização do país que seriam relevantes ao longo de toda a década de 1980, superando, assim, a própria duração do regime.

É hora de concluir, e para isso lançamos duas reflexões a partir do que foi afirmado até agora.

1.

Há várias atitudes possíveis de regimes autoritários em relação ao direito. O caso brasileiro envolveu, como foi ressaltado ao longo do texto, uma preocupação com os textos jurídicos. Entre atos institucionais e emendas constitucionais, além de atos complementares e normas infraconstitucionais, o regime militar de 1964 estabeleceu uma série de alterações no ordenamento. Sob a perspectiva constitucional, muitas modificações foram empreendidas: foram editados atos institucionais que tinham evidente repercussão constitucional, foi aprovada uma constituição (de 1967) feita por um Congresso mutilado por cassações num prazo exíguo e sob estrito controle do governo e foi outorgada uma emenda constitucional (a de nº 1 de 1969) por três ministros militares num momento em que o Congresso Nacional estava fechado por força de um ato institucional (o AI-5).

Mas há algo mais que merece ser notado – e que ficou claro na análise da tramitação do emendão. A forma constitucional foi manipulada e flexibilizada até as últimas consequências pelo regime, especialmente em sua parte final (a partir de 1977). Um ato institucional (o de nº 5) permitiu que o presidente da república fechasse o Congresso e baixasse emendas constitucionais. Uma dessas emendas (a de nº 8, de 1977) modificou o quórum para aprovação de emendas. Uma emenda posterior (a de nº 22) voltou a alterar o quórum. Para tanto, contudo, precisou apenas do quórum simplificado estabelecido na emenda anterior.

Como afirmado em importantes textos de Niklas Luhmann, a forma constitucional é uma aquisição evolutiva da sociedade moderna. Ela pressupõe o estabelecimento de duas diferenças primordiais, uma externa e outra interna ao sistema do direito. Em primeiro lugar, a diferença entre direito e política: a constituição funciona como elemento de distinção entre os dois campos, sendo, ao mesmo tempo, o documento que contém as opções políticas fundamentais de uma dada comunidade política e também se coloca como direito positivo, válido e apto a ser utilizado em situações de aplicação e decisão. Na perspectiva interna do sistema do direito, há a diferença estruturante entre norma constitucional e norma infraconstitucional, que institui a circularidade do sistema a partir dessa posição de superioridade do texto constitucional¹⁸.

Essa sucessão de modificações permite concluir que a forma constitucional se diluiu. A separação entre poder constituinte originário e derivado ficou igualmente difusa. Não surpreende que essa atitude tenha ocorrido por iniciativa de uma ditadura, por mais que ela tentasse demonstrar certa obediência aos ditames do Estado de Direito. Seria interessante investigar, contudo, se essa dificuldade com a observância da forma constitucional deixou marcas no período posterior ao regime militar. Seria uma perturbadora tendência de continuidade, o que em si já justificaria um esforço de pesquisa.

¹⁸ Ver, para essa distinção, a importante análise de Luhmann (1996, p. 83-128 e 2004, esp. p. 403-412).

2.

É comum o recurso ao conceito de “transição política” ou de “transição para a democracia” quando se descreve o longo processo que durou de 1974 a 1985. Optamos, todavia, no presente texto, por evitar o uso dessas expressões. A observação dessas alterações constitucionais e legislativas (particularmente aquelas ocorridas entre 1977 e 1984) revela outro quadro: não estava em questão o horizonte futuro da democracia. O que o regime postulava era, na verdade, a *institucionalização* da ditadura. Como informado por Bernardo Kucinski, começou a circular, em 1977, um documento intitulado “Considerações sobre os resultados das eleições de 1976 e a futura atitude política a tomar”. O documento foi atribuído, por fontes da imprensa da época, a um banqueiro chamado Jorge Oscar de Mello Flores. Não é nossa preocupação perquirir acerca da autoria do texto. O que nos interessa frisar é que ele continha uma proposta inicial, assim sintetizada por Kucinski (2001, p. 40):

Preparar uma nova Constituição dotada de mecanismos permanentes de “defesa da democracia”, ou seja, manter o regime forte e com aparência de democracia, mas que não precise usar atos excepcionais

Ainda nos termos da narrativa de Kucinski, foi essa “a receita adotada pelo Presidente Geisel, com algumas modificações”. Essa é uma indicação importante. A abertura política preconizada por Geisel não era uma transição para a democracia. É razoável concluir que o regime procurava, na verdade, uma via para a sua própria institucionalização. Nada seria mais eficaz do que fazê-lo a partir de uma constituição.

Sabemos que esse desenlace não ocorreu. Houve muitos desdobramentos da luta política, e é possível que o regime não tenha encontrado um terreno propício para a sedimentação institucional por meio do estabelecimento de um novo texto constitucional. Essa conclusão indica que não houve propriamente uma transição, mas uma luta política realizada ao longo de quase uma década. Nas diversas etapas dessa luta, o regime procurou controlar o processo de abertura. Em certa medida, obteve êxito (ao impedir a realização de eleições diretas para Presidente, por exemplo), mas, por outro lado, não conseguiu nada similar ao que ocorreu no Chile – país em que a ditadura impôs uma nova constituição, que dura até os dias de hoje¹⁹.

Por tudo isso, a abordagem cuidadosa dos movimentos do regime militar brasileiro nos últimos anos de sua duração, especialmente em relação ao processo de elaboração de normas jurídicas, parece tão importante. Ainda que muitas “vitórias” parciais tenham sido acumuladas pelo regime entre 1977 e 1984, o futuro permaneceu aberto para soluções diversas daquelas almejadas pelas forças militares e civis da ditadura. Isso definitivamente não é pouco.

¹⁹ Cf. a esse respeito, Barros (2020) e Paixão (2015).

Referências

- ALVES, M. H. M. *Estado e Oposição no Brasil: (1964-1984)*. Bauru: Edusc, 2005.
- BARBOSA, L. A. A. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Edições Câmara, 2012.
- BARROS, R. Courts Out of Context: Authoritarian Sources of Judicial Failure in Chile (1973–1990) and Argentina (1976–1983), in GINSBURG, Tom. MOUSTAFA, Tamir (ed.). *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 156-179.
- BERTONCELO, E. R. E. “Eu quero votar para presidente”: uma análise sobre a Campanha das Diretas. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, Vol. 76, 2009, p. 169-196.
- BUCCI, E. A História na era de sua reprodutibilidade técnica, in BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias – ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 191-219.
- BUCCI, E. Ainda sob o signo da Globo, in BUCCI, Eugênio; KEHL, Maria Rita. *Videologias – ensaios sobre televisão*. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 220-240.
- FAORO, R. *Assembleia nacional constituinte: a legitimidade recuperada*. São Paulo: Brasiliense, 1981.
- FREIRE, A. A via partidária na transição política brasileira. In: QUADRAT, S. V. (org.). *Não foi tempo perdido: os anos 80 em debate*. Rio de Janeiro: 7Letras, 2014, p. 9-33.
- GASPARI, E. *A ditadura derrotada*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.
- KUCINSKI, B. *O fim da ditadura militar*. São Paulo: Contexto, 2001.
- LUHMANN, N. La costituzione come acquisizione evolutiva, in ZAGREBELSKY, Gustavo. PORTINARO, Pier Paolo. LUTHER, Jörg (ed.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996, p. 83-128.
- LUHMANN, N. *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- NAPOLITANO, M. Do grande medo à grande festa: o protesto de multidões e a crise do regime militar (1983/1984). In: _____. *Cultura e poder no Brasil contemporâneo (1977-1984)*. 4ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2006.
- PAIXÃO, C. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, 2014, p. 415-460.
- PAIXÃO, C. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades*, año 13, nº 26. Segundo semestre de 2011. pp. 146-169.

- PAIXÃO, C. Entre regra e exceção: normas constitucionais e atos institucionais na ditadura militar brasileira (1964-1985). *História do Direito – Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, v. 1, n. 1, 2020, p. 227-241.
- PAIXÃO, C. Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile. *Giornale di Storia Costituzionale*, n. 30, 2/2015, p. 89-105.
- ROCHA, A. R. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democratização. *Lua Nova*, São Paulo, 88: 29-87, 2013
- ROCHA, A. S. Desventuras do Poder Constituinte no Brasil, 1964-1986. In: AMARAL, Oswaldo E. do; HOLLANDA, Cristina Buarque de; VEIGA, Luciana Fernandes. (Org). *A Constituição de 88 trinta anos depois*. 1ª edição. Paraná: UFPR. 2018. pp. 181-202.
- VERBETE Édison Lobão. In: ABREU, A. A. et al. *Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro pós 1930*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001a. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/lobao-edison>
- VERBETE Flávio Marcílio. In: ABREU, A. A. et al. *Dicionário Histórico Biográfico Brasileiro pós 1930*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2001b. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/marcilio-flavio>

Fontes

Jornal do Brasil (JB)

Correio Braziliense (CB)

Revista de Informação Legislativa

Diários do Congresso Nacional (DCN)

Data de Recebimento: 29/10/2021

Data de Aprovação: 16/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

Os juristas, o regime militar de 1964 e personalidades autoritárias que cruzaram o marco da Constituição de 1988

Jurists, the 1964 military regime and authoritarian personalities who crossed the 1988 Constitution

André Del Negri¹

¹ Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul. ORCID: 0000-0002-8811-041X

RESUMO

O golpe militar de 1964 marcou a história brasileira e complexificação da estrutura de poder. Os pontos de vista existem, e, aqui, um enfoque: o papel dos juristas na sutura do golpe de Estado, agir que alimentou o fechamento de regime por longo tempo de legalidade autoritária. Trata-se de um estudo elaborado em perspectiva interdisciplinar, por meio de abordagem qualitativa, envolvendo pesquisa bibliográfica, com ênfase em aspectos pontuais do período de exceção (1964-1985), de modo debater no nível de argumentação racional o que ficou da ditadura, para borderjar o que falhou na transição democrática depois da Constituição de 1988, a fim de entender o Brasil na pior fase de sua história recente, notadamente de 2018 a 2021.

Palavras-chave: Golpe de Estado, Ditadura, Autoritarismo, Democracia, Instituições.

ABSTRACT

The 1964 military coup marked Brazilian history and made the structure of power more complex. There are points of view, and, here, a focus: the role of jurists in the suturing of the coup d'État, an act that fueled the closure of the regime for a long period of authoritarian legality. This is a study elaborated in an interdisciplinary perspective, through a qualitative approach, involving bibliographical research, with emphasis on specific aspects of the period of exception (1964-1985), in order to debate, at the level of rational argumentation, what remained of the dictatorship. , to outline what failed in the democratic transition after the 1988 Constitution, in order to understand Brazil in the worst phase of its recent history, notably from 2018 to 2021.

Keywords: Coup d'Etat, Dictatorship, Authoritarianism, Democracy, Institutions.

Introdução

O “colapso da democracia no Brasil”, tema instigante que aguça a curiosidade de muitas pessoas, teve a palestra em forma de aula que o professor Luis Felipe Miguel (2021), do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília (UnB), ministrou para público interessado. Entre as muitas reflexões, o palestrante alertou para a amplitude do conceito de democracia. E, durante a palestra, apontou que segmentário é o raciocínio de quem pensa que democracia se esgota num conjunto de regras, as quais, legalmente, estão na lei maior, a Constituição. O eixo básico é esse, claro. Mas não é só isso. De tantas maneiras de pensar a democracia, uma delas passa pelo encadeamento de lutas contra as formas de dominação que existem na sociedade (Miguel & Vitullo, 2021).

O tema, de fato, é extenso. Com efeito, é preciso dizer que o conceito de democracia surgido na Grécia antiga, como diriam Miguel e Vitullo (2020, p. 11), “designava um regime visto com desprezo, ou pelo menos com desconfiança, por quase todos os grandes pensadores políticos ao longo da história”. Em outras palavras, a desconfiança era a de que as pessoas não tinham competência para participar da tomada de decisão.

Afinal, isso se alonga até o século XVIII, mesmo no XIX, painel que começa alterar depois do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, para mais, aproximar-se do valor da igualdade, visto que, a opinião de qualquer do povo deve ser levada em consideração, ato que se expressa por meio do voto. Enquanto isso, hoje, segundo Miguel e Vitullo (2020, p. 11), a democracia é “um rótulo ambicionado à esquerda e à direita, sendo tal rótulo certamente aquilo que mais se aproxima da unanimidade no universo dos valores políticos”.

Diante da imensidão do tema, se recortarmos o cenário no encadeamento de lutas contra formas de dominação que existem na sociedade, é exatamente nesse panorama que nos valemos do livro “Democracia contra o Capitalismo”, da cientista política e historiadora estadunidense Ellen Wood (2010). Afinal, dessa tensão permanente entre mercado e Estado, as consequências sobram para a democracia, como já alertou Adam Przeworski (1995).

E como parece elementar, as classes dominantes, antes de tudo, não querem fazer concessões com um projeto de democracia constitucionalizada e ancorada em direitos fundamentais sociais (direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, ao lazer, assim como moradia, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados). Grupos que fazem força para não perder isso de vista, e saem em defesa desses direitos conquistados, são importunados. Daí aparecem eixos ultraliberais em proveito de perseguições à esquerda no espectro político (definida genericamente como “comunista”); na fila, por certo, o desmonte de sindicatos, o desplante aos indígenas, apenas para citar dois exemplos.

E o pior é que, em dados países, isso abre caminho até para a tutela das Forças Armadas no processo político, para ao final, porém, vir a lume apenas as peças que estão à direita e no centro (centro-direita) do espectro político. Eis por que uma geração de professores que ensinavam uma formação social e pensavam a sociedade e a política como dimensões interligadas foram perseguidos ativamente pela ditadura de 1964, a exemplo de Florestan Fernandes, Celso Furtado, Caio Prado Júnior e Paulo Freire.

O tema da democracia também faz sobressair o assunto das instituições. Aliás, cultivamos uma certa crença mística nas instituições e tardamos a reconhecer que as instituições são produto dos conflitos sociais. As instituições não são neutras. Cumpre considerar que elas vêm

de um processo histórico e coadjuvam interesses na sociedade. Uma leitura um pouco mais profunda da matéria nos remete à obra de Nicos Poulantzas (2000). Vale nele, sobretudo, que as instituições não pairam sobre as relações sociais ao modo de um “terceiro imparcial”, mas sim elas [as instituições] são a condensação da luta de classes.

Saliente-se, a propósito, que no Brasil, existe uma turma conhecida como pessoal do “as instituições estão funcionando”. Como diz o cientista político Bruno P. W. Reis (2021), esse clichê tem que se cercar de cuidados. Aliás, sobre o “Funcionamento das instituições no Brasil”, merece relevo a entrevista de Bruno Reis à Assembleia Legislativa de Minas Gerais, ocasião em que o ilustrado professor da UFMG conjecturou que se as instituições existem, funcionam, no sentido de produzirem efeitos. Para o precitado cientista político, a questão analítica relevante é: elas [as instituições] cumprem os propósitos constitucionais para os quais foram criadas?

A história política brasileira dos últimos anos passou por algumas instituições que controlaram diversos recursos de poder. Com efeito, exemplificativamente, o enquadre cabe nas Formas Armadas. Eis por que quando se fala na “tutela” do processo político, no caminho, como é primário, há o período de ditadura militar (1964-1985), que nos interessa como objeto de pesquisa.

O problema crucial, então, no período de exceção mencionado, foi a fratura de uma experimentação democrática provocada pelo golpe. E assim foram debilitados os espaços democráticos, começando pela suspensão do voto popular (elemento mais básico da democracia), e embargos a direitos e garantias fundamentais do povo, contexto em que emerge, por exemplo, o AI-5. Por sua vez, destruíram vozes de oposição. Por sinal, muitas pessoas foram exiladas. Outras, tristemente, eliminadas fisicamente.

Duma coisa, porém, não se pode duvidar: alguns juristas assumiram a tarefa de estruturar uma racionalidade jurídica de exceção durante e após o golpe de 1964 (Lima, 2018). E como o passado segue vivo no presente, à espreita estão as formas variadas de autoritarismo.

Acrescentamos, para melhor descrever o estado de curiosidade de estudiosos e estudiosas de tais assuntos, as inevitáveis perguntas: como é o atuar de uma ditadura militar em parceria com a imprensa? É possível ter uma Constituição democrática e autoritários travestidos de representantes do povo?

O problema de pesquisa foi resolvido por uma metodologia da problematização, o que permite uma discussão teórica de abordagem qualitativa, a partir de revisão bibliográfica, a qual foi realizada em livros, periódicos, artigos de jornais, sites da Internet entre outras fontes.

O artigo compõe-se de duas partes. A primeira tem por ambição rediscutir o papel dos juristas na sustentação da ditadura militar (1964-1985). A segunda parte do trabalho foca na questão do projeto de redemocratização com a Constituição de 1988 e discursos autoritários em tempos de democracia, com foco no período entre 2019 a 2021, de modo a saber como as democracias morrem (Levitsky & Ziblatt, 2018) – ou, de outro modo, como resistem às tentativas de supressão.

Os resultados da pesquisa permitem compreender um Brasil na pior fase de sua história recente, no recorte da pesquisa entre 2018 a 2021, assim como identificar sinais de retrocesso, observar personalidades autocráticas, desvendar pontos de vista, encarar problemas e crises, debater no nível de argumentação racional, abrir horizontes e posicionar-se no campo democrático.

1. O jurista e sua relação com a ditadura militar de 1964

O que aconteceu no Brasil de 1964 a 1985 foi a imagem de uma ditadura, algo muito longe de um projeto de Estado Democrático de Direito, que exige estudos contínuos e prolongados. Mergulhando na história, nos tempos sombrios de 1964 a 1985, alguns juristas aplainaram o terreno para a delinquência de Estado. Aliás, de se rememorar o conhecido livro de Gabriel Naudé (1992), que aponta que um golpe não ocorre *ex abrupto*, mas algo que passa por múltiplos ensaios. Nos termos em que escreveu Laurent Vidal (2016, p. 272), com base em Naudé, “nos golpes de Estado, as matinas são rezadas antes dos sinos serem tocados, a execução antecede a sentença”.

Colamos essa introdução ao que vem agora. Nos tempos entre 1964 a 1985, com a atrofia do Congresso Nacional, calhou aos *juristas* (os “engenheiros do fechamento de regime”) preencherem a ordenação erigida com base em Atos Institucionais, dispositivos assentados na doutrina de segurança nacional, que “exigiu a configuração de um arcabouço jurídico [...], e a utilização da censura como ferramenta de desmobilização e supressão do dissenso” (Schwarcz & Starling, 2015, p. 449). E o momento histórico vivido nos aguça a curiosidade: onde estavam as entidades representativas de classe?

Importante considerar – seguindo Denise Rollemberg (2008, p. 89), professora de História da Universidade Federal Fluminense (UFF) –, que “[...] a OAB, como instituição, só rompeu com o regime oito anos depois do golpe civil-militar, três anos e meio depois do AI-5 [...]”.

Eis o paradoxo: enquanto a OAB dormia um sono profundo, nesse interregno de tempo, a instituição não percebeu um particular: de um lado, estava a lei; do outro, quem queria destruir as instituições. Aqui reside o ponto central a ser pensado: após a decretação do Ato Institucional nº 1 (AI-1), juristas que não reagiram a prisões ilegais, nem sequer aos casos de tortura, nem ao menos aos estupros, também não aos atos de cassação de mandato parlamentar e censura, passaram a ser corresponsáveis. E enfrentar a realidade, hoje, é, sobretudo, fazer a recuperação do passado.

Cabe, porém, o enfrentamento de um ponto, isto é, o *medium* encontrado pelas Forças Armadas para construir o golpe, o fato (histórico), e aí fabricar atos de exceção e manter a narrativa de que a ditadura militar era, com efeito, uma “revolução”, e deste modo o movimento se legitimava por si mesmo, passando a ideia para a sociedade de que todos os atos praticados pelo “Comando Supremo da Revolução” realizavam-se sem transgressão ao direito.

Eis, pode-se dizer, a tríade eficaz da ditadura: o poder dos militares conectado a uma linha de racionalidade jurídica para manter em funcionamento o sistema político de exceção. Esse ciclo, perfaz, afinal, o fortalecimento desmedido do Executivo.

Dê-se, portanto, relevo ao engenho de dezessete Atos Institucionais impostos pelo regime. Na origem, o tranco dado ao texto da Constituição de 1946. Neste passo, cabe lembrança ao argumento do jurista Carlos Medeiros Silva (1964, p. 1), que defendeu que “O Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, é uma lei constitucional temporária” e que, em casos de contradição entre a Constituição e o Ato Institucional, “alguns preceitos da Constituição de 1946 deixarão de vigorar porque outros, também de natureza constitucional, inscritos no próprio Ato, sôbre eles prevalecerão” [*sic*]. Adicione-se que Medeiros Silva acabou indicado ministro do Supremo Tribunal Federal.

Curioso notar, o preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, que dizia:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se reveste pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma (Presidência, 1964).

Volte-se, pois, à deposição do presidente João Goulart. Após o afastamento, engendrou-se, por um ato de força, no meio das Forças Armadas, um intitulado “Comando Supremo da Revolução”, simbolizado pelos comandantes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica. Começava, assim, o mergulho na escuridão. Eram tempos de ditadura militar e prejudicialidades; o povo acabou afastado do processo político de escolha do presidente da República. Por fim, a incongruência manifesta da ditadura: “democracia é um arranjo político no qual as pessoas escolhem governos por meio de eleições” (Przeworski, 2020, p. 29); os militares apresentaram-se como os únicos representantes da nação. E quando se alcança esse nível, o de implementação de uma “unidade nacional” é, já, tipo doentio de convivência social, porque se avista o definhamento de sociedade plural.

Como parece elementar, na destituição de João Goulart, em 1964, não foram poucos os atores envolvidos no golpe. *O Jornal do Brasil* (Rio), em 1º de abril de 1964, trazia como manchete (Editoriais, 2021): “Desde ontem se instalou no País a verdadeira legalidade”. Seria pertinente reproduzir a manchete do jornal *O Estado de Minas* (Belo Horizonte), em 2 de abril de 1964: “Multidões em júbilo na Praça da Liberdade”. E o jornal *O Globo* (Rio), em 4 de abril de 1964, segue na mesma linha festiva. Confira-se: “Ressurge a Democracia! Vive a Nação dias gloriosos”.

Evidente que a influência da mídia no período ditatorial foi prevalecte, visto que foi uma das formas utilizadas pelos militares para chegar ao poder, assim como mecanismo para o controle ideológico da população. A outra foi passar um “verniz de legalidade” (Lima, 2018), em tanto e porquanto possa tornar-se tudo uma roupagem de Estado de Direito. E assim, a ocupação da presidência da República se deu por generais, ao longo de vinte e um anos de ditadura. Não se pode olvidar que muitos juristas foram um combustível importante para o fechamento de regime e sua sustentação.

Como sublinha a preciosa pesquisa de Danilo Pereira Lima (2018, p. 70), o golpe de 64 não abandonou “a necessidade de dar aparência de Estado de Direito ao regime autoritário”. Afinal, o general-presidente Castello Branco, perante o Congresso Nacional, em 1964, afirmou que defenderia a Constituição do Brasil. No entanto, o projeto autoritário foi de longo prazo e teve polimento jurídico ofertado “por seus juristas mais fiéis” (Lima, 2018, p. 70).

Advirta-se, com base na pesquisa de Danilo Pereira Lima (2018, pp. 86-87), que:

Na mesma ânsia de acabar com o Estado de Direito, o jornalista Julio de Mesquita Filho, dono do jornal *O Estado de São Paulo*, juntamente com o jurista Vicente Rao, catedrático de direito civil da tradicional Faculdade de Direito da USP, formularam o projeto denominado como Ato Institucional. Nele, Mesquita Filho e Rao propugnavam a anulação dos mandatos de governadores e prefeitos; a dissolução do Senado, da Câmara e das Assembleias Legislativas; e a suspensão do *habeas corpus*.

Aqui alcançamos, em breve síntese, o problema. Agora sim, quer-se dar o passo adiante. A tanto acresce o confronto. Note-se que a alusão ao *habeas corpus* vem conduzindo o raciocínio dos juristas no panorama da doutrina de segurança nacional. Chega-se, assim, a uma conclusão.

Acusados políticos foram tratados como inimigos no sentido da teoria do estado de exceção (aquele que pode ser preso arbitrariamente). Havia implacável caçada e não julgamentos pelo devido processo legal.

Note-se que já dissemos, linhas atrás, que acontecimentos marcantes permitiram a demonstração de força do regime. Três exemplos irão permitir visualizar a técnica engendrada pela ditadura de 1964. Vem ao primeiro caso a fratura da Constituição de 1946. É verdade, que, inicialmente, o Ato Institucional nº 1 não anulou a Constituição de 1946, mas realizou modificações pontuais, de modo a servir de base para o aparato repressor. Vem ao segundo, que o regime outorgou a Constituição de 1967. Vem ao terceiro, que sob argumento de que o país não possuía instrumentos jurídicos para eliminar a subversão, o Ato Institucional nº 5 murchou as poucas liberdades e garantias fundamentais que até então restavam da Constituição de 1967.

Uma coisa é tentar compreender a cabeça de um golpista, fazendo, vamos dizer, o rastreio de base do seu pensamento para chegar à origem da ideia — e, como notam, não tomamos esse caminho porque deixaria o trabalho extenso. Outra, muito distinta, é franquear o espaço para entender a ação de juristas para engenhar o funcionamento estrutural. Aliás, depois da aluvião golpista, realizados seus intentos, um suporte de critérios é mais que necessário para manter o estado de exceção (Agamben, 2004). Ou o que se chamava antigamente de “regime gorila”!

Que se faça a pergunta certa para encontrar a resposta certa, com a medida adequada. Qual marco teórico copiado pelos golpistas? É muito importante lembrar a matriz teórica de Carl Schmitt (2008), que a política só existe de maneira verdadeira quando se cria a figura de um inimigo. Vê-se, então, que a teoria de Carl Schmitt obscurece a senda para a democracia. Cuida-se, aqui, de dizer que o engenho da criação do teorista Schmitt não foi ignorado no Brasil. E nisso está Francisco Campos (2001), que ficou bem seduzido pelas ideias schmittianas, e acabou prestando contribuições substanciais para o regime militar.

Para governar segundo um regime de exceção é necessário que juristas digam que tudo está dentro da legalidade. Aliás, isso era vocalizado por muitos juristas simpáticos ao sistema. Sim, há aí algumas vozes doutrinárias. Vamos ver.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, célebre professor titular de direito constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), da qual foi diretor de 1973 a 1974, e comungante de alguns entendimentos da ditadura militar, com livros de Direito Constitucional adotados em inúmeras Faculdades de Direito pelo país afora, principalmente nos anos 80 e 90, lecionava à geração de jovens estudantes o seguinte:

Os direitos fundamentais, [...], impõem sérias e rigorosas limitações ao poder estatal. Essas limitações, na verdade, só podem ser respeitadas em período de normalidade, pois nos momentos de crise, embaraçariam de tal modo a ação do governo que este seria presa fácil para os inimigos da ordem (Ferreira Filho, 1978, p. 301).

De mais a mais, em tempos de violação generalizada a direitos fundamentais no Brasil contemporâneo, vê-se que a lição é antiga.

O jurista Luís Antônio da Gama e Silva (1968), então catedrático da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) e ministro da Justiça, foi quem preparou a versão do famigerado AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do general Costa e Silva, e aumentou as sombras do poder militar durante a ditadura.

Zuenir Ventura, em seu livro “1968 - O ano que não terminou” (2013, p. 269), lembra que em dez anos de vigência, o AI-5 teve “tempo de punir 1.607 cidadãos, dos quais 321 cassados: seis senadores, 110 deputados federais e 161 estaduais, 22 prefeitos, 22 vereadores – mais de 6 milhões de votos anulados”. Nesse tempo – ainda seguindo Zuenir –, entre as “punições a funcionários públicos, estavam o afastamento de três ministros do Supremo Tribunal Federal [...] e de professores universitários como Caio Prado Júnior” (Ventura, 2013, p. 269).

É claro que muitos juristas foram contaminados pelo clima político durante a ditadura, de 1964 a 1985, acompanhando as movimentações dos militares e entendendo que, naquele momento, a intervenção era necessária. Com efeito, cooperaram para apresentar uma estruturação legal para a repressão política.

Hely Lopes Meirelles (1917-1990), que ficou conhecido como referência no campo do Direito Administrativo, além de jurista, também foi secretário de Estado, especificamente na área de Segurança Pública de São Paulo. Pesa-lhe, porém, sobremaneira, que “depois do AI-5, a secretaria de Segurança Pública de São Paulo começou a pensar num plano para debelar os que resistiam à Ditadura Militar” (Monteleone, 2021). Havia, por certo, no caminho, a idealização das Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar (ROTA), tropa de elite da Polícia Militar paulista.

Vale, então, o recorte de um de seus textos:

A defesa da pátria, a preservação das instituições, a proteção do cidadão e da coletividade é direito e dever do Estado. Nenhuma nação pode sobreviver com independência, se não lhe for reconhecida a prerrogativa de defender, com o Poder e pela força, se necessária, o seu território, o seu povo, o seu regime político e o seu sistema constitucional, contra a violência das minorias inconformadas e o ataque das ideologias contrárias à ordem jurídica (Meirelles, 1972, p. 295).

Celebrizou-se o nome do jurista Alfredo Buzaid (1914-1991), que foi ministro da Justiça no governo Emílio Garrastazu Médici e ministro do Supremo Tribunal Federal indicado pelo presidente João Figueiredo. Nos anos 50, Buzaid foi empossado como professor de processo civil na Faculdade de Direito da PUC-SP e na Faculdade de Direito da USP. Note-se que a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973 foi feita pelo ilustrado jurista, em 1964.

Douglas Attila Marcelino, que é professor de Teoria da História da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em sua dissertação de Mestrado, sob orientação de Carlos Fico, na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), aponta que:

A atuação do ministro da Justiça, Alfredo Buzaid, foi fundamental nesse sentido, dada sua preocupação com a problemática da defesa da moral e dos bons costumes. Jurista de postura autoritária, ardoroso defensor do AI-5, Buzaid promulgou, em 1970, o decreto-lei n. 1.077, primeiro instrumento legislativo, após a implantação da ditadura, que possibilitou a efetivação da censura prévia de publicações que tratavam de temas referentes à moralidade e aos costumes (Marcelino, 2006, p. 39).

Confira-se. As canções, por exemplo, eram enviadas para a Divisão de Censura de Diversões Públicas – órgão criado pela ditadura militar para analisar produções artísticas –, entre 1971 e 1979. A propósito, o AI-5 desenvolveu um implacável expurgo das produções artísticas/intelectuais. Neste passo, como demonstra Zuenir Ventura (2013, p. 269), até 1978, quando o ato foi revogado, “cerca de quinhentos filmes, 450 peças de teatro, duzentos livros, dezenas de programas de rádios, cem revistas, mais de duzentas letras de música e uma dúzia de capítulos e sinopses de telenovelas foram censurados”.

Será fácil demonstrá-los em tempos de ditadura. Note-se, a título de exemplo, o dramaturgo Plínio Marcos, autor de peças que se tornaram clássicos do teatro brasileiro, como “Navalha na Carne”. Volte-se, pois, à sua crônica “Quando o Sol Raiar, Eu Irei a Cruzeiro” (Marcos, 1977). Ocorre que o autor foi intimado pela Polícia Federal. Chega-se, assim, a uma conclusão:

Não havia nada no texto que fosse, de fato, subversivo – Plínio criticava uma questão burocrática que havia prejudicado uma apresentação feita por ele no interior de São Paulo. Foi o suficiente, no entanto, para que tivesse que prestar depoimento e ser enquadrado na Lei de Segurança Nacional (Bozzo, 2021).

Há certa dificuldade, mesmo em inteligências arejadas, para entender rapidamente movimentos golpistas. E a ditadura militar, por meio de juristas, criou uma rede de apoio ao golpe contra João Goulart, mas depois alguns desses juristas ficaram penitentes. Sim, alguns juristas quando compreenderam a dimensão autoritária, posicionaram-se de forma contrária ao regime.

Curioso notar, que Afonso Arinos, professor catedrático de Direito Constitucional na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), passou de apoiador do golpe em 1964, à categoria de infenso ao regime, em 1966, ao desaprovar o mecanismo de eleição indireta. Se se tem, entretanto, outro jurista e político compungido, que apoiou o golpe, foi Pedro Aleixo, mas no remate de 1968, na reunião do Conselho de Segurança, onde foi decidido a decretação do AI-5, Aleixo votou contra o ato (Lima, 2018, p. 103).

É importante lembrar do advogado Sobral Pinto, que defendeu presos políticos. O ilustrado advogado notabilizou-se por seus embates contra a ditadura militar (1964-1985). Sobral defendeu Harry Berger, que sofria severas torturas. O advogado impetrou um *habeas corpus* perante o Tribunal de Segurança Nacional, em 1967, com fundamento na lei de proteção aos animais. Essa correlação foi explicada da seguinte maneira: nem os animais poderiam sofrer tratamento tão degradante, o que dirá um ser humano.

A trajetória antagônica desses juristas – e políticos com formação jurídica – traz reflexões válidas, que ensinam muito sobre o Brasil, conjecturas que nos ajuda a entender como chegamos até aqui. São leituras mais do que recomendadas para os dias de hoje. Uma lição que pode ficar, é que aqueles que não hesitam em apoiar golpes de Estado, romper com a Constituição quando conveniente, silenciar diante de discursos autoritários, aplaudir manobras jurídicas contra adversários políticos, estão criando perigo para a democracia.

Respaldar a flexibilização de direitos fundamentais, instrumentalizar direitos e garantias constitucionais para acompanhar a prática deslavada de *lawfare*, é abrir espaço para entrarmos outra vez num encalhe autoritário. O jurista precisa assumir a responsabilidade de preservar o Estado Democrático de Direito.

Quando se pergunta o que ficou de uma ditadura, que supostamente pertence a um tempo passado (1964-1985), pressupõe-se uma desconfiança, se autoritários (pessoas, ideias) atravessaram o marco da Constituição de 1988. Antes de se levantar o tema dos autoritários que cruzaram o marco da Constituição de 1988, é preciso saber que a Lei de Anistia de 1979 funcionou como um bloqueio a punições, prejudicando a uma adequada “justiça de transição” (Meyer, 2015). Tentar saber o que resta da ditadura ou quem são os autoritários que atravessaram o marco da Constituição de 1988 é um desafio. É o que veremos no próximo tópico.

2. Mais de trinta anos depois, ainda o enredo autoritário

No Brasil, em 1964, as pessoas pensavam que não ia haver golpe de Estado. As explicações sobre o fenômeno variam. Apesar disso, o golpe aconteceu e durou mais de 20 anos. Como no romance “A Peste”, de Albert Camus (1997), obra publicada em 1947, a “peste” não morre nem desaparece, mas sim pode ficar dezenas de anos a dormir.

Passemos ao contexto contemporâneo. Sem embaraço, o presidente Jair Bolsonaro, quando deputado, em 1999, numa entrevista ao programa *Câmara Aberta*, da Band, defendeu o fechamento do Congresso Nacional. Num trecho da mencionada entrevista, disse que, se fosse presidente da República, “daria golpe no mesmo dia” (Editorial, 2018a).

Para entender a época atual, podemos, portanto, analisar o panorama do golpe de 2016 (Miguel, 2019). Daí derivando que a velha direita dispunha dos votos no Congresso Nacional. Mas quem moveu as ruas foi o discurso da extrema direita. À vista disso, cuidaram de pegar as insatisfações populares e as transformaram em forma de ressentimentos contra determinadas políticas e grupos.

Quem quiser avistar o ovo da serpente reveja a fala de Jair Bolsonaro no voto pela derubada de Dilma Rousseff, contexto em que ele rendeu homenagens ao famigerado torturador Brilhante Ustra (Votação, 2016). O discurso é grave, pelo qual caberia um processo por apologia à tortura. Afinal, seria o caso de indagar: o que fez o Conselho de Ética da Câmara? Nada! E o Ministério Público? Nada! Há quem diga que naquela época as instituições funcionavam “normalmente”. Se esse é o aparato normal, a democracia então foi posta em risco.

Em 2018, as trincheiras da extrema direita estavam crescidas. É possível incluir vários elementos para compor o quadro, como negócios e política, o avanço de vozes providas da religião e do negacionismo, apoio empresarial, militares admiradores do Brilhante Ustra (ícone da repressão da ditadura) e técnicas goebbelsianas de comunicação política, que, aliás, passaram por fluxos comunicativos provocados por avanços tecnológicos como as *fake news*. Eis o sobrevoos sobre a “crise da democracia” na história recente brasileira.

Como disse a jornalista Cristina Serra, “mais de 30 anos depois do fim da ditadura, os fardados não encontraram seu lugar na democracia” (Serra, 2021a). Muitos militares não se identificaram com um projeto de “Sociedade Aberta” e negaram a ditadura elaborada em 1964. Não podemos, todavia, de modo ingênuo, acreditar no que disse desajeitadamente, por exemplo, o general Walter Braga Netto, ministro da Defesa do governo Bolsonaro, durante audiência na Câmara dos Deputados, em 2021, que aquilo era um “regime forte” ou que ditadura militar é questão de “semântica” (Editorial, 2021b).

Entretanto, crítica enérgica fazemos ao entendimento do general Walter Braga Netto. Suas justificativas de antanho não podem mais ser aceitas, desde o surgimento do Estado Democrático de Direito. Explicamos o porquê. Em relação ao que disse o general Braga Netto, não é uma questão de “semântica”. Como destaca Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2018, p. 31), não é permitido “a cada um dizer absolutamente o que quiser”. Temos de chamar as coisas pelos seus nomes. O que houve foi uma ditadura – sim, a palavra é essa! E ela tem o peso do coturno que pisa na garganta do opositor político, tem o peso dos blindados nas ruas, tem o peso da tortura e tem o peso do luto de famílias que sofreram com desaparecimentos políticos; e se é assim, o que precisamos fazer é apontar verdades históricas e perguntar: “que Forças Armadas queremos?” (Serra, 2021a).

Que se note: depois da Constituição de 1988 – projeto democrático em inacabada construção –, autoritários (atores, atos e ideias) cruzaram o marco estabelecido no texto constitucional brasileiro. E na história recente do país, tivemos o golpe de 2016 (Miguel, 2019). Não custa lembrar: o golpe contra a presidente Dilma Rousseff arruinou o jogo democrático. De lá para cá, a palavra “golpe” não saiu mais do cenário brasileiro. É que a palavra golpe é subsidiária de medidas de exceção, o que leva ao descumprimento da Constituição, retrato assustador do caminho que temos seguido, desembocando no veto escandaloso à candidatura do ex-presidente Lula da Silva, em 2018, por imparcialidade de Sergio Moro, na Lava Jato, incubadora de práticas desgarradas do devido processo legal, conjuntura que favoreceu a eleição de Jair Bolsonaro.

A cavaleiro, Bolsonaro ganhou a eleição de 2018 com 49 milhões de eleitores, sendo que nesse universo, recebeu votos de juristas (*lato sensu*). Em suma, professores, juízes de direito, procuradores, delegados (só para citar os que têm formação jurídica) foram envolvidos por uma personalidade autocrática. O resultado? Simples. Além de apoiarem uma agenda ultraliberal, em um país com desigualdades escandalosas, elegeram um candidato que nunca escondeu suas atitudes totalitárias. É um presidente da República que nunca tapou seus desejos golpistas. Essa é a questão. É disso que se trata: ataques à democracia; arremetidas contra a Constituição. Qualquer adesão a isso seria ingenuidade ou submissão. Uns, deram – dão – apoio alegremente; outros participaram – e participam – de forma mais silenciosa. Adicione-se, nesse passo, em tom de argumentação racional, que se trata do pior presidente do período pós-redemocratização, que se utilizou – e utiliza – de discursos autoritários com frequência impressionante.

Volvendo, agora, alguns episódios no período recortado – de 2018 a setembro de 2021, data do encerramento desta pesquisa. É de se observar que o presidente da República Jair Bolsonaro intencionou o voto impresso (Editorial, 2021c). Em linhas gerais, o presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), ministro Luis Roberto Barroso se opôs; o Congresso Nacional rechaçou. Depois, porém, Bolsonaro quis o *impeachment* do ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal (STF). O Senado repeliu.

Desta forma, o presidente da República, em escalada de falas golpistas, notadamente com ataque frontal ao Supremo Tribunal Federal, numa sexta-feira (3), em evento na Bahia, emitiu sinal para convocar apoiadores para as manifestações do feriado de 7 de Setembro de 2021 (o Dia da Independência), manifestação que, segundo o presidente, “será um ultimato” a ministros da Corte Suprema (Gayer & Souza, 2021). E assim se chega ao Ato de Sete de Setembro de 2021 com a seguinte declaração, em Brasília: “Ou o chefe desse Poder [Judiciário] enquadra os seu [ministro], ou esse Poder pode sofrer aquilo que não queremos”. Na plateia, faixas pediam o fechamento do Supremo (Editorial, 2021d).

À tarde, já em São Paulo, na avenida Paulista, o presidente Jair Bolsonaro repetiu as ameaças golpistas contra o Supremo Tribunal Federal e assinalou que não cumpriria decisões do ministro Alexandre de Moraes. “[Quero] dizer aos canalhas que nunca seria preso”, disse o presidente (Editorial, 2021e). No dia seguinte, o ministro Luiz Fux, presidente da Corte, fez um vigoroso pronunciamento na abertura da sessão plenária, citou crime de responsabilidade e afirmou: “Ninguém! Ninguém fechará esta Corte [...]” (Editorial, 2021f).

Dois dias depois, Bolsonaro recuou de seus ataques de teor golpista, ainda que provisoriamente, sob a forma de carta ao país, de modo a afirmar que no 7 de Setembro suas falas decorreram do “calor do momento” e que nunca teve “nenhuma intenção de agredir” (Presidência, 2021).

Voltando às falas autoritárias, vê-se que os discursos do presidente Jair Bolsonaro impõem receios, já que se movem de forma pendular, com recuo tático e ataques que tendem abertamente à ditadura, sem floreios. E já se ajunta outra declaração, datada de 28 de agosto de 2021, que “tem que todo mundo comprar fuzil” (Vargas, 2021). Frase inquietante, que surge do discurso de um chefe de Estado, e tem tantas possibilidades de sentido quanto de desentendimento.

Abra-se um parêntese: Aqui, cabe o devido relevo sobre as declarações de militantes bolsonaristas e do próprio presidente da República contra o Supremo Tribunal Federal. O que importa assinalar, é que Jair Bolsonaro até consegue ter um controle de parte do Congresso Nacional, por meio do apoio de parlamentares do “Centrão”, que formam o “miolo” da Câmara e dá estabilidade ao governo, devido ao manejo de compra de votos em troca de emendas parlamentares. Queremos chamar a atenção para o fato do presidente da República não ter o mesmo comando (ou mexer politicamente) nos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Em síntese, Bolsonaro sente que seu poder encontra limites no STF. E tal se terá o ataque à Corte Suprema.²

Já é bastante constatar-se que esses discursos autoritários do presidente da República gerou tensão entre instituições do Estado brasileiro, a ponto de o ministro Ricardo Lewandowski, do Supremo Tribunal Federal, em artigo no jornal *Folha de S. Paulo*, datado de 29 de agosto de 2021, apontar caminho da punição a chefe de Estado em caso de ameaças à democracia e ao regular funcionamento das instituições, visto que isso caracteriza crime e não pode ser protegido pela liberdade de expressão.

No artigo, o ministro Lewandowski (2021) fez referência expressa ao trecho da Constituição (art. 5º, XLIV), que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado democrático”, referindo-se, sem citar nominalmente presidente, aos discursos autoritários.

Como advertiu Lewandowski, a nova Lei n. 14.197, de 2021, que incorpora ao Código Penal a punição a crimes contra o Estado Democrático de Direito, tais como o de subverter as instituições vigentes “impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais”. No artigo, o ministro Lewandowski também fez menção ao artigo 142 da Constituição para justificar eventual uso das Forças Armadas contra o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional:

[...] e aqui cumpre registrar que não constitui excludente de culpabilidade a eventual convocação das Forças Armadas e tropas auxiliares, com fundamentos no artigo 142 da Lei Maior, para a ‘defesa da lei e da ordem’, quando realizada fora das hipóteses legais, cuja configuração, aliás, pode ser apreciada em momento posterior pelos órgãos competentes (Lewandowski, 2021).

Por meio do mencionado artigo, o ministro do Supremo Tribunal Federal deixou claro aos autoritários que cruzaram ou pacto civilizatório de 1988 quais são os limites da lei. No contexto desta pesquisa, foi o momento de maior choque entre poderes (funções de Estado – Executivo/Judiciário). Nunca se viu nada parecido na história recente do Brasil.

² É oportuno lembrar, já que muitas pessoas se esquecem disto às vezes, que, até setembro de 2021 (data de encerramento desta pesquisa), mais de 130 pedidos de *impeachment* contra o presidente Jair Bolsonaro já tinham sido protocolados na Câmara dos Deputados. Das peças para análise, a mais antiga foi protocolada em 13 de março de 2019.

A revelha discussão sobre o art. 142 da Constituição, seguida da discussão interpretativa, não pode ser distorcida como acontece por juristas apoiadores do presidente para justificar eventual uso das Forças Armadas contra o Supremo Tribunal Federal e o Congresso.

A forma de pensar a política pela ótica de que as instituições estão conectadas com a sociedade, e, por isso, a condensação da luta de classes acontece nelas também, como já dito, no início desta pesquisa, não é nada unísono. De outra parte, como bem esclarece Maria Caraméz Carlotto (2021), o raciocínio mais formalista, o de que as instituições funcionam apartadas da economia, da sociedade, da política, do direito – visão estéril – em que ciências sociais aparecem segmentadas (dimensões autônomas – direito, economia, política...), possui até certo grau de ingenuidade. Como tal, essa chave de raciocínio pensa as instituições fincadas na lei e desvios institucionais não são permitidos. Todavia, na prática, nada garante que seja assim.

Quando o art. 142 foi (é) interpretado por alguns integrantes das Forças Armadas e o sentido é (foi) dado por eles, que criam (criaram) outra norma nos sentidos possíveis ao que se apresenta como texto, de modo a dizer que as Forças Armadas são garante-mor da Constituição, ou até quando se diz “não vai ter golpe” (!) porque as Forças Armadas são seguidoras da legislação, nada atesta que seja assim, porque golpes são construídos, ocasião em que o direito converte-se em uma província da política.

Aqui exatamente chegamos a outro problema, que é a “militarização da política”. Este é mais um ingrediente que complica o panorama depois das eleições de 2018. Melhor que desde logo se rememore 2020 e um levantamento do Tribunal de Contas da União que identificou 6.157 militares (da ativa e da reserva) em cargos civis no governo, tanto na administração direta, que é a Esplanada dos Ministérios, quanto nas empresas estatais, autarquias e órgãos de fiscalização (Lis, 2021). Recortando ainda mais, de modo a exemplificar: dos 17 generais que formam o Alto Comando do Exército, 15 exercem cargos de primeira ordem.

Em 2021, como noticiou o jornal *Folha de S. Paulo*, militares colocados pelo governo de Jair Bolsonaro “à frente de um terço das estatais com controle direto da União, militares de Exército, Marinha e Aeronáutica” acumularam as “remunerações recebidas por integrar as Forças Armadas e os salários ou benefícios pagos pelas empresas” (Sassine, 2021). O panorama, daí decorrente, é que noticiaram remunerações mensais que iram de R\$ 43 mil a R\$ 260 mil brutos por mês. E tal se dá para além do teto do funcionalismo público federal, de R\$39,3 mil, que é o salário de um ministro do STF (Supremo Tribunal Federal).

Merecem análise conjugada, já que uma questão e outra dizem respeito à “militarização da política”, a interpretação dada ao art. 142 da Constituição de 1988. Observe-se, de passagem, que o jurista Ives Gandra da Silva Martins (2020) resignificou o art. 142, ao dizer que “Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes”.

Posta esta referência introdutória, um dos contrapontos mas enérgicos foi feito pelo jurista Lenio Streck (2020a), que com coragem acadêmica, refutou: “Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar!”. E a jornalista Cristina Serra, lúcida como sempre, assinalou: “qual o comando constitucional que autoriza militares a exercer tutela sobre o poder civil?”. Mais: “em nome de quem?” (Serra, 2021b).

É fato que outros juristas, além de Ives Gandra, incentivaram essa obscura interpretação do artigo 142 da Constituição. Neste passo, cabe lembrança ao argumento de Adilson Abreu Dallari (2020), professor titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, que afirma:

O que estaria sendo garantido? Quais poderes? De quem? Quem poderia ameaçar algum dos poderes? [...] Todas essas indagações apontam para uma só direção: a defesa da integridade de um dos poderes contra a invasão perpetrada por qualquer dos outros poderes. [...] Normalmente, abusos cometidos pelo Legislativo ou pelo Executivo podem ser corrigidos pelo Judiciário. Mas, e se este poder se omitir? E se este poder, o Judiciário, for o invasor?

De outro lado, o general Augusto Heleno, um dos conselheiros do presidente Jair Bolsonaro, ou também chefe do GSI (Gabinete de Segurança Institucional) do governo, ao que se acresce, foi ajudante de ordens de Sylvio Frota, ministro do Exército ao tempo do ditador Ernesto Geisel, nos anos 1970. Assinale-se, de passagem, que o general Sylvio Frota tentou dar um golpe dentro golpe contra Geisel, ao considerar a hipótese de que o “comunismo” estava contendo o governo. Já se viu que o general Heleno foi coadjuvante de ordens de Sylvio Frota. Ademais, em agosto de 2021, o general Augusto Heleno defendeu uma interpretação sinistra do artigo 142 da Constituição, ao dizer que as Forças Armadas podem coibir “excessos” do Judiciário (Editorial, 2021g). E podemos falar sobre o erro do general em apenas quatro pontos.

Um: o artigo 142 da Constituição não é “Poder Moderador”; nunca foi; e continuará não sendo, caso o regime se mantiver democrático.

Dois, e mais importante: as Forças Armadas não podem eliminar tensões entre funções de Estado (Judiciário, Executivo e Legislativo), dado que Exército, Marinha e Aeronáutica, não figuram no art. 2º da Constituição, o qual diz que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Três: o art. 102 da Constituição Federal registra que “compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Desta forma, o que está na lei não é que as Forças Armadas são um garante-mor da Constituição.

Quatro: se o presidente da República desobedece um ato decisório jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, por conseguinte, não há “lei e ordem”, trecho esculpido em carra no art. 142 da escritura constitucional. Se a lei não importa, então importa o arbítrio, e, nessa altura, o que se acena é ditadura, a ética do tirano. Tempos sombrios começam com interpretações bizarras da Constituição. Aliás, são falsificações de interpretações. E elas não devem servir de salvo-conduto para desrespeitar a Constituição de 1988 e a implementação do projeto de democracia.

Poucas gestões simbolizam tão bem crescentes ameaças golpistas quanto a de Jair Bolsonaro, ao ponto de muitas pessoas perguntarem “Bolsonaro vai dar um golpe?”, “Quando?”, “Como será?”. E, para adensar o nevoeiro, o estadunidense Noam Chomsky, em 2021, comentou sobre uma possível tentativa de golpe no Brasil em andamento (Alakija, 2021).

Com essas referências até aqui apresentadas, em meio a falas golpistas e ataques públicos a ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), notadamente na figura de seu então presidente, o ministro Luís Roberto Barroso, Jair Bolsonaro revelou rachaduras nas estruturas institucionais. A tanto, o jornal *Folha de S. Paulo*, em 5 de agosto de 2021, circulou um duro editorial contra Bolsonaro, chamado de “protótipo de ditador” (Editorial, 2021h).

É de se consignar que no dia em que a Câmara dos Deputados se preparava para votar a proposta de emenda à Constituição (PEC 135/19), alcunhada de “PEC do voto impresso”, bandeira cara ao presidente Jair Bolsonaro, que ajeitava o terreno para contestar uma eventual

derrota nas urnas em 2022, sob o argumento de fraude nas urnas eletrônicas, um desfile militar foi organizado pelo governo federal, talvez para mostrar poder simbólico, construindo uma estratégia retórico-visual-militar.

Como diz a historiadora e antropóloga Lilia Moritz Schwarcz (2014), as imagens não são apenas registros de um momento, mas também concebem o seu contexto. Vista, pois, por esse ângulo, a parada militar abre espaço para análise. Com efeito, o desfile militar foi interpretado pelos parlamentares como tentativa de intimidar o Congresso e o Judiciário. Todavia, a ilustrada parada militar foi patética e tornou-se zombaria nas redes sociais.³

Em verdade, o desfile realçou cenas de um comboio de veículos leves e blindados do Corpo de Fuzileiros Navais, sendo que um dos principais veículos da passagem chamou a atenção do público por soltar excessiva quantidade de fumaça preta.⁴ Com a motorização fumando fartamente, uma queimação de óleo descomunal, o feito deu tom jocoso à parada militar (Estadão, 2021). Assinale-se, de passagem, que essa operação militar em frente ao Palácio do Planalto, com a presença do presidente Jair Bolsonaro, custou aos cofres públicos R\$ 3,7 milhões. O valor foi obtido pelo jornal *Estadão* por meio da Lei de Acesso à Informação (Pompeu, 2021).

Por fim, mas não em último lugar, governos reacionários têm desfrutado de um certo apoio popular. E uma das primeiras lições que estamos aprendendo dessas experiências é que o discurso autoritário de um chefe de Estado estimula violências, no plural, que não são de superfície, mas algo enraizado, que se mobiliza para se (re)ajuntar tanto na internet quanto fora dela pessoas com interesses, valores e padrões diferentes do que está na Constituição. Não por outro motivo vem à baila camadas de reflexão.

Numerosos discursos do presidente Jair Bolsonaro são altamente controvertidos. Há falas que são verdadeiras âncoras de insuflação reacionária, e isso é mais complexo do que se imagina, porque abre passagem para mobilizar um segmento da sociedade em conduta adversa às conquistas democráticas.

Seja qual for a intenção do mandatário, viu-se aumento de ideologia de ultradireita nos meios digitais e fora da *web*. Como observou a antropóloga Adriana Dias, professora convidada da Fiocruz, que pesquisa há duas décadas as atividades de grupos neonazistas no Brasil, no âmbito de suas apurações (Demori, 2021), ocorreu de se deparar com carta de Bolsonaro publicada em sites neonazistas em 2004 – carta publicada pelo site neonazista Econac.

É perpassar a história recente do Brasil e ver, no que tange ao assunto, um aumento de inquéritos na Política Federal, uma vez que entre 2015 a 2021, células neonazistas saltaram de 75 para 530, segundo monitoramento (Mena, 2021). Vê-se que a matéria é delicada. Não se pode olvidar que, em julho de 2021, o presidente Bolsonaro recebeu a deputada alemã Beatrix von Storch, vice-líder do partido populista AFD (Alternativa para a Alemanha), encontro que aconteceu fora da agenda, no Palácio do Planalto (Soares, 2021). Aqui, observe-se: Beatrix von Storch é neta de Lutz Graf Schwerin von Krosigk, ministro das Finanças na Alemanha nazista.

3 Registre-se que, à época, a “Quest Pesquisa” analisou cerca de 2,3 milhões de postagens: 93% foram chacota com a parada ou críticas ao presidente da República Jair Bolsonaro. Apenas 5% exaltam as Forças Armadas e o presidente. Por fim, 2% apoiam Bolsonaro (Guedes, 2021).

4 O evento, marcado na manhã de 10 de agosto de 2021, contou com veículos da Marinha. Em simbolismo elevado, a Força naval foi entregar um convite para o presidente da República comparecer, no final daquele mês, ao principal momento de treinamento do Corpo de Fuzileiros Navais, que ocorre anualmente no Centro de Instrução de Formosa, em Goiás, a 80 Km de Brasília. Seguiu-se o comboio de blindados, caminhões e jipes, que desfilaram sob vigília de Bolsonaro – sem a presença dos representantes de outras funções de Estado. O desfile passou ao lado da praça dos Três Poderes, onde estão o Palácio do Planalto (sede do Executivo), o Congresso Nacional (Legislativo) e o Supremo Tribunal Federal (Judiciário).

Em que pese o desconforto da visita, ajunta-se outro incômodo, o do ex-secretário da Cultura Roberto Alvim, em 2020, que protagonizou vídeo tenebroso, porque possível ver a explicitação de traço nazista no governo pela boca do ex-secretário especial da Cultura Roberto Alvim, que, em vídeo, copiou um parágrafo inteiro do discurso do mentor da propaganda nazista Joseph Goebbles (Schwarcz, 2021). Anote-se, *en passant*, que “Roberto Alvim cuidou ainda de colocar a música Lohengrin, de Richard Wagner, que era antissemita e admirado por Hitler” (Del Negri, 2020).

Como chegamos a esse ponto? Não podemos esquecer que coisas desse gênero ocorreram. É imprescindível recordar sempre. Temos uma Constituição que não permite hermenêuticas reacionárias; logo, o reacionarismo é anti-Constituição de 1988. Na democracia, afinal, não existe espaço para sabotadores da Constituição, sequer violadores de Direitos Humanos e sequestradores do futuro de um país tão grande e diverso.

Considerações finais

O panorama aqui retratado pode ser incompleto, mas cremos haver demonstrado um guia para discutir o passado recente, as emergências e o futuro do Brasil. Seria de se dizer, com a posição acertada Lenio Streck (2020, p. 38), que “[...] deveríamos ter iniciado no dia 5 de outubro de 1988 uma filtragem nas posturas dos juristas”. A propósito, essa filtragem deveria ter acontecido de forma ampla, com todos os agentes políticos.

Ocorre, portanto, que o movimento totalitário, como, ainda, existe e circula entre nós, deve ser constrangido, sobremodo, porque se trata de sequelas do período da ditadura (1964-1985), e, hoje, mesmo depois da Constituição de 1988, contrabandeia o projeto de Estado Democrático de Direito.

Os eventos que culminaram na eleição de Jair Bolsonaro são relevantes para compreender as particularidades do cenário brasileiro, como para “apontar chaves teóricas importantes para reinterpretar os eventos em outras latitudes” (Chaloub, 2020, pp. 21-22).

No recorte da pesquisa, com foco na categoria dos juristas, as Faculdades de Direito terão muitos bons motivos para discutir a ascensão da extrema direita e as graves consequências para a democracia brasileira. Não tem por que as Faculdades de Direito permanecerem silentes. As explicações precisam acontecer e a Universidade primordialmente tem que recusar qualquer arranjo arbitrário.

De tudo, pois, se apresenta, nos tópicos a seguir, os principais resultados da pesquisa:

1 - Averiguou-se que ao se denunciar o autoritarismo é relevante que se diga que não se trata de um episódio que se restringe à época atual. Devemos, sim, absorver, com atenção, as lições do sombrio período brasileiro de 1964-1985, assim como o que ficou dele. Antes de se levantar o tema dos autoritários que cruzaram o marco da Constituição de 1988, é preciso saber que a Lei de Anistia de 1979 funcionou como um bloqueio a punições, prejudicando a uma adequada “justiça de transição”.

2 - Verificou-se que a narrativa de que a ditadura militar era, com efeito, uma “revolução”, e deste modo o movimento se legitimava por si mesmo, tratou-se de uma ação unificada. O golpe de 1964 foi dado com o apoio das instituições. Eles removeram com muita facilidade o presidente da República João Goulart. Quando se rememora o caso, vê-se a permissão das

Forças Armadas. Ninguém consegue dar um golpe de Estado sem a anuência dos militares, sem a aderência da burguesia (classes dominantes) e o beneplácito da grande imprensa, e, essencial à tessitura, o papel dos juristas que engendram a maquinaria para tudo parecer que não houve transgressão ao Direito.

3 - Conclui-se, a partir da pesquisa de Danilo Pereira Lima (2018), que a ditadura sempre procurou anunciar uma estrutura legal para a repressão política, buscando legitimar a dominação. Observou-se a sequência de Atos Institucionais. Neste passo, o que queria o regime ditatorial era – à vista da opinião pública – dizer que o regime político agia dentro da lei; e “agir dentro da lei” era, no ponto de vista dos governos militares, expressão de sentido análogo à palavra “democracia”.

4 - Considera-se que atos de exceção foram produzidos no interior do regime militar de 1964. Se se tem traços de exceção, está-se no campo da tirania.

5 - Reflete-se que estudar, pesquisar, escrever e ensinar Direito com os propósitos democráticos é abrir novos caminhos para as gerações futuras já cansadas de saberes doutrinários, estereotipados, tirânicos.

6 - Pontua-se que autoritários cruzaram o experimento democrático iniciado pela Constituição de 1988 e promoveram vandalismo institucional. O presidente Jair Bolsonaro demonstrou vontade de ensaiar, com tanta frequência, seu projeto de golpe de Estado e ditadura aberta no Brasil.

7 - Coletou-se a seguinte situação: na contemporaneidade, um apoio a qualquer golpe é o suficiente para gangrenar o pacto constitucional de 1988 e gestar anos de ditadura civil-militar.

8 - Deu-se que personagens políticos sejam julgados e punidos por crimes contra a ordem constitucional de 1988, se quisermos falar em uma retomada e consolidação de caminho democrático no país, sob a estatura da esquivia de novos retrocessos opressivos.

9 - Nota-se que, em 2021, com dois anos e meio de governo, já eram escancarados os tantos atos em que o presidente Jair Bolsonaro contribuiu para o abalo dos valores democráticos, a começar pela celebração ao golpe de 1964. Não se trata, por evidente – e nem de perto – de algo simples. O presidente celebra um regime que fechou o Congresso Nacional.

10 - Retenha-se que a Constituição de 1988 estabeleceu regras preventivas para impossibilitar a intrusão do poder legítimo pela força, enfatizando, no capítulo relativo aos direitos e garantias fundamentais, art. 5º, XLIV, que “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

11 - Neste passo, acerca do movimento bolsonarista de ataque ao Supremo Tribunal Federal (STF), cabe lembrança ao Código Penal, art. 359-L: “Tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais”, e, impreterivelmente, também o art. 6º, da Lei n. 1.079/50: “São crimes de responsabilidade [...] 6 – usar de violência ou ameaça, para constranger juiz [...] a proferir ou deixar de proferir despacho, sentença ou voto, ou a fazer ou deixar de fazer ato do seu ofício”. Em síntese, dois casos distintos: o fato de o presidente da República falar (“grave ameaça”) que não vai cumprir uma ordem do STF, incorre-se em crime de responsabilidade (fato posto, consumado, a ser resolvido pelo Congresso Nacional). Diversamente, se um ato decisório do STF é publicado, a fim de o presidente da República cumpri-lo, e isso não é efetivado, há, pois, crime comum. Vem ao primeiro caso a questão do *impeachment*. Vem ao segundo, o vislumbre de prisão em flagrante.

12 - Acrescenta-se que a política é essencial, pois, apesar de ter sido descaracterizada pela classe governante, mesmo assim continua sendo uma instituição portentosa para que os interesses discordantes da sociedade coabitem o melhor possível.

13 - Aponta-se que, em menos de três anos de mandato, o presidente da República Jair Bolsonaro conseguiu debilitar quase 40 anos de conquistas democráticas assegurados na Constituição de 1988. Entre os meses de junho até o início de setembro de 2021, a possibilidade de um golpe de Estado passou a ser pauta constante nas mídias. Retenha-se que com a aprovação da Lei de Defesa do Estado Democrático (Lei n. 14.197/21, que revogou a Lei de Segurança Nacional), o país ganhou mais uma barreira de contenção aos golpistas.

14 - Observa-se que, dentre os juristas, há certa dificuldade, mesmo em inteligências arejadas, para entender rapidamente o caráter corrosivo de determinados ataques à legalidade democrática, talvez por omissão na formação universitária. Espelho distorcido, mas espelho, do mundo, a Faculdade de Direito por vezes pode ser contraditória, falha. Mas sempre pode ser mais rica. Devemos, sim, absorver, com atenção, as lições que nos são ministradas por docentes e pesquisadores que demarcam o risco da captura da ordem legal por personagens políticos com vocação reacionária. Lado outro, alguns autoritários estão rodeados de gente que sabe muito bem o que quer com a fragilização de um Estado Democrático de Direito.

15 - Ressalta-se que o adequado teria sido destituir o presidente Jair Bolsonaro por crime de responsabilidade assim que ele os cometeu, no início do mandato. A Câmara dos Deputados, devido a uma lamentável combinação de fatores, falhou em não dar essa resposta rápida. A demora para punições contribui para o esgarçamento (ou até mesmo a ruptura) do pacto civilizatório de 1988.

16 - Observou-se, no período desta pesquisa, que os discursos de militantes do reacionarismo bolsonarista – e os do próprio chefe de Estado – são alinhados em tom de ataque ao Supremo Tribunal Federal (STF). Consideram-se alguns elementos, e o que importa assinalar, no recorte temporal desta pesquisa, é que Jair Bolsonaro até consegue ter um controle de parte considerável do Congresso Nacional, por meio do apoio de parlamentares do “Centrão”, devido ao manejo de compra de votos em troca de emendas parlamentares. Aponta-se para o fato de o presidente da República não ter o mesmo comando (mexer politicamente) no que diz respeito aos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Em síntese, conclui-se que Bolsonaro avistou que seu poder encontra limites no STF. E tal se terá o ataque à Corte, método que faz parte do receituário do governante autoritário. Então chega-se ao ponto em que se encontra a interpretação de Jair Bolsonaro, a partir da interpretação desviante de alguns juristas, acerca do art. 142 CF, no que se refere às Forças Armadas, de modo a influir em proveito do Executivo, a fim de ser uma espécie de “Poder Moderador”.

Referências

- Agamben, G. (2004). *Estado de exceção*. Boitempo.
- Alakija, Ana. (2021, 3 de agosto). *Noam Chomsky vê tentativa de golpe no Brasil em andamento* [Blog]. Recuperado: <http://www.camaraempauta.com.br/2021/08/chomsky-ve-tentativa-de-golpe-no-brasil-em-andamento/>.
- Bozzo, J. C. (2021, 1 setembro). Plínio Marcos escreveu crônicas 'da quebrada' para Folha dos anos 1970. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/folha-100-anos/2021/08/plinio-marcos-escreveu-cronicas-da-quebrada-para-folha-dos-anos-1970.shtml>.
- Buzaid, A. (1964). *Anteprojeto de Código de Processo Civil de 1973*. Departamento de Imprensa Nacional. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/177246>.
- Campos, F. (2001). *O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo, ideologia*. Senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1056>.
- Camus, A. (1997). *A Peste*. Record.
- Carlotto, M. C. (2021, 25 agosto). O colapso da Democracia no Brasil: 5 anos do golpe. *Curso emergências (módulo 3/aula 2) de formação popular organizado pela Editora Expressão Popular e Fundação Rosa Luxemburgo*. Recuperado em 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LmNAiN-5NMCE>.
- Chaloub, J. (2020). Os lugares da política na crise da democracia. *Argumentum*, 4(2), 21-31. Edufes.
- Coutinho, J. N. M. *Direito e Psicanálise*. Tirant lo Blanch.
- Dallari, A. A. (2020, 11 junho). Todos são iguais perante a lei, exceto os 11 brasileiros do STF. *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-11/interesse-publico-todos-sao-iguais-lei>.
- Del Negri, A. (2020, 22 abril). Tropeçando no perigo. *Brasil 247*. Disponível em: <https://www.brasil247.com/blog/tropecando-no-perigo>.
- Demori, L. (2021). Pesquisadora encontra carta de Bolsonaro publicada em sites neonazistas em 2004. *The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://theintercept.com/2021/07/28/carta-bolsonaro-neonazismo/>.
- Editoriais. As manchetes do golpe militar de 1964 [Carta Capital]. (2021). Disponível em: <https://www.pagina13.org.br/as-manchetes-do-golpe-militar-de-1964/>.
- Editorial. Bolsonaro defende guerra civil no Brasil e sonegação de impostos em vídeo de 1999 [Estado de Minas]. (2018a). Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/08/29/interna_politica,984474/bolsonaro-defende-guerra-civil-no-brasil-e-sonegacao-de-impostos-em-vi.shtml.

- Editorial. Na Câmara, Braga Netto diz que não houve ditadura no Brasil quando militares comandaram país. [Revista Isto É]. (2021b). Disponível em: <https://www.istoe-dinheiro.com.br/na-camara-braga-netto/>.
- Editorial. Em live, Bolsonaro não prova 'fraude' em eleições; TSE rebate as fake news. [Revista Carta Capital]. (2021c). Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/em-live-bolsonaro-nao-prova-fraude-em-eleicoes-tse-rebate-as-fake-news/>.
- Editorial. Bolsonaro ameaça STF de golpe diz que só sai morto da Presidência. [Folha de S. Paulo]. (2021d). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/>.
- Editorial. Na Paulista, Bolsonaro exorta desobediência a Moraes e diz que canalhas nunca irão prendê-lo. [Folha de S. Paulo]. (2021e). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/na-paulista-bolsonaro-repete-ameacas-golpistas-ao-stf-e-diz-que-canalhas-nunca-irao-prende-lo.shtml>.
- Editorial. 7 de setembro: presidente do STF adverte que liberdade de expressão não comporta violências e ameaças. [Folha de S. Paulo]. (2021f). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=472359&ori=2>.
- Editorial. Gen. Heleno defende 'constitucionalidade' de golpe militar: 'Artigo 142 pode ser usado'. [Revista Carta Capital]. (2021g). Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/gen-helena-defende-constitucionalidade-de-golpe-militar-artigo-142-pode-ser-usado/>.
- Editorial. Ensaio de ditador. [Folha de S. Paulo]. (2021h). Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2021/08/ensaio-de-ditador.shtml>.
- Editorial. Se for tentativa de intimidar, aprenderão a lição, diz vice da Câmara sobre desfile de tanques. [Carta Capital]. (2021i). Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/cartaexpressa/se-for-tentativa-de-intimidar-aprenderao-a-licao-diz-vice-da-camara-sobre-desfile-de-tanques/>.
- Estadão. (2021). Parlamentares veem tentativa de intimidação do Congresso em desfile de blindados. Vídeo no YouTube. Recuperado: <https://www.youtube.com/watch?v=g74UV790Yfo&t=78s>.
- Ferreira Filho, M. G. (1978). *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva.
- Gama e Silva, L. A. (1968). Nota Oficial. Discurso de Luís Antônio da Gama e Silva, ministro da Justiça, justificando o Ato Institucional nº 5 e leitura do Ato. Jornal da USP - Rádio da USP. Disponível em: <https://jornal.usp.br/radiosp-sp-aovivo.html>.
- Gayer, E., & Souza, M. (2021, 3 setembro). 7 de Setembro será 'ultimato' a ministros do STF, diz Bolsonaro. *O Estado de S. Paulo*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,7-de-setembro-sera-ultimato-para-duas-pessoas-que-precisam-entender-seu-lugar-diz-bolsonaro,70003830494>.
- Octavio, G. (2021, 10 de agosto). Parada militar foi fiasco nas redes sociais: 93% dos posts são chacota. [Blog]. Recuperado: <https://g1.globo.com/politica/blog/octavio-guedes/post/2021/08/10/parada-militar-foi-fiasco-nas-redes-sociais-93percent-dos-posts-sao-chacota.ghtml>.

- Levitsky, S., & Ziblatt, D. (2018). *Como as democracias morrem*. Zahar.
- Lewandowski, R. (2021, 29 setembro). Intervenção armada: crime inafiançável e imprescritível. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opinia/2021/08/intervencao-armada-crime-inafiavel-e-imprescritivel.shtml>.
- Lima, D. P. (2018). *Legalidade e Autoritarismo*. Juspodivm.
- Lis, L. (2021, 17 julho). Governo Bolsonaro mais que dobra número de militares em cargos civis, aponta TCU. *G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/07/17/governo-bolsonaro-tem-6157-militares-em-cargos-civis-diz-tcu.ghtml>.
- Marcelino, D. A. (2006). *Salvando a pátria da pornografia e da subversão: a censura de livros e diversões públicas nos anos 1970* [Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio de Janeiro].
- Marcos, P. (1977, 2 de maio). Quando o Sol Raiar, Eu Irei a Cruzeiro [Ilustrada, Folha S. Paulo]. Recuperado em 13 de setembro de 2021. Disponível em: https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=6203&anchor=4239416&origem=busca&originURL=&pd=540764ed1ac60663d6dc684469cff437&_ga=2.70269528.95580272.1631447977-1139305445.1580490346&_mather=66a-288c2b151e851.
- Martins, I. G. S. da. (2020, 28 maio). Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os Poderes. *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>.
- Medeiros Silva, C. (1964). O Ato institucional e a elaboração legislativa. *Revista de Direito Administrativo*, 77(347), 1-12. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/25966/24825>.
- Meirelles, H. L. (1972). Poder de Polícia e Segurança Nacional. *Revista dos Tribunais*, 61(445), p. 287–298.
- Mena, F. (2021, 15 agosto). Brasil vive escalada neonazista em meio a aumento de inquéritos na PF. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/brasil-vive-escalada-de-grupos-neonazistas-e-aumento-de-inqueritos-de-apologia-do-nazismo-na-pf.shtml>.
- Meyer, E. P. N. (2015). Crimes contra a Humanidade, Justiça de Transição e Estado de Direito: Revisitando a Ditadura Brasileira. *Brasiliiana: Journal for Brazilian Studies*, 4(1), 208–242.
- Miguel, L. F. (2019). *O colapso da democracia no Brasil: da Constituição ao golpe de 2016*. Fundação Rosa Luxemburgo, Expressão Popular.
- Miguel, L. F., & Vitullo, G. E. (2020). Democracia, dominação política e emancipação social. *Revista Crítica Marxista*, 51, 11–35.

- Miguel, L. F. (2021, 18 agosto). O colapso da Democracia no Brasil: 5 anos do golpe. *Curso emergências (módulo 3/aula 1) de formação popular organizado pela Editora Expressão Popular e Fundação Rosa Luxemburgo*. Recuperado em 20 de agosto de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=voFzTkKywOs>.
- Monteleone, J. (2016, 16 abril). Ainda vivemos sob o Judiciário da Ditadura. *Opera Mundi*. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/samuel/43825/ainda-vivemos-sob-o-judiciario-da-ditadura>.
- Naudé, G. (1992). *Considerazione politiche sui colpi di Stato*. Giuffrè.
- Pompeu, L. (2021, 5 setembro). Operação com desfile de tanques custou R\$ 3,7 mi aos cofres públicos. O Estado de São Paulo. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2021/09/05/operacao-com-desfile-de-blindados-custou-r-37-mi.htm>.
- Poulantzas, N. (2000). *O Estado, o poder, o socialismo*. Graal.
- Presidência da República. (1964). *Ato Institucional nº 1*. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm#art11.
- Presidência da República. (2021). Nota Oficial. Palácio do Planalto. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/notas-oficiais/2021/nota-oficial-presidente-jair-bolsonaro-09-09-2021>.
- Przeworski, A. (1995). *Estado e economia no capitalismo*. Relume-Dumará.
- Przeworski, A. (2020). *Crises da democracia*. Zahar.
- Reis, B. P. W. (TV Assembleia – Programa Mundo Político). (2021). Funcionamento das instituições no Brasil [vídeo]. YouTube. Recuperado em 24 fevereiro de 2020. Disponível em: https://www.almg.gov.br/acompanhe/tv_assembleia/videos.
- Rolleberg, D. (2008). Memória, opinião e cultura política: a Ordem dos Advogados do Brasil sob a Ditadura (1964-1974)". In: D. R. Aarão & D. Rolland (Orgs.). *Modernidades Alternativas*. FGV.
- Sassine, V. (2021, 5 setembro). Militares que comanda estatais acumulam até R\$ 260 mil. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/09/militares-que-comandam-estatais-acumulam-salarios-e-ganham-entre-r-43-mil-e-r-260-mil.shtml>.
- Schmitt, C. (2008). *O conceito do político*. Del Rey.
- Schwarcz, L. M. (2014). Lendo e agenciando imagens: o rei, a natureza e seus belos naturais. *Sociologia & Antropologia*, 4 (2), 391-431.
- Schwarcz, L. M. & Starling, H. M. (2015). *Brasil: uma biografia*. Companhia das Letras.
- Schwarcz, L. M. (2021). Roberto Alvim não é causa, é sintoma. YouTube. Recuperado em 6 setembro de 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=kON26R-cuOo>.

- Serra, C. (2021a, 23 agosto). Que Forças Armadas queremos? *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/cristina-serra/2021/08/que-forcas-armadas-queremos.shtml>.
- Serra, C. (2021b, 15 fevereiro). Será possível mandar militares de volta para os quartéis? *Folha de São Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/cristina-serra/2021/02/sera-possivel-mandar-militares-de-volta-para-os-quarteis.shtml>.
- Soares, I. (2021, 26 julho). Bolsonaro se encontra com deputada de partido neonazista da Alemanha. *Correio Braziliense*. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/politica/2021/07/4939769-bolsonaro-se-encontra-com-deputada-de-partido-neonazista-da-alemanha.html>.
- Streck, L. (2020a, 21 maio). Ives Gandra está errado: o artigo 142 não permite intervenção militar! *Revista Consultor Jurídico – Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/senso-incomum-ives-gandra-errado-artigo-142-nao-permite-intervencao-militar>.
- Streck, L. (2020b). *Ensino, dogmática e negacionismo epistêmico*. Tirant lo Blanch.
- Tikhanovskaia, S. (2021, 15 agosto). Não descuidem; líderes autoritários comem a democracia pelas bordas. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2021/08/> l.
- Vargas, M. (2021, 28 agosto). Bolsonaro fala de fuzil em meio a crise sanitária, econômica e institucional. *Folha de S. Paulo*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/08/tem-que-todo-mundo-comprar-fuzil-diz-bolsonaro-em-meio-a-crise-institucional-provocada-por-ele.shtml>.
- Ventura, Z. (2013). *1968 - O ano que não terminou*. Objetiva.
- Vidal, L. (2016). No Brasil, o golpe de Estado como dramaturgia clássica”. In. H. Mattos, T. Bessone, & B. Mamigonian (Orgs.) *Historiadores pela democracia: o golpe de 2016 e a força do passado* (pp. 271-274). Alameda.
- Votação. (2016). Bolsonaro vota ‘sim’ por um homicida #TeDedico Ustra. *Jornalistas Livres*. YouTube. Recuperado em 5 de setembro de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=dQfFTM8EAV4>.
- Wood, E. M. (2010). *Democracia contra o Capitalismo: a renovação do materialismo histórico*. Boitempo.

Data de Recebimento: 22/09/2021

Data de Aprovação: 23/11/2021

Resenha

HISTÓRIA DO DIREITO

O fascismo em ação:

As dinâmicas institucionais na história de uma ditadura

Fascism in action:

Institutional dynamics in the history of a dictatorship

Massimo Meccarelli¹

¹ Università degli studi di Macerata. ORCID: 0000-0003-3246-9797

Resenha de Melis, Guido (2018). *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*. Bologna, Il Mulino

Os interessados na história institucional e jurídica da ditadura encontram no livro de Guido Melis uma preciosa ferramenta de trabalho.

O volume dedicado aos vinte anos da ditadura fascista (1922-1943) propõe um estudo dos arranjos institucionais do estado italiano. No período no qual ocorreu uma profunda revolução no plano constitucional com um viés fortemente autoritário, permanecendo intocadas a Carta Constitucional (o *Statuto Albertino*) e a forma monárquica. As instituições representativas que compunham o estado liberal durante o século XIX foram sendo progressivamente enfraquecidas, o nascente sistema de partidos políticos de massa foi desmantelado, graças aos intervenções na lei eleitoral e, sobretudo, através de novas medidas policiais e formas especiais de repressão, visando neutralizar a dissidência política e o aniquilamento do que era reconhecido como inimigo político. O novo sistema se baseava na figura do *Duce*, Chefe do governo e, juntos, do partido político único, o Partido Nacional Fascista, auxiliado por um novo órgão constitucional, o *Gran Consiglio del Fascismo*. Ao mesmo tempo foi determinada uma nova reorganização das instituições públicas que redesenha em um sentido mais centralista as relações entre Estado e território, no sentido intervencionista as relações entre Estado e economia, e no sentido corporativo as relações entre Estado e sociedade.

A qualidade desse livro se dá por uma série de características originais, além da eficaz mão de um historiador, que dedicou grande parte da sua vida científica a estudos sobre o século XX².

O primeiro aspecto a se destacar, é a abordagem da pesquisa e suas escolhas metodológicas. O livro se desenvolve através de uma grade analítica focada nos principais perfis do sistema institucional (o governo, o partido, as instituições estatais e seus atores, as instituições econômicas e sociais) e tem como objetivo desenvolver uma história dinâmica. Tal abordagem visa compreender dentro do tecido institucional o «ativismo secreto no qual podem ser registradas as constantes» e dessa forma «determinar as leis de fundo». (p. 567) Isto produz uma análise riquíssima de um estudo multifacetado que inclui também as questões de história legislativa, da cultura e do pensamento jurídico-político.

É a escolha da *macchina* como chave de leitura, que favorece a construção original do objeto de estudo. O uso de tal chave de leitura permite a emancipação daquela outra, que vê o Estado como forma de vida, uma constante na dimensão discursiva do direito e da política do século XX. Narrar o projeto e o processo de construção da ditadura na Itália como uma história de implementação de uma ideia de Estado – daquela ideia organicista e sincretista que combina o *Estado pessoa*, como o resultado final da *Staatslehre*, com a invenção do *Estado corporativo* – mantém uma indiscutível relevância historiográfica. Tal abordagem, no entanto, se mostra funcional sobretudo para descrever os processos verticais internos à fenomenologia do direito e das instituições, sejam esses reconstruídos a partir da dimensão teórica a fim de observar seus reflexos na dimensão das práticas, ou até mesmo no sentido oposto ao indagar processos

2 Podemos mencionar dentre as suas inúmeras obras: *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali 1988; *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1990; *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, il Mulino, 1996 (nuova edizione 2020); *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, il Mulino, 2014 e a edição dos volumes *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Milano, Giuffrè, 2006, 2 voll.; *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2008; (con Giovanna Tosatti), *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino, 2021.

de hipostatização nos conceitos jurídicos da diferenciação do direito e das instituições que surgem de baixo.

De forma diversa, observar a *macchina* estatal a partir do viés do seu funcionamento para além de um olhar apenas da sua idealização – Melis está interessado em estudar como se articula «o circuito decisório no regime fascista» sem limitar-se ao «debate teórico» (p. 494) – permite considerar horizontalmente os níveis de convergência entre a vida das instituições e o programa político-jurídico da ditadura. Esses nos mostram, por um lado, o processo de atração/normalização das instituições no programa fascista, mas por outro, evidenciam uma dinâmica de *apropriação* do programa fascista por parte das instituições³.

Essa descoberta é repleta de consequências. A primeira é que tal capacidade de apropriação, característica da máquina institucional (mas também se aplica ao discurso jurídico), torna-se um elemento essencial para obter a perspectiva de sentido de um fenômeno histórico como a ditadura. A segunda consequência é que o fenômeno histórico da instauração de uma ditadura, mesmo quando se propõe, como no caso do fascismo, em termos radicais, deve ser interpretado como o resultado de um *processo de transformação* das instituições estatais. E isto se reverbera, a terceira delas se daria nos instrumentos analíticos que utilizamos para observá-lo, uma vez que demonstra uma certa insuficiência do par conceitual tradicional de *continuidade/ruptura*.

Os ensaios dedicados a história, seja de instituições políticas, seja do pensamento jurídico adotam recorrentemente o esquema conceitual que justapõem continuidades e rupturas para poder classificar aspectos individuais de complexa história institucional da ditadura. Guido Melis também se confronta com esse problema da continuidade/ruptura, e o faz, agudamente, seja no sentido de mobilizar o par oposto como instrumento analítico⁴, seja como considerá-lo nas fontes, nas estratégias discursivas durante as duas décadas da ditadura, como um aspecto que contribui para qualificar a configuração do objeto de pesquisa.

O estudo dinâmico da máquina institucional, vai além, trazendo à tona uma nova face daquela experiência histórica, na qual a sua interpretação não se resolve através do par de opostos continuidade/ruptura. Trata-se, de fato, de considerar o *campo de tensão* que a máquina institucional produz, como resultado em conjunto da inserção do novo e da resiliência do antigo – que seria talvez melhor observado através do par heurístico *inovação-transição*⁵ – e o efeito atributivo que isto produz na configuração histórica assumida pela ditadura e sobre suas condições a serem pensadas.

A emersão de tal campo de tensão produz reflexos relevantes sobre a interpretação que podemos dar ao fenômeno da ditadura. Do ponto de vista historiográfico nos permite sair de um discurso raso sobre o “limite” na implementação do programa ditatorial e no estabelecimento da ditadura (que em última análise serviria para determinar se o fascismo teria tido ou não sucesso em seu projeto). A máquina “imperfeita”, de fato, em vez de indicar um perfil de incompletude na realização da ditadura na Itália, descreve a experiência a qual esta deu vida. Nos afastando de qualquer simplificação revisionista, nos explica o modo como se produziu a experiência da ditadura, entendida como um fenômeno histórico completo. Em outras palavras,

3 Um resultado semelhante é encontrado em pesquisas recentes, como por exemplo aquelas dedicadas as leis raciais, como Gentile (2013) ou Meniconi e Pezzetti (2018).

4 Sobre isso ver as observações de Stolzi (2019, pp. 776-777).

5 Para essa análise, ver os comentários feitos em Meccarelli, Paixão, Roesler (2020).

a máquina imperfeita não serve para qualificar o grau de intensidade da ditadura, mas a compreender o modo com o qual a sua ação se desenvolveu.

As vantagens desse tipo de interpretação se refletem no modo com o qual o livro aborda grandes temas que a historiografia vem se questionando há anos, como o da relação entre o fascismo e o totalitarismo. O fascismo, de fato, é redescoberto como «um fenômeno muito mais complexo do regime totalitário do que como a historiografia frequentemente o apresentou»; nas estruturas por ele geradas, junto à “força motriz” representada pelo *Duce*, «permanece sempre uma dialética mais ou menos incisiva» (p. 567-568). Melis consegue evidenciar essa característica em todos os gânglios dessa complexa estrutura institucional do Estado, seja ao tratar das grandes instituições centrais, como o Conselho de Estado, seja os reflexos nos novos âmbitos de expansão das instituições do Estado, como a economia, seja que se interesse no partido político, seja os reflexos na relação entre poder central e instituições locais. É sempre importante adotar uma abordagem que, sem buscar soluções gerais, saiba distinguir em relação as áreas de intervenção, os objetivos perseguidos, aos interesses mediados, as características dos atores etc.

Além disso, como é bem abordado (pp. 526-543) o próprio conceito de totalitarismo, é em certo sentido um produto da discussão doutrinal sobre a categoria de “Estado” durante as duas décadas, antes de se tornar uma ferramenta historiográfica de classificação da experiência autoritária. Logo, pode ser considerado mais um resultado de um debate sobre a forma do Estado fascista que uma categoria metalinguística para fazer a história do mesmo.

É nessa perspectiva e com essa sensibilidade, que é abordado outro grande tema do posicionamento dos juristas durante aquelas duas décadas. A obra é muito atenta à reconstrução do papel dos atores, em particular no entrelaçamento entre o aspecto biográfico, o compromisso institucional, a contribuição ao desenvolvimento do pensamento jurídico e tem pleno sucesso na sua intenção de apreender a articulação de atitudes em relação ao velho e ao novo. Assim sendo, ao lado das ações dos juristas revolucionário fascistas, o livro desenvolve com eficácia abordagens e estratégias diferentes: uma destinada a defesa das pedras angulares da escola italiana de direito público do final do século XIX a ponto de ler, na transformação do Estado em curso, uma confirmação da própria visão antiga de Estado (pp. 257-262); além da estratégia, com a qual «o morto agarrava o vivo», orientada a garantir a continuidade nos métodos, nos princípios, nas linguagens, embora por trás da máscara da «forma moderna» (p. 265)⁶; e também a estratégia destinada a compreender o alcance das transformações institucionais além do horizonte indicado pelo fascismo (se pensarmos a Constantino Mortati que identificou a «zona cinzenta» entre política e direito ou em Massimo Severo Giannini que descobriu a multiplicidade dos sujeitos institucionais (pp. 270-273); e por fim a estratégia de liderar e guiar as grandes reformas (embora com o objetivo de alcançar as mudanças legislativas já previstas, independentemente dos programas do fascismo). Como é o caso de Piero Calamandrei, ao qual são dedicadas páginas densas, que têm como base o seu diário (pp. 286-292).

⁶ E em relação à persistência do formalismo de Melis, verificamos seus ecos na tese apresentada por Cassese (1971), que observa como muitas vezes dependia de uma incapacidade de ver as transformações imponentes que haviam ocorrido na sociedade, em vez de uma forma de resistência a uma transformação do direito em um sentido fascista.

De um modo geral a análise dos resultados desta colaboração com o regime também é cuidadosa em restituir a sua complexidade; por exemplo, no que diz respeito à produção dos novos códigos civis e de processo civil⁷ encomendados pelo ministro Grandi, a tese dos códigos que eram apenas nominalmente fascistas, é enriquecida e relativizada, evidenciando «o clima de colaboração ambígua» (p. 293) e a presença de diferentes interesses e estratégias como base da produção de uma mesma reforma.

A máquina imperfeita também nos leva a considerar o problema igualmente relevante do consentimento da Magistratura ao regime. Aqui o cenário em movimento é reconstruído com a chave analítica que distingue a *cultura fascista* e a *cultura dos juízes* (p. 344). Isto permite distinguir entre os magistrados que exercem a carreira no interior do Judiciário e a uma distância de segurança da política e os magistrados nos vértices que atuam no governo. Nesse caso se destaca a figura de Mariano D'Amelio (Primeiro Presidente da Corte de Cassação única, e responsável por importantes iniciativas editoriais como a realização do *Nuovo Digesto Italiano*); o livro ilustra bem a importância que D'Amelio teve em favorecer o estabelecimento de uma concepção de jurisdição, por exemplo, desenvolvendo o papel da Corte de Cassação finalmente única, como um lugar equilibrador da jurisprudência no quadro desordenado e, às vezes, causal na vida institucional entre «inovação e tradição». (p. 347)

A obra não deixa de abordar aspectos de interesse direto para a história jurídica ao considerar a distinção entre *direito fascista* e *direito durante o fascismo*. Entretanto, a análise não se preocupa tanto em distinguir ou isolar esses dois aspectos no interior das configurações que o direito assumiu concretamente durante aquelas duas décadas; a perspectiva sugerida pelo livro parece ser outro: compreender o fator dinamizador que, a existência dessa dupla alma, tem representado na vida institucional e no sistema jurídico.

Dessa forma, a chave de leitura da máquina permite um exame aprofundado dos fenômenos políticos e jurídicos determinados naquelas duas décadas. Essa chave poderia também ser aplicada de forma útil a questões que a obra não abordou, mas que seriam interessantes de considerar, como a questão colonial. Este parece ser um terreno potencialmente significativo para observar a dialética (ou se quisermos, a aparente contradição) entre configurações autoritárias das instituições estatais e a imperfeição da máquina. Muitas das questões abordadas no livro (se pensarmos no problema da relação entre juristas e o regime, ou ao problema do monismo estatal entre as metrópoles e os territórios coloniais, ou ainda na construção do Estado racista) encontram diante do problema colonial uma articulação importante. Outro tema que poderia ser abordado com a chave heurística da máquina imperfeita é aquele da inserção do Estado fascista na dimensão institucional transnacional. Essas são apenas algumas possíveis projeções temáticas, que podem ser consideradas a partir da abordagem interpretativa original da obra de Guido Melis.

O livro é riquíssimo em referências à temas pontuais, ao mesmo tempo em que aborda os problemas gerais em plano de fundo, que servem para vislumbrar um ponto de vista crítico sobre a fenomenologia histórica da ditadura na Itália. Ainda neste equilíbrio, a obra que comentamos constitui uma referência para futuras pesquisas.

⁷ A este respeito, destacamos que no mesmo ano de *La macchina imperfetta* também foi publicado a obra *Pietro Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile (1940)*, editado por Guido Alpa, Silvia Calamandrei e Francesco Marullo, Bologna, il Mulino, 2018, no qual contribuiu o próprio Guido Melis.

Referências Bibliográficas

- Alpa, Guido; Calamandrei, Silvia; Marullo, Francesco (2018). *Pietro Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile (1940)*. Bologna, il Mulino.
- Cassese, Sabino (1971). *Cultura politica e diritto amministrativo*. Bologna, il Mulino.
- Gentile, Saverio (2013). *La legalità del male. L'offensiva mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, Giappichelli.
- Meccarelli, Massimo; Paixão, Cristiano; Roesler, Claudia (2020). *Innovation and Transition in Law. Experiences and Theoretical Settings*, Madrid, Dykinson.
- Melis, Guido (1988). *Due modelli di amministrazione tra liberalismo e fascismo*, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali.
- Melis, Guido (1990). *Burocrazia e socialismo nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino.
- Melis, Guido (1996). *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, il Mulino.
- Melis, Guido (2006). *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, Milano, Giuffrè.
- Melis, Guido (2008). *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, il Mulino.
- Melis, Guido (2014). *Fare lo Stato per fare gli italiani*, Bologna, il Mulino.
- Melis, Guido (2018). *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*. Bologna, Il Mulino.
- Melis, Guido (2021). *Le parole del potere. Il lessico delle istituzioni in Italia*, Bologna, il Mulino.
- Meniconi, Antonella; Pezzetti, Marcello (a cura di) (2018). *Razza e inGiustizia. Gli avvocati e i magistrati al tempo delle leggi antiebraiche*, Roma, Consiglio Superiore della Magistratura – Consiglio Nazionale Firenze.
- Stolzi, Irene (2019). Un'irriducibile complessità? Il fascismo fra immagini e realtà. *In: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 48, 2019, pp. 767-784.

Data de Recebimento: 16/11/2021

Data de Aprovação: 27/11/2021

HISTÓRIA DO DIREITO

O Direito Administrativo do Estado Interventor

Administrative Law in the Interventionist State

Walter Guandalini Junior¹

Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima Teixeira²

¹ Universidade Federal do Paraná e Centro Universitário Uninter. ORCID: 0000-0003-2426-3326

² Universidade Federal do Paraná e Universidade Regional de Blumenau. ORCID: 00000-0003-3936-8745

Resenha de Costa, Mauricio Mesurini da (2021). *O Estado Interventor no Brasil e seus reflexos no direito administrativo e constitucional (1930-1964): Themistocles Cavalcanti e sua contribuição doutrinária*. Belo Horizonte: Dialética.

O direito administrativo brasileiro é um objeto ainda por ser historiado.

A despeito do já consagrado campo da história da administração pública, que tem em Arno Wehling (1986, 2003) o seu representante mais próximo da história do direito, a história específica da sua ordenação jurídica é ainda dependente de estudos pontuais e de escopo temporal limitado³ – como os trabalhos pioneiros de Airtton Seelaender sobre a polícia e a modernização do direito administrativo brasileiro (2003, 2006, 2010, 2020, 2021), as pesquisas de Walter Guandalini Junior sobre a gênese do saber jurídico-administrativo no Brasil Imperial (2015, 2016, 2019a, 2019b, 2019c) e os nossos estudos conjuntos sobre a transição da disciplina nas primeiras décadas do século XX (Teixeira e Guandalini, 2019; Guandalini e Teixeira, 2021; Teixeira, 2021). Revisões panorâmicas de caráter dogmático-cronológico, como as realizadas por Maria Sylvia Zanella di Pietro (2006) e Fernando Dias Menezes de Almeida (2015), apesar da boa vontade e esforço dos autores em consultar as fontes primárias, não são suficientes; falta-lhes o método historiográfico, a contextualização necessária ao desvio das armadilhas do anacronismo e à compreensão das funções e significados específicos atribuídos à disciplina em cada momento de sua história.

Nessas circunstâncias, o livro de Maurício Mesurini da Costa (2021) sobre a contribuição doutrinária de Themistocles Cavalcanti à constituição jurídico-administrativa do Estado interventor preenche uma importante lacuna na historiografia do direito administrativo brasileiro. Redigido a partir das pesquisas que realizou para a sua tese de doutorado (Costa, 2016), o livro aborda um período crucial ao desenvolvimento da doutrina brasileira sobre o direito administrativo, e ainda pouco estudado pelos historiadores da matéria: os 34 anos de instituição e consolidação do Estado Administrativo brasileiro, no período que vai de 1930 a 1964.

De fato, após a Revolução de 1930 propagou-se no país um novo ciclo de intenção modernizadora, acompanhado de extensas promessas de reformas jurídicas, políticas, sociais, culturais e econômicas. Preenche de intenções transformadoras, o Estado que exsurge da ruptura com a Primeira República tem natureza essencialmente interventora, e o seu primeiro desafio é justamente conciliar as novas intenções ativas com o pensamento jurídico liberal que marcou as décadas anteriores. Entre 1930 e 1964 diversas esferas da vida social foram impactadas pela ação estatal, acarretando mudanças profundas na racionalidade governamental e uma interdependência cada vez maior entre direito, política e economia; esse impulso deu início a um processo de transformação dos conteúdos e funções do direito administrativo que culminaria, já na virada para o século XXI, na perspectiva até mesmo de sua metamorfose em direito econômico⁴. Ao concentrar a atenção nos catalisadores desse fenômeno Costa presta um inestimável serviço não somente aos historiadores do direito administrativo, mas também aos cultores do direito administrativo contemporâneo.

³ O que de modo algum implica demérito, visto que no atual estágio de desenvolvimento da disciplina a limitação do escopo temporal é condição imprescindível à verticalização da análise.

⁴ Ver Sundfeld, 2000.

E o faz pela perspectiva de um dos mais complexos e importantes administrativistas da nossa história: Themistocles Cavalcanti, que foi uma das principais vias de canalização das ideias políticas e jurídicas em circulação durante esse período. Cavalcanti apresenta-se, afinal, como alguém que busca preservar elementos do pensamento jurídico-liberal clássico, conciliando-os com a figura de um Estado modernizador-interventor e com a necessidade, comum a ambas as perspectivas, de se afastar qualquer possibilidade de aprofundamento democrático popular. Para isso, entendia que as reformas propostas deveriam acontecer no Executivo, o que dependeria de um aparato jurídico-burocrático forte e organizado a depender, por sua vez, de um direito administrativo sólido e coerente. Noutras palavras, a complexa estrutura administrativa seria imprescindível ao projeto político-econômico pós-30, e o direito administrativo seria o instrumento por excelência de sua formalização e materialização.

Buscando compreender as complexidades desse processo, Costa divide a sua pesquisa em três capítulos, dedicados respectivamente à análise da pessoa de Themistocles Cavalcanti, ao ambiente histórico e intelectual no qual atuou e ao conteúdo do pensamento jurídico que produziu.

No primeiro capítulo Costa examina o perfil e a trajetória de Themistocles Cavalcanti, avaliando a sua origem familiar, a sua formação profissional, a sua rede de conexões políticas e as suas conexões com a ideologia autoritária. Classifica-o, em diálogo com a melhor historiografia jurídica e social disponível⁵, como um jurista de perfil “assimilacionista-modernizante”, atento às novidades estrangeiras e disposto a importá-las e adaptá-las aos contextos nacionais; integrante civil de “vanguardas modernizadoras”, que via na elite tecnocrática o motor privilegiado da modernização nacional; com traços de “objetivismo tecnocrático”, que propunha a substituição da irracionalidade política pela racionalidade técnica objetiva; e integrado à “ideologia do Estado autoritário”, que enxergava na intervenção estatal sobre a sociedade civil a forma adequada de conformar a realidade aos padrões de racionalidade modernizadora propostos – donde a importância atribuída ao direito administrativo como instrumento dessa intervenção modernizadora.

No segundo capítulo Costa avalia o contexto doutrinário em meio ao qual Cavalcanti produziu suas obras, e as referências de pensamento com as quais ele pretendia dialogar. Demonstrando que “o pensamento doutrinário pode se desgarrar dos textos constitucionais e assumir ‘vida própria’” (Costa, 2021, p. 275), o autor reflete sobre o profundo descompasso existente entre os textos normativos e as interpretações doutrinárias que se produziam acerca deles, enquadrando o pensamento de Cavalcanti como parte de uma ordem discursiva mais geral de caráter interventor – compartilhando com os demais autores do período o reconhecimento da emergência histórica de um novo modelo de Estado, a crença na necessidade de uma legislação técnica incompatível com os debates políticos do Poder Legislativo, a defesa da ampliação das competências (inclusive normativas) do Poder Executivo, o uso dos modelos ingleses e norte-americanos como referenciais, a ressignificação de antigos conceitos da tradição constitucional e administrativa liberal e o posicionamento favorável às delegações legislativas, que considera importantes instrumentos de governo técnico e compatíveis com o funcionamento regular dos parlamentos.

Por fim, no terceiro capítulo Costa se dedica à análise da doutrina administrativista proposta por Themistocles Cavalcanti. É esse o verdadeiro núcleo da pesquisa, que ocupa mais da metade das trezentas e poucas páginas do livro. O capítulo é dividido em duas abordagens distintas: na primeira seção Costa analisa o que denomina as “ideias centrais” do pensamento

⁵ Buscando aporte metodológico em autores como Airton Seelaender (2013), Christian Lynch (2015), Bolívar Lamounier (1974) e Ricardo Virgilino da Silva (1998).

jurídico-administrativo de Cavalcanti, descrevendo as concepções do autor acerca da história do direito administrativo, do conceito de direito administrativo, das fontes do direito administrativo, da dicotomia entre direito público e direito privado, da atuação interventiva do Estado e das características do Estado Corporativo. Em seguida é analisado o tema das delegações legislativas, em três momentos distintos do período examinado – de 1934 a 1937, de 1937 a 1945, de 1946 a 1964.

E é na doutrina administrativista de Cavalcanti que encontramos os mais claros traços distintivos de uma nova concepção de direito administrativo. Logo no início de seu esforço argumentativo já se verifica a noção de que a matéria se caracteriza, a partir de 1930, por estabelecer uma ruptura em relação às concepções anteriores. A tese é que se inicia, então, uma nova era para o campo jurídico-administrativo, marcado pela cada vez maior “necessidade” de intervenção estatal para a reorganização técnica da vida social – o que depende, evidentemente, de uma maior autonomia e uma modernização da disciplina em relação aos seus velhos cânones. Essas características se percebem com clareza na reflexão sobre o conceito e as fontes do direito administrativo, quando se enfatiza a necessidade de se reconhecer a sua autonomia em relação aos outros ramos do direito, mas também na reflexão sobre a dicotomia entre o direito público e o privado, segundo o autor cada vez mais apagada em prol – claro! – de uma interferência cada vez maior do direito público sobre a esfera do direito privado. Essa concepção se traduz em maior autoridade interventiva concedida ao Poder Executivo, o que se reflete também na defesa das delegações legislativas, consideradas necessárias em um contexto de colaboração entre os poderes para a melhor técnica legislativa, e uma constante no pensamento do autor apesar das mudanças de ênfase em cada um dos períodos examinados.

Para Cavalcanti o direito administrativo se apresenta, então, como uma exigência dos fatos e um inevitável instrumento de promoção do esforço de modernização estatal, que pode assim se tornar mais ágil e técnico graças à sua capacidade de evitar os intermináveis debates políticos do Poder Legislativo e as formas rígidas e imutáveis do processo constitucional.

Por descrever com competência esse processo histórico, a obra de Mauricio Mesurini da Costa se revela grande contributo à história do direito administrativo nacional. Atento à metodologia própria da história do direito, o autor realiza um intenso trabalho de reconstrução das ideias jurídicas do período entre 1930 e 1964 a partir da análise do pensamento de um jurista expoente em seu contexto. Ao descrever a sensível dinâmica que se estabelece entre o esforço de instituição de um Estado interventor e a discussão jurídico-administrativa, contribui não apenas para a melhor compreensão jurídica e social do período histórico, mas também para o robustecimento teórico da disciplina, e, em consequência, para a contemporaneamente necessária reconstrução histórica da nossa nação.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes (2015). *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin.

COSTA, Mauricio Mesurini (2016). *O Estado Interventor no Brasil e seus reflexos no direito público (1930-1964): Themistocles Cavalcanti e sua contribuição doutrinária* (tese de doutorado). Florianópolis: UFSC.

- COSTA, Mauricio Mesurini (2021). *O Estado Interventor no Brasil e seus reflexos no direito administrativo e constitucional (1930-1964): Themistocles Cavalcanti e sua contribuição doutrinária*. Belo Horizonte: Dialética.
- LYNCH, Christian Edward Cyril (2015). Cultura Política Brasileira. In: *Política no Brasil* (Gustavo Santos e Éder Brito, orgs.). São Paulo: Oficina Municipal, p. 57-83.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (2006). 500 anos de direito administrativo brasileiro. In: *REDE: Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 5, jan./fev./mar.
- GUANDALINI JR., Walter (2015). Espécie Invasora – história da recepção do conceito de direito administrativo pela doutrina jurídica brasileira no século XIX. In: *Revista de Direito Administrativo*, v. 268. Rio de Janeiro: FGV, jan./abr., p. 213-247.
- GUANDALINI JR., Walter (2016). História do Direito Administrativo Brasileiro: formação (1821-1895). Curitiba, Juruá.
- GUANDALINI JR., Walter; CODATO, Adriano (2016). O Código Administrativo do Estado Novo: a distribuição jurídica do poder político na ditadura. In: *Estudos Históricos*, vol. 29, nº 58, Rio de Janeiro, maio-agosto, p. 481-504.
- GUANDALINI JR., Walter (2019a). A Tradução do Conceito de Direito Administrativo pela Cultura Jurídica Brasileira do século XIX. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* (ISSN 1984-1841), nº 74. Belo Horizonte: UFMG, jan./jun. 2019, p. 473-498.
- GUANDALINI JR., Walter (2019b). As Razões do Direito Administrativo na Doutrina Brasileira do século XIX (1857-1884). In: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, a. 180, nº 481, set.-dez. Rio de Janeiro: IHGB.
- GUANDALINI JR., Walter (2019c). Raízes Históricas do Direito Administrativo Brasileiro: fontes do direito administrativo na doutrina brasileira do século XIX (1857-1884). Curitiba, Appris.
- GUANDALINI JUNIOR, Walter; TEIXEIRA, Livia Solana Pfuetzenreiter de Lima (2021). Um Direito Administrativo de Transição: o conceito de direito administrativo na cultura jurídica da Primeira República Brasileira (1889-1930). In: *Direito, Estado e Sociedade*, nº 58, jan./jun. Rio de Janeiro: PUC-RJ, p. 422-459.
- LAMOUNIER, Bolívar (1974). *Ideology and authoritarian regimes: theoretical perspectives and a study of the Brazilian case*. Los Angeles: University of California.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2003). A polícia e o rei-legislador: notas sobre algumas tendências da legislação portuguesa no Antigo Regime. In: *História do Direito Brasileiro* (Bittar, E.C.B., org.). São Paulo: Atlas, v. 1, p. 91-108.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2006). Pondo os pobres no seu lugar: igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. In: *Diálogos constitucionais* (Lima, M. B e Coutinho, J. M., orgs.). Rio de Janeiro/Curitiba: Renovar.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2010). A 'Polícia' e as Funções do Estado: notas sobre a 'Polícia' do Antigo Regime. In: *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*, v. 49, p. 73-87.

- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2013). Usos, recriações e estratégias – notas sobre a relação dos juristas brasileiros com o pensamento jurídico europeu. *In: La Cultura Jurídica Latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias* (Ezequiel Abásolo, org.). Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2013, p. 23-44.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2020). Preaching Against the Earthquake. The Rise of State Intervention and the resistance to it in Brazilian Constitutional and Administrative Law. *In: Giornale di Storia Costituzionale*, v. 40, p. 227-239.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite (2021). O Direito Administrativo e a Expansão do Estado na Primeira República: Notas preliminares a uma história da doutrina administrativista no Brasil. *In: Revista do IHGB*, v. 485, p. 165-202.
- SILVA, Ricardo Virgílio da (1998). *A Ideologia do Estado Autoritário no Brasil*. Tese de Doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Unicamp: Campinas, 1998.
- SUNDFELD, Carlos Ari (org.) (2000). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros.
- TEIXEIRA, Lívia Solana Pfuetsenreiter de Lima; GUANDALINI JR., Walter (2019). Mitologias Jurídicas do Estado Administrativo: crítica genealógica da noção de interesse público. *In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria*, v. 14, nº 2. Santa Maria: UFSM.
- TEIXEIRA, Lívia Solana Pfuetsenreiter de Lima (2021). *Discursos sobre o Interesse Público na Primeira República: análise da doutrina de direito administrativo entre 1889-1930*. Belo Horizonte: Dialética.
- WEHLING, Arno (1986). *Administração Portuguesa no Brasil, 1777-1808*. Brasília: Funcep.
- WEHLING, Arno (2003). Ilustração e política estatal no Brasil, 1750-1808. *In: Humanidades* (Brasília), Montevideu, v. 01, p. 61-90.

Data de Recebimento: 23/11/2021

Data de Aprovação: 30/11/2021